

WSPÓŁCZESNE
FUNKCJE PAŃSTWA
WOBEC GOSPODARKI



Stocowski

PRAWO

— CCCXXXIV —

WSPÓŁCZESNE FUNKCJE PAŃSTWA WOBEC GOSPODARKI

Księga jubileuszowa
Profesora Tadeusza Kocowskiego

POD REDAKCJĄ
KAROLA KICZKI I WITOLDA MAŁECKIEGO

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU WROCŁAWSKIEGO

Rada Redakcyjna

Barbara Adamiak (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Marek Bojarski (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Adam Czarnota (Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney, Australia), Włodzimierz Gromski (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Ivan Halasz (Węgierska Akademia Nauk, Budapeszt, Węgry), Jan Hurdík (Uniwersytet Masaryka, Brno, Czechy), Lothar Knopp (Brandenburski Uniwersytet Techniczny, Cottbus, Niemcy), Alfred Konieczny (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Tadeusz Kuczyński (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Jaroslav Pánek (Uniwersytet Karola w Pradze, Czechy), Oleg A. Zayachkovskii (Bałtycki Federalny Uniwersytet im. I. Kanta, Kaliningrad, Rosja)

Redaktor naczelny

Jerzy Korczak

Sekretarz naukowy

Witold Małecki

Recenzenci

Anna Brzezińska-Rawa, Anna Dobaczewska, Krzysztof Horubski, Katarzyna Kokocińska, Mateusz Machaj, Monika Przybylska, Katarzyna Szalonka



Uniwersytet
Wrocławski

Wydział Prawa,
Administracji i Ekonomii



Najwyższa
kategoria
naukowa A+



UCZELNIA
BADAWCZA
INICJATYWA DOBROBYTU

Dofinansowano ze środków Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.



Uniwersytet Ekonomiczny
we Wrocławiu

Dofinansowano ze środków Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu oraz Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.



Wrocław miasto spotkań



Wrocławskie
Centrum
Akademickie



DOLNY
ŚLĄSK

Dofinansowane przez gminę Wrocław.

Zadanie dofinansowano ze środków budżetu
Samorządu Województwa Dolnośląskiego.

ACTA UNIVERSITATIS WRATISLAVIENSIS No 4101

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.
Wrocław 2022

ISSN 0239-6661 (AUWr) ISSN 0524-4544 (P)

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.
50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 15
tel.: 71 3752885, e-mail: sekretariat@uwwr.com.pl

Spis treści

70 lat Profesora Tadeusza Kocowskiego	13
List gratulacyjny Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego	17
List gratulacyjny Prorektora do spraw Badań i Kadry Akademickiej oraz Dziekana Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu	19
List gratulacyjny Dziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego	21
List gratulacyjny Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej	23
List gratulacyjny Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego „Uniwersytecka”	25
JAN JEŻEWSKI, Uwagi o jednej z koncepcji naukowych Profesora Tadeusza Kocowskiego	29
Wykaz najważniejszych publikacji Profesora Tadeusza Kocowskiego	31

PAŃSTWO A GOSPODARKA — USTALENIA RUDYMENTARNE

BARBARA ADAMIAK, Gwarancje prawne zasady ogólnej zaufania do przedsiębiorcy ..	47
ANDRZEJ BATOR, Czy powinniśmy wyodrębnić prawo gospodarcze? Powrót do dyskusji ..	57
MACIEJ BŁAŻEWSKI, Funkcje norm technicznych wobec gospodarki	69
TOMASZ DŁUGOSZ, Zagadnienie wspierania przedsiębiorców w warunkach zasady równego traktowania	79
WALDEMAR HOFF, Przedsiębiorczość aksjologiczna w służbie suwerenności gospodarczej ..	89
LEON KIERES, Reglamentacja — ograniczenie i uprawnienie	99
CEZARY KOSIKOWSKI, Interwencjonizm państwa członkowskiego Unii Europejskiej w gospodarce	115
WITOLD MAŁECKI, Swobody cząstkowe — próba klasyfikacji	123
ANDRZEJ PANASIUK, Polityki publiczne jako jedno z narzędzi wpływu państwa na gospodarkę	135
BOŻENA POPOWSKA, Realizacja polityki innowacyjnej państwa — podmioty i sposoby realizacji	145
ANDRZEJ POWAŁOWSKI, Przesłanki prawne wsparcia przedsiębiorców	159
BEATA SAGAN, STANISŁAW SAGAN, Ewolucja szwedzkiego „prawa gospodarczego” ..	169
KAZIMIERZ STRZYCZKOWSKI, Konstytucyjne podstawy działalności gospodarczej państwa	181
MAGDALENA TABERNACKA, Aksjologia mediacji z udziałem przedsiębiorców — refleksje	195

PAŃSTWO, ADMINISTRACJA, JEDNOSTKA

RAFAŁ BLICHARZ, Informacja i prawo do informacji. Wybrane zagadnienia	203
EUGENIA FOJCIK-MASTALSKA, RYSZARD MASTALSKI, O niezależności banku centralnego raz jeszcze	215
PAWEŁ KLUSEK, Regulacja zawodów zaufania publicznego w społecznej gospodarce rynkowej	225
JERZY KORCZAK, Władztwo organizacyjne jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania jej zadań	237
BARBARA KOWALCZYK, ŁUKASZ PRUS, Wspólne inspekcje organów administracji państw członkowskich UE	251
RENATA KUSIAK-WINTER, Kilka uwag na temat funkcji administracji publicznej	259
JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW, Funkcje organów administracji publicznej w zakresie gospodarki nieruchomościami	269
WIESŁAWA MIEMIEC, MARCIN MIEMIEC, Ustrojowe i podatkowe aspekty prawne świadczenia materialnych usług publicznych przez gminę niemiecką	279
RYSZARD PEK, Dylematy orzecznicze związane z opodatkowaniem podatkiem od towarów i usług działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego	293
PIOTR PRZYBYSZ, Zaufanie a administracja publiczna. Aspekty prawno-administracyjne	303
MICHAŁ RADUŁA, Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych a prawo do prywatności — konkurencja interesów na przykładzie znaków identyfikacyjnych pacjenta	311
RENATA RASZEWSKA-SKAŁECKA, Autonomiczny kontekst i wymiar szkoły wyższej w państwie — wybrane zagadnienia	321
KRZYSZTOF SOBIERALSKI, Reglamentacja dostępu do pasa drogowego a koszty przełożenia sieci na drogach publicznych	333
ROMAN SOWIŃSKI, O konieczności stałego ustalania pojęć w naukach administracyjnych	343
JERZY SUPERNAT, Kilka uwag o pojęciu i funkcjach państwa	353

PAŃSTWO I GOSPODARKA WOBEC WYZWAŃ PRZYSZŁOŚCI I WSPÓŁCZESNOŚCI

JERZY JACYSZYN, Wolne zawody w przyszłości	365
PIOTR JANIĄK, Zakres regulacji instytucji przywrócenia terminu w prawie administracyjnym w dobie pandemii COVID-19	377
KAROL KICZKA, Reglamentacja gospodarcza w Polskim Ładzie	387
ELŻBIETA KOCOWSKA-SIEKIERKA, Elastyczny model transferu technologii — niwelowanie barier organizacyjnych i prawnych komercjalizacji wiedzy na uczelniach	397
ADAM KONIECZNY, Nowy rozdział w rozwoju ochotniczych straży pożarnych	409
PIOTR LISOWSKI, Prawo i (nie)sprawiedliwość — kilka refleksji na kanwie ustawy covidowej	419
KATARZYNA MARAK, Reglamentacja jako instrument polityki gospodarczej państwa — rozważania na gruncie polityki turystycznej w czasach pandemii	429
KRYSTYNA NIZIOŁ, Pandemia COVID-19 jako czynnik weryfikujący funkcje państwa w gospodarce	445
STANISŁAW RĘCŁAWOWICZ, Czy nauka może służyć bezpieczeństwu powszechnemu?	453
ANNA TRELA, Ograniczenie wolności działalności gospodarczej w drodze rozporządzenia w dobie pandemii COVID-19	463
ELŻBIETA URA, Ustawowe uregulowanie statusu prawnego ochotniczych straży pożarnych	475
PIOTR WIATROWSKI, Współczesne zagrożenia demokracji. Aspekt społeczno-ekonomiczny	487

BARTOSZ ZIEMBLICKI, Możliwości reakcji państwa na kryzysy a odpowiedzialność wobec inwestora zagranicznego	497
KATARZYNA ZIÓŁKOWSKA, MAREK WIERZBOWSKI, Ocena wpływu wykorzystania sztucznej inteligencji w administracji publicznej	505

PAŃSTWO I GOSPODARKA — SPOJRZENIE EKONOMICZNE

ZBIGNIEW LUTY, Harmonizacja rachunkowości konwencjonalnej z rachunkowością islamską	515
PIOTR NOWACKI, JERZY NIEMCZYK, Koncepcja analizy strategicznej organizacji pozarządowych. Perspektywa teoretycznych podejść do strategii	525
MATEUSZ PAPLICKI, Badania kliniczne na rzecz dobra pacjenta i gospodarki	539
EWA STAŃCZYK-HUGIET, Kilka uwag dotyczących reform szkolnictwa wyższego ...	555
BARBARA WIŚNIEWSKA-PAŹ, Idea synergicznego i permanentnego zarządzania jakością (<i>total quality management</i>) — geneza, cele i zasady	569

PAŃSTWO, PRAWO, GOSPODARKA — ZAGADNIENIA SZCZEGÓŁOWE

LESZEK BIELECKI, Działalność gospodarcza nieewidencjonowana jako wyjątek w zakresie ewidencjonowanej działalności gospodarczej w świetle przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej w powiązaniu z ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych	585
DOMINIKA CENDROWICZ, Zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki jako przykład reglamentacji gospodarczej w sferze pomocy społecznej	593
BOGUSŁAWA GNELA, Uwagi na temat wybiórczego rozszerzania ochrony konsumenciej na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi	605
JAN GOLA, Koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w polskim systemie prawnym	615
JERZY GOSPODAREK, Tendencje w koncesjonowaniu działalności gospodarczej w prawie polskim	627
MARIUSZ JABŁOŃSKI, Specyfika definiowania „przesłanek ograniczania” działalności gospodarczej na przykładzie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych	641
KATARZYNA KOKOCIŃSKA, Społeczna akceptacja rozstrzygnięć planistycznych w zakresie rozwoju	655
JAN OLSZEWSKI, <i>Compliance</i> jako prewencyjna forma informowania	667
KATARZYNA POKRYSZKA, Uproszczenie procedur administracyjnych w sprawach przedsiębiorców. Wybrane zagadnienia związane z implementacją dyrektywy usługowej w prawie polskim	679
ANDRZEJ ŚMIEJA, Miarkowanie kary umownej	693
DIANA TRZCIŃSKA, Konsekwencje sprzeczności przeznaczenia terenu w planie miejscowym ze studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego z perspektywy inwestora — rozważania ogólne	701
PAWEŁ WAJDA, Przesłanki wymiaru administracyjnych kar pieniężnych stosowanych wobec banków krajowych w reżimie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe	709
PIOTR WOJTULEK, Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach i jej znaczenie z punktu widzenia gospodarki złożami kopalin	723

LIDIA ZACHARKO, Przedsiębiorstwa publiczne we Francji. Prywatyzacja zadań publicznych — kierunki zmian	733
AGNIESZKA ŻYWIĆKA, Funkcja reglamentacyjna państwa w sferze jednolitości miar i wymaganej dokładności pomiarów — tachografów (na przykładzie ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o tachografach)	745

Z PROBLEMATYKI PRAWA KONKURENCJI I REGULACJI SEKTOROWEJ

MATEUSZ BŁACHUCKI, Zawieszenie postępowania antymonopolowego i kontrola sądowa czynności Prezesa UOKiK w tym zakresie	759
ANNA BRZEZIŃSKA-RAWA, Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach zmów przetargowych	769
MATEUSZ CHOŁODECKI, Ustanowienie operatora wyznaczonego na rynku pocztowym w świetle ustawy o doręczeniach elektronicznych	777
ERYK KOSIŃSKI, Czy istnieje prawo energetyczne? Część 1: przedmiot, podmioty i metoda regulacji prawa energetycznego	785
PIOTR LISSOŃ, Energetyka obywatelska jako nowy etap rozwoju prawa energetycznego	799
ALEKSANDER MAZIARZ, Ugody w unijnym i amerykańskim prawie konkurencji	809
RAJMUND MOLSKI, Domniemania w prawie konkurencji — przejaw pragmatyzmu czy analityczna droga na skróty w ochronie konkurencji przez państwo?	823
RAFAŁ STANKIEWICZ, Kilka uwag o koncepcji modelu rozstrzygania spraw z zakresu ochrony konkurencji oraz regulacji sektorowej	833
ARTUR ŻURAWIK, Generalne klauzule odsyłające w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Wybrane zagadnienia na tle regulacji unijnych	841

Z ZAGADNIENIŃ PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

AGNIESZKA CHRISIDU-BUDNIK, Zaufanie w systemie zamówień publicznych	855
JAROSŁAW CZAJA, Ograniczenia zastosowań trybu partnerstwa innowacyjnego prawa zamówień publicznych	865
MACIEJ GUZIŃSKI, Realizacja funkcji zarządu mieniem publicznym w prawie zamówień publicznych	873
KRZYSZTOF HORUBSKI, Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi — pomiędzy umową cywilnoprawną a publicznoprawną	883
MICHAŁ KANIA, Kilka uwag o nadchodzącej ewaluacji pierwszego roku obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku	895
JANUSZ KASPRYSZYN, Zaskarżalność postanowień sądu zamówień publicznych — sygnalizacja podstawowych problemów	907
GRZEGORZ KLICH, Nadużywanie praw podmiotowych na gruncie prawa zamówień publicznych	921
MAŁGORZATA KOZŁOWSKA, IWONA WRZEŚNIAK, Administracyjnoprawne regulacje przeciwdziałania korupcji w sektorze zamówień publicznych	933
MARIA KRÓLIKOWSKA-OLCZAK, Wpływ zasad prawa zamówień publicznych na efektywność ekonomiczną zamówień publicznych	941
HENRYK NOWICKI, Systemowe ujęcie kontroli w nowym prawie zamówień publicznych	953
EWA PRZESZŁO, Działalność zawodowa wykonawcy w prawie zamówień publicznych	967
RYSZARD SZOSTAK, O innowacyjności w zamówieniach publicznych	977

Contents

70 years of Professor Tadeusz Kocowski	13
Congratulatory Letter from the Rector of the University of Wrocław	17
Congratulatory Letter from the Vice-Rector for Research and Academic Staff and Dean of the Faculty of Business and Management of the Wrocław University of Economics and Business	19
Congratulatory Letter from the Dean of the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław	21
Congratulatory Letter from Chief Commandant of the State Fire Service	23
Congratulatory Letter from Alumni Association of the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław “Uniwersytecka”	25
JAN JEŻEWSKI, Remarks on One of the Scientific Concepts of Professor Tadeusz Kocowski	29
List of the Most Important Publications of Professor Tadeusz Kocowski	31

STATE AND ECONOMY — RUDIMENTARY FINDINGS

BARBARA ADAMIAK, Legal Guarantees of the General Principle of Trusting the Entrepreneur	47
ANDRZEJ BATOR, Should We Distinguish Business Law? The Discussion Returns	57
MACIEJ BŁAŻEWSKI, The Economic Functions of Technical Standards	69
TOMASZ DŁUGOSZ, Supporting Entrepreneurs under the Principle of Equal Treatment	79
WALDEMAR HOFF, Axiological Entrepreneurship in the Service of Economic Sovereignty	89
LEON KIERES, Regulation: Limitation and Entitlement	99
CEZARY KOSIKOWSKI, The Interventionism of European Union Member States in the Economy	115
WITOLD MAŁECKI, Partial Freedoms: An Attempt at Classification	123
ANDRZEJ PANASIUK, Public Policies as a Measure of the State’s Influence on the Economy	135
BOŻENA POPOWSKA, Realization of State Innovation Policy: Entities and Forms of Realization	145
ANDRZEJ POWAŁOWSKI, Legal Grounds for Supporting Entrepreneurs	159
BEATA SAGAN, STANISŁAW SAGAN, The Evolution of Swedish “Economic Law” ..	169
KAZIMIERZ STRZYCZKOWSKI, The Constitutional Basis of the State’s Economic Activity	181
MAGDALENA TABERNACKA, The Axiology of Mediation with the Participation of Entrepreneurs: Reflections	195

STATE, ADMINISTRATION, INDIVIDUAL

RAFAŁ BLICHARZ, Information and the Right to Information: Selected Issues	203
EUGENIA FOJCIK-MASTALSKA, RYSZARD MASTALSKI, On the Independence of the Central Bank Once Again	215
PAWEŁ KLUSEK, Regulation of Public Trust Professions in a Social Market Economy . .	225
JERZY KORCZAK, Organizational Authority of a Local Government Unit in the Perform- ance of Its Tasks	237
BARBARA KOWALCZYK, ŁUKASZ PRUS, Joint Inspections of Administrative Au- thorities of European Union Member States	251
RENATA KUSIAK-WINTER, Some Remarks on the Functions of Public Administration	259
JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW, Functions of Public Administration Bodies in the Field of Real Estate Management	269
WIESŁAWA MIEMIEC, MARCIN MIEMIEC, Systemic and Tax Legal Aspects of the Pro- vision of Material Public Services by German Communes	279
RYSZARD PEK, Case Law Dilemmas Related to Taxation with Tax on Goods and Services for Activities Carried Out by Public Law Entities	293
PIOTR PRZYBYSZ, Trust and Public Administration: Legal and Administrative Aspects	303
MICHAŁ RADUŁA, Right to Healthcare and Right to Privacy: Competition of Interest Based on the Example of Patient Barcodes	311
RENATA RASZEWSKA-SKAŁECKA, The Autonomous Context and Dimension of Higher Education Institutions in the State: Selected Aspects	321
KRZYSZTOF SOBIERALSKI, Regulation of Access to Traffic Lanes and the Costs of Relocating Networks on Public Roads	333
ROMAN SOWIŃSKI, About the Necessity of Constant Determination of Concepts in Ad- ministrative Studies	343
JERZY SUPERNAT, Some Remarks on the Concept and Functions of the State	353

STATE AND ECONOMY IN THE FACE
OF FUTURE AND PRESENT CHALLENGES

JERZY JACYSZYN, Freelance Occupations in the Future	365
PIOTR JANIĄK, The Scope of Regulation of the Institution of Resetting Time Limits in Administrative Law in the Time of the COVID-19 Pandemic	377
KAROL KICZKA, Economic Regulation in the Polish Deal	387
ELŻBIETA KOCOWSKA-SIEKIERKA, A Flexible Model of Technology Transfer — Reducing Organizational and Legislative Obstacles Related to the Commercialization of Knowledge at Universities	397
ADAM KONIECZNY, A New Chapter in the Development of Volunteer Fire Brigades . .	409
PIOTR LISOWSKI, Law and (In)Justice — a Few Reflections on the Covid Act	419
KATARZYNA MARAK, Regulation as an Instrument of the Economic Policy of the State: Considerations on Tourism Policy in a Time of Pandemic	429
KRYSTYNA NIZIOŁ, The COVID-19 Pandemic as a Factor Verifying the Functions of the State in the Economy	445
STANISŁAW RĘCŁAWOWICZ, Can Science Serve Public Safety?	453
ANNA TRELA, Restriction of the Freedom of Economic Activity by Regulation in the Time of the COVID-19 Pandemic	463
ELŻBIETA URA, Statutory Regulation of the Legal Status of Volunteer Fire Brigades . .	475
PIOTR WIATROWSKI, Contemporary Threats to Democracy: The Socio-Economic Aspect	487

BARTOSZ ZIEMBLICKI, Possibilities of State Reaction to Crises and the Responsibility towards Foreign Investors	497
KATARZYNA ZIÓŁKOWSKA, MAREK WIERZBOWSKI, Impact Assessment of the Use of Artificial Intelligence in Public Administration	505

STATE AND ECONOMY — ECONOMIC PERSPECTIVE

ZBIGNIEW LUTY, Harmonization of Conventional Accounting with Islamic Accounting	515
PIOTR NOWACKI, JERZY NIEMCZYK, The Concept of Strategic Analysis of Non-Governmental Organizations: The Perspective of Theoretical Approaches to Strategy	525
MATEUSZ PAPLICKI, Clinical Trials for the Benefit of the Patient and the Economy ...	539
EWA STAŃCZYK-HUGIET, A Few Comments on Higher Education Reforms	555
BARBARA WIŚNIEWSKA-PAŻ, The Concept of Total Quality Management: Its Origin, Goals and Principles	569

STATE, LAW, ECONOMY — SPECIFIC ISSUES

LESZEK BIELECKI, Unregistered Business Activity as an Exception to Registered Business Activity in the Light of the Provisions of the Business Activity Law, the Act on the National Court Register and the Act on the Central Register and Information on Business Activity in Connection with the Act on Personal Income Tax	585
DOMINIKA CENDROWICZ, Permit to Run a Business in the Form of a Facility Providing 24-Hour Care as an Instrument of the Regulatory Function of Public Administration in the Sphere of Social Welfare	593
BOGUSŁAWA GNELA, Comments on the Selective Extension of Consumer Protection to Certain Entrepreneurs Who Are Natural Persons	605
JAN GOLA, A Concession for Broadcasting Television Programmes in the Polish Legal System	615
JERZY GOSPODAREK, Tendencies in Licensing Business Activity in Polish Law	627
MARIUSZ JABŁOŃSKI, The Specificity of Defining the “Conditions for Restricting” Economic Activity: The Example of the Ban on Advertising Pharmacies and Pharmacy Outlets	641
KATARZYNA KOKOCIŃSKA, Social Approval for Planning Decisions in the Area of Development	655
JAN OLSZEWSKI, Compliance as a Preventive Form of Information	667
KATARZYNA POKRYSZKA, Simplification of Administrative Procedures in Entrepreneurs’ Matters: Selected Issues Related to the Implementation of the Services Directive in Polish Law	679
ANDRZEJ ŚMIEJA, Contractual Penalty Moderation	693
DIANA TRZCIŃSKA, Consequences of a Contradiction between the Purpose of the Land in the Local Spatial Development Plan and in the Study of Spatial Development Conditions and Directions from the Investor’s Perspective: General Remarks	701
PAWEŁ WAJDA, Prerequisites for the Assessment of Administrative Pecuniary Penalties Applied to Domestic Banks under the Provisions of the Act of 29 August 1997, Banking Law	709
PIOTR WOJTULEK, The Decision on Environmental Conditions and Its Importance in Terms of the Management of Mineral Deposits	723
LIDIA ZACHARKO, Public Enterprises in France: Privatization of Public Tasks — Directions of Changes	733

AGNIESZKA ŻYWICKA, The Role of the State in the Control and Regulation of the Uniformity of Measurements and the Required Measurement Accuracy (Act of 5 July 2018 on the System of Digital Tachographs — Case Study)	745
---	-----

ISSUES OF COMPETITION LAW AND SECTORAL REGULATION LAW

MATEUSZ BŁACHUCKI, Suspension of Antimonopoly Proceedings and Judicial Review of the Actions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection in This Regard	759
ANNA BRZEZIŃSKA-RAWA, Decisions of the President of the OCCP in the Field of Bid Rigging	769
MATEUSZ CHOŁODECKI, Designation of a Universal Service Provider on the Postal Market in the Light of the Electronic Delivery Act	777
ERYK KOSIŃSKI, Does Energy Law Exist? Part 1: The Subject, Entities and Method of the Regulation	785
PIOTR LISSOŃ, Community Energy as a New Stage in the Development of Energy Law	799
ALEKSANDER MAZIARZ, Settlements in EU and US Competition Law	809
RAJMUND MOLSKI, Presumptions in Competition Law — a Manifestation of Pragmatism or an Analytical Shortcut in the Protection of Competition by the State?	823
RAFAŁ STANKIEWICZ, Some Remarks about the Concept of a Model for Resolving Competition Protection Cases and Sector Regulation	833
ARTUR ŻURAWIK, General Reference Clauses in the Act of 23 August 2007 on Counteracting Unfair Market Practices: Selected Issues against the Background of EU Regulations	841

ISSUES OF PUBLIC PROCUREMENT LAW

AGNIESZKA CHRISIDU-BUDNIK, Trust in Public Procurement Systems	855
JAROSŁAW CZAJA, Restrictions on the Use of the Innovative Partnership Mode of the Public Procurement Law	865
MACIEJ GUZIŃSKI, Implementation of the Function of Managing Public Property in the Public Procurement Law	873
KRZYSZTOF HORUBSKI, Works or Services Concession: Between a Civil Law Contract and a Public Law Contract	883
MICHAŁ KANIA, A Few Comments about the Upcoming Evaluation of the First Year of the Validity of the Public Procurement Law of 11 September 2019	895
JANUSZ KASPRYSZYN, Contestability of Decisions of the Public Procurement Court: Signalling the Main Problems	907
GRZEGORZ KLICH, The Abuse of Rights in Public Procurement Law	921
MAŁGORZATA KOZŁOWSKA, IWONA WRZEŚNIAK, Administrative-Legal Regulations of Preventing Corruption in the Public Procurement Sector	933
MARIA KRÓLIKOWSKA-OLCZAK, The Impact of the Principles of Public Procurement Law on the Economic Effectiveness of Public Procurement	941
HENRYK NOWICKI, Systemic Approach to Control in the New Public Procurement Law	953
EWA PRZESZŁO, Professional Activity of an Economic Operator in Public Procurement Law	967
RYSZARD SZOSTAK, Innovativeness in Public Procurement	977

70 lat Profesora Tadeusza Kocowskiego

Profesor Tadeusz Kocowski przyszedł na świat 25 grudnia 1951 roku we Wrocławiu. Od urodzenia jest związany ze stolicą Dolnego Śląska — tu zdobył wykształcenie podstawowe i średnie, po czym podjął studia na kierunku administracja na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego, zakończone w 1974 roku uzyskaniem tytułu magistra. Będąc jeszcze studentem, w grudniu 1973 roku, został zatrudniony w Uniwersytecie Wrocławskim jako pracownik naukowo-techniczny.

Już u progu swojej ścieżki akademickiej Tadeusz Kocowski odznaczał się wybitnymi talentami naukowymi, dydaktycznymi i organizacyjnymi, prędko dostrzeżonymi przez Jego przełożonych. W opinii o predyspozycjach do pracy naukowo-badawczej prof. Adam Chełmoński stwierdził, że „mgr T. Kocowski wykazuje sumiennosc badawczą, pomysłowość w wyborze metod, dobre przygotowanie merytoryczne w dziedzinie prawa administracyjnego gospodarczego”, natomiast prof. Jan Jendroška podkreślił, że „mgr T. Kocowski jest zdolnym dydaktykiem, łatwo nawiązującym kontakt ze studentami, umiejącym przekazać wiedzę o nauczonym przedmiocie; sprzyjają temu cechy jego osobowości: spokój, takt i dyscyplinowanie”. Nie dziwi zatem, że młody i zdolny naukowiec szybko piął się po szczeblach akademickiej kariery — z biegiem lat awansował na stanowiska stażysty, asystenta, starszego asystenta, a w 1980 roku został adiunktem. W tymże roku uzyskał stopień doktora nauk prawnych na podstawie rozprawy *Struktura prawna ciągów działań w przedsiębiorstwie w dziedzinie zaopatrzenia materiałowego*, której promotorem był prof. Adam Chełmoński.

Na kolejny awans przyszło czekać nieco dłużej. W 2010 roku Tadeusz Kocowski otrzymał stopień doktora habilitowanego na podstawie monografii *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*. Czekać było jednak warto — monografia habilitacyjna stała się pierwszą kompleksową pracą poświęconą węzłowej kategorii teoretycznej prawa gospodarczego, jaką jest reglamentacja działalności gospodarczej — do dzisiaj jest to publikacja często cytowana w literaturze. W 2010 roku Tadeusz Kocowski został awansowany na stanowisko profesora nadzwyczajnego Uniwersytetu Wrocławskiego, a w 2020 otrzymał tytuł naukowy profesora.

Aktywność naukowa prof. Tadeusza Kocowskiego koncentruje się w największym stopniu na prawnej regulacji życia gospodarczego. Regulacja ta na przestrzeni lat odzwierciedlała odmienne role, jakie wobec funkcjonowania gospodarki odgrywało państwo. W początkowym okresie twórczości naukowej, który przypadł na czasy systemu gospodarki nakazowo-rozdzielczej, podstawową sferą zainteresowania naukowego Profesora stały się prawne mechanizmy systemu zaopatrzenia materiałowo-technicznego w gospodarce. Badania w tej dziedzinie odznaczały się wysoką rangą teoretyczną, przede wszystkim z uwagi na przenikanie się różnorodnych środków prawnych (administracyjnoprawnych, cywilnoprawnych, finansowoprawnych), a także ścisłym powiązaniem z praktyką gospodarczą. Z tego powodu Tadeusz Kocowski był aktywnym uczestnikiem projektów realizowanych przez Uniwersytet Wrocławski na zlecenie Państwowej Rady Gospodarki Materiałowej.

Transformacja gospodarcza zapoczątkowana na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych przyniosła radykalną zmianę paradygmatu oddziaływania państwa na gospodarkę. W owym czasie Tadeusz Kocowski stał się jednym z czołowych przedstawicieli nauki prawa, którzy swoje zaangażowanie badawcze skierowali w stronę problemów i wyzwań związanych z dostosowaniem prawnej regulacji gospodarki do systemu kształtującego się na fundamencie wolności gospodarczej i wiodącej roli przedsiębiorczości prywatnej. Szczególnie ważną rolę w kontekście zachodzącej transformacji odegrały Jego prace poświęcone przekształceniom własnościowym i prywatyzacji. Najdonioślejszy wkład Profesora we współczesną naukę prawa gospodarczego stanowi jednak twórczość dotycząca funkcji państwa wobec gospodarki. Jego zasługą jest wyznaczenie tożsamości funkcji o podstawowym znaczeniu w warunkach ustroju społecznej gospodarki rynkowej — policji gospodarczej i reglamentacji gospodarczej. Trudno wyobrazić sobie obszerniejszą pracę teoretyczną z zakresu publicznego prawa gospodarczego, w której nie znalazłyby się nawiązania do wspomnianej już monografii *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym* lub do przygotowanych przez prof. Tadeusza Kocowskiego tekstów zamieszczonych w opracowaniu *Publiczne prawo gospodarcze* w serii „System Prawa Administracyjnego”. Nie sposób nie wspomnieć również o licznych pracach Profesora poświęconych kolejnej z funkcji państwa wobec gospodarki — zarządowi mieniem publicznym. W tym obszarze przedmiotem Jego szczególnego zainteresowania stało się prawo zamówień publicznych.

Ważnym polem aktywności akademickiej prof. Tadeusza Kocowskiego jest działalność dydaktyczna. Pokoleniom studentów Profesor jawił się jako wykładowca o najwyższych kompetencjach merytorycznych, umiejętnie naświetlający wiedzę teoretyczną w kontekście bieżących zjawisk życia społecznego i gospodarczego, niestroniący od ubarwiających narrację wykładową anegdot i facecji. Jest chętnie wybieranym promotorem prac magisterskich i licencjackich, pełnił również funkcję promotora w czterech przewodach doktorskich, zakończonych obroną rozprawy doktorskiej i nadaniem stopnia doktora nauk prawnych.

Profesor Tadeusz Kocowski zasłużył się także dla Uniwersytetu Wrocławskiego, pomagając wzbogacić ofertę dydaktyczną — był pomysłodawcą i inicjatorem utworzenia studiów magisterskich na kierunku konsulting prawny i gospodarczy (prowadzonych wspólnie z Uniwersytetem Ekonomicznym we Wrocławiu), a także studiów podyplomowych prawa zamówień publicznych i studiów podyplomowych „Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach administracji publicznej — sytuacje zagrożenia”.

Kreatywność i kompetencje interpersonalne prof. Tadeusza Kocowskiego pozwoliły mu z powodzeniem realizować się również w sferze działalności organizacyjnej. W 2016 roku został wybrany na stanowisko dyrektora Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego, a w 2018 roku objął równoległe funkcję kierownika Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego. Ponadto w latach 2010–2020 kierował Katedrą Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Jest przy tym jednym z założycieli i członków władz Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego „UNIWERŹYTECKA”.

Polem aktywności organizacyjnej, w obrębie którego Profesor odznacza się szczególnym zaangażowaniem, jest współpraca Uniwersytetu Wrocławskiego z Państwową Strażą Pożarną. W ramach tej współpracy Tadeusz Kocowski uczestniczył w przygotowaniu ustaw związanych z bezpieczeństwem powszechnym i funkcjonowaniem straży pożarnej — ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej, ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej oraz ustawy z dnia 17 grudnia 2021 roku o ochotniczych strażach pożarnych. W uznaniu dla Jego kompetencji i doświadczenia Rektor Uniwersytetu Wrocławskiego powołał prof. Tadeusza Kocowskiego na stanowisko przewodniczącego Interdyscyplinarnego Zespołu Badawczego, którego zadaniem jest przygotowanie spójnego systemu bezpieczeństwa, opartego na strukturze administracji publicznej. W pracach zespołu uczestniczą przedstawiciele Państwowej Straży Pożarnej, Samorządu Województwa Dolnośląskiego — Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu.

70 lat życia prof. Tadeusza Kocowskiego to historia człowieka, który dał się poznać jako uczony wielkiej wiedzy i wielkiego ducha. Jego nowatorskie myśli są nie do przecenienia dla rozwoju nauki publicznego prawa gospodarczego, a przyrodzone Mu werwa i zapał pozwoliły na realizację śmiałych przedsięwzięć służących pożytkowi publicznemu i wspólnocie akademickiej Uniwersytetu Wrocławskiego.

Drogi Tadeuszu, dziękujemy, że przez 70 lat Twojego życia nie szczędziłeś sił dla dobra nauki i społeczeństwa. Wzór człowieka uniwersytetu — to właśnie Ty!

Ad multos annos!

*Karol Kiczka
Witold Małecki*



Wrocław, 17 czerwca 2022 r.

**Pan
Prof. dr hab. Tadeusz Kocowski*****Szanowny Panie Profesorze,***

w imieniu społeczności akademickiej Uniwersytetu Wrocławskiego składam na ręce Pana Profesora serdeczne gratulacje w związku z jubileuszem 70-lecia urodzin, a zarazem dziękuję za wieloletnią wzorową pracę na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego. W ciągu prawie pięćdziesięciu lat zatrudnienia w naszej uczelni (1973-2022) był Pan Profesor osobą mocno zaangażowaną w życie akademickie, podejmującą liczne inicjatywy sprzyjające rozwojowi myśli naukowej i współpracy Uniwersytetu z otoczeniem społeczno-gospodarczym. Dzięki Panu Profesorowi Uniwersytet Wrocławski utrzymuje silne więzi z Państwową Strażą Pożarną, które pozwalają na wspólną realizację przedsięwzięć służących wzmocnieniu prawnych gwarancji bezpieczeństwa powszechnego w skali regionalnej i ogólnopolskiej. Ogromnym wkładem Pana Profesora w rozszerzenie oferty dydaktycznej Uniwersytetu Wrocławskiego było zainicjowanie uruchomienia studiów magisterskich *Konsulting prawny i gospodarczy* (prowadzonych wspólnie z Uniwersytetem Ekonomicznym we Wrocławiu), a także Studiów Podyplomowych Prawa Zamówień Publicznych i Studiów Podyplomowych „Bezpieczeństwo Wewnętrzne w Działaniach Administracji Publicznej – Sytuacje Zagrożenia”. Dziękuję Panu Profesorowi także za pełnienie funkcji Dyrektora Instytutu Nauk Administracyjnych (2016-2022) oraz Kierownika Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego (2018-2022). Powierzenie tych stanowisk Panu Profesorowi jest wyrazem zaufania i szacunku, jakim darzyli i darzą Pana współpracownicy oraz władze rektorskie i dziekańskie.

Uniwersytet Wrocławski jest wspólnotą akademicką, obejmującą uczonych, studentów i służby administracyjne. Powodzenie i pomyślność tej wspólnoty zależą od jej członków – ich zdolności, pracowitości, zaangażowania i postawy. Będąc członkiem naszej wspólnoty akademickiej, dowiedział Pan Profesor, że jest osobą w każdym aspekcie odpowiadającą charakterystyce wzorcowego uczonego, którego aktywność pozwala wzmocniać i rozwijać nasz Uniwersytet. Mam nadzieję, że będzie Pan Profesor wciąż wspierał nas swoją mądrością i dawał przykład swoim oddaniem dobru wspólnoty akademickiej. Uniwersytet Wrocławski był, jest i będzie silny siłą osób takich jak Pan.

Życzę Panu Profesorowi wszelkiej pomyślności w każdej dziedzinie życia.

PROREKTOR DS. BADAŃ I KADRY AKADEMICKIEJ
DZIEKAN WYDZIAŁU ZARZĄDZANIA

Pan
prof. dr hab. Tadeusz Kocowski

Szanowny Panie Profesorze,

Korzystając ze szczególnej okazji pragniemy złożyć Panu Profesorowi serdeczne wyrazy uznania i podziękowania za oddanie i profesjonalizm, z jakim Pan Profesor przez wiele lat uczestniczył w życiu Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.

Nie jest łatwo zamknąć w kilku słowach wyrazów wdzięczności i uznania ogromnego wkładu Pana Profesora w kształcenie i w rozwój kadry naukowej. Dziś kłaniamy się nisko Profesorowi doceniając wkład w kształcenie młodego pokolenia, świetnemu wykładowcy i promotorowi wielu prac magisterskich i dyplomowych dziś już absolwentów Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.

Dziękujemy za wieloletnie kierowanie Katedrą Prawa Gospodarczego w Uniwersytecie Ekonomicznym we Wrocławiu oraz za ogromny wkład w rozwój nauki wybitnego znawcy publicznego prawa gospodarczego, prawa zamówień publicznych oraz prawnego systemu powszechnej ochrony ludności. Dzielił się Pan Profesor wiedzą i kompetencją w wielu działaniach organizacyjnych w Uniwersytecie Ekonomicznym we Wrocławiu, między innymi jako Przewodniczący Komisji Dyscyplinarnej do spraw Studentów i Doktorantów, Zastępca przewodniczącego Senackiej Komisji Statutowej, Członek Rektorskiej Komisji do spraw Opracowania Statutu Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Członek Komisji do spraw Weryfikacji Prac Dyplomowych, Opiekun naukowy Studiów Podyplomowych: Windykacja wierzytelności w gospodarce i administracji oraz Prawo handlowe i gospodarcze.

Nie do przecenienia jest inicjatywa Pana Profesora dotycząca powołania studiów II stopnia na kierunku Konsulting prawny i gospodarczy na ówczesnym Wydziale Zarządzania, Informatyki i Finansów. To dowód, że możliwe jest łączenie kompetencji dwóch uczelni. Wspólna organizacja tych studiów przez Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu i Uniwersytet Wrocławski zaświadcza wielkie zaangażowania i troski o kształcenie kadr przy wykorzystaniu potencjału różnych uczelni.

Niezwykle zaangażowanie Pana Profesora w integrację wrocławskiego środowiska prawników i ekonomistów uwidocznione zostało także w pomysle i realizacji cyklu konferencji pod tytułem *Przedsiębiorca w społecznej*

PROREKTOR DS. BADAŃ I KADRY AKADEMICKIEJ
DZIEKAN WYDZIAŁU ZARZĄDZANIA

gospodarce rynkowej również organizowane wspólnie przez Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu i Uniwersytet Wrocławski.

Pan Profesor zainicjował również współpracę Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu z Urzędem Zamówień Publicznych, co zaowocowało między innymi wspólnymi konferencjami naukowymi w zakresie *Zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniające nowe dyrektywy UE i ich wpływ na praktykę udzielania zamówień* oraz *Kontrola zamówień publicznych*.

Przy tym wszystkim Pan Profesor Tadeusz Kocowski zawsze pozostaje człowiekiem skromnym i niezwykle życzliwym.

Kreśląc szczerze wyrazy uznania i podziękowania za szczególne zaangażowanie z jakim Pan Profesor pracował na rzecz naszej Uczelni – Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, mamy w sercu nadzieję, że kontakt z nami będzie ciągły i będziemy mogli liczyć na udział Pana Profesora w życiu Uczelni.

Niech te podziękowania przeplatają się z życzeniami zdrowia, szczęśliwego życia i satysfakcji z aktywności naukowo-zawodowej, by czas upływał w dobrym humorze i optymizmie, który pozwoli zaplanować i zrealizować jeszcze wiele ciekawych przedsięwzięć.

Dziękując za wieloletnią współpracę składamy Panu Profesorowi serdeczne życzenia wielu lat w zdrowiu i radości.

Ad multos annos!

Prorektor ds. Badań i Kadry Akademickiej

prof. dr hab. Ewa Stańczyk-Hugiet

Dziekan Wydziału Zarządzania

dr hab. Estera Piwoni-Krzeszowska,
prof. UEW



DZIEKAN

ul. Uniwersytecka 22-26
50-145 Wrocław

tel. +48 71 375 23 38 | +48 71 375 27 84

dziekan.wpae@uwr.edu.pl | www.prawo.uni.wroc.pl

Niedzie Szanowny Panie Profesorze, Drogi Tedusiu!

spotyka mnie zaszczyt skierowania do Ciebie słów podziękowania, gratulacji i uszanowania w imieniu wspólnoty Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Wydziału, w którego murach spędziłeś kilkadziesiąt lat – najpierw jako student, później – jako utalentowany i zaangażowany uczony zdobywający kolejne szczeble kariery akademickiej, kończąc na tytule naukowym profesora i stanowisku Dyrektora Instytutu Nauk Administracyjnych oraz Kierownika Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego.

Mogę z pełnym przekonaniem stwierdzić, że dla naszego Wydziału jesteś osobą wyjątkową. Cechuje Cię ogromna, ponadprzeciętna aktywność na wszystkich polach życia akademickiego. Trudno zliczyć wszystkie publikacje, które zostały wydane dzięki Twojemu zaangażowaniu, i wszystkie konferencje naukowe, które odbyły się z Twojej inicjatywy. Dzięki Tobie na naszym Wydziale zostały uruchomione nowe kierunki studiów – zarówno magisterskich (Konsulting prawny i gospodarczy) jak i podyplomowych (w dziedzinie prawa zamówień publicznych i bezpieczeństwa wewnętrznego w działaniach administracji publicznej). Jesteś ceniony jako wykładowca – prowadzący zajęcia zawsze ze swadą i humorem, a także jako promotor wielu prac licencjackich, magisterskich i doktorskich.

Szczególnie cenię i podziwiam Twoje oddanie dobru wspólnemu. Jesteś uczonym, który swoją wiedzę, umiejętności i doświadczenie wykorzystuje w służbie społeczeństwu. Dzięki Tobie od wielu lat trwa współpraca środowiska naukowego Uniwersytetu Wrocławskiego z Państwową Strażą Pożarną, w ramach której opracowywane są mechanizmy prawne ochrony bezpieczeństwa powszechnego. Zasłużyłeś się w pracach nad uchwaleniem ustaw związanych z funkcjonowaniem straży pożarnej – ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej oraz ustawy z dnia 17 grudnia 2021 r. o ochotniczych strażach pożarnych. Wyrazem uznania dla Twoich kompetencji w dziedzinie bezpieczeństwa powszechnego stało się powołanie Cię na stanowisko przewodniczącego Interdyscyplinarnego Zespołu Badawczego, którego zadaniem jest przygotowanie spójnego systemu bezpieczeństwa, opartego o strukturę administracji publicznej.

Nie mogę nie wspomnieć, że beneficjentem Twojej aktywności społecznej jest także nasz Wydział. Należysz do grona założycieli i członków władz Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego „UNIWERŠYTECKA”, które pełni ważną misję jako płaszczyzna integracji absolwentów naszego Wydziału. Działalność Stowarzyszenia, w której odgrywasz istotną rolę, pozwala wielu absolwentom utrwać więzi zarówno między sobą, jak i ze swoją *Alma Mater*.

Niniejszy list kieruję do Ciebie także jako Twój wieloletni przyjaciel z Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego. Możliwość współpracy z Tobą była i jest dla mnie zaszczytem i przyjemnością. Cieszę się, że mogłem poznać Cię nie tylko jako wybitnego uczonego, ale również jako wspaniałego człowieka, który buduje koleżeńską, twórczą i odpowiedzialną atmosferę w naszym środowisku. Już jako student na prowadzonych przez Ciebie ćwiczeniach z ówczesnego Prawa administracyjnego gospodarczego oraz później w toku obrony pracy magisterskiej doświadczałem Twoich wyjątkowych talentów. Jesteś osobą, która rozciąga wokół siebie aurę optymizmu, dobra i życzliwości. Mimo trudnych wyzwań, z którymi przychodzi Ci się mierzyć – w szczególności jako Dyrektorowi Instytutu Nauk Administracyjnych – z Twojej twarzy nigdy nie schodzi uśmiech. Podziwiam Twoje szerokie horyzonty i bogatą wiedzę życiową, a także nieprzebrany zasób anegdot i dykteryjek, które potrafisz dobrać i dopasować do każdej sytuacji.

Drogi Tadeuszu, jubileusz Twojego siedemdziesięciolecia jest dobrym momentem dla refleksji i podsumowań. Bilans Twojego zaangażowania dla Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego jest pełen zysków. Na przestrzeni kilkudziesięciu lat zasłużyłeś się dla Wydziału zarówno wielką liczbą najwyższej klasy osiągnięć naukowych, dydaktycznych i organizacyjnych, jak i ogromnym wkładem dobrej energii, kreatywności i zaangażowania na rzecz dobra wspólnego. Dziękuję Ci za to z całego serca, kłaniając się nisko i życząc wszystkiego, co najlepsze.

Ładne wypony macunkam i nejczyższego powotemudę

Dziekan

Karol Kiczka
prof. dr hab. Karol Kiczka



PAŃSTWOWA STRAŻ POŻARNA

STATE FIRE SERVICE OF POLAND

prof. dr hab. Tadeusz KOCOWSKI

*Dyrektor Instytutu Nauk Administracyjnych
Kierownik Zakładu Publicznego
Prawa Gospodarczego
na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego*

Wielce Dostojny Jubilatcie,

W związku z szacownym Jubileuszem Pańskich 70-tych urodzin, uprzejmie proszę o przyjęcie, w imieniu całego kierownictwa Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej, wyjątkowych życzeń najlepszego zdrowia i wszelkiej pomyślności, a także najserdeczniejszych podziękowań i słów najwyższego uznania za Pańską osobowość oraz godną podziwu postawę na przestrzeni wielu lat.

Pański dotychczasowy dorobek naukowy, ogromne zaangażowanie w sprawy ochrony przeciwpożarowej, a także szczególna przychylność i sympatia dla zawodowych strażaków i druhów ochotników zasługują na mój wielki szacunek. Należy tu wspomnieć o wielce owocnej współpracy Pana Profesora i innych pracowników naukowych Uniwersytetu Wrocławskiego przy przygotowaniu w latach 1990-1991 projektów ustaw o Państwowej Straży Pożarnej oraz o ochronie przeciwpożarowej. Ustawy te umożliwiły powstanie po raz pierwszy w naszym kraju państwowej formacji ratowniczej oraz wprowadziły nowoczesną ochronę przeciwpożarową do europejskich kanonów ochrony ludności. Przygotowywane z Pańskim udziałem konferencje naukowe, kończące się publikacjami naukowymi, będącymi też wytycznymi do działań w zakresie proponowania nowych rozwiązań prawnych na rzecz szeroko rozumianej ochrony ludności oraz ochotniczych straży pożarnych są źródłem inspiracji i wsparciem dla naszej formacji oraz jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego i administracji rządowej.

Z okazji dostojnego Jubileuszu życzę Panu niewyczerpanych pokładów energii, twórczych pomysłów, zadowolenia z każdego nowego dnia, a także realizacji wszelkich osobistych zamierzeń.

*Komendant Główny
Państwowej Straży Pożarnej*

gen. brygadier Andrzej BARTKOWIAK

Stowarzyszenie Absolwentów
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Wrocław, rok akademicki 2021–2022

Pan

Prof. dr hab. Tadeusz Kocowski

Dyrektor Instytutu Nauk Administracyjnych

Kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

Szanowny Panie Profesorze!

W imieniu członków Stowarzyszenia Absolwentów Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego „Uniwersytecka” proszę przyjąć gratulacje i słowa najwyższego uznania z okazji jubileuszu 70-lecia urodzin.

Szanowny Jubilacie!

Urodziłeś się w szczególnym dniu dla Polaków i całej społeczności katolickiej, to jest 25 grudnia i nadano Ci imię znane od czasów biblijnych. To zobowiązuje i Ty się z tego zobowiązania z nadwyżką już wywiązałeś!

Twoja droga życiowa, a w tym zawodowa, związana jest z Wrocławiem, Uniwersytetem Wrocławskim i Wydziałem Prawa, Administracji i Ekonomii.

Dokonując przeglądu Twojego dorobku naukowego, trudno sobie wyobrazić bardziej twórczego naukowca, który tak trafnie połączył badania naukowe z praktyką życia gospodarczego oraz wykazał w swojej twórczości naukowej trafność doboru, połączenia i ścisłego związku prawa, administracji i ekonomii.

Na korytarzach i przed gmachem wrocławskiego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii zaczęłam kilkunastu przypadkowych studentów, pytając ich, czy znają Pana Profesora, a jeśli tak, to z czym Pan Profesor im się kojarzy?

Odpowiedzi, które usłyszałam, mnie nie zaskoczyły i potwierdziły powszechnie znaną opinię o Panu Profesorze: „jest sprawiedliwy, chociaż nie byłam zadowolony z wyników egzaminu”, „jest spoko”, „jest w porządku”, „wydaje się sympatyczny”, „ja go polubiłam i generalnie jest lubiany przez studentów”.

Były też odpowiedzi takie: „a to ten od stowarzyszenia absolwentów”, „był cierpliwy w trakcie nauki zdalnej, ja bym taki nie był”.

Studenci — wychowankowie Pana Profesora szanują Go za dar przekazywania wiedzy, komunikatywność, życzliwość i zrozumienie, a przede wszystkim za ogrom wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem absolwentów zawsze cechowały Pana Profesora profesjonalizm, wysoka kultura osobista, umiejętność pracy ze studentami, również trudnymi, zawsze w przyjaznej i twórczej atmosferze, wyrozumiałość, wsparcie i motywowanie dla realizacji kolejnych pomysłów, inicjatyw i projektów.

Mam nadzieję, że Pan Profesor nie będzie miał mi tego za złe, że przy okazji tych gratulacji znajdzie się również wątek osobisty.

Pana Profesora poznałam jako początkująca studentka na kierunku administracja, ale również na początku jego drogi zawodowej, jako młodego, ambitnego naukowca, uczestniczącego w programie badawczym, z udziałem wtedy znaczącego na rynku podmiotu gospodarczego.

Program ten był realizowany pod patronatem naukowym Pana Profesora Adama Chełmońskiego, który był również opiekunem Koła Naukowego Administratywistów, którego miałam zaszczyt być Prezesem.

Myślę, że można zaryzykować twierdzenie, że Pan Profesor Chełmoński był swoistym naukowym ojcem chrzestnym dzisiaj już dostojnego Jubilata.

Pan Profesor Kocowski jako młody wtedy naukowiec, zatrudniony na stanowisku asystenta, wraz z kolegami ze stosunkowo niedawno ukończonych studiów, potrafił pozyskać nas, początkujących studentów, do zaangażowania się w pracę koła naukowego, studiowania twórczego, intelektualnego i indywidualnego rozwoju i łączenia nauki z praktycznym jej zastosowaniem między innymi w gminach i podmiotach gospodarczych.

Jako pracownika naukowego cechował zawsze Pana Profesora niegasnący entuzjizm do tego czym się zajmował, a który to entuzjizm udzielał się wszystkim, z którymi Pan Profesor współpracował.

Za to we własnym i moich koleżanek i kolegów imieniu bardzo dziękuję.

Lata współpracy z Panem Profesorem to cenne doświadczenia, miłe wspomnienia i niegasnąca do dzisiaj sympatia.

W ramach działalności Stowarzyszenia mamy jako jego członkowie i sympatycy okazję uczestniczyć również w realizacji bardzo ciekawych pomysłów naukowych Pana Profesora, które zostały podsumowane i udokumentowane w licznych wydawnictwach naukowych.

Działalność absolwentów w Stowarzyszeniu „Uniwersytecka” to efekty współpracy w okresie studiów i zaszczytów więzi i chęci do wspólnego realizowania kolejnych przedsięwzięć naukowych, pielęgnowania więzi ze środowiskiem uniwersyteckim na bazie sympatycznych wspomnień z okresu kształcenia.

To, w jaki sposób zachęcał nas Profesor do udziału w nich, można z perspektywy czasu nazwać mistrzowską socjotechniką, w pozytywnym tego słowa znaczeniu.

Realizacja statutowych celów i zadań Stowarzyszenia „Uniwersytecka”, to jest: działalność naukowa i upowszechniająca naukę, integracja i aktywizacja środowiska absolwentów oraz promocja Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego i jego absolwentów. Jest w dużej mierze zasługą Pana Profesora.

Księga pamiątkowa *Współczesne funkcje państwa wobec gospodarki* jest bardzo trafnym pomysłem na uczczenie jubileuszu Pana Profesora i jego czterdziestosiedmioletniej pracy naukowej. Liczba artykułów i bogactwo ich treści świadczą o wielkim szacunku, jakim darzą również Profesora badacze nauk prawnych, nauk o administracji i nauk ekonomicznych.

Życzymy Panu Profesorowi dalszych sukcesów, zarówno w pracy naukowej, jak i kształceniu studentów oraz w pracy społecznej na rzecz dalszej realizacji celów Stowarzyszenia „Uniwersytecka”.

Mamy nadzieję na uroczyste spotkanie i wspólne uczczenie jubileuszu pięćdziesięciolecia Pana pracy naukowej.

Z wyrazami serdecznej przyjaźni

Grażyna Frister

* * *

W imieniu członków Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego „Uniwersytecka” dziękuję Pani Grażynie Frister — przyjaciółce i wieloletniej współpracownicy Pana Profesora — za przedstawienie jego dokonań, sukcesów i zaangażowania w życie akademickie.


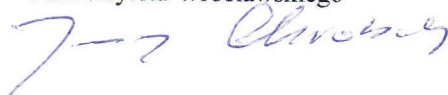
Pan Profesor uczył również mnie. Był promotorem mojej pracy magisterskiej *Administracyjno-prawne ograniczeniu obrotu towarowego z zagranicą*.

Nauka i pasja — przekazane przez Pana Profesora — zdeterminowały moje życiowe wybory i miały wpływ na moją karierę zawodową.

Do dziś wspominam zajęcia z Panem Profesorem: uczciwy, sprawiedliwy, zaangażowany, z misją. A jako Nauczyciel, Wychowawca, Człowiek Nauki — Pan Profesor przeprowadził z nami najważniejszą życiową lekcję — nauczył nas pokory i serdeczności, sprawiedliwej oceny i podejmowania wyzwań. Uwierzył w nas, a my — dzięki niemu — uwierzyliśmy w siebie.

Dziś z perspektywy czasu wiem, że ta bezinteresowność, serdeczność i ogromna wiedza, którą przekazuje Pan Profesor, wywarły wielki wpływ nie tylko na moje życie, ale na wszystkich studentów, którzy mieli zaszczyt uczyć się od Pana Profesora.

Dziękuję Panu Profesorowi za naukę wniesioną do mojego życia. Dziękuję również — a może i przede wszystkim — w imieniu naszego Stowarzyszenia i naszej społeczności.


Prezes Stowarzyszenia Absolwentów
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego


Uwagi o jednej z koncepcji naukowych Profesora Tadeusza Kocowskiego

Koncepcji naukowej prof. Tadeusza Kocowskiego poświęcam w tym miejscu kilka zdań w głębokim przekonaniu, że w pierwszym okresie swojej pracy na naszym Uniwersytecie świetnie opanował mechanizm budowy struktur organizacyjnych. Tak właśnie została oceniona Jego biegłość w tworzeniu organizacji w toku ćwiczeń, gdy musiał mnie dość nagle zastąpić. Był to dla mnie trudny czas, gdyż nadzorowałem jednocześnie zajęcia w trzech grupach — i to te zajęcia wzbudziły podziw, a nawet zachwyt osób uczestniczących w metodzie stosowanej przez prowadzącego. Nie jestem w stanie odtworzyć szczegółów programu, który stał się podstawą zadań zleconych studentom, ale jednogłośnie oceniono ich wyjątkowo wysoki poziom, zmuszający do podejmowania trudnych decyzji — w wielu wypadkach wymagających głoszenia spornych opinii. Bardzo żałuję, że w obecnej sytuacji nie jestem w stanie przypomnieć sobie tego rewelacyjnego występu mojego kolegi i przyjaciela, ale pamięć o Jego mistrzostwie przetrwała do naszych czasów i co ciekawe, nie została porównana z klasą wielu innych, także doskonałych w swoich działaniach. Jest to więc światło, które przez długie lata naszej współpracy zdobi chwałę Pana Profesora Tadeusza Kocowskiego i umacnia jego pozycję w prawniczym środowisku Uniwersytetu Wrocławskiego.

Ten mój tekst powstał współcześnie, chociaż dotyczy początku lat siedemdziesiątych, niedługo po powstaniu Instytutu Nauk Administracyjnych. Z wielkim szacunkiem chylę jednak głowę przed postacią Pana Profesora i cieszę się, że znalazłem to swoiste, ale tak bardzo wyraziste źródło Jego ciągle aktualnej uniwersyteckiej wielkości.

Jan Jeżewski

Wykaz najważniejszych publikacji Profesora Tadeusza Kocowskiego

2022

Asymmetry of Information in Public Procurement, [w:] *Asymmetric Information in Public Administration*, red. D. Cendrowicz, A. Chrisidu-Budnik, Warszawa 2022, s. 133–143.

2021

Autorytarne decyzje dyskrecjonalne w procesie nacjonalizacji w Polsce, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 43, 2021, nr 2, s. 351–359.

Etatyżacja remedium na prywatyzację [współautor: W. Małecki], „Studia Prawno-ustrojowe” 53, 2021, s. 303–319.

Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1, s. 16–28.

2020

Nadzór w spółce powstałej w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego [współautorzy: K. Kiczka, W. Małecki], [w:] *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka, t. 1, Warszawa 2020, s. 661–671.

Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce [współautor: W. Małecki], „Prawo” 331, 2020, s. 129–146.

O nadzorze w zamówieniach publicznych [współautor: K. Horubski], „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 2, s. 7–25.

- Prawo geologiczne i górnicze* [współautorzy: P.M. Wojtulek, W. Małecki], Warszawa 2020.
- Przedsiębiorstwo prywatne, państwowe, komunalne*, [w:] *Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym. Refleksje wrocławskiej szkoły administratywistycznej*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020, s. 229–237.
- Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady, instytucje, procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 211–223.
- Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020, s. 153–167.

2019

- Prawo działalności gospodarczej*, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemiec, Warszawa 2019, s. 399–442.
- Prawo własności intelektualnej w społecznej gospodarce rynkowej* [współautorzy: J. Gola, B. Ziemblicki], [w:] *Innowacje technologiczne w teorii i praktyce*, red. Z. Szalbierz, Wrocław 2019, s. 219–232.
- Spółdzielnia socjalna jako przedsiębiorca wykonujący działalność społecznie użyteczną*, „Prawo” 329, 2019, s. 311–321.
- Spółdzielnie socjalne przeciw wykluczeniu społecznemu. Raport* [współautorzy: J. Blicharz, M. Paplicki], Wrocław 2019.

2018

- Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 533–546.
- Działalność gospodarcza*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 127–176.
- Działalność zawodowa*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 177–184.
- Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 378–405.
- Kontrola policyjna w warunkach wolności działalności gospodarczej*, [w:] *Kontrola działań administracji publicznej w sferze gospodarki*, red. K. Kokocińska, Poznań 2018, s. 43–58.

- Licencje jako akty administracyjne w działalności gospodarczej. Zagadnienia wybrane* [współautorzy: K. Kiczka, W. Małecki], [w:] *Sektory infrastrukturalne. Problematyka prawna*, red. M. Królikowska-Olczak, Warszawa 2018, s. 113–122.
- Ochotnicza straż pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326, 2018, s. 23–36.
- Partnerzy społeczni administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 671–684.
- Policja gospodarcza*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 691–710.
- Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 185–233.
- Przedsiębiorcy państwowi pod rządem nadzoru właścicielskiego*, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UW dr hab. Jana Jeżewskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2018, s. 203–215.
- Raport. Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania, samorząd, bezpieczeństwo* [współautorzy: M. Błażewski, M. Paplicki, J. Filaber], [w:] *Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania, samorząd, bezpieczeństwo. Raport z badań*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, Wrocław 2018, s. 13–26.
- Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 711–732.
- Rejestracja przedsiębiorców*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 305–364.
- Samorząd gospodarczy i zawodowy*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 632–667.
- Status komisji przetargowej w prawie zamówień publicznych. Wybrane zagadnienia* [współautor: K. Horubski], „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4, s. 3–17.
- System ratownictwa medycznego a potrzeby zdrowotne starzejącego się społeczeństwa* [współautorzy: R. Susło, M. Paplicki], [w:] *Postępy medycyny ratunkowej 2018*, red. J. Jakubaszko, Wrocław 2018, s. 85–100.
- Unijna zasada zapewnienia niedyskryminującego dostępu a system udzielania zezwoleń w polskim prawie geologicznym i górniczym* [współautor: P.M. Wojtulek], „Przegląd Geologiczny” 2018, nr 2, s. 85–92.
- W siedemdziesiątą rocznicę urodzin Profesora Leona Kieresa* [współautorzy: K. Kiczka, W. Małecki], „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 13–15.

Wolność wykonywania zawodu, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 113–119.

2017

Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 50–64.

Forma podmiotu leczniczego a świadczenia zdrowotne [współautor: M. Paplicki], „Prawo” 323, 2017, s. 113–127.

Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej, „Prawo” 323, 2017, s. 101–112.

Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce samorządu terytorialnego, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań. X Konferencja Naukowa, 26–27 czerwca 2017 r., Białystok*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 39–46.

Zamawiający i wykonawcy w systemie zamówień publicznych, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 497, 2017, s. 166–176.

2016

Od administracji zarządzającej do administracji nadzorczej, [w:] *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*, red. J. Korczak, Wrocław 2016, s. 245–260.

Przedsiębiorcy i ich sytuacja prawna w stanach nadzwyczajnych, „Przegląd Prawa i Administracji” 106, 2016, s. 193–205.

2015

Administracyjno-prawne zagadnienie mienia publicznego. eBook dla kierunku studiów „Socjologia grup dyspozycyjnych” w Instytucie Socjologii Uniwersytetu Wrocławskiego [współautor: J. Gola], Wrocław 2015.

Działalność gospodarcza zakładów i przedsiębiorców w dziedzinie świadczenia usług pogrzebowych, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkuta, Wrocław 2015, s. 428–446.

Interes publiczny, konkurencja i równe traktowanie w zamówieniach publicznych, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 83–97.

Komercjalizacja, prywatyzacja a podmioty administracji gospodarczej, „Przegląd Prawa i Administracji” 100, 2015, cz. 1, s. 287–304.

Przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą akcesoryjną w społecznej gospodarce rynkowej a prawo własności, „Przegląd Prawa i Administracji” 103, 2015, s. 195–206.

Racjonalizacja wymagań z zakresu zdolności organizacyjno-zawodowych wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, s. 98–108.

2014

Gmina jako przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 372, 2014, s. 193–209.

Organy wykonawcze gmin a podejmowanie działalności gospodarczej przez osoby fizyczne, „Przegląd Prawa i Administracji” 98, 2014, s. 145–157.

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie [współautor: K. Horubski], „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 40–61.

Umowa w działaniach administracji publicznej, [w:] *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, red. A. Błaś, J. Boć, Wrocław 2014, s. 289–303.

2013

Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] *Kontrola zamówień publicznych (monografia naukowa). VI konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r.*, Wrocław, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 21–37.

Postępowania związane z legalizacją działalności gospodarczej podejmowanej przez osoby fizyczne, [w:] *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, red. B. Popowska, Poznań 2013, s. 127–150.

Prawo działalności gospodarczej, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemiec, Warszawa 2013, s. 279–317.

Przedsiębiorca wobec ograniczeń policyjnych, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 359–373.

System Prawa Administracyjnego, t. 8a–b. *Publiczne prawo gospodarcze* [współautorzy: M. Biliński, R. Blicharz, T. Długosz, J. Grabowski, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, M. Szydło, A. Walaszek-Pyziół, A. Żurawik], Warszawa 2013.

Zawód zaufania publicznego w gospodarce rynkowej. Rzeczywistość czy przeżytek, [w:] *Stare dogmaty — nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2013, s. 135–153.

2012

- Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 37–59.
- Ratownictwo medyczne — czy wyłącznie państwowe?* [współautor: M. Paplicki], [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 193–201.
- Uczestnicy i procedury zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012, s. 60–98.
- Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne. Stan obecny i perspektywy*, red. T. Kocowski, J. Kaspryszyn, Wrocław 2012, s. 74–90.
- Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych (monografia naukowa). V konferencja naukowa, 17–18 września 2012 r., Sopot*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012, s. 19–33.

2011

- Nadzór nad spółką celową powołaną do realizacji przedsięwzięć EURO 2012* [współautor: N. Miłostan], „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2011, nr 11, s. 123–145.
- Reglamentacja formą interwencjonizmu państwowego w społecznej gospodarce rynkowej*, [w:] *Państwo i rynek. Obszary zawodności*, red. U. Kalina-Prasznic, Wrocław 2011, s. 53–80.

2010

- Administracyjnoprawne ograniczenia zasady swobody umów*, [w:] *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, red. B. Gnela, Warszawa 2010, s. 69–86.
- Prawo administracyjne* [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowski, A. Cisek, M. Guziński, S. Hojda, J. Jendroška, J. Jeżewski, K. Kiczka, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, R. Mikowski, K. Nowacki, A. Ostapski, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2010.
- Wójt jako organ nadzoru policyjnego. Na marginesie art. 78 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010, s. 173–182.

2009

- Administracyjne prawo gospodarcze* [współautorzy: A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, M. Szydło], Wrocław 2009.
- Instrumenty administracyjnoprawne w systemie oceny zgodności z zasadniczymi wymogami* [współautorzy: A. Borkowski, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, M. Szydło], [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 227–267.
- O Profesorze* [współautorzy: K. Complak, Z. Kegel, J. Kundera, J. Mielczarek, A. Podpora, J. Supernat], [w:] *Profesora Jana Bocia — styl, słowa, szkoła*, red. A. Szadok-Bratuń, Bielany Wrocławskie 2009, s. 15–21.
- O zezwoleniach policyjnych oraz reglamentacyjnych*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 348–358.
- Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego a obowiązki przedsiębiorców związane z zapewnieniem bezpieczeństwa wewnętrznego*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, red. A. Chajbowicz, T. Kocowski, Wrocław 2009, s. 303–316.
- Prewencyjny nadzór reglamentacyjny*, [w:] *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Stanisława Jędrzejewskiego*, [red. W. Szwajdler, H. Nowicki], Toruń 2009, s. 263–275.
- Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Stowarzyszenie jako osoba prawna prowadząca działalność gospodarczą jako aktywność akcesoryjną*, [w:] *Prawna działalność instytucji społeczeństwa obywatelskiego*, red. J. Blicharz, J. Boć, Wrocław 2009, s. 287–300.

2008

- Organ wykonawczy gminy a działalność gospodarcza wykonywana na jej terenie*, „Pro Publico Bono” 2008, nr 3, s. 133–168.
- Uczestnicy zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, red. M. Guziński, Wrocław 2008, s. 56–85.

2007

- Adam Chelmoński — rektor WSE w roku 1959*, [w:] *Poczet Rektorów Wyższej Szkoły Handlowej, Wyższej Szkoły Ekonomicznej i Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu 1947–2007*, red. J.M. Soroka, Wrocław 2007, s. 123–137.
- Akty bieżącego nadzoru reglamentacyjnego*, [w:] *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2007, s. 71–103.

- Nazwa gminy oraz nazwy miejscowości znajdujących się w granicach gminy*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2007, nr 1, s. 9–18.
- Prawne możliwości instytucjonalnej współpracy gminy z partnerem prywatnym przy realizacji projektu inwestycyjnego wykraczającego poza sferę użyteczności publicznej (hotelarstwo, gastronomia, budowa tras i wyciągów narciarskich)*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2007, nr 5, s. 54–63.
- Prawo administracyjne* [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowicz, A. Cisek, M. Guziński, S. Hojda, J. Jendrońska, J. Jeżewski, K. Kiczka, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, R. Mikowski, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2007.
- Sprywatyzowanie komunalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez podniesienie kapitału i objęcie udziałów przez inwestora wyłonionego w trybie rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2007, nr 1, s. 57–64.

2006

- Komunalizacja mienia dokonywana na podstawie przepisów ustawy o prywatyzacji i komercjalizacji*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2006, nr 4, s. 9–21.
- Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne — reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z 21 sierpnia 1997 roku*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 113–142.
- Warunki sprzedaży lokali mieszkalnych przejętych przez gminę od PKP SA*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2006, nr 1, s. 32–38.

2005

- Administracyjne prawo gospodarcze* [współautorzy: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, J. Supeł, M. Szydło], Wrocław 2005.
- Prawo administracyjne* [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowicz, A. Cisek, M. Guziński, S. Hojda, J. Jendrońska, J. Jeżewski, K. Kiczka, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, R. Mikowski, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2005.
- Prywatyzacja bezpośrednia samorządowej instytucji filmowej a wygaszenie wierzytelności Skarbu Państwa*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2005, nr 2, s. 88–93.
- Prywatyzacja wykonania zadania publicznego polegającego na świadczeniu usług dotyczących utrzymania czystości i porządku w gminach*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2005, nr 6, s. 16–28.

Przeniesienie własności nieruchomości na spółkę powstałą w wyniku prywatyzacji przedsiębiorstwa komunalnego, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2005, nr 1, s. 50–59.

Zadania organów wykonawczych gmin w zakresie działalności gospodarczej, [w:] *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej. W 35. rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. A. Błaś, K. Nowacki, Wrocław 2005, s. 201–215.

2004

Administracyjne prawo gospodarcze [współautorzy: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, T. Haberka, K. Kiczka, L. Kieres, J. Supeł, M. Szydło], Wrocław 2004.

Administracyjne prawo gospodarcze. Źródła [współautorzy: A. Borkowski, M. Guziński], Wrocław 2004.

Charakterystyka zmian dokonanych ustawą z dnia 17 października 2003 r. zmieniającą ustawę o gospodarce komunalnej, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2004, nr 4, s. 5–17.

Prawniczy słownik wyrazów trudnych [współautorzy: A. Bator, A. Błaś, J. Boć, A. Borkowski, A. Chajbowicz, A. Cieśliński, K. Complak, H. Duszka-Jakimko, J. Giezek, M. Guziński, J. Jacyszyn, R. Jaworski, J. Jezioro, J. Jeżewski, P. Jurek, T. Kalisz, K. Kiczka, A. Klein, E. Klein, M. Kopyściański, B. Kowalczyk, M. Maciejewski, K. Orzechowski, J. Przygodzki, Z. Pulka, M. Sadowski, E. Samborska-Boć, K. Sawicka, B. Sołtys, J. Supernat, M. Szostak, E. Szymoszek, K. Wójtowicz], Wrocław 2004.

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowicz, A. Cisek, M. Guziński, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemieć, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2004.

Reglamentacja obrotu udziałami i akcjami przez gminy, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 108–117.

Skutki prawne rozstrzygnięcia nadzorczego stwierdzającego nieważność uchwały rady gminy w sprawie taryfy dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2004, nr 2, s. 63–71.

Utworzenie przez gminę, względnie przystąpienie gminy do sportowej spółki akcyjnej, której działalność ukierunkowana jest na sport profesjonalny, przy równoczesnym prowadzeniu sportu amatorskiego dzieci i młodzieży, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2004, nr 6, s. 33–44.

Ważność zezwolenia na wykonywanie krajowego zarobkowego przewozu osób, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2004, nr 3, s. 60–67.

Współdziałanie gminy i przedsiębiorstwa energetycznego w zaopatrzeniu mieszkańców w paliwo energetyczne, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2004, nr 1, s. 46–56.

2003

Administracyjne prawo gospodarcze [współautorzy: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, T. Haberka, K. Kiczka, L. Kieres, J. Supeł, M. Szydło], Wrocław 2003.

Forma prawna uchwał zgromadzenia wspólników jednoosobowej spółki gminy, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2003, nr 3, s. 5–11.

Komercjalizacja i prywatyzacja bezpośrednia Instytucji Filmowej, posiadającej status samorządowej osoby prawnej, a wiarygodności z tytułu odpłatnego nabycia własności budynków, innych urządzeń i lokali, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2003, nr 6, s. 67–74.

Prawne możliwości przekształcenia przez związek komunalny jednostki budżetowej tego związku w spółkę kapitałową prawa handlowego, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2003, nr 6, s. 75–86.

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowicz, A. Cisek, M. Guziński, S. Hojda, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2003.

Restrukturyzacja organizacyjna samorządowej instytucji filmowej, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2003, nr 4, s. 58–65.

Zlecenie samorządowym jednostkom organizacyjnym zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2003, nr 5, s. 15–25.

Zmiany w przepisach ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 56, 2003, s. 7–12.

2002

Prawne możliwości nieodpłatnego zbycia przez gminę pracownikom spółki udziałów (akcji) w prywatyzowanej jednoosobowej spółce utworzonej na bazie majątku po zlikwidowanym zakładzie budżetowym, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2002, nr 3, s. 5–16.

Prawne możliwości reorganizacji muzeów samorządowych jako instytucji kultury, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2002, nr 6, s. 5–18.

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowski, A. Cisek, M. Guziński, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2002.

2001

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowski, A. Cisek, M. Guziński, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2001.

Status prawny jednoosobowej spółki gminy, „Przegląd Prawa i Administracji” 46, 2001, s. 75–85.

2000

Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane [współautorzy: A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres], Wrocław 2000.

Administracyjne prawo gospodarcze. Źródła, orzecznictwo, zadania [współautorzy: A. Borkowski, M. Guziński], Wrocław 2000.

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowski, A. Cisek, M. Guziński, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 2000.

1999

Administracyjne prawo gospodarcze. Źródła [współautorzy: A. Borkowski, M. Guziński], Wrocław 1999.

1998

Administracyjnoprawne ograniczenia uczestnictwa pracowników jednoosobowej spółki gminy w jej władzach [współautor: M. Guziński], „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 8, s. 38–42.

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowski, A. Cisek, M. Guziński, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Korczak, B. Kowalczyk, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, K. Nowacki, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 1998.

Struktura prawna działań organu założycielskiego w procesie likwidacji i prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa państwowego [współautor: M. Guziński], „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 51, 1998, s. 13–18.

1997

Prawo administracyjne [współautorzy: J. Blicharz, A. Błaś, J. Boć, A. Chajbowicz, A. Cisek, M. Guziński, S. Hojda, J. Jendrośka, J. Jeżewski, L. Kieres, J. Kremis, P. Lisowski, M. Miemiec, J. Supernat, A. Szadok-Bratuń], Wrocław 1997.
Uczestnictwo pracowników jednoosobowej spółki Skarbu Państwa w radzie nadzorczej [współautorzy: J. Boć, M. Guziński], „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 4, s. 1–7.

1996

Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej, „Prawo” 253, 1996, s. 116–124.

1995

Reorganizacja przedsiębiorstwa komunalnego a prawne możliwości dysponowania jego mieniem [współautor: M. Guziński], „Poradnik Samorządowy” 1995, nr 3, s. 45–55.

1994

Struktura prawna władczych działań organów administracji w procesie prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego [współautor: M. Guziński], „Państwo i Prawo” 49, 1994, s. 62–72.

1992

Prywatyzacja przedsiębiorstw w świetle badań statystycznych [współautorzy: M. Durbajło-Mrowiec, M. Kufel], „Przegląd Statystyczny Śląska Dolnego i Opolskiego” 1992, s. 127–138.
Reglamentacyjna funkcja organów administracji gospodarczej w zakresie gospodarki materiałowej, [w:] *Studia z zakresu polityki finansowej i prawa finansowego dedykowane pani Profesor Krystynie Jandy-Jendrośkowej*, red. M. Mazurkiewicz, Wrocław 1992, s. 95–102.

Wkłady jako źródło pokrycia udziałów w innych podmiotach gospodarczych realizujących wspólne cele (przedsiębiorstwa wspólne i mieszane) [współautor: J. Jacyszyn], [w:] *Udziały w spółkach. Zarządzanie i rachunkowość*, Wrocław 1992, s. 41–55.

1991

Organizacyjno-prawne formy prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy, [w:] *Działalność gospodarcza gmin*, Wrocław 1991, s. 31–45.

1990

Formy organizacyjne działalności gospodarczej organizacji społecznych, „Przeegląd Prawa i Administracji” 26, 1990, s. 103–112.

Spółki podmiotów własności społecznej (przedsiębiorstwa wspólne i mieszane), [w:] *Tworzenie i funkcjonowanie spółek. Zagadnienia cywilnoprawne i administracyjne*, red. J. Frąckowiak, L. Kieres, Warszawa-Wrocław 1990, s. 97–111.

Współpraca spółek z udziałem zagranicznym i przedsiębiorstw mieszanych z przedsiębiorstwami państwowymi [współautor: L. Kieres], [w:] *Tworzenie i funkcjonowanie spółek. Zagadnienia cywilnoprawne i administracyjne*, red. J. Frąckowiak, L. Kieres, Warszawa-Wrocław 1990, s. 83–96.

1989

Działalność gospodarcza osób fizycznych w zakresie rzemiosła, handlu i usług oraz transportu, „Przeegląd Prawa i Administracji” 25, 1989, s. 59–80.

Reglamentacja zaopatrzenia w materiały a organy administracji państwowej, „Prawo” 183, 1989, s. 107–121.

1987

Kompetencje samorządu załogi przedsiębiorstwa państwowego w tworzeniu struktur organizacyjnych [współautor: M. Guziński], „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1987, nr 5, s. 46–58.

1985

Obowiązek sprawnego działania a działania podmiotów gospodarujących, „Prawo” 112, 1985, s. 111–117.

Reglamentacja działalności gospodarczej (problemy prawne) [współautor: A. Chełmoński], [w:] *Instytucje prawne zarządzania państwowymi organizacjami gospodarczymi*, red. K. Podgórski, Katowice 1985, s. 39–65.

1983

Zagadnienia ustalania przez przedsiębiorstwa państwowe ich organizacji wewnętrznej i zasad działania [współautor: M. Guziński], „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 36, 1983, s. 250–254.

1981

Regulacja prawna działań przedsiębiorstwa w dziedzinie zaopatrzenia materiałowego, Wrocław 1981.

PAŃSTWO A GOSPODARKA —
USTALENIA RUDYMENTARNE

BARBARA ADAMIAK

ORCID: 0000-0001-8942-0543

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

barbara.adamiak@onet.pl

Gwarancje prawne zasady ogólnej zaufania do przedsiębiorcy

Abstrakt: Zasadę zaufania do przedsiębiorcy należy postrzegać jako podstawę wyprowadzenia domniemania działania zgodnego z prawem. Ustanowione w przepisach prawa gwarancje działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem mają naturę gwarancji prewencyjnych. Ich ustanowienie ma wpływ na działanie przedsiębiorcy zgodnie z prawem. Gwarancje te mogą przekształcać się w represyjne z chwilą przekroczenia przez przedsiębiorcę w działaniu nakazów zawartych w przepisach prawa, w skutkach prawnych prowadząc do utraty uprawnienia, nałożenia kary czy poniesienia odpowiedzialności majątkowej.

Słowa kluczowe: zasada zaufania do przedsiębiorcy, gwarancje prawne, gwarancje prewencyjne, gwarancje represyjne.

1. Zasada domniemania prawidłowości w działaniu podmiotów w doktrynie prawa administracyjnego

Zasadę domniemania prawidłowości działania wykształcono w doktrynie prawa administracyjnego w relacji władczej organu administracji publicznej wobec jednostki. W klasycznej i współczesnej teorii wadliwości aktu administracyjnego punktem wyjścia było i jest przyjęcie domniemania prawidłowości aktu administracyjnego¹. Akt administracyjny z chwilą wejścia do obrotu prawnego w trybie regulowanym przepisami prawa ma moc obowiązującą jako zgodny z prawem.

¹ Zob. np. E. Iserzon, *Moc obowiązująca aktu administracyjnego i domniemanie jego ważności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 1, s. 57; J. Borkowski, *Zmiana i uchylene ostatecznych decyzji administracyjnych*, Warszawa 1967, s. 52 n.; B. Adamiak, *Kon-*

Domniemanie prawidłowości aktu administracyjnego obwarowane jest gradacją wadliwości i w następstwie sankcjami prawnymi obalenia mocy prawnej jego obowiązywania w obrocie prawnym.

Koncepcja domniemanie prawidłowości działania organów administracji publicznej wobec jednostki ma przeniesienie na domniemanie prawidłowości działania jednostki. Jednostka, której uprawnienia i obowiązki kształtowane są władczo, będzie je realizować zgodnie z aktem je wyznaczającym². Tak jak w przypadku aktu administracyjnego domniemanie prawidłowości obwarowane jest sankcjami prawnymi jego zgodności z prawem, tak też przyjęcie domniemanie prawidłowości działania jednostki zgodnie z treścią aktu i wyznaczonymi przepisami prawa wymaganiami przy jego realizacji obwarowane jest różnego rodzaju gwarancjami prawnymi. Gwarancje prawne działania jednostki zgodnie z prawem oparte są na złożonym systemie środków prawnych. Nie ma on jednak jednolitego charakteru prawnego, co daje podstawy do podziału gwarancji prawnych na prewencyjne i represyjne. Ich wspólną funkcją jest zapewnienie działania jednostki zgodnie z prawem.

2. Zasada zaufania do przedsiębiorcy jako podstawa wyprowadzenia domniemanie działania zgodnego z prawem

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców³: „Organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów”. Ustanowienie w art. 10 ust. 1 zasady zaufania do przedsiębiorcy poprzedza regulacja wyznaczająca treści budujące to zaufanie. Wedle art. 8 ustawy Prawo przedsiębiorców: „Przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa”. Zgodność działania z prawem przedsiębiorcy określają prze-

cepcja weryfikacji rozstrzygnięć, [w:] *System prawa administracyjnego procesowego*, t. 2, cz. 5, Warszawa 2019, s. 36 i podana tam literatura.

² Opierając się na art. 10 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców, buduje się w doktrynie zasadę domniemanie uczciwości przedsiębiorcy. Zob. np. K. Kokocińska, [w:] L. Bielecki *et al.*, *Konstytucja Biznesu. Komentarz. Prawo przedsiębiorców. Ustawa o CEIDG. Ustawa o Rzeczniku MŚP. Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium RP*, Warszawa 2019, s. 91 n.; P. Kwiatkowski, [w:] A. Pietrzak *et al.*, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 109 n.

³ Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

pisy ustaw materialnoprawnych wyznaczających dany rodzaj działalności, co nie oznacza, że zakres przedmiotowy tych przepisów nie jest zawarty w ustawach mających znaczenie ogólne, jak na przykład ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska⁴. Wyznaczenie działalności przedsiębiorcy zgodnej z prawem obejmuje zatem złożony system, który nie ogranicza się wyłącznie do przepisów regulujących przedmiotowy zakres działalności. W tym zakresie należy szukać gwarancji prawnych działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem. Te zawarte w przepisach prawa gwarancje mają naturę gwarancji prewencyjnych, albowiem ich ustanowienie ma wpływ na działanie przedsiębiorcy zgodnie z prawem. Gwarancje te mogą przekształcać się w represyjne z chwilą przekroczenia przez przedsiębiorcę w działaniu nakazów ustanowionych w przepisach prawa, w skutkach prawnych prowadząc do utraty uprawnienia, nałożenia kary czy poniesienia odpowiedzialności majątkowej.

3. Kontrola jako podstawowa gwarancja prewencyjna działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem

Zasada ogólna zaufania do przedsiębiorcy obwarowana jest już w ustawie Prawo przedsiębiorców kontrolą określoną w sposób związany z tą zasadą. Ma to odbicie w samym tytule rozdziału 5 tej ustawy, który brzmi „Ograniczenie kontroli działalności gospodarczej”. Ten związek z zasadą ogólną zaufania do przedsiębiorcy został wyeksponowany w regulacji art. 47 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców, który stanowi:

Kontrolę planuje się i przeprowadza po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach wykonywania działalności gospodarczej. Analiza obejmuje identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia przepisów jest największe. Sposób przeprowadzenia analizy określa organ kontroli lub organ nadrzędny.

Przedsiębiorcy przysługuje prawo sprzeciwu. Zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców: „Przedsiębiorca może wnieść sprzeciw wobec podjęcia i wykonywania przez organ kontroli czynności z naruszeniem przepisów art. 48, art. 49, art. 50 ust. 1 i 5, art. 51 ust. 1, art. 54 ust. 1, art. 55 ust. 1 i 2 oraz art. 58 [...]”.

⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.

4. Gwarancje prewencyjne o charakterze materialnoprawnym

Do systemu gwarancji prewencyjnych o charakterze materialnoprawnym należy zaliczyć środek prawny zabezpieczenia. Taki sposób zabezpieczenia zgodnie z prawem działania przedsiębiorcy przyjmuje ustawa z dnia 9 czerwca 2011 roku Prawo geologiczne i górnicze⁵. Według art. 28 tej ustawy:

Koncesji na podziemne składowanie odpadów udziela się pod warunkiem ustanowienia zabezpieczenia roszczeń mogących powstać wskutek wykonywania takiej działalności (ust. 1). Jeżeli przemawia za tym szczególnie ważny interes państwa lub szczególnie ważny interes publiczny związany w szczególności z ochroną środowiska lub gospodarką kraju, koncesja na działalność inną niż określona w ust. 1, z wyjątkiem koncesji na podziemne składowanie dwutlenku węgla, może zostać udzielona pod warunkiem ustanowienia zabezpieczenia roszczeń mogących powstać wskutek wykonywania objętej nią działalności (ust. 2). [...] O formie, zakresie oraz sposobie zabezpieczenia, a w przypadku działalności innej niż określona w ust. 1 — także o potrzebie ustanowienia zabezpieczenia, rozstrzyga organ koncesyjny, działając w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie (ust. 4).

Wprost o ustanowieniu zabezpieczenia jako gwarancji prawidłowego wykonania obowiązku stanowi art. 28a ustawy Prawo geologiczne i górnicze:

Koncesji na podziemne składowanie dwutlenku węgla udziela się pod warunkiem: [...] 2) ustanowienia zabezpieczenia finansowego (ust. 1). Przedsiębiorca jest obowiązany do ustanowienia zabezpieczenia finansowego należytego wykonywania obowiązków związanych z: 1) eksploatacją podziemnego składowiska dwutlenku węgla; [...] (ust. 2).

Zgodnie z art. 28a ust. 3 tej ustawy:

Zabezpieczenie finansowe należytego wykonywania obowiązków związanych z eksploatacją podziemnego składowiska dwutlenku węgla jest ustanawiane w celu wypełnienia warunków określonych w koncesji na podziemne składowanie dwutlenku węgla, w tym finansowania kosztów monitoringu kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, kosztów działań naprawczych, rozliczenia emisji w przypadku wydostania się dwutlenku węgla poza kompleks podziemnego składowania dwutlenku węgla, kosztów działań naprawczych i działań zapobiegawczych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie [...] oraz wypłaty odszkodowań za szkody, które ujawniły się do czasu zamknięcia podziemnego składowiska dwutlenku węgla.

Instytucja zabezpieczenia jest przyjęta jako jedna z gwarancji działania zgodnego z prawem w art. 48a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach⁶:

Posiadacz odpadów obowiązany do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów, z wyłączeniem zarządzającego składowiskiem odpadów, jest obowiązany do ustanowienia zabezpieczenia roszczeń w wysokości umożliwiającej pokrycie kosztów wykonania zastępczego: 1) decyzji nakazującej posiadaczowi odpadów usunięcie odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania, o której mowa w art. 26 ust. 2;

⁵ Dz.U. z 2021 r. poz. 1420.

⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.

2) obowiązku wynikającego z art. 47 ust. 5 — w tym usunięcia odpadów i ich zagospodarowania łącznie z odpadami stanowiącymi pozostałości z akcji gaśniczej lub usunięcia negatywnych skutków w środowisku lub szkód w środowisku w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie w ramach prowadzonej działalności polegającej na zbieraniu lub przetwarzaniu odpadów.

Zabezpieczenie stanowi podstawową gwarancję działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem. W razie działania z naruszeniem przepisów prawa zabezpieczenie powoduje dolegliwość finansową, co ma znaczenie dla oceny kosztów, które z sobą niesie.

Do gwarancji prewencyjnych działania przedsiębiorcy należy zaliczyć instytucję opłat podwyższonych. Takie rozwiązanie wprowadza na przykład ustawa Prawo ochrony środowiska. Zgodnie z art. 292 tej ustawy: „W przypadku braku wymaganego pozwolenia podmiot korzystający ze środowiska ponosi opłaty podwyższone o 500% za: 1) wprowadzanie do powietrza gazów lub pyłów [...]”.

Za gwarancję prewencyjną należy uznać także regulację uzależnienia udzielenia zezwolenia na działalność gospodarczą od dobrej reputacji. Takie rozwiązanie obowiązuje w zakresie podjęcia i wykonywania transportu drogowego. Zgodnie z art. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1071/2009 ustanawiającego wspólne zasady dotyczące warunków wykonywania zawodu przewoźnika drogowego i uchylającej dyrektywę Rady 96/26/WE⁷:

Z zastrzeżeniem ust. 2 niniejszego artykułu, państwa członkowskie określają warunki, które przedsiębiorca i zarządzający transportem muszą spełniać, aby zapewnić zgodność z wymogiem dobrej reputacji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. b). [...] Warunki, o których mowa w akapicie pierwszym, obejmują przynajmniej następujące wymogi: a) dobrej reputacji zarządzającego transportem lub przedsiębiorcy transportowego nie podważają żadne poważne zarzuty, takie jak wyroki skazujące lub sankcje za popełnienie poważnego naruszenia obowiązujących przepisów krajowych w następujących dziedzinach: (i) prawo handlowe; (ii) prawo upadłościowe; (iii) płace i warunki zatrudnienia w zawodzie; (iv) prawo o ruchu drogowym; (v) odpowiedzialność zawodowa; (vi) handel ludźmi lub narkotykami; oraz b) zarządzający transportem lub przedsiębiorca transportowy nie zostali, w jednym lub kilku państwach członkowskich, skazani za poważne przestępstwo ani nie nałożono na nich sankcji za poważne naruszenie przepisów wspólnotowych [...].

Realizując określenie wymogów dobrej reputacji, art. 5 ust. 2a ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym⁸ stanowi:

Za przestępstwa w dziedzinach określonych w art. 6 ust. 1 lit. a rozporządzenia (WE) nr 1071/2009 w zakresie spełniania wymogu dobrej reputacji uznaje się przestępstwa umyślne określone w: 1) art. 173–175, art. 178–180, art. 189a, art. 218–221, art. 296–306 i art. 308 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny [...]; 2) art. 586–589 ustawy z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych [...]; 3) art. 522 i art. 523 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe [...]; 4) art. 53–64 i art. 68 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii [...]; 5) art. 399 i art. 400 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. — Prawo restrukturyzacyjne [...].

⁷ Dz.U. UE I z 2009 r. Nr 300, poz. 51.

⁸ Dz.U. z 2021 r. poz. 919 ze zm.

5. Gwarancje represyjne o charakterze materialnoprawnym

Gwarancje represyjne mają w przepisach ustaw materialnoprawnych niejednolity charakter z uwagi na skutki prawne, jakie ich zastosowanie wywołuje wobec działalności przedsiębiorcy oraz wobec przedsiębiorcy.

Do gwarancji represyjnych wobec działalności przedsiębiorcy należy zaliczyć pozbawienie lub ograniczenie prawa do jej prowadzenia. Taką gwarancję ustanowiono już w ustawie Prawo przedsiębiorców. Zgodnie z art. 60 tej ustawy:

W razie powzięcia wiadomości o wykonywaniu działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy, a także w razie stwierdzenia zagrożenia życia lub zdrowia, niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach lub bezpośredniego zagrożenia środowiska w wyniku wykonywania tej działalności, wójt, burmistrz lub prezydent miasta niezwłocznie zawiadamia właściwe organy (ust. 1). Zawiadomione organy niezwłocznie powiadamiają wójta, burmistrza lub prezydenta miasta o podjętych czynnościach (ust. 2). W przypadku braku możliwości zawiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wójt, burmistrz lub prezydent miasta może nakazać, w drodze decyzji, wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej na czas niezbędny, nie dłuższy niż 3 dni (ust. 3). Decyzja nakazująca wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej w razie stwierdzenia zagrożenia życia lub zdrowia, niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach lub bezpośredniego zagrożenia środowiska w wyniku wykonywania tej działalności podlega natychmiastowemu wykonaniu (ust. 4).

W ustawach materialnoprawnych również wprowadzono tego rodzaju gwarancję. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o odpadach:

Wojewódzki inspektor ochrony środowiska może, w drodze decyzji, kierując się stopniem zagrożenia dla środowiska, życia lub zdrowia ludzi, wstrzymać działalność posiadacza odpadów w przypadku naruszenia: 1) hierarchii sposobów postępowania z odpadami, polegającego na niewysegregowaniu odpadów nadających się do odzysku spośród odpadów przeznaczonych do unieszkodliwiania, wbrew art. 18 ust. 7; 2) zakazu dotyczącego postępowania z odpadami niebezpiecznymi, o którym mowa w art. 21; 3) zakazów określonych w art. 23 ust. 2; 4) obowiązku określonego w art. 27 ust. 2; 5) wymagań dotyczących eksploatacji instalacji lub urządzeń do przetwarzania odpadów, o których mowa w art. 29 ust. 2; 6) zakazu przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami, o którym mowa w art. 30 ust. 1.

Do tego rodzaju gwarancji represyjnych należy cofnięcie koncesji. Taki rodzaj gwarancji przewidują ustawy materialnoprawne. Jako przykład z regulacji ustaw materialnoprawnych można wskazać rozwiązanie przyjęte w art. 37 ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Według art. 37 ust. 1 tej ustawy:

W przypadku gdy przedsiębiorca narusza wymagania ustawy, w szczególności dotyczące ochrony środowiska lub racjonalnej gospodarki złożem, albo nie wypełnia warunków określonych w koncesji, w tym nie podejmuje określonej nią działalności albo trwale zaprzestaje jej wykonywania, lub wykonuje roboty geologiczne z naruszeniem harmonogramu określonego w projekcie robót geologicznych, lub nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 82 ust. 2, lub wykonuje je niezgodnie z warunkami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 82a ust. 1, organ koncesyjny, w drodze postanowienia, wzywa przedsiębiorcę do usunięcia naruszeń oraz określa termin ich usunięcia.

Artykuł 37 ust. 2 ustawy Prawo geologiczne i górnicze określa następstwa prawne nieusunięcia naruszeń, stanowiąc:

W przypadku gdy przedsiębiorca nie wykonał postanowienia, o którym mowa w ust. 1, organ koncesyjny może, bez odszkodowania: 1) cofnąć koncesję; 2) w przypadku stwierdzenia wykonywania robót geologicznych z naruszeniem harmonogramu określonego w projekcie robót geologicznych — cofnąć koncesję albo ograniczyć jej zakres.

Takie rozwiązanie przyjmuje też ustawa o odpadach, w której art. 47 ust. 1 wskazano, że:

Jeżeli posiadacz odpadów, który uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, narusza przepisy ustawy w zakresie działalności objętej zezwoleniem, w sposób istotny narusza wymagania dotyczące ochrony przeciwpożarowej lub działa niezgodnie z wydanym zezwoleniem, właściwy organ wzywa go do niezwłocznego zaniechania naruszeń, wyznaczając termin usunięcia nieprawidłowości.

W art. 47 ust. 2 ustawy o odpadach uregulowano następstwa prawne niezaprzestania naruszeń. Zgodnie z tym przepisem:

W przypadku gdy posiadacz odpadów, o którym mowa w ust. 1 [...], mimo wezwania nadal narusza przepisy ustawy, działa niezgodnie z wydanym zezwoleniem, narusza wymagania dotyczące ochrony przeciwpożarowej [...], właściwy organ cofa to zezwolenie, w drodze decyzji, bez odszkodowania, określając termin jej wykonania.

Do systemu gwarancji represyjnych należy również zaliczyć pozbawienie lub przesunięcie w czasie zdolności do nabycia prawa do prowadzenia działalności gospodarczej. Działanie z naruszeniem prawa będącego podstawą do pociągnięcia według przepisów prawa karnego do odpowiedzialności karnej wypełnia przesłankę odmowy udzielenia pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej. Tak na przykład zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o odpadach:

Właściwy organ odmawia wydania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów przedsiębiorcy będącemu osobą fizyczną, jeżeli osoba ta została ukarana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwa przeciwko środowisku lub przestępstwa, o których mowa w art. 163, art. 164 lub art. 168 w związku z art. 163 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny.

Obwarowanie przesłanką upływu terminu po cofnięciu koncesji stanowi o przesunięciu zdolności do prowadzenia działalności gospodarczej w czasie. Zgodnie z art. 37b ustawy Prawo geologiczne i górnicze: „Przedsiębiorca, któremu cofnięto koncesję z przyczyn, o których mowa w art. 37 ust. 2, może wystąpić z wnioskiem o ponowne udzielenie koncesji w takim samym zakresie nie wcześniej niż po upływie 3 lat od dnia wydania decyzji o cofnięciu koncesji”.

Za gwarancje represyjne o charakterze materialnoprawnym uznaje się administracyjne kary pieniężne. Ten rodzaj represyjnej gwarancji działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem już jest wpisany do ustawy Prawo przedsiębiorców. Regulacja w art. 21a ust. 1 ustawy ma charakter przypominający o obowiązku działania przedsiębiorcy zgodnie z prawem. Według art. 21a ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców:

Jeżeli przedsiębiorca wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej narusza przepisy prawa związane z wykonywaną działalnością gospodarczą w okresie 12 miesięcy od dnia podjęcia działalności gospodarczej po raz pierwszy albo ponownie po upływie co najmniej 36 miesięcy od dnia jej ostatniego zawieszenia lub zakończenia, a właściwy organ wszczyna w związku z tym naruszeniem postępowanie: 1) mandatowe albo 2) w sprawie nakładania lub wymierzania administracyjnej kary pieniężnej — przed nałożeniem na przedsiębiorcę grzywny w drodze mandatu karnego albo nałożeniem na niego lub wymierzeniem mu administracyjnej kary pieniężnej organ ten wzywa, w drodze postanowienia, przedsiębiorcę do usunięcia stwierdzonych naruszeń przepisów prawa oraz skutków tych naruszeń, jeżeli skutki takie wystąpiły, w wyznaczonym przez siebie terminie.

Ustawy materialnoprawne regulują rodzaje naruszeń prawa obwarowane sankcją administracyjnych kar pieniężnych. Takie rozwiązanie przyjmuje ustawa Prawo geologiczne i górnicze. Według jej art. 175 ust. 1:

Prezes Wyższego Urzędu Górniczego nakłada, w drodze decyzji, karę pieniężną na przedsiębiorcę, który: 1) nie dopełnia ciężącego na przedsiębiorcy obowiązku w zakresie: a) rozpoznawania zagrożeń związanych z ruchem zakładu górniczego i podejmowania środków zmierzających do zapobiegania i usuwania tych zagrożeń, b) posiadania odpowiednich środków materialnych i technicznych oraz służb ruchu zapewniających bezpieczeństwo pracowników i ruchu zakładu górniczego [...].

Karę nakłada się na przedsiębiorcę w wysokości do 3% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym (art. 175 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo geologiczne i górnicze). Takie rozwiązanie przyjęte jest też na przykład w art. 194 ust. 5 ustawy o odpadach: „Administracyjną karę pieniężną wymierza się za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem, o którym mowa w art. 41. Kara wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł”. Regulacje w ustawie Prawo geologiczne i górnicze oraz ustawie o odpadach dotyczące administracyjnych kar pieniężnych są podane jako przykładowe. Należy bowiem wskazać, że obwarowanie sankcją administracyjnych kar pieniężnych jako gwarancji represyjnej zostało wprowadzone jako reguła w ustawach materialnoprawnych, na przykład w art. 136a ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko⁹, a także w art. 92a ustawy o transporcie drogowym.

6. Zasada zaufania do przedsiębiorcy na drodze administracyjnej

Zasada zaufania do przedsiębiorcy na drodze administracyjnej została obudowana złożonym systemem gwarancji, które przesadzają, że działanie z naruszeniem prawa pociąga za sobą dotkliwe konsekwencje przedmiotowe w postaci

⁹ Dz.U. z 2021 r. poz. 247 ze zm.

pozbawienia możliwości lub ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej oraz straty materialne, które pozostają w związku zwłaszcza z utratą udzielonego zabezpieczenia bądź obowiązkiem uiszczenia nałożonej lub wymierzonej administracyjnej kary pieniężnej. Dla pełnego systemu realizacji zasady zaufania do przedsiębiorcy ma jednak znaczenie ustalenie, czy podmiot starający się o prawo do prowadzenia działalności gospodarczej daje rękojmię działania zgodnego z prawem. Stanowi to jedną z przesłanek uzyskania tego prawa. Tak jak przy domniemaniu działania zgodnego z prawem organu administracji publicznej obwarowanego sankcjami wobec tego działania, tak też domniemanie działania przedsiębiorcy zgodnego z prawem jest obwarowane sankcjami prawnymi. Ustalenie szerokiego obwarowania sankcjami prawnymi pozwala na przyjęcie takiej zasady.

System gwarancji o charakterze prewencyjnym umożliwiający uruchomienie gwarancji represyjnych zapewnia instytucja policji gospodarczej. Problematyce tej prof. Tadeusz Kocowski poświęcił wiele miejsca w prowadzonych badaniach naukowych. Istotną rolę policji gospodarczej dla działania zgodnego z prawem zaufania do przedsiębiorcy badacz ten podkreślił, wskazując: „Policja gospodarcza to funkcja, której zadaniem jest utrzymanie nienaruszalności obowiązującego porządku prawnego, stanu mienia i niektórych poddanych ochronie administracyjnoprawnej dóbr osobistych człowieka, przede wszystkim takich jak życie i zdrowie”¹⁰.

Bibliografia

- Adamiak B., *Koncepcja weryfikacji rozstrzygnięć*, [w:] *System prawa administracyjnego procesowego*, t. 2, cz. 5, Warszawa 2019.
- Bielecki L., Gola J., Horubski K., Komierzyńska-Orlińska E., Ruczkowski P., Wierzbowski M., Żywicka A., *Konstytucja Biznesu. Komentarz. Prawo przedsiębiorców. Ustawa o CEIDG. Ustawa o Rzeczniku MŚP. Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium RP*, Warszawa 2019.
- Borkowski J., *Zmiana i uchylene ostatecznych decyzji administracyjnych*, Warszawa 1967.
- Iserzon E., *Moc obowiązująca aktu administracyjnego i domniemanie jego ważności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 1.
- Kocowski T., *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020.
- Pietrzak A., Boryczka M., Kasztelan-Świetlik B., Korzeniowski M., Kraszewski A., Kraszewski A., Krzał K., Kwiatkowski P., Szeplik M., Tracz P., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019.

¹⁰ T. Kocowski, *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 214.

Legal Guarantees of the General Principle of Trusting the Entrepreneur

Summary

The principle of trusting the entrepreneur should be seen as the basis for deriving the presumption of lawful activity. Legal guarantees of an entrepreneur's lawful activity, established in legal regulations, are preventive in nature. Their establishment has an impact on the entrepreneur's lawful activity. These guarantees may turn into repressive ones when the entrepreneur breaches the obligations laid down in the law, with legal effects leading to the loss of rights, imposition of penalties, and incurring financial liability.

Keywords: principle of trusting the entrepreneur, legal guarantees, preventive guarantees, repressive guarantees.

ANDRZEJ BATOR

ORCID: 0000-0003-4772-7920

Uniwersytet Wrocławski
andrzej.bator@uwr.edu.pl

Czy powinniśmy wyodrębnić prawo gospodarcze? Powrót do dyskusji

Abstrakt: W artykule autor przywołuje debatę, która odbyła się w 1993 roku na łamach czasopisma „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”. Jej uczestnikom redakcja zadała pytania: „Co to jest prawo gospodarcze?” oraz „Czy należy wyodrębnić prawo gospodarcze?” (jako gałąź prawa oraz, odpowiednio, samodzielną dyscyplinę badawczą). Niniejszy tekst jest próbą pokazania, co zmieniło się w naukowym otoczeniu polskiego prawoznawstwa przez niespełna 30 lat od tamtej debaty i jak zmiany te mogą wpłynąć na tezy sformułowane w ówczesnej dyskusji. Zmiany te ukształtował tak zwany przełom pragmatyczny. Korzystając z założeń badawczych filozofii pragmatycznej, autor formułuje pogląd, iż idea gałęziowego (przedmiotowego) podziału systemu prawa powinna zostać zastąpiona przez rozumienie „prawa gospodarczego” jako pewnej postawy przyjmowanej wobec prawa przez działający/gospodarujący podmiot.

Słowa kluczowe: prawo gospodarcze, gałąź prawa, przełom pragmatyczny.

1.

Niespełna 30 lat temu na łamach poznańskiego „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego”, w odpowiedzi na zaproszenie ówczesnego redaktora naczelnego prof. Zygmunta Ziemińskiego, miała miejsce debata „Co to jest prawo gospodarcze?” z ukierunkowującym to pytanie, znaczącym podtytułem: „Dyskusja w sprawie wyodrębniania prawa gospodarczego”¹. Debata została poprzedzona krótkim redakcyjnym wstępem, w którego zakończeniu znajdujemy zachętę do „ewentualnego kontynuowania dyskusji w zeszycie 3/1993”. W zeszy-

¹ „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (dalej: RPEiS) 1993, nr 1.

cie tym nie znajdziemy jednak planowanej kontynuacji. Rozmowy wokół prawa gospodarczego okazały się skromniejszym wydarzeniem, niż przewidywano².

Z upływem czasu można było odnieść wrażenie, że podjęta w 1993 roku problematyka coraz mocniej odchodziła w przeszłość, że w ogóle zainteresowanie doktryny prawa gospodarczego podstawowymi kwestiami pojęciowymi z własnego obszaru badawczego zdawało się zanikać. Ważniejsze okazywały się bliższe praktyce wyzwania prawne i prawoznawcze aniżeli potrzeba pojęciowej systematyzacji na elementarnym poziomie. Tendencji tej nie zmieniają również zainteresowania ogólnej teorii prawa, kształtowane głównie pod wpływem nowych wyzwań politycznych, etycznych i technologicznych. Okoliczności te zdają się tylko potwierdzać, że przywołana tu debata ze stawianymi wtedy pytaniami miałaby dzisiaj, gdyby ktokolwiek chciał ją w ogóle inicjować, jeszcze mniejsze szanse na odzew ze strony środowiska polskiej nauki prawa. A przypomnijmy, że w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku problematyka prawa gospodarczego należała do jednej z najżywiej dyskutowanych w polskim prawoznawstwie, w tym w teorii prawa.

Co symptomatyczne dla tamtej debaty, dyscyplinarne zróżnicowanie zdawało się łączyć podobne wyzwanie, jakim było na przykład w przypadku cywilistów zlokalizowanie „prawa gospodarczego” w ogólnej systematyce prawa cywilnego (ze względu na ujętą w art. 1 k.c. zasadę jedności prawa cywilnego), a w wypadku teoretyków prawa — ze względu na zasadę jedności i spójności systemu prawa. Przymiot oryginalności, z intelektualnym zapożyczeniem z „myśli radzieckiej”, a jednocześnie zdolność zdiagnozowania złożoności badanego zjawiska można było dostrzec w koncepcji prawa gospodarczego jako tak zwanej kompleksowej gałęzi prawa. Prawo gospodarcze miało być „stopem” dającym nową jakość, ale

² Jakkolwiek debata ta zostawiła pewien ślad w branżowej literaturze przedmiotu, głównie w opracowaniach z zakresu publicznego prawa gospodarczego, to jednak był to rezonans dość okazjonalny, zauważalny raczej w podręcznikach akademickich aniżeli w monografiach i artykułach, z natury rzeczy zorientowanych dyskursywnie do podejmowanej problematyki. Podręczniki mają bowiem tę szczególną cechę, że aspirując do zaprezentowania całościowego i wewnętrznie spójnego wykładu, wymuszają na autorach ich rozpoczynanie od „zagadnień wprowadzających”, a wśród tych kanoniczną powinnością staje się określenie podstawowych, w tym tytułowych dla wykładanego przedmiotu (gałęzi prawa, dyscypliny badawczej), pojęć. Nie inaczej bywało z podręcznikami z publicznego prawa gospodarczego. Ich autorzy za sprawą dyskusji w RPEiS pozyskali dogodnie odesłania bibliograficzne, dzięki którym mogli odnotować kontrowersyjny problem i sprawnie przechodzić do sekcji uznawanych za standardowe obszary wykładu z publicznego (administracyjnego) prawa gospodarczego. Oczywiście zasady miewają również wyjątki. Jako przykład pozwolę sobie podać wrocławski podręcznik Andrzeja Borkowskiego, Adama Chelmońskiego, Macieja Guzińskiego, Karola Kiczki, Leona Kieresa i Tadeusza Kocowskiego, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 17–21. Z kolei jako przykład próby kontynuowania przywołanej debaty posłużyć może opracowanie Cezarego Kosikowskiego, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995, s. 30 n. Ten drugi przypadek można zapewne tłumaczyć tym, że sam autor uczestniczył w przywołanej dyskusji, a ponadto wydanie wskazanej pracy nastąpiło w dość bliskim związku czasowym z dyskusją w RPEiS.

zachowującym właściwości łączonych elementów, to jest dwie wiodące metody regulacji: cywilnoprawną i administracyjnoprawną. W innej, przedmiotowej, interpretacji miała to być „dziedzina ponadgałęziowa”, w której przynależność do prawa gospodarczego nie pozbawiała określonej instytucji prawnej przynależności do tradycyjnej gałęzi prawa³.

Koncept „kompleksowej gałęzi prawa” można ocenić jako znaczące osiągnięcie. Pozostawał on w zgodzie z wymogiem adekwatności formułowanych twierdzeń analitycznych. W tej części nauki prawa, która była nastawiona na potrzeby praktyki, ujęcie to sprawiło jednak pewien dyskomfort. Rodziło bowiem wątpliwości na przykład przy rozstrzyganiu sporów kompetencyjnych w „sprawach gospodarczych”. Być może ten właśnie poznawczy dysonans sprawił, że zainteresowanie polskiego prawoznawstwa „prawem gospodarczym” w późniejszych latach osłabło. Z punktu widzenia poznawczej funkcji nauki zapewne niewiele więcej w tej materii dało się powiedzieć. Z perspektywy prawoznawstwa zorientowanego na potrzeby praktyki wynik ten oceniono w najlepszym razie jako inspirujący punkt wyjścia do dalszych rozważań, jednak bez pełnej możliwości zastosowania w proponowanym kształcie⁴.

2.

Zygmunt Ziemiński w monografii poświęconej metodologii szczegółowych nauk prawnych pisał, że nauki te w badawczym punkcie wyjścia „wyselekcjonują obiekty będące przedmiotem ich badań”⁵. Nauki szczegółowe, zanim podejmą się próby udzielenia odpowiedzi na stawiane sobie pytania, powinny poczynić starania o legitymizację swojego statusu w otoczeniu, w którym przychodzi im prowadzić standardową aktywność. W zastanej całości porządku prawnego, której podstawą zróżnicowania jest gałęziowa dyferencjacja systemu prawa, powinny znaleźć dla siebie niezagospodarowane miejsce i przeprowadzić przekonujący dowód na autonomię wobec tradycyjnych gałęzi prawa i zajmujących się nimi dyscyplin. Wymaga to zakończonego sukcesem testu w postaci spełnienia jakiegoś uznanego w środowisku kryterium (kryteriów) gałęziowego podziału prawa.

³ Ujęcie kompleksowe przedstawia między innymi C. Żuławska, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 37–39.

⁴ Jak pisała Izydora Dąmbska: „w sytuacji obserwacji i w sytuacji działania można się dopatrywać dwóch procesów symetrycznych, tym się jednak wzajemnie różniących, że obraz myślowy (system pojęć) w sytuacji pierwszej jest punktem dojścia, w drugiej zaś punktem wyjścia” — *eadem*, *O narzędziach i przedmiotach poznania*, Warszawa 1967, s. 48.

⁵ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 14.

Nauki szczegółowe podejmują problemowo zbieżne pytania badawcze, głównie tak zwane kwestie dogmatycznoprawne, wymagające separowania zestawów przypisanych im tekstów prawnych, kreujących właściwą danej nauce dziedzinę przedmiotową. Ich uzupełnieniem jest konstruowanie swoistej dla poszczególnych dyscyplin siatki pojęciowej, nietożsamyh zestawów aplikowanych zasad czy technik egzegezy, na przykład metod i procedur wykładni tekstów. Tradycyjne kwestie dogmatyczne uzupełniane są ewentualnymi pytaniami z dziedziny socjologii stosunków prawnych⁶. Ponadto nauki te kooperują z odpowiadającą przedmiotowi ich zainteresowań praktyką orzecniczą, a ta również poddana jest rygorom specjalizacji wspartej na odpowiednich kompetencjach ustrojowych i wymogach proceduralnych. Dołożyć do tego należy potrzeby dydaktyki akademickiej z jej przedmiotowymi domenami, rozpisanyh pomiędzy poszczególne katedry i zakłady, co utrwala w świadomości akademikóh podziały gałęziowe i dyscyplinarne.

Dodajmy jeszcze uwagę ogólniejszej natury. W założeniach badawczyh pozytywizmu naukowego — którego segmentem miał być pozytywizm prawniczy — mocno artykułowano potrzebę naukowej specjalizacji. Uznawano ją za czynnik decydujący o wartości poznawczej formułowanych twierdzeń. Prawnicy wyrazem tego było przekonanie, że specjalizacja zawodowa profesoróh prawa i prawnikóh praktyków jest nieodrodnym atrybutem rzetelnego, opartego na głębokiej wiedzy i zawodowym doświadczeniu, wykonywania profesji. Jakkolwiek teoria prawa nie mogła być wolna od podziałóh wyrastających z potrzeb organizacyjnych, to jednak miała się różnić od nauk szczegółowych orientacją na poznawanie i wyjaśnianie, a co za tym idzie — obce miały być jej ograniczenia przedmiotowe⁷. Orientacja ta powodowała niestety inne ograniczenia, przede wszystkim separowała badania teoretyczne od prawniczej praktyki. W nurcie analitycznym objawiało się to przeważaniem nad badaniami teoretycznymi kwestii metodologicznych, skupiających się wokół poprawności i spójności wewnętrznej samych twierdzeń kosztem podejmowania rzeczywistych problemów, istotnych dla środowiska prawniczego. W następstwie tego logika i powiązana z nią lingwistyka strukturalna stały się w latach sześćdziesiątyh i siedemdziesiątyh XX wieku wzorcowymi dla teorii prawa sposobami uprawiania nauki. Integracja zewnętrzna okazała się ważniejsza od potrzeb praktyki. Z innych zatem powodóh, niż miało to miejsce w naukach szczegółowych, teoretycy prawa również zostali dotknięci syndromem „zawodowej” specjalizacji. Zrodziło to kryzys w naukach społecznych. Zaprzeszanie debaty wokół prawa gospodarczego w latach dziewięćdziesiątyh i następnych można, jak się wydaje, potraktować jako jeden

⁶ *Ibidem*, s. 28 n.

⁷ Jan Woleński pisał, że „to teoria kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie” — *idem*, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opałek, Warszawa 1975, s. 40.

z objawów tego kryzysu⁸. Czy jednak teoria prawa gospodarczego miała, lub ma, szansę pójść inną drogą?

3.

Richard Rorty, filozof polityki i kultury, jeden z głównych przedstawicieli tak zwanego neopragmatyzmu (inspirowanego poglądami Hegla), twierdził, że każda filozofia powinna zabiegać o to, aby „swój czas uchwycić w myśli”⁹. Tę paremię Rorty formułował w okolicznościach podobnych do interesujących nas w tym artykule. Krytykował mianowicie wpływową grupę swoich filozofujących kolegów z amerykańskich uniwersytetów za to, że kierując się założeniami naturalizmu metodologicznego, preferują logiczno-lingwistyczny formalizm z jego pojęciowymi dystynkcjami, służący promowaniu „lokalnych” osiągnięć poprzez usilne próby wpisywania ich w uniwersalny porządek wiedzy. Oddają się oni przez to potrzebie uprawomocnienia „samych siebie”, a tym samym urabiają przekonanie o naukowym statusie własnych przedsięwzięć. Mimo zasadniczych różnic między przyrodoznawczym „światem natury” a humanistyczno-społecznym „światem kultury” próbują stosować te same lub zbliżone metody, techniki i strategie badawcze.

Aplikując filozoficzne stanowisko Rorty’ego do interesującego nas pytania o sensowność wyróżniania (nauki) prawa gospodarczego, należy zauważyć, że poszukiwana odpowiedź powinna odwoływać się do środowiskowego („lokalnego”) uprawomocnienia. Rozstrzygająca nie powinna być odpowiedź odwołująca się do zapożyczonych z zewnątrz, uniwersalizujących wymogów poprawności metodologicznej z jej predyspozycją do logicznych podziałów. Innymi słowy, poszukiwana odpowiedź powinna być oparta na analizie cech samego prawa gospodarczego przy zachowaniu dystansu do odgórnie przyjmowanych kryteriów podziałów, w tym oferowanych przez ogólną naukę o prawie. Prawoznawstwo powinno bowiem przemawiać do nas słownictwem praktycznym, powiązaniem z lokalnym działaniem („gospodarowaniem”), a nie teoretyczną kontemplacją wytworów działania („systematyzacją”). Prawda w opinii amerykańskiego neo-

⁸ Podobną rozterkę dostrzegam u A. Chelmońskiego: „Nie ulega wątpliwości, że takie odkrycie metodologiczne [skonstruowanie »narzędzi pojęciowych« nadających się do »klasyfikacji i kwalifikacji zjawisk prawnych« — A.B.] byłoby mocną, pewną podstawą do przyjęcia, iż prawo gospodarcze [...] stanowi odrębną dyscyplinę naukową. Jednakże, jak dotąd, podejmowane w tym kierunku próby nie przyniosły zadowalających wyników, a badania instytucji prawa gospodarczego wciąż rozłamują się wzdłuż tradycyjnych podziałów. Stąd też, w moim przekonaniu, pojęcie prawa gospodarczego nie jest wystarczająco użyteczne do tego, aby mogło służyć jako pojęcie wyznaczające przedmiot i metodę badań” — *idem*, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 8.

⁹ R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, „Analiza i Egzystencja” 2007, nr 5, s. 7.

pragmatysty jest ustaleniem wypracowywanym w dialogu i konwersacji członków społeczeństwa, zarówno prowadzonych wewnątrz określonego kolektywu, a więc na przykład prawników zainteresowanych problematyką gospodarczą, jak i kształtowanych z udziałem innych problemowo nieobojętnych grup, na przykład ekonomistów interesujących się prawem czy językoznawców, których zajmują problemy języka prawnego.

Oba inicjujące dyskusję z 1993 roku pytania („Co to jest prawo gospodarcze?”, „Czy wyodrębnić prawo gospodarcze?”) najwyraźniej — parafrazując metaforę Rorty’ego — już „nie chwyciły swojego czasu w myśli”. Te nowe czasy to zmiana otoczenia społecznego prawoznawstwa za sprawą ówczesnych reform otwierających drogę do gospodarki rynkowej. Inicjatywę prof. Ziemińskiego z lat dziewięćdziesiątych można zatem potraktować jako próbę diagnozy starych postaw badawczych w nowych czasach. Test ten nie wypadł najlepiej, skoro inicjatywa ta nie pociągnęła za sobą debaty porównywalnej z dyskusją z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych. Najwyraźniej polskie prawoznawstwo nie było wtedy jeszcze gotowe na nowe otwarcie, choć symptomy nowego spojrzenia ze strony teorii prawa można było już dostrzec. Mam tu na uwadze proces, który bywa nazywany „pragmatycznym przełomem”¹⁰. W tej nowej, a właściwie odnowionej (neopragmatycznej) perspektywie wiele znanych nam od czasów Kartezjusza i powszechnie w nauce stosowanych pojęciowych opozycji i klasyfikacji — w tym rozróżnienie teorii i praktyki — zostało podważone i zastąpione takimi punktami oparcia dla badań naukowych, jak: 1. praktycyzm i orientacja na cel/skutek działania; 2. perspektywa działającego podmiotu wypierająca dziedzinowy ogląd rzeczywistości; 3. przywiązywanie szczególnej wagi do uwarunkowań społecznych i sytuacyjnego kontekstu działania¹¹. Tym, co integruje teorię i praktykę, jest działanie. Pragmatyzm — jak ujmował to John Dewey — jest „nastawieniem umysłu”, jest „postawą”, jaką przyjmuje wobec wiedzy działający podmiot¹².

4.

Zauważmy, że polski prawodawca w swoich regulacjach unika nazwy „prawo gospodarcze”, natomiast w różnych konfiguracjach pojawia się zwrot „działalność gospodarcza”, zazwyczaj w frazeologicznym związku z podmiotem i celem jego działania, na przykład działalność przedsiębiorcy prowadzona w celu

¹⁰ Zob. np. R.J. Bernstein, *The Pragmatic Turn*, Cambridge-Malden 2010. Odrzucenie tradycyjnego obrazu wiedzy i nową wizję filozofii znaleźć można u Rorty’ego w *Philosophy and the Mirror of Nature* (polskie wydanie: *idem, Filozofia a zwierciadło natury*, Warszawa 2013).

¹¹ Por. M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm*, Toruń 2019, rozdz. 1 i 2.

¹² J. Dewey, *Essays in Experimental Logic*, Mineola, NY 2004, s. 303.

„zarobkowym” (jak było to ujęte w art. 1 i 2 ustawy o działalności gospodarczej z 1988 roku). Podobnie rzecz się miała w późniejszych regulacjach. W ustawie z 1999 roku inaczej tylko rozłożono akcenty (znika „zarobkowy cel”, pojawia się „zarobkowa działalność” oraz bliższa charakterystyka samego działania — „w sposób zorganizowany i ciągły”; art. 2). Niewiele pod tym względem zmienia się w ustawie z 2004 roku oraz w obecnie obowiązującym Prawie przedsiębiorców (vide art. 1 i 3). Określenie, czym jest „prawo gospodarcze”, najwyraźniej nie było ustawodawcy potrzebne. Nie wydaje się również, aby ten brak doskwierał przedsiębiorcom, organom administracji gospodarczej i sądownictwu orzekającemu w sprawach gospodarczych¹³. Jako przykład, że dziedzinowo wyodrębnione prawo gospodarcze nie jest potrzebne nauce, a nawet może być barierą w badaniach naukowych, niech posłuży ekonomiczna analiza prawa.

Dla ekonomicznej analizy prawa następstwa posługiwania się prawem jako regulatorem stosunków gospodarczych są niezależne od przyjmowanej w doktrynie prawniczej konkretnej struktury systemu prawa z jego podziałami na gałęzie, instytucje czy dyscypliny badawcze. W ramach tego nurtu analizie poddawane jest nie „prawo gospodarcze”, ale regulowane prawem zachowania „przedsiębiorców” (przy zresztą dość swobodnym rozumieniu i tego terminu) powodujące skutki ekonomiczne. Prawo jest istotnym, aczkolwiek tylko jednym z wielu zewnętrznych uwarunkowań ważnych dla powstawania tychże następstw. Dystynkcje przedmiotowe nie mają tu żadnego znaczenia. Konsekwencje ekonomiczne (gospodarcze) powodują, lub mogą powodować, właściwie wszystkie znane nam z tradycji *civil law* dziedziny regulacji prawnych. Badania nad gospodarczymi funkcjami prawa przeprowadzane w ramach nurtu *Law & Economics* obejmowały różne gałęzie i instytucje prawne, w tym takie, które zwykle traktowane są przez rodzimych prawników i praktyków prawa jako mające niewiele wspólnego z intuicyjnie pojmowanym prawem gospodarczym (na przykład wpływ struktury federalnej państwa¹⁴, regulacje przestępczości¹⁵, instytucje rozwodów i adopcji¹⁶). Metodologicznym założeniem leżącym u podstaw prowadzonych analiz jest programowe ignorowanie barier przedmiotowych, również klasycznego podziału na prawo prywatne i publiczne. Jeżeli mówić tu o jakimkolwiek programie, to byłby to raczej program zewnętrznej integracji prawnictwa z innymi naukami, a w rozważanym przypadku przede wszystkim wpasowywania myślenia

¹³ Słusznie pisał A. Chełmoński, że w dyskusji wokół prawa gospodarczego „idzie [...] w istocie nie o to, czym jest prawo gospodarcze, lecz o to, jak i dla jakiego celu pojęcia tego używać?” — *idem*, *op. cit.*, s. 7.

¹⁴ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto 1977, cz. VII.

¹⁵ Zob. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, red. G.S. Becker, W.M. Landes, New York 1974; *Economic Model of Criminal Behavior*, red. J.M. Heineke, Amsterdam-New York-Oxford 1978.

¹⁶ Por. R.A. Posner, *op. cit.*, s. 101 n.

prawniczego w rozumowanie właściwe gospodarującemu podmiotowi. Powinno się to łączyć z odpowiednią reformą prawniczego nauczania uniwersyteckiego¹⁷.

Motywacja interesowna oraz podporządkowana jej interpretacja wiedzy o okolicznościach warunkujących podejmowane decyzje, w tym wiedzy o obowiązującym prawie, stanowią wyznaczniki gospodarczej racjonalności postępowania. Wiedza ta wyznacza kontekst społeczny, w którego obrębie podmiotowi gospodarczemu przychodzi podejmować decyzje. Mimo odmiennych perspektyw prawodawcy i uczestnika rynku po stronie każdego z nich mamy do czynienia, lub mieć powinniśmy, z podobną postawą w relacjach wobec prawa, której fundamentem jest technologiczna racjonalność wewnętrzna działającego podmiotu (*homo oeconomicus*). O ile jednak przedsiębiorca (uczestnik rynku) z natury swej praktyki podejmować będzie czynności instrumentalizujące posiadaną wiedzę pod kątem spodziewanych korzyści, o tyle prawodawca, sąd czy organ administracji gospodarczej powinien dodatkowo mieć świadomość, że współtworzy reguły obecne na rynku oraz że reguły te będą przez jego uczestników poddawane różnorodnym testom na ich użycie, w tym takim, które w skrajnych sytuacjach mogą prowadzić do ignorowania obowiązków prawnych. Prawo samo staje się tu zatem rynkowym „towarem”. Zewnętrznym testem na poprawność użycia prawa do celów gospodarczych jest zasada użyteczności, ujmowana w postaci globalnie korzystnego stanu alokacji ekonomicznych zasobów (zasada optimum w sensie Pareto). Prywatny i publiczny charakter podejmowanych działań rynkowych znajdują tu punkt wspólny.

Lektura prac składających się na dorobek nurtu *Law & Economics* powinna uświadomić prawoznawcom — zwłaszcza ukształtowanym w tradycji prawa stanowionego — że „prawnicze” spojrzenie na prawo jest tylko jednym z możliwych podejść badawczych (ma wymiar „lokalny”), a zbudowanie pełnej teorii prawa gospodarczego wymaga zalecanego przez Rorty’ego „dialogu i konwersacji” prawników ze środowiskiem ekonomistów, socjologów i psychologów. Każde z tych środowisk może mieć bowiem coś istotnego do powiedzenia w kwestii gospodarczego zachowania się człowieka. Specyfika dotychczasowych teoretycznych badań nad prawem gospodarczym z jej normatywnymi uwarunkowaniami przedmiotowymi służyła budowaniu pojęciowego porządku samych prawników, a ich punkt widzenia eksponuje tylko jedną z wielu możliwych postaw wobec prawa¹⁸.

¹⁷ R.A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962–1987*, „Harvard Law Review” 761, 1987, s. 763 n.

¹⁸ Na przykład Wiesław Karsz proponował ekonomiczną analizę prawa ujmować jako jedną z tak zwanych płaszczyzn badawczych prawoznawstwa; zob. *idem*, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 28, 1982, s. 49.

5.

Nurt *Law & Economics* należy do podejść badawczych wyrastających z tradycji realizmu prawniczego. Jerzy Wróblewski zapewne zaliczyłby go do antyprawniczego modelu prawoznawstwa¹⁹. Dlatego na zakończenie pozwolę sobie na krótki komentarz do debaty o prawie gospodarczym, w którym wykorzystam pewne elementy dorobku z obszaru prawniczej socjolingwistyki.

W rozprawie *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych* zaproponowałem między innymi właśnie taką reorientację teoretyczną w dotychczasowych badaniach nad rozważaną problematyką. Wyodrębniłem tam kilka wiodących elementów składających się na gospodarowanie jako typ postawy wobec prawa²⁰. Zasadniczą, wyjściową zmianą było zastąpienie tradycyjnego pojęcia prawa gospodarczego — z jego strukturalistyczną, dziedzinową proveniencją — terminem „gospodarowanie” jako pewnym typem zachowania się wyrastającego z określonych przekonań działającego podmiotu (przedsiębiorcy). Spośród szeroko omawianej w przywołanym opracowaniu listy cech składających się na tę postawę pozwolę sobie przywołać tylko jedną, szczególnie istotną z punktu widzenia historycznej debaty z 1993 roku, a mianowicie tak zwany językowy kontekst sytuacyjny. Miał on być jedną z alternatyw strukturalnego podejścia badawczego, generującego kłopotliwe pytanie o miejsce prawa gospodarczego w gałęziowej i dyscyplinarnej systematyce prawa i prawoznawstwa.

Pozycjonując gospodarowanie jako pewien typ postawy towarzyszącej podmiotom w ich działaniach, odrzucamy założenie, że określone zachowanie jest uznawane za „gospodarcze” lub pozbawione tej cechy ze względu na jakiś zestaw zobiektywizowanych cech. Przyjmujemy w to miejsce perspektywę odwołującą się do motywacji/racji sterujących zachowaniami gospodarczymi. Przekonania jednostkowe czy stypizowane postawy użytkowników języka nie wyrażają się bowiem na gruncie proponowanego podejścia badawczego w samym języku, w ich treści, lecz są pewną relacją tych osób wobec języka, a więc tym, co bywa określane „sytuacją językową”²¹. Ma to istotne konsekwencje, jeżeli chcemy ustalić, na czym polega gospodarcze uwarunkowanie prawa. Jeśli prawo „jest tekstem” (aktem normatywnym, zbiorem przepisów), to pozajęzykowy kontekst (na przykład wiedza ekonomiczna, choćby tylko intuicyjna) jest czynnikiem determinującym rozumienie tekstu, które następnie staje się racją działania podjętego przez gospodarujący podmiot. Dzięki temu tekst prawny wcale nie musi być przez pra-

¹⁹ Zob. J. Wróblewski, *Modele prawoznawstwa a typy kształcenia prawniczego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 4, s. 21 n.

²⁰ A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, rozdz. 6.

²¹ Zob. A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróźnicowanie językowe a struktura społeczna*, Warszawa 1976, s. 135.

wodawcę adresowany do przedsiębiorcy, żeby stał się składnikiem „prawa gospodarczego”. Wystarczy, aby przedsiębiorca przypisał mu doniosłość (znaczenie) relewantną do sytuacji, w której podejmuje on decyzję gospodarczą²².

Kontynuując podniesiony w związku z ekonomiczną analizą prawa wątek pozaprzmiotowego spojrzenia na prawo, możemy zadać sobie pytanie, co łączy tak — wydawałoby się — odległe od siebie dziedziny praktyki społecznej jak budownictwo i działalność wydawnicza, malowanie obrazów na zamówienie i szycie garnituru na miarę? Każda z tych działalności może mieć walor działalności gospodarczej przez to, że każdej z nich może towarzyszyć nastawienie na zysk. Aktywności te nie muszą mieć wspólnego „pola tematycznego”, to jest spajających je treści językowych²³. W podanych przykładach są to różne dziedziny praktyki językowej, mimo że z prawnego punktu widzenia wszystkie dadzą się ująć wspólną konstrukcją, na przykład umowy o dzieło. Takie właśnie zaautonomizowane, utrwalone praktyki językowe (w rozważanych przykładach — praktyka cywilistyczna) stwarzają opór kształtowaniu się w obszarze prawa gospodarczego jego własnej tematycznej siatki pojęciowej. Konstrukcja umowy o dzieło staje się dogodną dla prawnika formą kwantyfikacji przywołanych praktyk językowych, dzięki czemu kwantyfikowane składowe w oglądzie prawniczym tracą walory semantyczne (cywilista nie musi na przykład znać języka opisu działalności „budowlanej” czy „wydawniczej”). Jednak kompetentny znawca problematyki budownictwa i prawa budowlanego zapewne nie będzie miał kłopotów z obroną tezy o językowej autonomii tej dziedziny praktyki społecznej z jej specyficznym słownictwem (inwestor, operat geodezyjny, książka obmiarów, aprobata techniczna, roboty zamknięte itp.). Prawo cywilne i prawo budowlane mają zatem względnie silne pola tematyczne, historycznie ukształtowane przez specyficzne dla siebie konteksty społecznie²⁴.

Stan ten można potraktować jako odpowiedź przy próbach odpowiedzi na pytanie o przyczyny kłopotów z „wyodrębnieniem prawa gospodarczego”. W konkurencji między obydwoma tymi społecznymi praktykami językowymi nie ma już miejsca, albo jest go niewiele, na wykształcenie się językowej autonomii prawa gospodarczego. Prawo działalności gospodarczej nie rozwinęło wszak własnego podsystemu leksykalnego na tyle, aby był on zdolny na swój sposób kategoryzować istotne dla działalności gospodarczej fragmenty rzeczywistości

²² Prawo nie musi zatem składać się wyłącznie z „wypowiedzi skierowanych” („do kogoś”). Mogą to być również „wypowiedzi nieskierowane” („dla kogoś”); zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa 1986, s. 58.

²³ Znajdowanie wspólnego „pola tematycznego” można potraktować jako spragmatyzowaną interpretację przesłanek warunkujących gałęziową odrębność prawa. Pole tematyczne może być bowiem rozumiane między innymi „jako dziedzina praktyki społecznej, która jest przedmiotem regulacji” oraz „metoda regulacji”; zob. *ibidem*, s. 80–83.

²⁴ Obserwując w ostatnich latach tendencję do rozbudowywania regulacji w kodeksie cywilnym dotyczących robót budowlanych, można uznać to za symptom ekspansji prawa cywilnego albo zacierania się granic między obiema gałęziami prawa (praktykami językowymi).

pozajęzykowej. Obszernie natomiast zapożycza pojęcia z różnych słowników branżowych, i to nie tylko prawa cywilnego i budowlanego. Poszukiwany rejestr przebiega nieomal w poprzek podziału na prawo publiczne i prywatne. Dziedzina stosunków gospodarczych jest zatem w dużej mierze konglomeratem różnych pól tematycznych. Trudno w tej sytuacji oczekiwać wykształcenia się w miarę spójnej branżowej dogmatyki (nauki szczegółowej) prawa gospodarczego.

Bibliografia

- Bator A., *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000.
- Bernstein R.J., *The Pragmatic Turn*, Cambridge-Malden 2010.
- Borkowski A., Chełmoński A., Guziński M., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005.
- Chełmoński A., *Co to jest prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Dąbmska I., *O narzędziach i przedmiotach poznania*, Warszawa 1967.
- Dewey J., *Essays in Experimental Logic*, Mineola, NY 2004.
- Economic Model of Criminal Behavior*, red. J.M. Heineke, Amsterdam-New York-Oxford 1978.
- Essays in the Economics of Crime and Punishment*, red. G.S. Becker, W.M. Landes, New York 1974.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa 1986.
- Karsz W., *Ekonomiczna analiza prawa w prawnoznawstwie amerykańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 28, 1982.
- Kassner M., *Pragmatyzm i radykalny liberalizm*, Toruń 2019.
- Kosikowski C., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995.
- Piotrowski A., Ziółkowski M., *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Warszawa 1976.
- Posner R.A., *The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962–1987*, „Harvard Law Review” 761, 1987.
- Posner R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto 1977.
- Rorty R., *Filozofia a zwierciadło natury*, Warszawa 2013.
- Rorty R., *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, „Analiza i Egzystencja” 2007, nr 5.
- Woleński J., *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opalek, Warszawa 1975.
- Wróblewski J., *Modele prawnoznawstwa a typy kształcenia prawniczego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 4.
- Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983.
- Żuławska C., *Co to jest prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.

Should We Distinguish Business Law? The Discussion Returns

Summary

In the paper the author recalls the debate that took place in 1993 in the pages of the journal *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. Its editors asked the participants what business law is and whether business law should be distinguished as a branch of law and, respectively, an independent research discipline. The presented text is an attempt to show what has changed in the scientific environment of Polish jurisprudence in the less than 30 years since that debate and how these changes may affect the theses formulated in that discussion. These changes were shaped by the so-called “pragmatist turn.” Using the research assumptions of pragmatist philosophy, the author formulates a view that the idea of a branch (object) division of the system of law should be replaced by understanding “business law” as a certain attitude adopted towards the law by an acting/managing subject.

Keywords: business law, branch of law, pragmatist turn.

MACIEJ BŁAŻEWSKI

ORCID: 0000-0003-2812-8199

Uniwersytet Wrocławski

maciej.blazewski@uwr.edu.pl

Funkcje norm technicznych wobec gospodarki

Abstrakt: Postęp techniczny jest mocno związany z rozwojem gospodarczym. Jednym z elementów tego powiązania jest stosowanie norm technicznych przez przedsiębiorców. Co ważne, część norm technicznych jest włączona do porządku prawnego ze względu na ich znaczenie dla ochrony interesu publicznego.

Słowa kluczowe: postęp techniczny, normy techniczne, wolność gospodarcza, interes publiczny.

Wstęp

Rozwój gospodarczy jest sprzężony z intensywnym postępowaniem technicznym. Skutkiem powiązania między tymi dwoma zjawiskami jest utworzenie norm technicznych akceptowanych w obrocie gospodarczym. Prawodawca w reakcji na te zjawiska ustanawia przepisy prawa inkorporujące normy techniczne lub odsyłające do pozasystemowych norm technicznych. Celem prawodawcy jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, który obejmuje między innymi potrzebę ochrony użyteczności urządzeń oraz bezpieczeństwa ich użytkowników i osób trzecich jako wartości związanych z procesem wytwarzania i eksploatacji urządzeń technicznych.

Postęp techniczny wobec gospodarki

Rozwój gospodarczy oraz postęp techniczny są współcześnie sprzężonymi zjawiskami. Z jednej strony postęp techniczny jest czynnikiem sprzyjającym rozwojowi gospodarczemu przez zapewnienie między innymi optymalizacji proce-

sów produkcyjnych oraz eksploatacyjnych. Z drugiej zaś przedsiębiorcy, zmierzając do ograniczenia kosztów, starają się osiągnąć ten cel między innymi poprzez finansowe oraz organizacyjne wspieranie postępu technicznego. Jednym z narzędzi wykorzystywanych przez przedsiębiorców do osiągnięcia najlepszych efektów sprzężenia tych zjawisk są normy techniczne. Stanowią one przede wszystkim narzędzie komunikacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy w toku swojej działalności gospodarczej korzystają z rezultatów postępu technicznego, jak również pomiędzy tymi przedsiębiorcami a jednostkami techniczno-badawczymi, takimi jak ośrodki badawcze, prowadzącymi działania zmierzające do wykorzystania aktualnej wiedzy o prawach przyrody do stworzenia lub udoskonalenia urządzeń technicznych. Przedmiotem tej komunikacji są wyrażenia warunkowe określające najbardziej optymalny sposób osiągnięcia zamierzonych celów. Przedsiębiorcy precyzują te cele, korelując je ze procesami produkcyjnymi lub eksploatacyjnymi, które są stosowane w toku ich działalności gospodarczej. Jednostki techniczno-badawcze ustalają natomiast sposób osiągnięcia tego celu, zapisując go za pomocą norm technicznych, które później odczytują inne jednostki techniczno-badawcze lub przedsiębiorcy w procesie produkcyjnym lub eksploatacyjnym.

Normy techniczne adresowane do przedsiębiorców

W świetle dominujących poglądów nauki prawa norma techniczna jest dyrektywą celowościową, która określa sposób osiągnięcia celu z uwzględnieniem obiektywnych praw przyrody¹. W nauce prawa podkreśla się, że podstawą normy technicznej jest dyrektywa celowościowa obejmująca wypowiedź: „jeżeli A chce osiągnąć skutek B, powinien wykonać czynności C”². Norma techniczna wska-

¹ Zdaniem Anny Michalskiej norma techniczna jest warunkowana trzema czynnikami: wiedzą podmiotu tworzącego normę techniczną o prawach przyrody; celem, do którego dąży ten podmiot lub adresat tej normy; jak również możliwościami i środkami, z których adresat tej normy może korzystać. Zob. *eadem*, *Normy techniczne w PRL powstające w procesie normalizacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (dalej: RPEiS) 1966, nr 1, s. 42. Autorka podkreśla także wieloznaczność pojęcia normy technicznej. Zob. *eadem*, *Pojęcie normy technicznej*, RPEiS 1965, nr 2, s. 80. Zob. też J. Rotko, *Normy techniczne w prawie ochrony środowiska*, Wrocław 2000, s. 53. Szerzej problematyka norm technicznych przedstawiona jest także w: M. Błażewski, *Prawo budowlane jako pogranicze przepisów prawa i norm technicznych*, [w:] *Pogranicze prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019, s. 436–437; *idem*, *Zapewnienie interoperacyjności urządzeń i systemów. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2020, s. 74–81.

² Jak słusznie podkreśla Waław Brzeziński, podstawą normy technicznej jest dyrektywa celowościowa obejmująca wypowiedź: „jeżeli chcesz osiągnąć rezultat X, postępuj Y” — *idem*, *Nowe typy norm prawnych w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 9, s. 285. Jak podkreśla Franciszek Gojny, norma techniczna ma warunkowy charakter, czyli może być przedstawiona za pomocą zwrotu „jeżeli chcesz osiągnąć A, to powinieneś zrobić B” — *idem*, *Norma prawna a norma techniczna (z problematyki przepisów technicznych)*, „Studia Prawnicze” 1966, z. 13, s. 113.

zuje zatem optymalne zachowanie, które prowadzi do uzyskania zamierzonego przez jej adresata wyniku, przy uwzględnieniu związków przyczynowych zachodzących w świecie przyrody³. Nauka prawa wyróżnia trzy rodzaje norm technicznych w zależności od ich treści. Normy te mogą określać: 1. cechy przedmiotu; 2. czynności związane z procesem produkcji lub eksploatacji; 3. jednolite pojęcia i oznaczenia⁴.

Należy zaznaczyć mocny związek norm technicznych z działalnością przedsiębiorców. Jak słusznie zauważa Jerzy Starościak, swoistym elementem normy technicznej są jej adresaci, czyli producent i odbiorca⁵. Rola producenta ma pierwotny charakter, ponieważ odpowiada on za zaprojektowanie lub wytworzenie przedmiotu. Natomiast rola odbiorcy jest jedynie wtórna, gdyż jego działania ograniczają się do korzystania z tego przedmiotu. Z tych dwóch rodzajów podmiotów producent z zasady jest przedsiębiorcą. Odbiorcą może być zarówno przedsiębiorca, jak i konsument lub podmiot publiczny. Należy zatem wyróżnić dwie sytuacje.

W pierwszej oboma adresatami normy technicznej są przedsiębiorcy, wówczas związek między normą techniczną a działalnością tych podmiotów ma charakter wyłączny. Producentem jest przedsiębiorca, który zaprojektował i wytworzył przedmiot, a odbiorcą — drugi przedsiębiorca, którego celem jest eksploatacja tego przedmiotu. Szczególny charakter tej sytuacji może mieć miejsce, gdy producentem oraz odbiorcą jest jednocześnie ten sam podmiot, a więc przedsiębiorca projektuje i wytwarza przedmiot, który zamierza później samodzielnie eksploatować w toku swojej działalności gospodarczej.

W drugiej sytuacji producent jest przedsiębiorcą, a odbiorcą — podmiot publiczny lub konsument. Związek między normą techniczną a działalnością przedsiębiorców ma wtedy charakter jedynie częściowy. Proces projektowania oraz wytworzenia jest realizowany przez przedsiębiorcę, który powinien zapewnić także odpowiednie cechy wytwarzanego przedmiotu oraz jego właściwe opisanie i oznakowanie. Podmiot publiczny jako odbiorca podejmuje działania związane

Zdaniem zaś Kazimierza Sanda oraz Stanisława Strachowskiego dyrektywa celowościowa wyrażona w normie technicznej przybiera postać: „jeśli chcesz osiągnąć skutek S, wykonaj czynności C” — *idem*, *Normy techniczne w prawie administracyjnym (ze szczególnym uwzględnieniem norm prawnych z zakresu rolnictwa)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 17, 1970, nr 3, s. 87. Zob. też M. Błazewski, *Racjonalny prawodawca wobec zmienności uwarunkowań technicznych: ustanowienie oraz odesłanie do norm technicznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1, s. 38; *idem*, *Zapewnienie interoperacyjności...*, s. 74.

³ Zob. W. Brzeziński, *op. cit.*, s. 285.

⁴ Zob. *ibidem*, s. 283. Zdaniem Michalskiej norma techniczna może określać: cechy charakterystyczne przedmiotu, a także cechy czynności produkcyjnych lub eksploatacyjnych — *eadem*, *Normy techniczne w PRL...*, s. 39.

⁵ J. Starościak, *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, red. J. Starościak, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1977, s. 122; *idem*, *Podstawy prawne działania administracji (źródła prawa administracyjnego)*, Warszawa 1973, s. 72.

z eksploatacją tego przedmiotu w związku z wykonywanymi zadaniami publicznymi. Jeżeli odbiorcą jest konsument, eksploatuje on przedmiot w celu zaspokojenia własnych potrzeb. Proces eksploatacji może przy tym wymagać od podmiotu publicznego lub konsumenta właściwego odczytania pojęć i oznaczeń związanych z tym przedmiotem.

Sposób włączenia norm technicznych do porządku prawnego przez prawodawcę

Ze względu na coraz szybszy postęp techniczny i jego powiązanie z rozwojem gospodarczym prawodawca podejmuje działania zmierzające do poszerzenia zakresu ingerencji państwa w proces produkcyjny i eksploatacyjny. Celem tej ingerencji jest potrzeba ochrony interesu publicznego oraz części interesów prawnych użytkowników urządzeń oraz osób trzecich⁶. Ingerencja ta ma miejsce na poziomie stanowienia i stosowania prawa. Prawodawca, ustanawiając prawo, określa warunki procesu produkcji i eksploatacji urządzeń. Z kolei organy administracji publicznej, stosując prawo, podejmują środki ingerencji w ten proces, jeżeli warunki prawne, którym powinien on odpowiadać, zostały złamane.

Sposobem ingerencji prawodawcy na poziomie stanowienia prawa jest włączenie norm technicznych do porządku prawnego. Należy wyróżnić dwa modele włączenia tych norm: odesłanie do pozasystemowych norm technicznych oraz inkorporowanie tych norm do przepisu prawnego⁷. Prawodawca, ustanawiając przepis prawa odsyłający do pozasystemowych norm technicznych, nadaje moc obowiązującą już istniejącej normie technicznej⁸, której powstanie jest wynikiem

⁶ Jak podkreśla Jerzy Rotko, prawodawca stanowiący prawo ingerujące w postęp techniczny wypełnia jednocześnie dwa zadania. Pierwsze jest związane z potrzebą ochrony swobody działalności gospodarczej, która obejmuje między innymi swobodę wykorzystywania urządzeń technicznych w przemyśle. Drugie zadanie odnosi się natomiast do potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom tych urządzeń. Zob. *idem, op. cit.*, s. 18. Jak słusznie zauważył F. Gojny, normy techniczne zostają włączone do porządku prawnego, gdy prawodawca rozstrzygnie, że normy te powinny mieć obowiązujący charakter w sensie prawnym — *idem, op. cit.*, s. 118. Jak zaś zauważa Ewa Łętowska, pomiędzy normami technicznymi a normami prawnymi zachodzi stosunek krzyżowania. Część norm technicznych jest bowiem częściami normy prawnej, jednakże większość norm technicznych nie ma prawnego charakteru, a większość norm prawnych nie ma technicznych charakteru. Zob. *eadem, Normy techniczne i dyspozycje umowne jako czynniki określające jakość przedmiotu świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, nr 29, s. 94.

⁷ J. Rotko wyróżnia trzy metody włączenia norm technicznych do przepisów prawa, do których zalicza: 1. inkorporację normy technicznej do normy prawnej; 2. odesłanie systemowe, czyli do norm technicznych wyrażonych w innym przepisie prawa; 3. odesłanie pozasystemowe, czyli do norm technicznych wyrażonych poza systemem prawa. Zob. *idem, op. cit.*, s. 59.

⁸ Jak słusznie zauważa Sylwia Wojtczak, analizując problematykę prawnych odesłań pozasystemowych, pozasystemowe normy, do których odsyła prawodawca, obowiązują nie tylko w sensie

prac organizacji normalizującej⁹ lub rezultatem zwyczajowej praktyki pomiędzy przedsiębiorcami¹⁰. Prawodawca może przy tym odsyłać do pozasystemowych norm technicznych ściśle oznaczonych lub wyznaczonych gatunkowo¹¹. Przepis prawa odsyłający do tych norm jest elastycznym sposobem włączenia ich do porządku prawnego¹². Należy jeszcze dodać, że pozasystemowe normy techniczne podlegają ciągłym zmianom będącym skutkami aktualizacji wiedzy o prawach przyrody. Ich zmiana doprowadza do równoległej zmiany treści normy prawnej wyrażonej w przepisie prawnym, ponieważ przepis ten bezpośrednio odsyła do aktualnych norm technicznych.

Prawodawca, inkorporując normy techniczne do przepisów prawa, w pełni rozstrzyga o treści tych norm. Z tej przyczyny nawet jeżeli są one wynikiem pracy organizacji normalizującej, ich treść wyrażona w przepisie prawa pozostaje poza gestią tych organizacji. Prawodawca może normy te inkorporować w całości lub po częściowej modyfikacji. Ten sposób włączenia norm technicznych do porządku prawnego zapewnia im relatywną stabilność treści. Ich zmiana wymaga bowiem

prawnym, ale także w sensie pozaprawnym. Normy te były bowiem akceptowane społecznie, również zanim prawodawca ustanowił przepis prawa odsyłający do nich. Zob. *eadem*, *Problem odesłań pozasystemowych do norm niezgodnych z porządkiem prawnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 81, 2010, s. 193.

⁹ Problematykę norm technicznych tworzonych przez organizację normalizującą przedstawia szerzej A. Michalska, *Normy techniczne w PRL...*, s. 58–61.

¹⁰ Michalska wyróżnia zwyczajowe normy techniczne, które powstają w wyniku powolnego przyzwyczajania się ich adresatów do ich stosowania. Autorka podkreśla, że zwyczajowe normy techniczne powstają stopniowo w wyniku praktyki adresatów tych norm. Zob. *ibidem*, s. 43. Podkreślenia wymaga, że pojawienie się zwyczajowych norm technicznych ma miejsce wtedy, gdy normy te są wyrażone w umowach zawieranych przez przedsiębiorców. Poszerzanie zakresu stosowania zwyczajowych norm technicznych następuje, gdy kolejni przedsiębiorcy akceptują te normy w związku z prowadzoną przez nich działalnością gospodarczą.

¹¹ J. Rotko, *op. cit.*, s. 63. Problematyka przepisu prawnego odsyłającego do pozasystemowej normy technicznej została szerzej przedstawiona w: M. Błażewski, *Przepisy prawa odsyłające do pozasystemowych norm technicznych jako narzędzie bieżącej aktualizacji norm prawa administracyjnego*, [w:] *Aktualność pojęć prawa administracyjnego*, red. W. Jakimowicz, Warszawa 2021, s. 420–422.

¹² J. Rotko, *op. cit.*, s. 62. Zob. też M. Błażewski, *Racjonalny prawodawca...*, s. 40; *idem*, *Przepisy prawa odsyłające...*, s. 423–424. Jak podkreślają Leszek Leszczyński oraz Grzegorz Maroń, rozpatrując problematykę klauzul generalnych odsyłających do norm społecznych, analizowane klauzule generalne są odpowiednim narzędziem względem dynamicznie zmieniających się stosunków społecznych, które prawodawca zamierza uchwycić jako elementy normy prawnej. Zob. *idem*, *Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających: uwagi porównawcze*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2013, nr 1, s. 87. Pogląd ten można odnieść do przepisów prawa odsyłających do norm technicznych, które także ulegają ciągłym zmianom w wyniku intensywnie prowadzonych badań nad obiektywnymi prawami przyrody. Jak podkreślają Adam Błaś oraz Jan Boć, prawodawca ustanawia przepisy prawa odsyłające do norm pozaprawnych ze względu na złożoność i dynamizm stosunków regulowanych przez te normy. Zob. *idem*, *Odesłania i normy pozaprawne stosowane przez administrację publiczną*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007, s. 113.

podjęcia procedury prawodawczej właściwej rodzajowi aktu normatywnego, w którym zostały zawarte przepisy prawa inkorporujące te normy techniczne¹³. Przepisy te powinny jednak w pewnym zakresie uwzględnić elastyczny charakter norm. Z tej przyczyny przepisy te powinny zawierać także reguły odstępstwa od przyjętych rozwiązań¹⁴. Odstępstwa te jako wyjątki powinny być rozumiane w sposób ścisły.

Podkreślenia wymaga, że włączenie normy technicznej do porządku prawnego ma charakter wtórny wobec jej istnienia. Norma techniczna powstaje bowiem w wyniku prac organizacji normalizującej lub praktyki przedsiębiorców. Jej powstanie wiąże się jednocześnie z poszerzeniem wiedzy o prawach przyrody lub aktualizacją tej wiedzy. Co ważne, ze względu na zgodność tych norm z obiektywnymi prawami przyrody normy te mogą obowiązywać od samego początku w sensie pozaprawnym. Adresaci tych norm akceptują je, ponieważ ich stosowanie umożliwia optymalne osiągnięcie zakładanych celów¹⁵. Normy techniczne obowiązują zatem pierwotnie w znaczeniu pozaprawnym. Prawodawca, włączając te normy do porządku prawnego, poprzez ich inkorporowanie do przepisów prawnych lub ustanowienie przepisów prawnych odsyłających do nich nadaje im wtórnie obowiązującego charakteru, który ma znaczenie prawne¹⁶.

Zapewnienie ujednolicenia lub harmonizacji norm technicznych jako przejaw ingerencji państwa w swobodę działalności gospodarczej

Skutkiem włączenia norm technicznych do porządku prawnego jest ich ujednolicenie lub harmonizacja. Z chwilą gdy normy techniczne stają się częścią dys-

¹³ Jak słusznie zauważa Rotko, prawodawca ustanawia przepisy prawa inkorporujące normy techniczne, jeżeli zakłada, że normy te zachowają przez dłuższy czas aktualność, a zatem nie będzie szybkiej potrzeby dostosowania ich do zmian aktualnych rozwiązań technicznych. Autor podkreśla także, że wadami inkorporacji norm technicznych do przepisu prawa są potencjalna nieprzejrzystość tych przepisów, jak również relatywnie długi okres nowelizacji tych przepisów w związku z potrzebą ich dostosowania do aktualnych rozwiązań technicznych. Zob. *idem, op. cit.*, s. 60; por. M. Błażewski, *Racjonalny prawodawca...*, s. 40. Zdaniem Gojnego ze względu na intensywny postęp techniczny przepisy techniczne wymagają częstych zmian — *idem, op. cit.*, s. 133.

¹⁴ Według Gojnego odstępstwa mogą mieć status ulg względem przepisów prawa zawierających ograniczenia dla ich adresatów, a także obostrzenia wobec przepisów prawa stanowiących podstawę swobód ich adresatów — *idem, op. cit.*, s. 133.

¹⁵ Jak słusznie zauważa Gojny, sensem normy technicznej jest jej prawdziwość lub fałszywość, czyli zgodność lub niezgodność z obiektywnymi prawami przyrody — *ibidem*, s. 114.

¹⁶ Zdaniem Gojnego skutkiem powiązania norm technicznych z przepisami prawnymi jest nadanie mocy obowiązującej tym normom względem osób pracujących w określonym sektorze gospodarczym — *ibidem*, s. 119.

pozycji normy prawnej, nabywają status obowiązującego prawa. Z tej przyczyny przedsiębiorcy jako adresaci tych norm mają obowiązek je stosować.

Podkreślenia wymaga, że normy techniczne mogą określać w sposób całościowy lub częściowy cechy przedmiotu, czynności związane z procesem produkcji lub eksploatacji bądź pojęcia i oznaczenia dotyczące tego przedmiotu. Jeżeli prawodawca włącza do porządku prawnego normy techniczne, które zawierają całościowe regulacje, wówczas następuje ujednoczenie tych norm. Ich adresaci mają wówczas obowiązek stosować jedynie te normy w toku swojej działalności, pomijając inne normy techniczne, które nie są elementem porządku prawnego¹⁷. Gdy jednak prawodawca włącza do porządku prawnego normy techniczne, które obejmują jedynie częściowe regulacje, następuje harmonizacja tych norm. W jej rezultacie prawodawca pozostawia adresatom tych norm ograniczoną swobodę w ich dookreśleniu za pomocą innych pozasystemowych norm technicznych¹⁸.

Podział na ujednoczone i zharmonizowane normy techniczne jest skorelowany z określeniem zakresu ingerencji prawodawcy w swobodę działalności gospodarczej. Ingerencja ta powinna być proporcjonalna do potrzeby ochrony interesu publicznego obejmującego takie wartości jak użyteczność urządzeń lub bezpieczeństwo ich użytkowników i osób trzecich¹⁹. Zapewnienie użyteczności zwiększa pewność obrotu gospodarczego. Odbiorcy wyprodukowanych urządzeń mają wówczas pewność, że urządzenia te będą miały wymagane przez nich właściwości²⁰. Z kolei zapewnienie bezpieczeństwa umożliwi zwiększenie pewności ochrony życia, zdrowia i mienia ze względu na stosowanie norm technicznych, które są akceptowane przez prawodawcę. Jeżeli zapewnienie ochrony obu tych

¹⁷ Michalska utożsamia ujednoczenie norm technicznych z procesem normalizacji. Autorka podkreśla, że normalizacja ma miejsce w procesie produkcji, gdy wprowadzane są jednolite właściwości procesów technologicznych i wytwarzanych produktów. Zob. *eadem*, *Normy techniczne w PRL...*, s. 44. Zdaniem Władysława Bagińskiego oraz Franciszka Romaniuka normalizacja służy ograniczeniu różnorodności poprzez przyjęcie jednolitych rozwiązań technicznych i ekonomicznych. Zob. *idem*, *Podstawy prawne postępu technicznego*, Warszawa 1967, s. 200. Według Jana Zimmermanna prawodawca, włączając normę techniczną do porządku prawnego, zapewnia między innymi jednolitość rozwiązań — *idem*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 111.

¹⁸ Odmienne znaczenie harmonizacji norm technicznych przedstawia Rotko. Autor ten harmonizację utożsamia z tworzeniem jednolitych standardów dla całej Unii Europejskiej, których stosowanie powinno mieć prymat względem stosowania innych norm technicznych. Zob. *idem*, *op. cit.*, s. 116.

¹⁹ Jak słusznie podkreśla Małgorzata Stahl, ujmowanie norm technicznych w formie prawnej ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa poprzez wyłączenie dowolności w stosowaniu norm technicznych. Zob. *eadem*, *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2016, s. 233. Zdaniem Bagińskiego oraz Romaniuka nowoczesna gospodarka wymaga normalizacji, która ogranicza zbędną różnorodność — *idem*, *op. cit.*, s. 200.

²⁰ Wedle Jerzego Starościaka standaryzacja produkcji jest pozytywnym rozwiązaniem z perspektywy funkcjonowania gospodarki. Autor podkreśla, że standaryzacja umożliwia bardziej optymalną kooperację i koordynację działalności wielu przedsiębiorców. Zob. *idem*, *Źródła prawa administracyjnego...*, s. 123.

wartości wymaga całościowego uregulowania za pomocą norm technicznych włączonych do porządku prawnego, prawodawca ujednocila te normy. Gdy jednak ochrona ta nie wymaga pełnego uregulowania za pomocą norm technicznych o prawnie obowiązującym charakterze, prawodawca jedynie harmonizuje te normy.

Zakończenie

Prawodawca wdraża normy techniczne do porządku prawnego, ustanawiając przepisy prawa inkorporujące normy techniczne lub odsyłające do pozasystemowych norm technicznych. Podejmuje te działania, aby zapewnić ochronę interesu publicznego, obejmującego między innymi takie wartości jak ochrona użyteczności urzędów oraz bezpieczeństwo ich użytkowników i osób trzecich. Wdrożenie tych norm technicznych do porządku prawnego oznacza ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, dlatego działania prawodawcy powinny być proporcjonalne względem potrzeby ochrony tych wartości. Działania prawodawcy powinny tym samym opierać się na dorobku podmiotów sektora gospodarczego (przedsiębiorców, jednostek techniczno-badawczych). Prawodawca, inkorporując normy techniczne lub odsyłając do tych norm, powinien zatem uwzględniać zwyczajowe normy techniczne stosowane w sektorze gospodarczym lub normy techniczne, które zostały opracowane przez organizacje normalizujące. Po pierwsze, włączenie tych norm technicznych do porządku prawnego oznacza upowszechnienie ich stosowania. Po drugie, takie działanie pracodawcy umożliwia uwzględnienie norm technicznych, których skuteczność stosowania została potwierdzona w praktyce przedsiębiorców.

Bibliografia

- Bagiński W., Romaniuk F., *Podstawy prawne postępu technicznego*, Warszawa 1967.
- Błaś A., Boć J., *Odesłania i normy pozaprawne stosowane przez administrację publiczną*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007.
- Błażewski M., *Prawo budowlane jako pogranicze przepisów prawa i norm technicznych*, [w:] *Pogranicze prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019.
- Błażewski M., *Przepisy prawa odsyłające do pozasystemowych norm technicznych jako narzędzie bieżącej aktualizacji norm prawa administracyjnego*, [w:] *Aktualność pojęć prawa administracyjnego*, red. W. Jakimowicz, Warszawa 2021.
- Błażewski M., *Racjonalny prawodawca wobec zmienności uwarunkowań technicznych: ustanowienie oraz odesłanie do norm technicznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1.
- Błażewski M., *Zapewnienie interoperacyjności urzędów i systemów. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2020.

- Brzeziński W., *Nowe typy norm prawnych w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 9.
- Gojny F., *Norma prawna a norma techniczna (z problematyki przepisów technicznych)*, „Studia Prawnicze” 1966, z. 13.
- Leszczyński L., Maroń G., *Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających: uwagi porównawcze*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2013, nr 1.
- Łętowska E., *Normy techniczne i dyspozycje umowne jako czynniki określające jakość przedmiotu świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, nr 29.
- Michalska A., *Normy techniczne w PRL powstające w procesie normalizacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1966, nr 1.
- Michalska A., *Pojęcie normy technicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 2.
- Rotko J., *Normy techniczne w prawie ochrony środowiska*, Wrocław 2000.
- Sand K., Strachowski S., *Normy techniczne w prawie administracyjnym (ze szczególnym uwzględnieniem norm prawnych z zakresu rolnictwa)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 17, 1970, nr 3.
- Stahl M., *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2016.
- Starościak J., *Podstawy prawne działania administracji (źródła prawa administracyjnego)*, Warszawa 1973.
- Starościak J., *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, red. J. Starościak, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1977.
- Wojtczak S., *Problem odesłań pozasystemowych do norm niezgodnych z porządkiem prawnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 81, 2010.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014.

The Economic Functions of Technical Standards

Summary

Technical progress is closely related to economic development. One of the elements of this relationship is the use of technical standards by entrepreneurs. Some technical standards are included in the legal order because of their importance for the protection of the public interest.

Keywords: technological progress, technical standards, economic freedom, public interest.

TOMASZ DŁUGOSZ

ORCID: 0000-0003-3174-1568

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

t.dlugosz@uj.edu.pl

Zagadnienie wspierania przedsiębiorców w warunkach zasady równego traktowania

Abstrakt: W artykule poruszono problem zachowania zasady równego traktowania przedsiębiorców w warunkach dzisiejszego interwencjonizmu państwa w gospodarce. Podjęto próbę wskazania warunków zachowania zasady równego traktowania. Zwrócono uwagę, że w warunkach państwa demokratycznego odtworzenie formuły czy formuł sprawiedliwości uzasadniających równe traktowanie jest niezwykle trudne. Zdaniem autora odpowiedzią na te trudności jest instytucjonalizacja sposobu decydowania o tym, co jest sprawiedliwe, w imię jakich wartości można różnicować sytuację podmiotów w prawie.

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, wspieranie gospodarki, równe traktowanie, interwencjonizm.

Wspieranie gospodarki jest funkcją państwa i administracji publicznej w gospodarce. Mówi się nawet o formie interwencjonizmu państwa w gospodarce, polegającej na wspieraniu przedsiębiorców bądź pewnych dziedzin życia przy pomocy różnych środków w celu kierowania procesami gospodarczymi¹. Można postawić pytanie, w jaki sposób możliwe jest jednak wspieranie przedsiębiorców w świetle zasady równości z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Być może wspierania gospodarki nie należy rozumieć w ten sposób, że przyznaje się przedsiębiorcom ulgi, zwolnienia, szczególne regulacje prawne, ale powinno się poprzestać na tworzeniu korzystnych warunków prawnych i organizacyjnych do rozwoju ogólnej przedsiębiorczości, na ogólnym organizowaniu procesów gospodarczych i tworzeniu infrastruktury sprzyjającej rozwojowi gospodarczemu?

¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2008, s. 176–177; podobnie C. Kosikowski, *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018, s. 259–260.

Problem ten jest przywoływany w literaturze w rozmaity sposób. Dla przykładu Krzysztof Horubski zauważa, że wspieranie gospodarki nie może, czy nie powinno, „przeistoczyć się w mechanizm faworyzowania i protekcji nad wybranymi przedsiębiorcami, ich grupami, określonymi na podstawie takich czy innych kryteriów, lub sektorami (gałęziami) gospodarki”, a zarazem twierdzi, że wspieranie gospodarki może polegać na „wyrównywaniu warunków wykonywania działalności gospodarczej przez małych i średnich przedsiębiorców”² i że uzasadnienia dla takiego wspierania można poszukiwać w obszarze równego traktowania z art. 32 Konstytucji. W prawie prywatnym Marek Safjan stawia problem równego traktowania i podnosi, że pytanie o konieczny stopień ekwilibrium w relacjach prywatnoprawnych wobec zasad autonomii i wolności jest jednym z najważniejszych w praktyce i refleksji teoretycznej³. Z kolei Friedrich A. Hayek, który oprócz tego, że był ekonomistą, zajmował się prawoznawstwem, stawia zasadnicze pytanie, czy „żądanie równości” w ramach realizowania przez państwo idei sprawiedliwości społecznej, a więc równości nie czysto formalnej (równego traktowania), ale materialnej (zmierzącej do wyrównywania szans czy osiągnięcia równych — ekonomicznie — rezultatów), nie jest w ogóle sprzeczne z równością reguł postępowania, które rząd ma egzekwować w „wolnym społeczeństwie”. Wyjaśnia on, że „żądanie sprawiedliwości społecznej” nie tylko wymaga tego, by rząd we wszystkich działaniach przestrzegał pewnej zasady działania zgodnej z jednolitymi regułami, ale domaga się podejmowania dodatkowych czynności⁴. W związku z tym dochodzi do wniosku, że przyjęcie przez państwo odpowiedzialności za rozmaite zadania motywowane ideałem sprawiedliwości społecznej jest immanentnie sprzeczne z zasadą równego traktowania. Zdaniem F.A. Hayeka w szczególności prawo administracyjne (najczęściej stosowany instrument realizowania „sprawiedliwości społecznej”), które nie obejmuje uniwersalnych reguł postępowania, ale zmierza do konkretnych przewidywanych wyników, z konieczności narusza zasadę równego traktowania, a więc wiąże się z dyskryminacją i uznaniowością⁵.

Postawiony problem jest interesujący, a zarazem trudny. Państwa obecnie dość „swobodnie” różnicują bowiem sytuację prawną podmiotów w gospodarce. Jako przykład wskażmy prawo pomocy publicznej oparte na art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)⁶, które wprowadzono dlatego, że państwa członkowskie UE różnicują sytuację ekonomiczną przedsiębiorców

² K. Horubski, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 793.

³ M. Safjan, *Efekty horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 18, 2009, nr 2, s. 297.

⁴ F.A. Hayek, *Prawo, legislacja i wolność*, Warszawa 2020, s. 317.

⁵ *Ibidem*, s. 200, 317.

⁶ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47–390).

w sposób, który może zagrażać konkurencji. Wiele przykładów różnicowania sytuacji podmiotów gospodarczych znajdujemy w ustawie Prawo przedsiębiorców (dalej: u.p.p.)⁷, na przykład w art. 5 niskoprzychodowej działalności o charakterze gospodarczym nie traktuje się jako działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy; w art. 16 wyróżniono specjalny organ państwa, mający stać „na straży praw” mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców, to jest Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców; a w art. 10 ust. 2 zdecydowano, że niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego będą rozstrzygane przez organy państwowe na korzyść przedsiębiorców.

Wydaje się, że trzeba wyraźnie odróżnić ogólne wspieranie gospodarki od wspierania przedsiębiorców. Przyjąć też trzeba, że sytuację prawną przedsiębiorców można różnicować, tylko jeśli owo różnicowanie ma racjonalne i aksjologiczne uzasadnienie. Gdy chodzi o racjonalne uzasadnienie, punktem odniesienia winien być wystarczająco skonkretyzowany cel, jeśli zaś chodzi o uzasadnienie aksjologiczne, to ostatecznie decyduje o nim formuła czy zespół formuł sprawiedliwości przyjętych w danym społeczeństwie, w danym czasie i w odniesieniu do stosunków gospodarczych, które w tym społeczeństwie mają miejsce. Przez formułę sprawiedliwości można przy tym rozumieć regułę lub reguły, które określają, co się komu i dlaczego należy. Można dodać, że formuła czy formuły sprawiedliwości w warunkach państwa demokratycznego są bardzo skomplikowane i niezwykle trudne do odtworzenia. Są však wypracowywane w warunkach większościowego i konsensualnego podejmowania decyzji. Wydaje się, że trudności w ustaleniu, co jest sprawiedliwe, a więc co odpowiada zasadzie równości traktowania, powodują, że instytucjonalizuje się w różny sposób rozstrzyganie o tym, co jest sprawiedliwe, a wyrazem tego są regulacje czy instytucje, które już wymieniono, na przykład nadzór Komisji Europejskiej nad pomocą publiczną w państwach członkowskich UE.

Przyjmuje się, że obecny interwencjonizm państwa w gospodarce musi polegać na wspieraniu i koordynowaniu działalności gospodarczych, stymulowaniu rozwoju gospodarczego⁸, a także że dzisiejsze państwo jest odpowiedzialne za gospodarkę i powinno wspierać rozwój gospodarczy⁹. Uważa się też, że wspieranie gospodarki może wyrażać się w dokonywaniu różnego rodzaju świadczeń majątkowych na rzecz przedsiębiorców¹⁰ oraz że kierowanie przez państwo procesami gospodarczymi może przejawiać się w środkach wsparcia w postaci świadczeń pozytywnych i negatywnych uzyskiwanych przez przedsiębiorców od państwa¹¹.

⁷ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

⁸ Tak na przykład A. Borkowski za E. Kunderą; zob. A. Borkowski, *Pomoc publiczna jako funkcja społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103, 2015, s. 13–14.

⁹ Tak K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 176–177.

¹⁰ Tak K. Horubski, *op. cit.*, s. 791.

¹¹ Tak K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 176–177.

W ujęciu Dariusza Kijowskiego wspieranie gospodarki obejmuje swoim zakresem: wsparcie socjalne, pomoc publiczną dla przedsiębiorców, wspieranie działań instytucji pozarządowych¹². Wydaje się jednak, że trzeba wyraźnie odróżnić wspieranie gospodarki, polegające na ogólnej poprawie warunków wykonywania działalności gospodarczej czy gospodarowania, od wspierania przedsiębiorców czy grup przedsiębiorców, gdy państwo dla realizacji celów prowadzonej przez siebie polityki dokonuje przysporzeń na rzecz przedsiębiorców bądź też obejmuje ich szczególną regulacją prawną.

Ogólne wspieranie rozwoju gospodarczego, odpowiedzialność państwa za gospodarkę, a w ramach tego wyważanie interesów i ochrona uczestników tej gospodarki wynika jak najbardziej z celu społecznej gospodarki rynkowej z art. 20 Konstytucji. Mieści się w tym ogólna poprawa warunków wykonywania działalności gospodarczej, systemowe działania na rzecz rozwoju przedsiębiorczości czy realizacja inwestycji infrastrukturalnych. Tak rozumiane wspieranie gospodarki wiąże się z ogólnym kierownictwem państwa w obszarze gospodarki¹³ lub z tak zwanym zarządzaniem rozwojem, czyli funkcją kierowania rozwojem gospodarki, kraju, regionów w warunkach spojrzenia „strategicznego”¹⁴. Naturalnie administracja państwowa realizuje również konkretne zadania i jest skoncentrowana na osiąganiu bieżących rezultatów w ramach tak zwanego zarządzania publicznego i w związku z tym bardzo intensywnie wpływa na gospodarkę, na przykład wykonując publiczną działalność gospodarczą czy udzielając zamówień publicznych. Natomiast planowanie gospodarcze państwa rozumiane jako „skłanianie przedsiębiorców do postępowania w sposób pożądaný i oczekiwany przez organy władzy publicznej”¹⁵ może budzić wątpliwości. Bo właściwie dlaczego państwo ma w gospodarce rynkowej „skłaniać” do działań przedsiębiorców, którzy przecież w większości są podmiotami prywatnymi? W każdym razie trzeba odróżnić takie ogólnosystemowe wspieranie przedsiębiorczości czy gospodarki przez państwo od działań wiążących się z przyznaniem przedsiębiorcom pewnych korzyści, zapewnieniem szczególnego traktowania czy uprawnień, które niezależnie od tego, czy są celowe, stanowią wyzwanie z punktu widzenia zasady równego traktowania w prawie.

Potrzebę rozróżnienia między działaniami ogólniejszymi a tymi, które wiążą się z ryzykiem nierównego traktowania, widać na gruncie regulacji unijnej o pomocy publicznej, gdyż w ramach niej rozróżnia się selektywne oraz nieselektywne wspieranie przedsiębiorców przez państwo. Pojęcie pomocy publicznej z art. 107 ust. 1 TFUE odnosi się do korzyści ekonomicznych, którymi państwo wyróżnia przedsiębiorcę lub przedsiębiorców na rynku, stwarzając choćby ryzyko

¹² Za: K. Horubski, *op. cit.*, s. 794.

¹³ Zob. pojęcie kierownictwa gospodarczego K. Strzyczkowskiego, *op. cit.*, s. 176.

¹⁴ Tak na przykład J. Jakubek-Lalik, *Pojęcie i funkcje administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjnej Unii Europejskiej*, red. R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2016, s. 55.

¹⁵ Tak K. Horubski za K. Strzyczkowskim; zob. K. Horubski, *op. cit.*, s. 791.

naruszenia konkurencji na unijnym rynku wspólnym przez nierówne traktowanie. Nieselektywne wspieranie polega na tak zwanych ogólnych środkach interwencji, które mają być dostępne obiektywnie dla każdego przedsiębiorcy, mają mieć charakter systemowy i powszechny, obejmować środki znajdujące zastosowanie we wszystkich sektorach gospodarki i nie faworyzować przedsiębiorstw lub gałęzi gospodarki¹⁶. Tych ogólnych środków interwencji nie traktuje się jako zagrożenie dla mechanizmu konkurencji i interesu uczestników procesów gospodarczych¹⁷, więc nie obejmuje się ich prawem pomocy publicznej. Inna jest jednak sytuacja selektywnego wspierania przedsiębiorców przez państwa, bo takie właśnie traktowanie przez państwo stwarza zagrożenie dla konkurencji rynkowej i interesów uczestników rynku, a więc poddaje się je nadzorowi Komisji Europejskiej.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE można stwierdzić, że za ogólne środki interwencji uchodzą takie środki przyznające przedsiębiorcom korzyści gospodarcze, które są w pewien sposób uzasadnione charakterem czy ogólną strukturą systemu, w którym funkcjonują, na przykład systemem podatkowym czy ubezpieczeniowym — wtedy przesłanka selektywności pomocy publicznej nie jest spełniona¹⁸. Anna Nykiel-Mateo dodaje, że kryteria zastosowania ogólnego środka interwencji muszą być obiektywne, pozbawione dyskrecjonalności¹⁹.

Na tle wskazanego rozróżnienia przyjmowanego w prawie UE między środkami ogólnosystemowego wspierania przedsiębiorców czy gospodarki oraz środkami, które choćby potencjalnie godzą w konkurencję i interesy uczestników rynku, wyłaniają się następujące zagadnienia w związku z zasadą równości. Po pierwsze, czy i jak jest możliwe selektywne wyróżnianie przedsiębiorców przez państwo respektujące zasadę równego traktowania?; inaczej — czy selektywne wyróżnianie przedsiębiorców przez państwo, skądinąd może i korzystne, jest w ogóle dopuszczalne w świetle zasady równego traktowania? Po drugie, w jaki sposób uzasadnić takie „systemowe” czy strukturalne wspieranie przedsiębiorców, które mieści się w pojęciu omówionego ogólnego środka interwencji i w związku z tym przynajmniej *prima facie* nie budzi wątpliwości z perspektywy konkurencji, a w związku z tym również zasady równego traktowania przez państwo? Czy można dla przykładu wesprzeć małych przedsiębiorców z uzasadnieniem, że są oni w szczególnie uciążliwy sposób obciążeni formalnościami, że są

¹⁶ Tak K. Horubski za M. Szydło; zob. K. Horubski, *op. cit.*, s. 799; por. A. Nykiel-Mateo, *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009, s. 160–161.

¹⁷ W nauce mówi się też o potrzebie ochrony mechanizmu konkurencji ze względu na interes poszczególnych uczestników rynku. Na przykład Kazimierz Strzyczkowski mówi o konstytucyjnym prawie podmiotowym do konkurencji; zob. *idem*, *op. cit.*, s. 91.

¹⁸ Wyrok TS z dnia 8 listopada 2001 roku, sygn. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, ECR 2001, nr 11A, poz. I-8365, pkt 42.

¹⁹ A. Nykiel-Mateo, *op. cit.*, s. 162.

liczną grupą w gospodarce, że są odpowiedzialni za znaczną liczbę miejsc pracy? Czy też może należy się odwołać do jakiegoś głębszego uzasadnienia związanego z regulowaniem pewnej dziedziny życia, na przykład systemu podatkowego, systemu ochrony środowiska, systemu zwalczania bezrobocia, i dopiero na tym tle rozważać, czy wsparcie małych przedsiębiorców jest uzasadnione? Jeśli zaś potrzebne jest głębsze uzasadnienie, to można zapytać na przykład, jaka jest w gruncie rzeczy rola Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców, który ma stać na straży praw mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców (art. 16 u.p.p.)? Może do tego organu nie należy ogólne wspieranie wyróżnionych kategorii przedsiębiorców, lecz ma on stać na straży tych regulacji, które w sposób dostatecznie uzasadniony pod względem merytorycznym wyróżniają mikro, małych i średnich przedsiębiorców? Podobnie należałoby zapytać, czy można w ogóle zwolnić podmioty prowadzące aktywność zarobkową o charakterze gospodarczym z ogólnych wymogów regulacyjnych, jak ma to miejsce w przypadku art. 5 u.p.p. Osoby fizyczne tam wyróżnione prowadzą działalność niskoprzychodową i dlatego nie są traktowane jako przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy, chyba że wyrażą odmienną wolę. Czy wyróżnienie tej grupy podmiotów gospodarczych, prowadzących działalność niskoprzychodową, jest wystarczająco obiektywne i pozbawione arbitralności, aby uznać je za ogólny środek interwencji w przedstawionym wcześniej rozumieniu? Idźmy dalej — czy można z powołaniem się na rozwój gospodarki, wzrost dobrobytu społecznego czy wspieranie wolności działalności gospodarczej przyjąć zasadę rozstrzygania wątpliwości prawnych na korzyść przedsiębiorcy, jak to jest w art. 10 ust. 2 u.p.p.? Dlaczego ta zasada ma dotyczyć tylko przedsiębiorców? K. Horubski wyjaśnia, że istotą wspierania gospodarki jest rozszerzanie sfery możliwości korzystania z wolności gospodarczej przez tworzenie prawnych i materialnych warunków ku temu²⁰. Dlaczego jednak nie rozszerzyć sfery możliwości działania również innym podmiotom — podmiotom, które wprawdzie nie są przedsiębiorcami w rozumieniu u.p.p., lecz są uczestnikami procesów gospodarczych i mogą nawet pozostawać w zakresie podmiotowym konstytucyjnej wolności gospodarczej?

Jak powszechnie wiadomo, równe traktowanie jest zasadą konstytucyjną wyrażoną w art. 32 ust. 1 ustawy zasadniczej. W ujęciu prawnym równość nie oznacza jednak identyczności (tożsamości) praw wszystkich jednostek i identyczności w traktowaniu²¹, ale chodzi o to, aby podmioty takie same z punktu widzenia relewantnej z perspektywy prawa cechy były traktowane jednakowo²². Z kolei podmioty niepodobne z perspektywy nieposiadania danej cechy powinny być

²⁰ Tak na przykład K. Horubski za B. Popowską; zob. K. Horubski, *op. cit.*, s. 792.

²¹ Zob. np. postanowienie TK z dnia 24 października 2001 roku, sygn. SK 10/01, OTK 2001/7/225, pkt II.2 uzasadnienia.

²² Wojciech Sadurski słusznie zauważa, że uznanie jakichś obiektów za równe oznacza, iż należą one do klasy wyróżnionej ze względu na cechę, którą obserwator uznaje za istotną; zob. *idem*, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9, s. 52.

traktowane odmiennie²³. Okazuje się więc, że kluczowe znaczenie ma ustalenie cechy istotnej dla różnicowania podmiotów, przy czym cechą taką ustala się, analizując cel i treść danego aktu normatywnego, którym dokonuje się różnicowania podmiotów. Jeśli prawodawca różnicuje podmioty, które z perspektywy danej regulacji charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości²⁴.

Można przyjąć, że z perspektywy prawnej w punkcie wyjścia wszyscy są równi, skoro każdy dysponuje przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka, która jest wspólną cechą wszystkich (zob. art. 30 Konstytucji). Dopiero w kolejnym etapie różnicuje się sytuację jednostek, szukając uzasadnionych różnic w ich sytuacji faktycznej. Prawodawca nieustannie różnicuje podmioty wraz z postępującą legislacją i można powiedzieć, że to różnicowanie jest dopuszczalne, ale pod pewnymi warunkami. W orzecznictwie wskazano trzy takie warunki²⁵. Po pierwsze, wprowadzone przez prawodawcę różnicowanie musi być racjonalnie uzasadnione w świetle regulacji, której służy. Po drugie, musi występować właściwa waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie podmiotów podobnych. Po trzecie, różnicowanie podmiotów podobnych musi znajdować podstawę w wartościach, zasadach lub normach konstytucyjnych. Oznacza to, że efekt różnicowania podmiotów musi być zgodny ze stanem oczekiwanym, wypływającym z wartości, zasad i norm konstytucyjnych. Podobnie Wojciech Sadurski zauważa, że nie można określić treści zasady „równości w prawie” inaczej jak przez „materialną słuszność” czy „sprawiedliwość” systemu prawa²⁶.

Sam art. 32 Konstytucji, odnoszący się do równego traktowania, nie daje przy tym odpowiedzi, jak zróżnicować jednostki, ale z ogółu przepisów konstytucyjnych wyłania się pewna koncepcja sprawiedliwości, którą trzeba uwzględnić, gdy się różnicuje podmioty. Zauważmy przy tym, że to różnicowanie musi być racjonalne w ten sposób, iż ma pozostawać w bezpośrednim związku z celem i treścią regulacji, której służy²⁷, z czego wynika, że sam cel regulacji musi być wystarczająco skonkretyzowany, by można było ten bezpośredni związek ustalić. Z tego punktu widzenia można mieć wątpliwości odnośnie do ogólnego wspierania mikro, małych i średnich przedsiębiorców przez Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców.

²³ Zob. wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2003 roku, sygn. K 13/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 28, pkt III.1.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Zob. np. wyrok TK z dnia 2 lipca 2012 roku, sygn. P 35/10, OTK-A 2012, Nr 7, poz. 73, pkt III.4.1

²⁶ W. Sadurski wyróżnia trzy kryteria dyferencjacji podmiotów prawa: 1. obiektywna podstawa różnicowania, 2. racjonalny związek między różnicą cech jednostek a różnicą traktowania, 3. sprawiedliwe traktowanie; zob. *idem, op. cit.*, s. 58–59, 63.

²⁷ Wyrok TK z dnia 2 lipca 2012 roku..., pkt III.4.1.

Warto na zakończenie przywołać jeszcze uwagi Zygmunta Ziemińskiego dotyczące sprawiedliwości, które są doniosłe, chociaż niektórzy mogą je uznać za prozaiczne. Autor ten zwraca uwagę, że sposób pojmowania sprawiedliwości zależy od pewnego ogólnie ustalonego „układu życia społecznego”, że są różne formuły sprawiedliwości i że określenie ich w społeczeństwie zależy od sposobu jego organizacji, sposobu podejmowania w ramach danego społeczeństwa decyzji w poszczególnych dziedzinach życia²⁸. Z tego wynika, że obiektywne uzasadnienie różnicowania podmiotów gospodarczych może napotykać poważne przeszkody i że też może zmieniać się w czasie.

Naturalnie prawodawca nie może dowolnie wybierać cech, na podstawie których różnicuje podmioty, ale trudno nie zauważyć, że formuła lub formuły sprawiedliwości są na gruncie Konstytucji bardzo złożone i tak naprawdę zapewniają się bardzo szeroką władzę prawodawcy w wyborze kryterium różnicowania podmiotów. Sama klauzula sprawiedliwości społecznej z art. 2 Konstytucji może być rozumiana jako konglomerat różnych formuł sprawiedliwości²⁹. W warunkach państwa demokratycznego faktycznie realizowana formuła sprawiedliwości przy pomocy prawa jest wynikiem kompromisu różnych sił politycznych i praktycznie jest nie do odtworzenia.

Wydaje się, że trudności w ustaleniu tego, co jest sprawiedliwe, co odpowiada zasadzie równości, skłaniają między innymi do tego, że wprowadza się takie regulacje czy mechanizmy prawne, które w pewien sposób mają ułatwiać wypracowanie rozstrzygnięcia uchodzącego za sprawiedliwe i zapewniające równe traktowanie. Zdaje się, że przejawem tego są właśnie regulacje czy mechanizmy przywołane w tym opracowaniu, a więc: nadzór Komisji Europejskiej nad pomocą publiczną w państwach członkowskich UE, ustanowienie Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców oraz zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy. Mówiąc inaczej — skoro są trudności z wypracowaniem właściwego rozstrzygnięcia, wprowadzono na przykład kompetencję Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców do wstępowania do postępowań administracyjnych dotyczących przedsiębiorców na prawach przysługujących prokuratorowi, aby reprezentował interesy mikro, małych i średnich przedsiębiorców, a przez to dawał szansę uzyskania sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

²⁸ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 28, 33, 157.

²⁹ *Ibidem*, s. 130.

Bibliografia

- Borkowski A., *Pomoc publiczna jako funkcja społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103, 2015.
- Hayek F.A., *Prawo, legislacja i wolność*, Warszawa 2020.
- Horubski K., [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Jakubek-Lalik J., *Pojęcie i funkcje administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjnej Unii Europejskiej*, red. R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2016.
- Kosikowski C., *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018.
- Nykiel-Mateo A., *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009.
- Sadurski W., *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9.
- Safjan M., *Efekty horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 18, 2009, nr 2.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2008.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

Supporting Entrepreneurs under the Principle of Equal Treatment

Summary

The article addresses the problem of maintaining the principle of equal treatment in the case of entrepreneurs in today's state interventionism in the economy. The conditions for maintaining the principle of equal treatment have been indicated. It has been pointed out that in the conditions of a democratic state it is extremely difficult to recreate a formula or formulas of justice motivating equal treatment. According to the author, the answer to these difficulties is the institutionalization of the way of deciding what is just and on the basis of which values subjects can be differentiated in the law.

Keywords: entrepreneur, supporting the economy, equal treatment, interventionism.

WALDEMAR HOFF

ORCID: 0000-0002-6929-9130

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

waldhoff@kozminski.edu.pl

Przedsiębiorczość aksjologiczna w służbie suwerenności gospodarczej

Abstrakt: Zmiana globalnego układu sił oraz pojawienie się nowych technologii sprawiły, że rywalizacja gospodarcza stała się integralnym elementem rywalizacji politycznej. Zachowaniu suwerenności gospodarczej nie służy bowiem odtwórcze aplikowanie zastanych wyobrażeń o państwie prawa. Pewne elementy podejścia do polityki legislacyjnej i stosowania prawa powinny brać pod uwagę instrumentalne, wręcz nieuczciwe stosowanie prawa przez niektóre państwa. Należy optymalizować stosowanie istniejącego prawa w duchu realizacji interesów gospodarczych państwa oraz dokonać aktualizacji zastanych koncepcji z uwzględnieniem nowych zagrożeń dla suwerenności gospodarczej. Wymaga to swoistej przedsiębiorczości aksjologicznej w tworzeniu i stosowaniu prawa.

Słowa kluczowe: suwerenność gospodarcza, przedsiębiorczość aksjologiczna, rywalizacja gospodarcza.

Wprowadzenie

W rozważaniach o gospodarce i prawie gospodarczym można zaobserwować renesans problematyki suwerenności gospodarczej na rozmaitych płaszczyznach. Coraz częściej dostrzega się, że globalizacja staje się instrumentem dominacji gospodarczej realizowanej za pośrednictwem przedsiębiorstw-czempionów¹. Za uważa się bowiem, że kapitał ma narodowość i służy realizacji interesów politycznych. Względną nowością jest odkrycie agresywnej strony chińskiej polityki

¹ Zob. np. *Special Report. State Capitalism*, „The Economist” 21.01.2012, *passim*.

ekonomicznej i gospodarczej. Zaniepokojenie nią sprowokowało do przyjęcia nowego prawodawstwa formalnie nieskierowanego przeciwko polityce tego państwa, szczególnie w USA i Australii. Jest to między innymi skutek powstania nowych nośników władztwa ekonomicznego, a w rezultacie politycznego, czego ucieleśnieniem jest technologia 5G zdefiniowana w zaleceniu Komisji (EU) 2019/534 3G². Pojawienie się nowej technologii wymusiło zajęcie przez rządy wyraźnego stanowiska za lub przeciw dopuszczeniu obcych firm do przetargu na jej dostawę.

Dodatkowym czynnikiem skłaniającym do rewizji zastanych pojęć okazała się pandemia COVID-19, która ujawniła uzależnienie gospodarcze od dostawy takich towarów jak leki i podzespoły. Kruchość łańcucha dostaw skłoniła rządy do przemodelowania ram prawnych gospodarki w duchu protekcjonizmu gospodarczego. Ujawniła się słabość doktryny rządów prawa opartej na bezpodstawnym założeniu dobrej wiary wszystkich uczestników obrotu międzynarodowego. Rodzi to pytanie, czy prawo unijne i krajowe jest w stanie zapewnić to, czego nie potrafiło dokonać porozumienie WTO? Jak dotąd w niewielkim stopniu uwzględnia się potrzebę faktycznej, a nie tylko formalnej wzajemności, na przykład w udzielaniu zamówień publicznych. Doktryna prawa, tradycyjnie liberalna dla obcych inwestorów, nie uwzględnia bowiem długofalowych skutków gospodarczych i społecznych uzależnienia technologicznego, a w konsekwencji politycznego.

Jednym ze środków zaradczych może być większa otwartość aksjologiczna we wszystkich fazach tworzenia i stosowania prawa. Z punktu widzenia dotychczasowej siatki pojęciowej administracyjnego prawa gospodarczego środki zaradcze powinny być bardziej elastyczne niż reglamentacja administracyjna, a nawet bardziej elastyczne niż tak zwana regulacja sektorowa³. Należy się też zastanowić nad udzieleniem pierwszeństwa efektywności prawa przed innymi względami, zwłaszcza w sytuacjach nietypowych⁴. Nie byłyby to środki odwetowe w rozumieniu prawa międzynarodowego, lecz prewencyjne. Dostosowanie istniejących dogmatów do wymogów współczesności jest wszak warunkiem przetrwania gospodarczego i stanowi obowiązek państwa „zapobiegania szkodliwym wpływom z zewnątrz”⁵. Można zatem postulować wzmoczenie przedsiębiorczości aksjologicznej rozumianej nie jako podważanie fundamentów państwa prawa, lecz jego kreatywna adaptacja do wymogów współczesności. Suwerenności gospodarczej nie da się bowiem uchronić w granicach istniejących dogmatów.

² Zalecenie Komisji (EU) 2019/534 z dnia 26 marca 2019 roku — Cyberbezpieczeństwo sieci 5G (Dz.Urz. UE 88/42).

³ O różnicy między reglamentacją a regulacją zob. A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 485–487.

⁴ W odniesieniu do prawa prywatnego prymat zasady efektywności głoszą na przykład R. Cooter, T. Allen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 10–13.

⁵ R. Stober, *Prawo administracyjne gospodarcze*, Warszawa 2013, s. 174.

System prawa a suwerenność

Nową tendencją jest dostrzeżenie konfliktu między potrzebą ochrony konkurencji a potrzebą stworzenia silnych organizmów gospodarczych, mogących konkurować na rynkach międzynarodowych. Przedsiębiorstwo dominujące w skali jednego kraju może być bowiem słabe na tle międzynarodowych gigantów. Zwiazaniem przełomu jest swoisty bunt aksjologiczny Niemiec i Francji w stosunku do Komisji Europejskiej, wywołany odmową udzielenia zgody na koncentrację pomiędzy firmami Siemens i Alstom⁶. Zdaniem Komisji nie było powodu do odejścia od dotychczasowych zasad koncentracji przedsiębiorców, gdyż w przewidywalnej przyszłości pojawienie się chińskiego konkurenta wydawało się jej mało prawdopodobne. Odmowa udzielenia zgody na koncentrację ujawniła konflikt systemowy między zapisaną *expressis verbis* zasadą niewyrażania zgody na koncentrację w przypadku zagrożenia przez nią konkurencji na rynku właściwym⁷ a niezapisaną wyraźnie zasadą ochrony suwerenności gospodarczej.

W następstwie odmowy przyzwolenia na koncentrację w lutym 2019 roku rządy 19 państw członkowskich, w tym Polski, wezwały Komisję do zrewidowania reguł konkurencji tak, by umożliwić przedsiębiorcom unijnym sprostanie konkurencji międzynarodowej. Następnie ministrowie gospodarki Francji i Niemiec podpisali Manifest dla europejskiej polityki przemysłowej odpowiedniej na miarę XXI wieku. Publikację manifestu poprzedziła niemiecka Strategia przemysłowa do 2030 roku. Wśród postulatów znalazło się umożliwienie rozwoju czempionom gospodarczym, co nie jest możliwe bez poluzowania reguł koncentracji.

Manifest nie spotkał się z pozytywną recepcją ze strony KE oraz części środowiska akademickiego⁸. Sojusznicy Komisji zignorowali ogromną elastyczność inwestycyjną chińskich korporacji oraz ich nieograniczony dostęp do funduszy publicznych, co w UE jest co do zasady zakazane w art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Zignorowali ponadto zasadę wyrażoną w art. 3 ust. 5 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE), głoszącą, że w „stosunkach zewnętrznych Unia umacnia i propaguje swoje wartości i interesy” oraz że przyczynia się do „do ścisłego przestrzegania i rozwoju prawa międzynarodowego”. Wydaje się, że polityka tolerancji wobec państw trzecich stosujących wybiórczo przepisy GATT/WTO nie spełnia tej przesłanki.

⁶ Decyzja Komisji Europejskiej (2019/C 300/07).

⁷ Art. 8 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 roku w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE L 24/1).

⁸ Zob. list otwarty Massima Motta, <https://bse.eu/microudates/open-letter-massimo-motta-european-industrial-economists> (dostęp: 1.01.2022).

Od suwerenności gospodarczej do politycznej

Niektóre decyzje państwa w sferze gospodarczej mają długofalowe następstwa dla suwerenności gospodarczej i bezpieczeństwa. Taki rodzaj zagrożenia odzwierciedla debata wokół technologii 5G. Pozornie jest to problem techniczny, w którym chodzi wyłącznie o wybór najskuteczniejszego dostawcy. Decyzja o przyznaniu koncesji na dostawę tej technologii wiąże się jednak z dwoma zagrożeniami. Po pierwsze, przedsiębiorca, który zdominuje światowy rynek technologii 5G, będzie dyktował standardy dla sektora telekomunikacji, co będzie prowadzić do utrwalenia pozycji dominującej nie tylko jego, ale i całej gospodarki państwa macierzystego. Po drugie, zagrożenie dotyczy bezpieczeństwa publicznego, gdyż podmiot kontrolujący może przechwytywać dane telekomunikacyjne i przekazywać je rządowi kraju pochodzenia⁹.

W tak zarysowanym obszarze niezmiernie ważna jest przedsiębiorczość aksjologiczna wymagająca okresowej adaptacji powszechnie przyjętych dogmatów prawa międzynarodowego do nowych warunków. Niektóre państwa UE aktywnie przeciwstawiły się możliwości dostarczania technologii 5G przez firmę Huawei, choć wiele rządów zdaje się jeszcze nie dostrzegać istoty zagrożenia. Stanowisko Polski w tej kwestii nie jest do końca jasne, gdyż prace nad nowelizacją ustawy z 2018 roku o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa¹⁰ nie zostały zakończone. Pojawiła się koncepcja bezpośredniego podjęcia działalności gospodarczej przez państwo w tej sferze w duchu koncepcji przedstawionej przez Marianę Mazzucato¹¹.

Suwerenność wobec wojny prawnej

Zapewne najtrudniejszym z wyzwań dla państwa w realizacji jego funkcji ochronnej jest podołanie wymogom wojny prawnej (*lawfare*). Pojęcie to zostało spopularyzowane przez gen. Charles Dunlapa na użytek zwalczania terroryzmu,

⁹ Wielokrotnie pojawiły się informacje o inwigilacji i szpiegostwie dokonywanym na rzecz władz chińskich przez takie firmy jak Huawei; zob. np. E. Dou, *Documents Link Huawei to China's Surveillance Programs*, „Washington Post” 14.12.2021, <https://www.washingtonpost.com/world/2021/12/14/huawei-surveillance-china/> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1369.

¹¹ M. Mazzucato, *The Entrepreneurial State. Debunking Public v. Private Sector Myths*, London-New York-Delhi 2013, s. 15–17, 73–85. Jej koncepcja spotkała się z krytyką na przykład ze strony A. Mingardiego, *A Critique of Mazzucato's "Entrepreneurial State"*, „Cato Journal” 35, 2015, s. 603–626.

ma ono jednak zastosowanie w gospodarce¹². Wojna prawna oznacza stan, w którym prawo państwa atakowanego jest wykorzystywane przeciwko niemu przez jego wroga, czego przykładem są powództwa kierowane przez terrorystów przeciwko przywódcom cywilnym i wojskowym państw atakowanych.

Sukces w wykorzystaniu drogi sądowej skutkuje pozbawieniem rządu państwa konkurującego możliwości prowadzenia niezależnej polityki gospodarczej. Sądy nie kierują się bowiem kryterium sukcesu gospodarczego ani dalekosiężnymi konsekwencjami ekonomicznymi i politycznymi, lecz jedynie zgodnością decyzji organów państwa z konstytucją i prawem międzynarodowym. Przykładem takiego zastosowania prawa w grze konkurencyjnej jest *casus* przedsiębiorstwa Huawei, które wielokrotnie występowało przed sądami amerykańskimi z powództwami przeciwko władzom państwowym, między innymi przeciwko Federalnej Komisji Łączności (FCC) z powodu zaklasyfikowania go jako zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego w czerwcu 2021 roku.

Istotne jest to, że przedsiębiorca z państwa określanego jako strategiczny konkurent może podważać politykę gospodarczą państwa, z którym konkuruje, nawet w sprawach dotyczących bezpieczeństwa narodowego. Możliwość ta tworzy presję psychologiczną oraz atmosferę niepewności co do skuteczności polityki gospodarczej. W wojnie prawnej wykorzystywane są instytucje prawne, które zasadniczo stanowią niezbywalną część kultury prawnej państwa atakowanego. Ilustruje to także pozew Huawei przeciwko Szwecji do Sądu UE, w którym powód wskazuje na brak dowodu zagrożenia ze strony firmy dla bezpieczeństwa narodowego.

Jednocześnie przenoszenie na grunt bezpieczeństwa standardów dowodowych wypracowanych w innym typie spraw może samo w sobie stanowić zagrożenie, tym bardziej że decyzja szwedzkiego organu regulacyjnego do spraw łączności o zakazie nabywania sprzętu wyprodukowanego przez Huawei została wydana w następstwie zalecenia unijnej agencji do spraw cyberbezpieczeństwa (ENISA), która zarzuciła wskazanemu przedsiębiorstwu udział w hakerstwie, naruszanie bezpieczeństwa danych osobowych i powiązania z władzami chińskimi, a nawet sabotaż.

Doświadczenia innych państw są przydatne dla Polski. Także na tej płaszczyźnie należy podjąć próbę przedsiębiorczości aksjologicznej w celu przeciwdziałania asymetrii zachodzącej na płaszczyźnie faktów.

¹² Ch.J. Dunlap jr., *Lawfare Today: A Perspective*, „Yale Journal of International Affairs” 2, 2008, s. 146. Szerzej o pojęciu wojny prawnej pisze też na przykład J. Marchesano, *Where Lawfare Meets Lawsuit in the Case of Padilla v. Yoo*, „Seattle University Law Review” 34, 2011, nr 4, s. 1575 n.

Środki zaradcze

Instrumentarium prawne przyjęte przez UE można jednocześnie ulokować na płaszczyźnie unijnego prawa gospodarczego oraz administracyjnego prawa gospodarczego. Jednym z tych instrumentów jest „zestaw narzędzi” (*toolbox*) przekazany państwom członkowskim UE 29 stycznia 2020 roku, nawiązujący do zalecenia Komisji (EU) 2019/534. Jego konstrukcja sugeruje, że kanony unijnego prawa gospodarczego pozostają nienaruszone¹³. Wskazuje się też na ogólną niemożność władczego działania UE w sferze 5G przy jednoczesnym uznaniu możliwości koordynacji przez nią działań państw członkowskich. Mimo pewnej miękkości sformułowań Komisja wskazuje na możliwość zastosowania silniejszych środków polegających na „koniecznych wykluczeniach” (*necessary exclusions*), co moim zdaniem może prowadzić do całkowitego lub częściowego niedopuszczenia inwestora do rynku łączności. Ponadto wśród zalecanych środków znajduje się profilowanie przedsiębiorców dostarczających technologię, co może budzić skojarzenia z profilowaniem przestępców, traktowane podejrzliwie przez sądy¹⁴. Pewne analogie są możliwe, tym bardziej że w przypadku dostawców technologii mogą istnieć personalne powiązania nominalnych właścicieli lub zarządu z rządami państw naruszających prawa człowieka lub stanowiących bezpośrednią strategiczną konkurencję. Dlatego uwzględnienie tego aspektu należy traktować jako krok w kierunku przedsiębiorczości aksjologicznej jako odstępstwa od nieco „mechanicznego” jak dotąd stosowania norm prawa międzynarodowego bez uwzględnienia realnych zagrożeń oraz zasady wzajemności.

Analiza treści aktów UE każe ocenić jej działania jako mniej zdecydowane niż zabiegi USA, które wskazują na ich wyraźną skłonność do podejmowania ryzyka aksjologicznego. Inicjatywy legislacyjne USA jaśniej definiują zagrożenia zewnętrzne dla bezpieczeństwa i suwerenności gospodarczej. Podjęto przy tym liczne środki administracyjne, na przykład wykluczenie zastosowania obcych technologii w amerykańskim sprzęcie wojskowym, oraz zadeklarowano gotowość do kwestionowania istniejącego mechanizmów WTO. W podobnym duchu utrzymane były inicjatywy prawodawcze Zjednoczonego Królestwa i Francji, natomiast Niemcy przyjęły stanowisko wymijające. Ich oczekiwanie na „dowody” istnienia zagrożeń ze strony chińskich przedsiębiorstw należy przypisywać uwikłaniu w relacje handlowe z Chinami¹⁵. Z kolei Włochy przyjęły model ochrony przewidujący wzmoczoną kontrolę inwestycji zagranicznych pod kątem interesu

¹³ Podobnie M. Robles-Carillo, *European Union Policy on 5G: Context, Scope, Limits*, „Telecommunications Policy” 45, 2021, s. 6, www.elsevier.com/locate/telepol (dostęp: 1.01.2022).

¹⁴ K. Olszak-Häubler, *Czy profilowanie kryminalne ma podstawy naukowe?*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 3, *passim*.

¹⁵ M. Robles-Carillo, *op. cit.*, s. 13.

narodowego oraz szerokie uprawnienia rządu w ramach „złotej akcji”, jak również obowiązek dywersyfikacji źródeł zaopatrzenia¹⁶.

Odmienność podejścia prawodawcy unijnego do zagrożeń można przypisać dwóm czynnikom. Pierwszym jest traktatowe powierzenie spraw bezpieczeństwa państwom członkowskim w art. 4(2) TUE oraz w art. 346 TFUE¹⁷. Drugi czynnik to europejski kanon pojmowania rządów prawa przez pryzmat ponadczasowych zasad zawartych w kulturze prawnej oraz regułach traktatowych i konstytucyjnych, co odróżnia podejście kontynentalne od anglosaskiego, charakteryzującego się głęboko zakorzenionym pragmatyzmem. Porównanie skłonności UE i USA do odchodzenia od utartych założeń aksjologicznych pozostaje jednak kwestią otwartą, gdyż Unia zdradza obecnie pewne oznaki zainteresowania zmianą dotychczasowego paradygmatu. Dzieję się tak przede wszystkim na skutek presji rządów, zwłaszcza w gospodarkach mających już czempionów zdolnych konkurować na rynkach międzynarodowych. Zwiastunem zmiany podejścia jest unijna ocena ryzyka (EURAC5G) wypracowana w formie raportu przez ENISE i Komisję Europejską (2019), „uznająca wprost, że technologia 5G tworzy nowy paradygmat bezpieczeństwa wymagający rewaluacji obecnych ram regulacyjnych”¹⁸. Z kolei w doktrynie uznano, że węzeł problemów związanych z budową i eksploatacją sieci w technologii 5G jest nie tyle sprawą wyboru technicznego, ile kwestią strategiczną¹⁹.

Wnioski

Rywalizacja gospodarcza państw staje się nieodłączna od rywalizacji politycznej, a nawet militarnej. Wywołuje to potrzebę zwiększonego udziału prawa publicznego w sterowaniu gospodarką. Suwerenności nie da się bowiem chronić, stosując tylko instrumenty zmierzające do zachowania stanu posiadania. Nie można ignorować faktu, że w niektórych sektorach UE stała się poligonem „geopolityczno-technologicznej” rywalizacji między Stanami Zjednoczonymi i Chinami²⁰. W polityce legislacyjnej należy brać pod uwagę instrumentalne,

¹⁶ T. Gábriš, O. Hamulák, *5G and Digital Sovereignty of the EU: The Slovak Way*, „TalTech Journal of European Studies” 11, 2021, nr 2 (34), s. 38, <https://sciendo.com/article/10.2478/bjes-2021-0013> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁷ Przypomina o tym art. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 roku ustanawiającego ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii (Dz.Urz. UE L 79 I/1).

¹⁸ M. Robles-Carillo, *op. cit.*, s. 9.

¹⁹ Np. K. Kaska, H. Beckvard, T. Minárik, *Huawei, 5G and China as a Security Threat*, CCD-COE NATO Cooperative Cyber Defense, Centre of Excellence, Tallin 2019, s. 20.

²⁰ T. Rühlig, J. Seaman, D. Voelsen, *5G and the US–China Tech Rivalry — a Test for Europe’s Future in the Digital Age. How Can Europe Shift from Back Foot to Front Foot?*, „SWP Comment”

wręcz nieuczciwe stosowanie prawa przez niektóre państwa. Należy optymalizować stosowanie istniejącego prawa w duchu realizacji interesów gospodarczych państw unijnych oraz dokonać aktualizacji zastanych pojęć i koncepcji z uwzględnieniem nowych zagrożeń dla suwerenności gospodarczej.

Bibliografia

- Borkowski A., Chełmoński A., Guziński M., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Szydło M., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
- Cooter R., Allen T., *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011.
- Dou E., *Documents Link Huawei to China's Surveillance Programs*, „Washington Post” 14.12.2021, <https://www.washingtonpost.com/world/2021/12/14/huawei-surveillance-china>.
- Dunlap jr. Ch.J., *Lawfare Today: A Perspective*, „Yale Journal of International Affairs” 2, 2008.
- Gábriš T., Hamulák O., *5G and Digital Sovereignty of the EU: The Slovak Way*, „TalTech Journal of European Studies” 11, 2021, nr 2 (34), <https://sciendo.com/article/10.2478/bjes-2021-0013>.
- Hoff W., *The Perilous Transformations of Regulatory Governance*, „Transformations” 2021, nr 4 (111).
- Jeżewski M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011.
- Kaska K., Beckvard H., Minárik T., *Huawei, 5G and China as a Security Threat*, CCDCOE NATO Cooperative Cyber Defense, Centre of Excellence, Tallin 2019.
- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020.
- Marchesano M., *Where Lawfare Meets Lawsuit in the Case of Padilla v. Yoo*, „Seattle University Law Review” 34, 2011, nr 4.
- Mazzucato M., *The Entrepreneurial State. Debunking Public v. Private Sector Myths*, London-New York-Delhi 2013.
- Mingardi A., *A Critique of Mazzucato's "Entrepreneurial State"*, „Cato Journal” 35, 2015.
- Olszak-Häubler K., *Czy profilowanie kryminalne ma podstawy naukowe?*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 3.
- Robles-Carillo M., *European Union Policy on 5G: Context, Scope, Limits*, „Telecommunications Policy” 45, 2021, www.elsevier.com/locate/telpol.
- Rühlig T., Seaman J., Voelsen D., *5G and the US-China Tech Rivalry — a Test for Europe's Future in the Digital Age. How Can Europe Shift from Back Foot to Front Foot?*, „SWP Comment” 2019, nr 29, https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2019C29_job_EtAl.pdf.
- Special Report. State Capitalism*, „The Economist” 21.01.2012.
- Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie barier w handlu i inwestycjach*, za 1 stycznia 2018–31 grudnia 2018 roku z dnia 17 czerwca 2019 roku, COM (2019) 271 final.
- Stober R., *Prawo administracyjne gospodarcze*, Warszawa 2013.

2019, nr 29, s. 2, https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2019C29_job_EtAl.pdf (dostęp: 1.01.2022).

Axiological Entrepreneurship in the Service of Economic Sovereignty

Summary

Changes of the global balance of power and the emergence of new technologies have made economic rivalry an integral part of political rivalry. The reconstructive use of the existing ideas about the rule of law does not help to preserve economic sovereignty. Certain elements of the approach to legislative policy and the application of law should take into account the instrumental, even unfair, application of the law by some states. The application of the existing law should be optimized in the spirit of pursuing the economic interests of the state. The currently prevailing concepts should also be updated, taking into account new threats to economic sovereignty. This requires a kind of axiological entrepreneurship in creating and applying the law.

Keywords: economic sovereignty, axiological entrepreneurship, economic rivalry.

LEON KIERES

ORCID: 0000-0002-6938-890X

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

leon_kieres@yahoo.com

Reglamentacja — ograniczenie i uprawnienie

Abstrakt: W ujęciu prawnym reglamentacją jest ustanawianie regulacji określających zasady, warunki lub szczegółowe zagadnienia podejmowania i realizacji działalności w jej określonej przedmiotowo sferze (dziedzinie). Regulacje normatywne stanowiące o reglamentacji nadają jej określony kształt przez wyróżnienie przedmiotu, instrumentów prawnych reglamentacji i przesłanek korzystania z nich oraz wskazanie na władze publiczne, które z nich korzystają. Tak określona reglamentacja jest zarazem elementem modelu prawnego chronionych normatywnie wolności. O istocie wolności wskazanych w Konstytucji decyduje nie tylko ujęcie ich treści przez ustrojodawcę, istotny wpływ na jej kształt mają również przyznane władzom publicznym uprawnienia do ograniczania wolności oraz środki ich ochrony przysługujące podmiotom wolności.

Słowa kluczowe: reglamentacja, reglamentacja gospodarcza, wolność, wolność działalności gospodarczej.

1.

Charakteryzowanie reglamentacji przez ustalenie treści tego określenia oraz jego desygnatów zależy od przyjmowanej perspektywy badawczej¹. Wspólne dla analiz jest wiązanie jej tożsamości z wprowadzaniem czy sankcjonowaniem ograniczeń odnoszonych do sytuacji określonych podmiotów, ich grupy lub całego społeczeństwa². Reglamentacja należy do kategorii zjawisk społecznych, które wyróżniamy w wyniku obserwacji zachowań społeczeństwa i jednostek organizacyjnych utworzonych przez jego członków. Oczywistym przejawem tych zachowań

¹ Por. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018, s. 711.

² *Ibidem*, s. 713 n.

wań są różnego rodzaju rygory, które społeczeństwo czy określone grupy lub środowiska społeczne przyjmują w stosunkach między ich członkami, powiązanymi przynależnością do tej samej wspólnoty czy innej formy zbiorowości społecznej. Szczególną rolę w kształtowaniu ograniczeń akceptowanych we wspólnocie odgrywają wartości³, ukształtowane przez tradycję i uznawane za doniosłe wobec innych, które we wspólnocie nie są akceptowane lub są uważane za mniej ważne.

Wartości akceptowane społecznie w ugrupowaniach podmiotów, które postrzegają siebie jako związane nimi w stosunkach wewnętrznych, mogą determinować także zachowania tych podmiotów wobec innych jednostek. Tak rozumiana płaszczyzna uwzględniania wartości wywodzonych z życia społecznego pozwala na wyróżnienie drugiego pierwiastka czy elementu przypisanego do społecznej natury wartości. Dla podmiotu utożsamiającego się z nimi czy też związanego przez wywodzone z nich treści stanowią one dobro determinujące jego postępowanie. Kieruje się on nimi w zachowaniach wobec innych podmiotów oraz wprowadza uznawane przez siebie wartości do sytuacji strony stosunku społecznego, która jest adresatem jego zachowania, lub kształtuje z nią wzajemne relacje. Taka sytuacja jest spotykana zwłaszcza w stosunkach, których stronami są podmioty stowarzyszone w korporacjach zawodowych czy ugrupowaniach stowarzyszeniowych podmiotów gospodarczych⁴. Wartości akceptowane przez te podmioty mogą także determinować ich zachowanie wobec jednostek korzystających z aktywności członków korporacji zawodowych czy gospodarczych. W życiu społecznym można tym samym zauważyć swoistą reglamentację wartości, co oznacza utrwalenie się w nim wartości powszechnie akceptowanych i pomijanie innych, które nie zyskały uznania społecznego, chociaż są znane w związku ze swoją obecnością w przeszłości lub też świadomie odrzucane tylko w określonym kręgu podmiotów.

2.

Reglamentacja prawna wartości ukształtowanych w życiu społecznym jest powiązana z ocenami odnoszonymi do wywodzonych z nich treści. Ustawodawca uwzględnia w swoich ocenach znaczenie społeczne wartości. W następstwie dokonanych ustaleń dochodzi do reglamentacji prawnej poprzez stwierdzenie w aktach prawnych obecności w życiu społecznym wartości społecznie uznawanych oraz usankcjonowanie ich charakteru jako prawnie dopuszczalnych lub obowiązujących. Prawodawca może także przejąć rolę kreatora wartości, które zwykle

³ Wyrok NSA z dnia 28 marca 2017 roku, sygn. OSK 1923/15, LEX nr 2274750.

⁴ H. Izdebski, *Etyka doradców podatkowych*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 13. *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2016, s. 519 n.

jednak wywodzi z dorobku aksjologii w określonych dziedzinach naukowych czy też z ogólnego spojrzenia na dobra związane z życiem społecznym⁵.

Prawne ujęcie reglamentacji kieruje uwagę w rozważaniach na jej temat przede wszystkim na sytuację podmiotów prawa wobec organów lub innych podmiotów realizujących funkcje władzy publicznej. Reglamentacją jest w tym ujęciu ustanawianie regulacji określających zasady, warunki lub szczegółowe zagadnienia podejmowania i realizacji działalności w jej określonej przedmiotowo sferze (dziedzinie). Poddanie się woli prawodawcy oznacza uwzględnienie uregulowań odniesionych do treści zachowań podmiotów poddanych owej woli w ustalonym zakresie, co można uznać za ich zdeterminowanie przez reglamentację, ujmowaną z perspektywy regulacji normatywnych.

Reglamentacja jako przedmiot regulacji prawnych jest definiowana także przez wskazanie na konkretne zdarzenia, w których może dochodzić lub dochodzi na podstawie prawa publicznego do ingerencji ze strony odpowiednich organów wykonujących funkcje władzy publicznej w sytuację podmiotów odnośnie do podejmowania lub wykonywania przez nie działalności. Charakteryzowana z uwzględnieniem kompetencji władz publicznych skupia uwagę na sytuacji tych władz lub na statusie innych podmiotów wykonujących funkcje władzy publicznej oraz na ich obowiązkach wobec podmiotów, które w swoich zachowaniach kierują się prawami lub wolnościami wywodzonymi z regulacji normatywnych i podlegającym ochronie prawnej. Reglamentacja wpływa tym samym na sytuację prawną podmiotów praw i wolności w państwie oraz w stosunkach między nimi. Ujęta w treści właściwych rozwiązań prawnych wyznaczających warunki podejmowania lub wykonywania działalności bądź upoważniających władze publiczne do wkraczania w prawa lub wolności przez ingerencję w sytuację ich podmiotów przyjmuje charakter zjawiska prawnego, osadzonego w ustroju społecznym oraz gospodarczym. Prawodawca może być zarazem uprawniony do zdeterminowanego prawnie rozstrzygnięcia o celowości czy konieczności korzystania z prawa do reglamentowania sytuacji określonych podmiotów czy wskazanych rodzajów ich działań, jednak przy uwzględnieniu warunków prawnie wymienionych w odpowiednich aktach normatywnych⁶.

Uprawniony wydaje się pogląd, że regulacje normatywne stanowiące o reglamentacji w zarysowanym wyrazie nadają jej określony kształt przez wyróżnienie przedmiotu, instrumentów prawnych reglamentacji i przesłanek korzystania z nich oraz wskazanie na władze publiczne, które z nich korzystają. Tak określona reglamentacja jest zarazem elementem modelu prawnego chronionych normatywnie wolności. O istocie wolności wskazanych w Konstytucji decyduje nie tylko ujęcie ich treści przez ustrojodawcę, istotny wpływ na jej kształt mają

⁵ H. Wolska, *Normatywizacja wartości*, [w:] *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, red. A. Powałowski, Warszawa 2022, s. 46 n.

⁶ Por. A. Żurawik, *Zasada wolności działalności gospodarczej i jej ograniczenia*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a, s. 485 n.

również przyznane władzom publicznym uprawnienia do ograniczania wolności oraz środki ich ochrony przysługujące podmiotom wolności.

3.

Stanowisko ustrojodawcy lub innych podmiotów wskazujących w aktach normatywnych na wartości, którymi podmioty określonych dziedzin działalności kierują się w swojej aktywności lub ciąży na nich obowiązek ich uwzględniania, inspirowane do wyróżnienia wartości prawnie uznawanych oraz pozostających poza obrotem prawnym. Podział wartości na prawnie uznane oraz niezaliczone do tej grupy jest powiązany ze szczególnym rodzajem reglamentacji, określanej jako reglamentacja prawna⁷, a także skłania do wyróżnienia działalności prawnie reglamentowanej⁸. Korzystanie z wolności przez podmioty, które prawodawca, zwłaszcza ustrojodawca, obdarza owymi wolnościami, nie jest bowiem wolne i dozwolone w sposób autonomiczny. Prawodawca może wszak wskazywać na warunki (przesłanki) podejmowania lub wykonywania działalności objętej przez prawodawcę określoną wolnością. Przesłanki te kształtowane są zwykle z wartościami prawnie chronionymi czy podlegającymi szczególnej ochronie.

Znaczenie wartości wyróżnionych w aktach normatywnych dla podmiotów, które kierują się nimi w swojej działalności, zależy przede wszystkim od miejsca w konstytucyjnym systemie źródeł prawa aktu prawnego przywołującego owe wartości. Uzasadnione wydaje się odnośnienie do nich przymiotu mocy prawnej, co oznacza, że ich obowiązywanie ma znaczenie powiązane z charakterem aktu prawnego, w którym zostały ujęte.

Wskazanie w aktach normatywnych na wartości, które zostały zaliczone do przesłanek korzystania przez władze publiczne z instrumentów właściwych dla reglamentacji, nie świadczy o tym, że wiążą one każdego adresata stabilnie przez cały okres ich obowiązywania. Stopień związania nimi może być bowiem determinowany przez okoliczności wskazane przez ten sam akt prawny, w którym zostały przyjęte. Wpływ na ich obowiązywanie mają też inne akty normatywne. Pogląd ten był i jest weryfikowany i potwierdzany — zwłaszcza w prawie administracyjnym stosunków gospodarczych⁹ oraz w nauce i orzecznictwie obejmującym sprawy zaliczane do przedmiotu publicznego prawa gospodarczego¹⁰. Znajduje oparcie w rezultatach interpretacji pojęć niedookreślonych (ogólnych), którymi prawodawcy posługują się również w celu wysłowienia wartości odno-

⁷ Por. wyrok TK z dnia 9 kwietnia 2001 roku, sygn. K 10/00, OTK ZU 3/2001, poz. 55.

⁸ Por. wyrok TK z dnia 4 listopada 2015 roku, sygn. P 45/13, OTK ZU 10A/2015, poz. 171.

⁹ L. Kieres, *Zalecenia RWPG w sprawie koordynacji narodowych planów gospodarczych i ich realizacja w PRL*, Warszawa 1978, s. 79 n.

¹⁰ Por. wyrok TK z dnia 9 lipca 2012 roku, sygn. P 8/10, OTK ZU 7A/2012, poz. 75.

szonych do różnych dziedzin aktywności publicznej lub prywatnej. Pewnym wyzwaniem przy interpretacji tych terminów jest ustalenie w sposób jednoznaczny ich desygnatów¹¹. Wyróżniane są one z uwzględnieniem zmiennych warunków życia społecznego lub gospodarczego. Taki stan nie sprzyja stabilizacji przyjmowanego rozumienia wartości, które prawodawstwo uznaje za przesłanki determinujące uprawnienia władz publicznych do określania sytuacji przedsiębiorców w celu ograniczania ich praw i wolności¹².

Wartości określone w prawie podlegają reglamentacji także przy ich zestawianiu z sobą w sytuacjach tożsamych lub podobnych. Ustrojodawca polski wskazał na kryteria wzmocnionej ochrony niektórych wartości kosztem osłabienia ochrony innych. Wartości konstytucyjne obowiązujące w publicznym prawie gospodarczym zostały usytuowane w ustawie zasadniczej w różnych miejscach. Pośród nich miejsce szczególne zajmuje zasada wolności gospodarczej (art. 20, art. 22 i art. 233 Konstytucji).

Znaczenie wolności gospodarczej determinuje uznanie jej za jedną z trzech zasad społecznej gospodarki rynkowej (art. 20). Usunięcie jej z tego katalogu zasad czy też osłabienie jej znaczenia w porównaniu do dwóch pozostałych prowadzi do zniweczenia stanowiska ustrojodawcy odnośnie do tożsamości społecznej gospodarki rynkowej. Wprawdzie ustrojodawca upoważnił ustawodawcę do ograniczania wolności gospodarczej przedsiębiorców przy spełnieniu przesłanek wskazanych w ustawie zasadniczej (art. 20 i art. 233 Konstytucji), korzystanie z tego uprawnienia nie oznacza jednak usunięcia zasady wolności gospodarczej z systemu prawa i nie powinno prowadzić do trwałego usunięcia z systemu prawa zasady wolności.

Prawo ustawodawcy do ograniczania wolności gospodarczej determinują także zasady z rozdziału II Konstytucji (prawa i wolności człowieka i obywatela), co odnosi się zwłaszcza do art. 31 ust. 3 (tak zwane klauzule limitacyjne)¹³. W nauce i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się konsekwentnie, że przesłanka ważnego interesu publicznego, determinująca uprawnienie ustawodawcy do ograniczania wolności gospodarczej, obejmuje zarówno wartości ujęte w art. 31 ust. 3, jak i inne wartości, które ustawodawca wiąże z ważnym interesem publicznym (art. 22)¹⁴. Korzystanie z wolności gospodarczej ujmowanej w kategoriach właściwych dla konstytucyjnego prawa podmiotowego podlega ograniczeniom, które można określać jako reglamentację wolności przedsiębiorczości.

¹¹ Por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009 roku, sygn. K 50/07, OTK ZU 4A/2009, poz. 51; wyrok TK z dnia 6 października 2015 roku, sygn. SK 54/13, OTK ZU 9A/2015, poz. 142.

¹² Wyrok TK z dnia 9 października 2007 roku, sygn. SK 70/06, OTK ZU 9A/2007, poz. 103; wyrok TK z dnia 8 maja 2006 roku, sygn. P 18/05, OTK ZU 5A/2006, poz. 53.

¹³ Por. wyrok TK z dnia 17 maja 2012 roku, sygn. K 10/11, OTK ZU 5A/2012, poz. 51.

¹⁴ Wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 roku, sygn. K 33/03, OTK ZU 4A/2004, poz. 31; wyrok TK z dnia 17 lipca 2007 roku, sygn. P 16/06, OTK ZU 7A/2007, poz. 79.

Problematyka limitowania wolności gospodarczej przez reglamentowanie woli podmiotów do korzystania z wywodzonych z niej praw należy do ważnego nurtu w zainteresowaniach nauki publicznego prawa gospodarczego. W analizach uwzględniany jest dorobek doktryny prawa konstytucyjnego o wolności gospodarczej jako zasadzie konstytucyjnej i publicznym prawie podmiotowym¹⁵. Przedmiotem uwagi jest także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego na temat rozumienia wolności konstytucyjnej oraz jej zakresu podmiotowego. Inspirację do dyskusji w nauce publicznego prawa gospodarczego daje zwłaszcza stanowisko trybunalskie o podmiotowości prawnej niektórych kategorii podmiotów wykonujących działalność gospodarczą, które nie są beneficjentami konstytucyjnie ukształtowanego prawa podmiotowego do wolności przedsiębiorczości¹⁶.

4.

Zarysowane do tej pory ustalenia w rozważaniach nad społecznymi i prawnymi aspektami reglamentacji inspirują do wskazania na kolejne zagadnienie, które zajmuje istotne miejsce w katalogu jej prawnych problemów. Uwagę w dalszych omówieniach poświęcę przedmiotowi reglamentacji jako problemowi prawnemu. Przedmiot ten określany jest jako materie poddane reglamentacji¹⁷. Obejmuje sprawy o różnym charakterze i randze, jeżeli wagę zagadnień poddanych reglamentacji będziemy ustalać z uwzględnieniem ich powiązań z konstytucyjnie chronionym prawami i wolnościami.

W nauce publicznego prawa gospodarczego, bo ku tej dziedzinie prawa polskiego kierują swoje zainteresowanie, omawianie reglamentacji wiązane jest przede wszystkim z działalnością gospodarczą. Reglamentacja w publicznym prawie gospodarczym to reglamentacja przedsiębiorczości¹⁸. Stwierdzenie to wydaje się oczywiste, jeżeli akceptujemy pogląd, że przedmiotem regulacji prawnych, które tworzą publiczne prawo gospodarcze, są ujęcia działalności gospodarczej i sytuacji podmiotów tej działalności w stosunkach publicznoprawnych. Reglamentacja w publicznym prawie gospodarczym zakorzeniona jest w rozwiązaniach, które wskazują na sytuacje związane z przedsiębiorczością (podejmowaniem i wyko-

¹⁵ Por. postanowienie-umorzenie TK z dnia 28 lipca 2015 roku, sygn. SK 22/14, OTK ZU 7A/2015, poz. 117.

¹⁶ Por. A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 126 n.; L. Kieres, *Przedsiębiorcy publiczni (państwowi i komunalni)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a, s. 275.

¹⁷ Por. wyrok TK z dnia 23 lutego 1999 roku, sygn. K 25/98, OTK ZU 2/1999, poz. 23.

¹⁸ Por. wyrok TK z dnia 10 października 2001 roku, sygn. K 28/01, OTK ZU 7/2001, poz. 212; postanowienie TK z dnia 9 kwietnia 2002 roku, sygn. U 6/01, OTK ZU 2A/2002, poz. 24.

nywaniem działalności gospodarczej)¹⁹. Prawodawca wiąże te sytuacje z ograniczeniami samodzielności prawnej podmiotów przedsiębiorczości. Ograniczenia są wywodzone z odpowiednich regulacji normatywnych lub przyjętych w aktach indywidualnych uprawnionych władz publicznych.

Skrajnym przykładem reglamentacji jest wprowadzenie instytucji monopolu prawnego, który oznacza odniesienie prawa do przedsiębiorczości wyłącznie do sytuacji wskazanego podmiotu²⁰. Równie drastycznym ograniczeniem prawa do przedsiębiorczości jest wykluczenie niektórych podmiotów — zwłaszcza zagranicznych lub z dominującym udziałem zagranicznym — z przedsiębiorczości w Polsce. Tak szeroko zakreślona reglamentacja jest oczywiście możliwa, co odnośnie do sytuacji związanych z sankcjami o charakterze prawnomiędzynarodowym, przyjmowanymi wobec określonych państw i ich podmiotów poprzez wskazanie na zakazy prawne podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Polski przez dany podmiot czy pewne grupy podmiotów. Powiązana jest ona ze statusem określonego podmiotu i prowadzi do wyłączenia wobec niego wszystkich regulacji publicznoprawnych i powiązanych z nimi rozwiązań prywatnoprawnych determinujących przedsiębiorczość.

Takie stwierdzenie jest w pewnym stopniu banalne ze względu na swoją oczywistość wynikającą z oglądu spraw życia gospodarczego i sposobu uprawiania polityki. Nie wymaga głębszego namysłu sformułowanie stanowiska, że wykluczenie z przedsiębiorczości oznacza, iż wobec podmiotu wykluczonego nie mają zastosowania przepisy właściwe w sprawach przedsiębiorczości. Sprawy banalne i oczywiste zawierają w sobie jednak wątki, które leżą w polu zainteresowania nauk prawnych. Należą do nich: determinacja prawna wykluczenia prawa do przedsiębiorczości; uprawnienia władz publicznych stanowiących o wykluczeniu; skutki korzystania z takich uprawnień.

5.

Zakaz przedsiębiorczości, co oznacza jej reglamentację z perspektywy prawa, odnoszony jest w regulacjach prawnych do wskazanych w nich dziedzin działalności gospodarczej²¹. Powiązanie reglamentacji z tak określonym przedmiotem

¹⁹ Por. R. Sowiński, *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej*, Wrocław 2006, s. 85 n.

²⁰ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. KIO 476/12, LEX nr 1131248.

²¹ Por. wyrok TK z dnia 10 października 2001 roku...; wyrok TK z dnia 19 stycznia 2010 roku, sygn. SK 35/08, OTK ZU 6A/212, poz. 69.

przedsiębiorczości wymaga uwzględniania klasyfikacji jej rodzajów²². Stopień konkretyzacji przedmiotu działalności gospodarczej poddanej reglamentacji może bowiem obejmować działy przedsiębiorczości²³ lub wyróżnione w nich rodzaje przedsiębiorczości o specyficznym jej przedmiocie²⁴.

Szczególnym instrumentem wykluczenia z udziału w przedsiębiorczości na rynku krajowym jest koncesja lub zezwolenie (pozwolenie) albo inne formy przyzwolenia przez władzę publiczną na podejmowanie lub wykonywanie działalności gospodarczej. Wywołują one bowiem skutki pozytywne przez dopuszczenie do przedsiębiorczości albo skutki o charakterze odmowy przy stanowisku negatywnym (sprzeciw) władzy publicznej. Odmowa udzielenia koncesji lub zezwolenia oznacza tym samym wykluczenie przedsiębiorcy z przedsiębiorczości o przedmiocie związanym z aktem reglamentacji. Stosowanie koncesji lub zezwolenia jest przy tym ograniczone do wskazanej w ustawie dziedziny działalności gospodarczej. W tym rozumieniu zakresu przedmiotowego koncesji uznawana jest ona za najbardziej restrykcyjną formę reglamentacji²⁵, jeżeli przy ustalaniu hierarchii form reglamentacji pominiemy wskazaną wcześniej formę prawnomiędzynarodowego lub ustawowego całkowitego pozbawienia przedsiębiorców prawa do przedsiębiorczości w Polsce albo możliwości utworzenia podmiotu o statusie przedsiębiorcy w polskim systemie prawa.

Opisana problematyka wprowadzania reglamentacji w określonych dziedzinach działalności gospodarczej wiązana jest także ze statusem przedsiębiorców, którzy zamierzają wykonywać działalność w sferze użyteczności publicznej. Użyteczność publiczna jest kojarzona z wykonywaniem zadań uznanych za zadania użyteczności publicznej²⁶. Odnoszona jest również do szczególnego rodzaju działań określanych jako działalność użyteczności publicznej²⁷ lub działalność w sferze użyteczności publicznej²⁸.

Reglamentacja w sferze użyteczności publicznej prowadzi przede wszystkim do wskazania na podmioty uprawnione do podjęcia działalności w tej dziedzi-

²² Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 3037/90 z dnia 9 października 1990 roku w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (Dz.U. WE L z 1990 r. Nr 293, poz. 1 z 24.10.1990); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz.U. Nr 251, poz. 1885).

²³ Por. wyrok TK z dnia 2 lipca 2002 roku, sygn. P 11/10, OTK ZU 5A/2012, poz. 50 — budownictwo.

²⁴ Por. wyrok TK z dnia 7 czerwca 2005 roku, sygn. K 23/04, OTK ZU 6A/2005, poz. 62 — holowanie pojazdów jako rodzaj działalności usługowej.

²⁵ Por. postanowienie TK z dnia 14 lipca 2015 roku, sygn. P 11/15, OTK ZU 7A/2015, poz. 105; postanowienie TK z dnia 14 lipca 2015 roku, sygn. P 22/14, OTK ZU 7A/2015, poz. 106; zob. też wyrok TK z dnia 10 października 2001 roku...

²⁶ Wyrok TK z dnia 26 września 2006 roku, sygn. K 1/06, OTK ZU 8A/2006, poz. 110.

²⁷ Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 roku, sygn. K 14/03, OTK ZU 1A/2004, poz. 1.

²⁸ Por. uchwała TK z dnia 27 września 1994 roku, sygn. W 10/93, OTK ZU 1994, poz. 46.

nie gospodarki komunalnej²⁹ lub państwowej³⁰. Przejawem reglamentacji jest tworzenie odrębnych podmiotów (przedsiębiorcy), które zajmują się wyłącznie działalnością w sferze użyteczności publicznej (przedsiębiorcy użyteczności publicznej)³¹. Podmioty mogą także łączyć działalność użyteczności publicznej z przedsiębiorczością poza sferą użyteczności publicznej.

W sferze użyteczności publicznej występuje szczególna postać reglamentacji, określana jako reglamentacja dalej idąca³². Miano to opisuje sytuację przedsiębiorców użyteczności publicznej. Sytuacja przedsiębiorców użyteczności publicznej może bowiem podlegać jednocześnie reglamentacji o przedmiocie innym od wskazanego. Obejmuje on nie tylko zasady wykonywania, co odnosi się zwłaszcza do wykonywania działalności użyteczności publicznej, jeżeli należy ona do głównego przedmiotu aktywności przedsiębiorcy. Przedmiotem reglamentacji mogą być również zagadnienia ustroju organizacyjnego przedsiębiorcy³³.

Wyróżnienie w ustawodawstwie państwowych lub komunalnych przedsiębiorstw (przedsiębiorców) użyteczności publicznej lub podmiotów o innej sytuacji prawnej wykonujących działalność w sferze użyteczności publicznej ma kontekst relacyjny. Może to bowiem prowadzić do pozbawienia prawa do wykonywania działalności w dziedzinach użyteczności publicznej przez przedsiębiorców, którzy nie mają statusu przedsiębiorstwa użyteczności publicznej³⁴ lub nie uzyskali prawa do wykonywania działalności zaliczanej do użyteczności publicznej w odpowiedniej formie prawnej³⁵.

Charakter relacyjny reglamentacji gospodarczej wyraża także powiązanie jej skutków w sytuacji przedsiębiorcy z prawami jednostek, które korzystają z jego działalności. Każdy powinien mieć do niej dostęp w sposób równy, jeżeli spełnia prawem przewidziane warunki. W pewnych sytuacjach ów dostęp podlega ograniczeniom, które są niezależne od woli i skuteczniającej ją aktywności przedsiębiorcy. Przedsiębiorca wykonujący działalność użyteczności publicznej, a w prawem określonych sytuacjach także przedsiębiorca prowadzący działalność zarobkową poza sferą użyteczności publicznej, oraz beneficjenci tej działalności (konsument, jednostka organizacyjna prowadząca przedsiębiorczość lub też podmiot wykonujący działalność poza stosunkami gospodarki rynkowej) poddawani

²⁹ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 679).

³⁰ Ustawa z dnia 25 września 1981 roku o przedsiębiorstwach państwowych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1317).

³¹ Por. art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 25 września 1981 roku o przedsiębiorstwach państwowych; zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 listopada 1981 roku w sprawie wykonania ustawy o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. Nr 31, poz. 170, rozdział I).

³² Por. wyrok TK z dnia 25 lipca 2006 roku, sygn. P 24/05, OTK ZU 7A/2006, poz. 87.

³³ Por. wyrok TK z dnia 6 listopada 2012 roku, sygn. K 2/11, OTK ZU 9A/2011, poz. 108.

³⁴ Por. wyrok TK z dnia 13 października 2010 roku, sygn. Kp 1/09, OTK ZU 8A/2010, poz. 74.

³⁵ Por. ustawa z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2062), art. 3 ust. U w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 3 i art. 2.

są ograniczeniom charakterystycznym dla reglamentacji w sytuacjach wskazanych w regulacjach prawnych. Ograniczenia te mogą mieć różny charakter — mogą to być: ograniczenia związane z wykonywaniem policji administracyjnej przy pomocy instrumentów władczego oddziaływania na przedsiębiorców; ograniczanie dostępu do określonych dóbr, których dystrybucja ze względu na ich charakter wymaga szczególnej pieczy ze strony państwa, co uprawnia władze publiczne do ustanowienia specjalnych warunków dostępu do nich, które powinni spełnić nabywcy; stanowienie o kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z reglamentowanych dóbr lub usług. W judykatach mówi się o związaniu takich sytuacji z ograniczeniami dostępu do określonych praw majątkowych³⁶ lub z ograniczonym³⁷ dostępem do działalności przedsiębiorców. Wyjątkowym przypadkiem ograniczenia prawa konsumenta lub innego podmiotu do korzystania z działalności przedsiębiorcy jest uznanie przez Trybunał Konstytucyjny jego prawa do odmowy świadczenia usługi ze względu na wskazane przez niego wartości, którymi kieruje się w ramach wolności sumienia i wyznania przy wykonywaniu działalności gospodarczej (świadczeniu usług)³⁸.

Reglamentacja ujmowana w publicznym prawie gospodarczym obejmuje z zasady wybrane sprawy związane z podejmowaniem działalności gospodarczej³⁹, które zaliczamy do właściwości regulacyjnej aktów kształtujących prawo do przedsiębiorczości⁴⁰. Przedmiotem reglamentacji są też określone rodzaje działań podejmowanych w celu wykonywania przedsiębiorczości⁴¹. Reglamentacji podlegają działania, które są z sobą powiązane elementami znamionnymi (ich przedmiotem — na przykład sprzedaż określonych towarów⁴² lub obrót konkretnymi dobrami materialnymi⁴³; czy okolicznościami uzasadniającymi wprowadzenie reglamentacji — na przykład braki na rynku dóbr niezbędnych do produkcji lub świadczenia usług⁴⁴).

Ustawodawca zalicza do przedmiotu reglamentacji⁴⁵ także sprawy związane z podejmowaniem lub wykonywaniem przedsiębiorczości w określonej dzie-

³⁶ Por. wyrok TK z dnia 12 grudnia 2013 roku, sygn. K 5/13, OTK ZU 9A/2013, poz. 137.

³⁷ Por. wyrok TK z dnia 18 lutego 2014 roku, sygn. K 29/12, OTK ZU 2A/2014, poz. 11; postanowienie TK z dnia 19 grudnia 2006 roku, sygn. P 25/05, OTK ZU 11A/2006, poz. 176.

³⁸ Por. wyrok TK z dnia 26 czerwca 2019 roku, sygn. K 16/17, OTK ZU A/2019, poz. 49.

³⁹ Por. wyrok TK z dnia 21 października 2015 roku, sygn. P 32/12, OTK ZU 9A/2015, poz. 148.

⁴⁰ Świadomie nie uznaję publicznego prawa gospodarczego za gałąź czy dział prawa w polskim systemie prawa. Problem ten jest bowiem przedmiotem sporów w doktrynie, a celem tego opracowania nie jest przyłączenie się do stanowiska jednej z jego stron.

⁴¹ Por. wyrok TK z dnia 20 lutego 2002 roku, sygn. K 39/00, OTK ZU 1A/2002, poz. 4.

⁴² Por. orzeczenie TK z dnia 29 października 1986 roku, sygn. U 2/86, OTK ZU 1986, poz. 5.

⁴³ Por. wyrok TK z dnia 5 kwietnia 2011 roku, sygn. P 26/09, OTK ZU 3A/2011, poz. 18; wyrok TK z dnia 22 maja 2002 roku, sygn. K/02, OTK ZU 3A/2002, poz. 33.

⁴⁴ Por. wyrok TK z dnia 9 marca 1988 roku, sygn. U 7/87, OTK ZU 1988, poz. 1.

⁴⁵ Por. wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 roku, sygn. SK 11/98, OTK ZU 2/1998, poz. 22.

dzinie. Obejmują one zagadnienia organizacji przedsiębiorstwa czy kształtujące zarządzanie wykonywania danej działalności⁴⁶. Mają one znaczenie przesądzające dla korzystania przez przedsiębiorcę z prawa do działalności gospodarczej; pominięcie lub naruszenie wskazanych wymogów uniemożliwia podjęcie lub wykonywanie objętej nimi działalności. Nie jest bowiem możliwe osiągnięcie w takiej sytuacji celów, które ustawodawca przyjął, określając zakres przedmiotowy reglamentacji — na przykład odnośnie do wymagań technicznych czy jakościowych dotyczących się produktu lub usługi. Pominięcie innych elementów istotowo związanych z tożsamością działalności w wyborze przedmiotu reglamentacji nie oznacza, że ich znaczenie dla osiągnięcia celów reglamentacji w przyjętym zakresie jest podrzędne. W pewnych sytuacjach samodzielność przedsiębiorcy odnoszona do postawionych poza reglamentacją spraw może również wpływać na stopień realizacji celów, dla których reglamentacja została przyjęta. Ustawodawca przy wyborze przedmiotu i instrumentów prawnych reglamentacji⁴⁷ powinien kierować się wymogiem adekwatności oraz przesłanką proporcjonalności⁴⁸.

Koncepcjom ujmowania przedmiotu regulacji i urzeczywistniającym je regulacjom prawnym towarzyszy zjawisko szczególne, które można opisać fantazyjnie jako regulację reglamentacji w sposób stopniowy⁴⁹. Tak określony sposób regulacji, które kształtują reglamentację, zakorzeniony jest przede wszystkim w sytuacjach, kiedy ustawodawca nie jest zainteresowany obecnością mechanizmów rynkowych w konkretnej działalności lub jego zainteresowanie tą obecnością przedstawiane jest w sposób ogólny przez zarysowanie jedynie kierunków ograniczania praw i wolności podmiotów gospodarki rynkowej.

Opisane do tej pory modele prezentacji przez ustawodawcę woli przyjęcia reglamentacji w określonej dziedzinie stosunków społeczno-gospodarczych wymagają w istocie podejmowania dalszych działań prawodawczych w celu sukcesywnego precyzowania zamiaru ustawodawcy przez przyjmowanie regulacji o różnym stopniu szczegółowości. Konkretyzowanie owego zamiaru może się przejawiać w stanowieniu aktów powiązanych z sobą wspólnym przedmiotem regulacji oraz afirmowaniem konstytucyjnie ustalonej hierarchii źródeł prawa. Krytyce podlega zarazem przyjmowanie aktów prawnych samoistnych, które w intencji władzy prawodawczej mają na celu ustalenie rozumienia regulacji normatywnych, ustanowionych zgodnie z wymogami prawidłowej i rzetelnej legislacji, a tymczasem stanowią o prawach i obowiązkach ich adresatów⁵⁰.

⁴⁶ Por. postanowienie TK z dnia 7 marca 2017 roku, sygn. K 40/13, OTK ZU A/2017, poz. 12.

⁴⁷ Por. wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 roku, sygn. P 9/09, OTK ZU 6A/2011, poz. 59; postanowienie TK z dnia 27 października 2015 roku, sygn. SK 2/14, OTK ZU 9A/2015, poz. 157.

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 roku...; wyrok TK z dnia 11 lutego 2014 roku, sygn. P 24/12, OTK ZU 2A/2014, poz. 9.

⁴⁹ Por. wyrok TK z dnia 24 listopada 2016 roku, sygn. K 11/15, OTK ZU A/2016, poz. 93.

⁵⁰ Por. wyrok TK z dnia 9 marca 1988 roku...

6.

Każda reglamentacja w gospodarce rynkowej jest powiązana z mechanizmami związanymi z działalnością gospodarczą⁵¹. Podlega tym samym ocenom przy uwzględnieniu kryteriów, które wywodzimy z istoty społecznej gospodarki rynkowej. Skutkiem reglamentacji nie może być zwłaszcza zniesienie mechanizmów rynkowych. Niedopuszczalna jest zarazem bierność prawodawcy wobec mechanizmów rynkowych, którą charakteryzuje aprobata dla nieistnienia „jakiegokolwiek reglamentacji” tych mechanizmów⁵², jeżeli ingerencję w stosunki gospodarki rynkowej usprawiedliwiają szczególne wymogi ochrony interesu publicznego⁵³.

Ustawodawca wskazuje na zakres reglamentacji działalności gospodarczej przez wyróżnienie jej elementów czy powiązanych z nią innych szczegółowych aspektów sytuacji prawnej przedsiębiorcy⁵⁴, które zaliczamy do przedmiotu regulacji aktów kształtujących prawo do przedsiębiorczości. Uwzględniać może jednocześnie potrzebę ochrony praw innych podmiotów, jeżeli ich sytuacja jest zależna od sytuacji przedsiębiorcy poddanego reglamentacji. Stopień szczególności w ujęciu owej reglamentacji charakteryzowanej jako ingerencja w prawnie ukształtowany status przedsiębiorcy może być zdywersyfikowany. Niekiedy prawodawcy wystarcza ujęcie przedmiotu reglamentacji przez wskazanie na ogólne cechy znamienne działalności przedsiębiorcy: proces dostarczania paliw i energii⁵⁵ czy system sprzedaży alkoholu⁵⁶. Dobiera zarazem instrumenty ograniczenia swobody przedsiębiorcy w tak określonej działalności lub deleguje kompetencję do ich ustalenia w aktach prawnych wydawanych na podstawie aktu podstawowego dla reglamentacji.

7.

Ustawodawca nie ma pełnej swobody w ujęciu prawnym reglamentacji. Kształtowana jest ona bowiem z uwzględnieniem treści wywodzonych z wolności gospodarczej. Ta zaś jako element społecznej gospodarki rynkowej należy do szczególnego prawa podmiotowego, chronionego konstytucyjnie. Zaliczana jest też do jednej z zasad konstytucyjnych. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyj-

⁵¹ Por. wyrok TK z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. SK 25/09, OTK ZU 1A/2012, poz. 1.

⁵² Por. *ibidem*; wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2005 roku, sygn. K 4/05, OTK ZU 4A/2005, poz. 37.

⁵³ Wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 roku, sygn. SK 37/01, OTK ZU 1A/2003, poz. 3.

⁵⁴ Por. wyrok TK z dnia 21 października 2015 roku...

⁵⁵ Por. wyrok TK z dnia 26 października 1999 roku, sygn. K 12/99, OTK ZU 6/1999, poz. 120.

⁵⁶ Por. wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 roku, sygn. K 10/97, OTK ZU 23/1998, poz. 29; wyrok TK z dnia 24 listopada 1998 roku, sygn. K 22/98, OTK ZU 7/1998, poz. 115.

nego określana jest jako zasada podejmowania i wykonywania przedsiębiorczości bez reglamentacji⁵⁷. Ustawa zasadnicza uprawnia bowiem ustawodawcę w art. 22 do wprowadzania ograniczeń wolności gospodarczej. Wyróżnione w tym postanowieniu przesłanki (ochrona ważnego interesu publicznego oraz forma ustawy) wskazują w istocie na podstawy reglamentacji gospodarczej⁵⁸.

Ustrojodawca uznał tym samym prawo ustawodawcy do ograniczania dostępu do rynku i stosunków gospodarki rynkowej⁵⁹ (stosunków gospodarczych⁶⁰), co także można zaliczyć do uzasadnień stanowiska o wyróżnieniu w gospodarce rynkowej zasady reglamentacji⁶¹ jako jej zasady szczegółowej. Uprawnione jest zarazem wywodzenie z Konstytucji reglamentacji jako zasady prawnie ukształtowanej. Pozostaje ona w relacji podporządkowania wobec zasady wolności gospodarczej. Zasada reglamentacji nie może bowiem podlegać interpretacjom, które usprawiedliwiłyby zastąpienie przez nią zasady wolności jako elementu konstrukcyjnego społecznej gospodarki rynkowej. Zasada reglamentacji obowiązuje w działalności gospodarczej niezależnie od dziedziny przedsiębiorczości, w której ustawodawca zamierza ją dopuścić⁶². Problem ten jest znany polskiemu systemowi prawa i naukom, które zajmują się ograniczeniami prawnymi wolności przedsiębiorczości.

Ustawodawca może również wywieść z Konstytucji zasady szczegółowe reglamentacji (art. 228, art. 229, art. 230 i art. 233 oraz inne postanowienia stanowiące o ustroju państwa lub wolnościach, prawach i obowiązkach człowieka i obywatela), którymi kieruje się w realizacji uprawnienia do rygorystowania warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli nie prowadzą one do odstępowania od warunków przyjętych w art. 22 Konstytucji oraz zasad przyzwoitej legislacji. Odnosi je do przedmiotu działalności czy elementów stosunków prawnych z nią powiązanych.

Trybunał Konstytucyjny wyróżnia ponadto zasady szczegółowe reglamentacji, które dotyczą się poszczególnych dziedzin działalności gospodarczej⁶³. Determinują one zwykle stanowisko prawodawcy w sprawach techniczno-organizacyjnych odnośnie do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Powiązane są także z różnymi rodzajami działalności, zaliczanymi do działalności regulowanej; zostały one uznane za szczególny przedmiot reglamentacji.

⁵⁷ Por. wyrok TK z dnia 23 marca 2006 roku, sygn. K 4/06, OTK ZU 3A/2006, poz. 32.

⁵⁸ Por. wyrok TK z dnia 7 listopada 2000 roku, sygn. K 16/00, OTK ZU 7/2000, poz. 257.

⁵⁹ Por. wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 roku...

⁶⁰ Por. wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 roku, sygn. P 12/01, OTK ZU 4A/2002, poz. 50.

⁶¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 czerwca 2016 roku, sygn. IV SA/Wa 3389/15, LEX nr 231894.

⁶² Wyrok TK z dnia 7 listopada 2000 roku...

⁶³ Wyrok TK z dnia 9 marca 1988 roku...

Łączą je instrumenty zwane też środkami⁶⁴ reglamentacji (rejestrowanie, wymogi w zakresie urzędzenia działalności regulowanej czy układ kontroli wewnętrznej).

Stwierdzenie o możliwości rozchwiania systemu wartości, które ustrojodawca ukształtował i odniósł do stanowienia prawa, jest być może czystą spekulacją. Takie niebezpieczeństwo jest jednak wpisane w model stanowienia publicznego prawa gospodarczego w sferze reglamentacji. W judykatach znajdujemy potwierdzenie tego spostrzeżenia przez przywoływanie rozwiązań prawnych w sprawach reglamentacji gospodarczej. Prawodawcy — w tym ustawodawca — korzystają ze swobody do kształtowania przesłanek materialnoprawnych determinujących treść instrumentów⁶⁵ lub środków⁶⁶ reglamentacji w sprawach indywidualnych, przyjmując je z naruszeniem reguł rzetelnej legislacji (niekiedy z całkowitym ich pominięciem⁶⁷). Wskazuje się także na sytuacje, kiedy środki reglamentacji zostały ustalone w akcie je determinującym z pominięciem ustawowo zdeterminowanych kryteriów wprowadzania i określania zasad reglamentacji⁶⁸.

8.

Zasady reglamentacji weszły do obrotu prawnego z języka potocznego. Określenie to zostało przejęte przez język prawniczy⁶⁹, a następnie przeszło do języka prawnego, co rejestrowały judykaty w sprawach reglamentacji. Tak ułożona droga implementowania zasad reglamentacji do regulacji prawnych obowiązujących w działalności gospodarczej zapoczątkowała po stronie prawodawców inicjatywy stanowienia o nich w aktach prawnych różnej rangi⁷⁰. W konsekwencji przyjmowania przez prawodawców własnych zasad reglamentacji kształtuje się również hierarchia owych zasad, co oznacza, że wprowadzone do aktu prawnego wykonawczego nie mogą naruszać zasad reglamentacji przyjętych w aktach prawnych wyższej rangi.

Zgodność między zasadami reglamentacji w ich hierarchii podlega kontroli przez ocenę regulacji szczegółowych. Rozwijają one znaczenie i treść zasad, co oznacza, że również przez ocenę ich treści można ustalić rozumienie zasad reglamentacji. Rozumienie zasad w publicznym prawie gospodarczym nie jest tym samym trwałe i jednoznaczne, co jednak nie obejmuje zasad wywodzonych z Konstytucji. Uzasadnione wydaje się zwrócenie uwagi zwłaszcza na kontekst

⁶⁴ Por. wyrok TK z dnia 13 października 2010 roku...; wyrok TK z dnia 5 kwietnia 2011 roku...

⁶⁵ Por. wyrok TK z dnia 5 listopada 2008 roku, sygn. K 60/07, OTK ZU 9A/2008, poz. 161.

⁶⁶ Por. wyrok TK z dnia 5 kwietnia 2011 roku...

⁶⁷ Por. wyrok TK z dnia 7 czerwca 2005 roku...

⁶⁸ Por. wyrok TK z dnia 9 marca 1998 roku...

⁶⁹ Por. D. Fleszer, *Reglamentacja działalności gospodarczej w zakresie sprzedaży detalicznej alkoholu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 6, s. 43 n.

⁷⁰ Uchwała SN z dnia 15 lutego 1984 roku, sygn. VI KZP 44/83, OSN KW 1984/7-8/69; wyrok NSA z dnia 8 września 1999 roku, sygn. III SA 8370/98, LEX nr 47439.

normatywny, w którym osadzone jest stanowisko o zasadzie czy zasadach reglamentacji⁷¹ przyjmowane przez ustawodawcę lub władze stanowiące akty podustawowe. Zwrócenie uwagi na kontekst normatywny wspomaga przede wszystkim ustalanie treści zasady oraz jej roli jako wartości, do której prawodawca odnosi się, stanowiąc rozwiązania szczegółowe.

Bibliografia

- Fleszer D., *Reglamentacja działalności gospodarczej w zakresie sprzedaży detalicznej alkoholu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 6.
- Izdebski H., *Etyka doradców podatkowych*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 13. *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2016.
- Kieres L., *Przedsiębiorcy publiczni (państwowi i komunalni)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018.
- Kieres L., *Zalecenia RWPG w sprawie koordynacji narodowych planów gospodarczych i ich realizacja w PRL*, Warszawa 1978.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Sowiński R., *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej*, Wrocław 2006.
- Wolska H., *Normatywizacja wartości*, [w:] *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, red. A. Powalowski, Warszawa 2022.
- Żurawik A., *Zasada wolności działalności gospodarczej i jej ograniczenia*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018.

Regulation: Limitation and Entitlement

Summary

In legal terms, regulation is defining the principles, conditions or detailed issues of undertaking and carrying out activities in a specific area of activity. Individual regulations distinguish the subject, legal instruments of regulation and the conditions for using them, and indicate the public authorities that use them. Regulation in this way is also an element of the legal model of legally protected freedoms. The essence of the freedoms indicated in the Constitution is determined not only by their content by the constitution-maker. Its shape is also significantly influenced by the powers granted to public authorities to limit freedoms and measures for their protection, vested in the subjects of freedom.

Keywords: regulation, economic regulation, freedom, freedom of economic activity.

⁷¹ Por. postanowienie TK z dnia 27 października 2015 roku...

CEZARY KOSIKOWSKI

Uniwersytet w Białymstoku (em. prof.)

c.kosikowski@uwb.edu.pl

Interwencjonizm państwa członkowskiego Unii Europejskiej w gospodarce

Abstrakt: Do sytuacji państwa członkowskiego Unii Europejskiej odnoszą się równocześnie wszystkie trzy rodzaje współczesnego interwencjonizmu w gospodarce (międzynarodowy, unijny i państwowy). Pozostają one w związku współlistnienia i zależności oraz się uzupełniają. Interwencjonizm międzynarodowy i unijny nie pozbawiają racji bytu interwencjonizmu krajowego wykonywanego przez państwa członkowskie UE. Jest to jednak interwencjonizm inny niż tradycyjny interwencjonizm państwowy z XIX i pierwszej połowy XX wieku.

Zadaniem współczesnego państwa jest bowiem osiągnięcie poziomu cywilizacyjnego rozwiniętych państw. Dlatego jego obowiązkiem powinno być dążenie do uzyskania członkostwa w najważniejszych organizacjach międzynarodowych i integracyjnych oraz ratyfikowanie innych, ważnych z punktu widzenia społeczeństwa i gospodarki, umów międzynarodowych. Dzięki temu społeczeństwo danego państwa może liczyć na to, że jego władze krajowe sięgną po nowoczesne wzorce i standardy rozwoju cywilizacyjnego. Obecnie dotyczą one nie tyle samej gospodarki i jej mechanizmów, ile szeroko rozumianego bezpieczeństwa (klimatycznego, energetycznego, zdrowotnego, demograficznego czy socjalnego). Bezpieczeństwo ma gwarantować właściwa polityka społeczna i gospodarcza państwa. Współczesny interwencjonizm państwowy polega zatem na wdrażaniu do prawa i praktyki krajowej standardów rozwiązań ustalonych w ramach prawa interwencjonizmu międzynarodowego i unijnego. Wiąże się też z koniecznością uzupełniania pewnych rozwiązań w drodze regulacji krajowych, o ile zezwalają na to przepisy prawa międzynarodowego i unijnego.

Słowa kluczowe: interwencjonizm, interwencjonizm państwowy, interwencjonizm międzynarodowy, interwencjonizm unijny, doktryny interwencjonizmu, prawo interwencjonizmu.

1.

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące istoty interwencjonizmu państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Pytanie to należy postawić nie tylko dlatego, że sytuacja ustrojowa i gospodarcza

państwa będącego częścią organizacji międzynarodowej typu UE w zasadniczy sposób odbiega od położenia politycznego i ekonomicznego państw należących do innych organizacji integracyjnych lub pozostających poza nimi. Równie ważnym powodem jest to, że współczesny interwencjonizm w gospodarce jest zgoła inny od tradycyjnego interwencjonizmu państwowego¹.

Obecnie interwencjonizm nie ogranicza się tylko do oddziaływania państwa na własną gospodarkę, lecz ma szerszy wymiar, gdyż obejmuje też interwencjonizm międzynarodowy i unijny. Pierwszy z nich jest sprawowany przez organizacje międzynarodowe wobec ich państw członkowskich², drugi natomiast jest wykonywany przez organy (instytucje) UE i odnosi się do państw członkowskich, a po części także do państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego i państw stowarzyszonych z UE. Fakt ten uzasadnia postawienie pytania o to, czy i jak interwencjonizm międzynarodowy i unijny wpływają na kształt interwencjonizmu państwa członkowskiego UE. Hipotetycznie rzecz ujmując, możliwe jest bowiem zarówno współistnienie i wzajemne uzupełnianie się wszystkich trzech rodzajów interwencjonizmu, jak i znaczne ograniczenie i zmiana roli interwencjonizmu państwowego lub wręcz jego zanikanie. W celu rozstrzygnięcia tego dylematu należy zwrócić uwagę na przyczyny i cele (cz. 2 niniejszego opracowania) poszczególnych rodzajów współczesnego interwencjonizmu oraz na ich podstawy ideologiczne (cz. 3) i prawne (cz. 4), a także na różny zakres przedmiotowy i podmiotowy (cz. 5) oraz formy i środki prawne wykonywania interwencjonizmu (cz. 6).

2.

W porównaniu do przeszłości obecnie inne są przyczyny interwencjonizmu. Nie są już bowiem związane wyłącznie ze „stróżowaniem” państwa w gospodarce. Współczesne państwo funkcjonuje w określonym układzie politycznym i gospodarczym, w którym równolegle rozwija się interwencjonizm międzynarodowy i unijny. Każdy z nich wynika przy tym z odmiennych przyczyn.

Przyczyną interwencjonizmu międzynarodowego jest potrzeba zapewnienia ludzkości jednolitych warunków rozwoju cywilizacyjnego. Staje się to zadaniem organizacji międzynarodowych obejmujących na zasadzie dobrowolności swym członkostwem zainteresowane państwa, które po ich przyjęciu do danej organiza-

¹ Szerzej zob. C. Kosikowski, *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018. Do ustaleń zawartych w tym dziele odwołuję się również w niniejszym opracowaniu (zob. zwł. *ibidem*, s. 497–519).

² W szczególności są to: Międzynarodowa Organizacja Pracy (MOP), Światowa Organizacja Handlu (WTO), Międzynarodowa Agencja Energii Atomowej, Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju (Bank Światowy) oraz Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD).

cji są związane ich prawem i decyzjami statutowymi. W tym ujęciu interwencjonizm międzynarodowy zastępuje dawniejsze działania imperialne państw bogatszych wobec innych, które prowadziły do uzależnienia gospodarczego tych krajów.

Przyczyny interwencjonizmu unijnego są inne. UE, zachowując odrębność państw członkowskich, ustala cele wspólnoty oraz związane z nimi zasady funkcjonowania państw członkowskich w ramach UE. Powodem interwencji unijnej staje się więc konieczność monitorowania i kontroli przestrzegania przez państwa członkowskie UE ustalonych w prawie unijnym zasad i wartości oraz reagowania na ich łamanie przez państwa członkowskie i stowarzyszone. Interwencjonizm unijny ma służyć wspólnemu osiągnięciu celów przez państwa członkowskie. W znacznej mierze zastępuje zatem interwencjonizm państwowy, ale nie eliminuje go do końca. Przyczyną interwencjonizmu państwowego staje się w tej sytuacji podjęcie interwencji tam, gdzie nie sięga interwencjonizm międzynarodowy i unijny.

Interwencjonizm państwa członkowskiego UE kształtuje się również pod wpływem celów współczesnego interwencjonizmu. Mają one charakter zarówno ekonomiczny, jak i pozaekonomiczny. Celem ekonomicznym jest zapewnienie zrównoważonego rozwoju gospodarki opartego na długo- i średnioterminowych strategiach rozwoju oraz na programach gospodarczych i wieloletnim planowaniu finansowym. Tylko dzięki takim działaniom możliwe jest osiągnięcie wyższego poziomu cywilizacyjnego w skali międzynarodowej i państwowej.

Na równi z celem ekonomicznym trzeba traktować pozaekonomiczne cele współczesnego interwencjonizmu. Wiązą się one bowiem z dążeniem do tego, aby w skali światowej obowiązywały jednolite standardy postępowania w zakresie ochrony ważnych dla ludzkości wartości, jak: środowisko naturalne, życie i zdrowie, bezpieczeństwo powszechne, porządek publiczny, dziedzictwo kultury i nauki, a także klimat, zasoby naturalne itd.

Celem interwencjonizmu międzynarodowego staje się przede wszystkim stworzenie międzynarodowych wzorców (standardów) zachowań zapewniających ludzkości bezpieczeństwo powszechne (na przykład przeciwdziałanie powstawaniu konfliktów zbrojnych lub niewłaściwemu wykorzystywaniu energii jądrowej), ochronę życia i zdrowia (na przykład bezpieczeństwo żywności i leków, zwalczanie produkcji i obrotu narkotyków, bezpieczeństwo komunikacyjne, ochrona powietrza), ochronę środowiska (w tym racjonalne korzystanie z zasobów naturalnych) oraz bezpieczeństwo utrzymania materialnego (wynagrodzenia i inne dochody oraz emerytury i renty), jak również ochronę dziedzictwa kulturowego (wiary, obyczajów, języka, kultury czy nauki). Zdaje się to znacznie ważniejsze niż tylko ustalenie pewnych jednolitych zachowań państw w dziedzinie handlu, konkurencji i finansów, chociaż w tych dziedzinach interwencjonizm międzynarodowy jest także obecny i potrzebny.

Cele interwencjonizmu unijnego są podobne — również mają charakter cywilizacyjny. Zadaniem interwencjonizmu unijnego staje się wskazanie państwom

członkowskim, w jaki sposób należy osiągać cele wspólnotowe oraz dbać o interesy własnych społeczeństw zgodnie z zasadami ustalonymi w prawie unijnym. Do interwencjonizmu unijnego należy też tworzenie warunków do funkcjonowania jednolitego rynku UE, co sprzyja rozwojowi państw członkowskich i pozwala niwelować różnice w ich poziomie ekonomicznym.

Interwencjonizm państwa członkowskiego UE ma natomiast inne cele niż dotychczas. Zadaniem współczesnego państwa staje się bowiem dążenie do uzyskania członkostwa w najważniejszych organizacjach międzynarodowych i integracyjnych oraz ratyfikowanie ważnych z punktu widzenia społeczeństwa i gospodarki umów międzynarodowych. Interwencjonizm państwowy ma na celu wdrażanie do prawa oraz praktyki krajowej standardów i rozwiązań ustalonych w ramach interwencjonizmu międzynarodowego i unijnego. Może również dotyczyć uzupełnienia pewnych rozwiązań w drodze regulacji krajowych, o ile zezwalają na to przepisy prawa międzynarodowego i unijnego.

3.

Interwencjonizm państwa członkowskiego UE opiera się obecnie na innych podstawach ideologicznych niż interwencjonizm praktykowany jeszcze do połowy XX wieku, który wyrażał różne doktryny polityczno-prawne i ekonomiczne, mające na ogół głębokie uzasadnienie naukowe. Tymczasem interwencjonizm drugiej połowy XX oraz początków XXI wieku stał się ubogi w swych naukowych podstawach ideologicznych. Nauka nie proponowała bowiem praktyce wielu nowych doktryn ekonomicznych, z wyjątkiem teorii państwa dobrobytu oraz niemieckich doktryn ordoliberalizmu i społecznej gospodarki rynkowej.

Łukę tę zaczęli wypełniać pragmatyczni politycy, którzy obejmowali stery rządów w niektórych państwach. Szczęście miały jednak tylko nieliczne kraje (na przykład Wielka Brytania dzięki polityce Margaret Thatcher lub USA dzięki polityce Ronalda Reagana oraz państwa, w których lansowano socjaldemokratyczne koncepcje gospodarcze). Innym państwom się nie powiodło i to nie tylko ze względu na mizeroję intelektualną ich przywódców politycznych, lecz przede wszystkim dlatego, że miejsce podstaw naukowych interwencjonizmu państwowego zajęły programy partii politycznych i ich programy wyborcze. Tymczasem obietnice wyborcze nie zawsze mają wiele wspólnego z racjonalnym i strategicznym projektowaniem przyszłości danego społeczeństwa. Są bowiem świadomie układane i adresowane do kręgu potencjalnych wyborców — mają zapewnić przede wszystkim zwycięstwo wyborcze określonej partii lub koalicji politycznej, nie zaś realizować cele związane z rozwojem cywilizacyjnym całego społeczeństwa danego państwa.

4.

Współczesny interwencjonizm państwa członkowskiego ma też inne niż dawniej podstawy prawne. Nie ogranicza się bowiem jedynie do prawa krajowego. Podstawy współczesnego interwencjonizmu tworzy zbiór przepisów prawnych pochodzących od władz statutowych organizacji międzynarodowych i organów (instytucji) UE oraz krajowych organów władzy publicznej państw członkowskich. Współczesne prawo interwencjonizmu wzbogaciło się przy tym o nowe źródła prawa, co jest szczególnie widoczne w prawie unijnym, a częściowo także w międzynarodowym prawie interwencjonizmu. Uległy zmianie zasady i procedury tworzenia i kontroli prawa, co nie zawsze jest dostrzegane przez prawodawców krajowych, chociaż zasada zgodności prawa krajowego z prawem międzynarodowym i unijnym nie podlega dyskusji. Nie zawsze zauważa się, że w świetle postanowień konstytucyjnych źródłem obowiązującego prawa w państwie członkowskim UE są również ratyfikowane umowy międzynarodowe³, w tym przepisy prawa Unii⁴.

5.

To, co przede wszystkim charakteryzuje obecny interwencjonizm państwa członkowskiego UE, to inny niż dotychczas zakres przedmiotowy i podmiotowy. Pod względem przedmiotowym nadal dotyczy on ochrony rynku, lecz teraz ochrona ta jest powiązana z innymi chronionymi wartościami, które okazują się nawet ważniejsze od korygowania niedoskonałości mechanizmów rynkowych. Chodzi bowiem także o zapewnienie bezpieczeństwa i stabilności na rynku finansowym i kapitałowym oraz o ochronę zarówno pracowników i ich rodzin, jak i osób bezrobotnych oraz migrujących w poszukiwaniu pracy.

Pod względem podmiotowym w tradycyjnym interwencjonizmie państwowym podmiotami biernymi interwencjonizmu były przede wszystkim podmioty gospodarcze (przedsiębiorcy i inni) oraz indywidualni rolnicy, a także pracodawcy. Pojawienie się interwencjonizmu międzynarodowego i unijnego sprawiło, że podmiotami biernymi stały się w głównej mierze państwa członkowskie organizacji międzynarodowych oraz państwa należące do UE oraz z nimi stowarzyszone, ale też inne podmioty (na przykład konsumenci, pracownicy, bezrobotni). Natomiast wśród podmiotów czynnych interwencjonizmu występują obecnie nie tylko organy i instytucje państwowe, lecz także statutowe organy i instytucje or-

³ Szerzej zob. *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szymt, Warszawa 2005.

⁴ Szerzej zob. *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006.

ganizacji międzynarodowych oraz organy i instytucje UE. Odrębnym podmiotem czynnym interwencjonizmu jest grupa państw (na przykład G-7 lub G-20).

6.

Współczesny interwencjonizm państwa członkowskiego UE jest inny także ze względu na nowe formy realizacji (tworzenie strategii rozwoju, programowanie gospodarcze i wieloletnie planowanie finansowe, wspieranie finansowe gospodarki i przedsiębiorców). Są one różne od tradycyjnych form interwencjonizmu państwowego (sprawowanie kontroli i nadzoru w gospodarce i finansach publicznych, ochrona konkurencji, reglamentacja działalności gospodarczej, regulowanie działalności instytucji kredytowych i finansowych oraz ochrona stosunków pracy).

We współczesnym interwencjonizmie podstawową zasadą rozwoju społecznego stała się zasada zrównoważonego rozwoju, odnoszona szerzej niż tylko do ochrony środowiska. Wprowadzenie tej zasady wywołało potrzebę dokonania zmian w dotychczasowych normach polityki gospodarczej oraz planowania gospodarczego i finansowego. Miejsce pierwszych zajęła strategia rozwoju, natomiast drugich — nowoczesne programowanie gospodarcze i wieloletnie planowanie finansowe. W tych ramach ma również miejsce inne niż dotąd wsparcie finansowe gospodarki i przedsiębiorców. W przeszłości występowały jedynie pewne namiastki planowania makroekonomicznego. Wsparcie finansowe gospodarki miało zaś głównie formę pomocy finansowej jednych państw na rzecz drugich, co prowadziło do uzależniania tych ostatnich.

Na podkreślenie zasługują również zmiany, jakie zachodzą w związku ze stosowaniem tradycyjnych form realizacji interwencjonizmu. W sprawowaniu kontroli i nadzoru w gospodarce i finansach poważną rolę zaczął odgrywać udział międzynarodowych i unijnych organów i instytucji kontrolnych oraz ich współpraca z państwowymi organami kontroli. Ochrona konkurencji nie ogranicza się już do walki z monopolami i ich praktykami, lecz obejmuje wszelkie przejawy czynów antykonkurencyjnych.

Wraz z ochroną konkurencji w interesie konkurujących z sobą przedsiębiorców wchodzi w grę publicznoprawna ochrona konsumentów. Przykładowo sprecyzowano w sposób zawężający kryteria pozwalające na ograniczanie wolności gospodarczej.

Obok lub zamiast reglamentacji gospodarczej⁵ pojawiła się regulacja gospodarki. Na rynku finansowym i kapitałowym chroni się obecnie nie tylko interesy

⁵ Szerzej zob. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.

instytucji kredytowych i finansowych, lecz także ich klientów. Dla wszystkich uczestników rynku finansowego i kapitałowego najważniejsze stało się bowiem bezpieczeństwo i stabilność tego rynku. Natomiast na rynku pracy interwencjonizm obejmuje nie tylko zatrudnionych, ale też bezrobotnych i poszukujących pracy za granicą. Ochrona dotyczy także członków rodzin wymienionych podmiotów. Szczególnego znaczenia nabiera troska o zdrowie zatrudnionych oraz o ich przyszłość po ostatecznym ustaniu zatrudnienia. Wszystko to sprawia, że nawet tradycyjne formy realizacji interwencjonizmu mają aktualnie zupełnie inny wymiar.

7.

Odpowiadając na postawione na wstępie pytania, stwierdzam, że do sytuacji państwa członkowskiego UE odnoszą się równocześnie wszystkie trzy rodzaje współczesnego interwencjonizmu. Pozostają one we wzajemnym związku współistnienia i zależności oraz się uzupełniają. Interwencjonizm międzynarodowy i unijny nie pozbawiają bowiem racji bytu interwencjonizmu krajowego wykonywanego przez państwa członkowskie UE. Jest to jednak interwencjonizm inny niż tradycyjny interwencjonizm państwowy z XIX i pierwszej połowy XX wieku.

Zadaniem współczesnego państwa jest osiągnięcie poziomu cywilizacyjnego rozwiniętych państw. Dlatego jego obowiązkiem powinno być dążenie do uzyskania członkostwa w najważniejszych organizacjach międzynarodowych i integracyjnych oraz ratyfikowanie innych, ważnych z punktu widzenia społeczeństwa i gospodarki, umów międzynarodowych. Dzięki temu społeczeństwo danego państwa może liczyć na to, że jego władze krajowe sięgną po nowoczesne wzorce i standardy rozwoju cywilizacyjnego. Obecnie dotyczą one nie tyle samej gospodarki i jej mechanizmów, ile szeroko rozumianego bezpieczeństwa (klimatycznego, energetycznego, zdrowotnego, demograficznego, socjalnego). Bezpieczeństwo ma gwarantować właściwa polityka społeczna i gospodarcza państwa. Współczesny interwencjonizm państwowy polega zatem na wdrażaniu do prawa i praktyki krajowej standardów rozwiązań ustalonych w ramach prawa interwencjonizmu międzynarodowego i unijnego. Wiąże się też z koniecznością uzupełniania pewnych rozwiązań w drodze regulacji krajowych, o ile zezwalają na to przepisy prawa międzynarodowego i unijnego.

Zadaniem współczesnego państwa jest bowiem osiągnięcie poziomu cywilizacyjnego rozwiniętych państw. Konieczne powinno być zatem dążenie do uzyskania członkostwa w najważniejszych organizacjach międzynarodowych i integracyjnych oraz ratyfikowanie ważnych umów międzynarodowych. Dzięki temu społeczeństwo danego państwa może liczyć na to, że jego władze krajowe sięgną po nowoczesne wzorce i standardy rozwoju cywilizacyjnego. Współczesny inter-

wencjonizm państwowy oznacza więc obowiązek państwa polegający na sięganiu po te wzorce w drodze przystępowania do odpowiednich organizacji międzynarodowych i ratyfikowaniu umów międzynarodowych. Obowiązek ten polega także na wdrażaniu do prawa i praktyki krajowej standardów rozwiązań ustalonych w ramach prawa interwencjonizmu międzynarodowego i unijnego oraz uzupełnianiu pewnych rozwiązań w drodze regulacji krajowych.

Bibliografia

- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005.
- Kosikowski C., *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018.
- Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006.

The Interventionism of European Union Member States in the Economy

Summary

All three types of contemporary interventionism in the economy (international interventionism, European Union interventionism, state interventionism) are related to the situation of EU Member States. They are in a mutual relationship of coexistence and dependence as well as complementarity. Neither international interventionism nor EU interventionism deprive the state interventionism of EU Member States of their *raison d'être*. However, this interventionism is different from the traditional state interventionism of the 19th and the first half of the 20th centuries.

It is so because modern states aim to obtain the civilization level of developed countries. Therefore, it should be the duty of the state to strive for membership in the most important international and integration organizations and to ratify other international agreements that are important from the perspective of society and the economy. Thanks to this, the society of a given state can count on the fact that its national authorities will use modern patterns and standards of civilization development. Currently, they are concerned not so much with the economy and its mechanisms as with broadly understood security (climate, energy, health, demographic and social security). Security is to be guaranteed by the appropriate social and economic policy of the state. Contemporary state interventionism therefore consists in implementing the standards and solutions established under the law of international and EU intervention into national laws and practice. It is also connected with the necessity to supplement certain solutions by means of national provisions, if allowed by the provisions of international and EU law.

Keywords: interventionism, state interventionism, international interventionism, interventionism of the EU, doctrines of interventionism, law of interventionism.

WITOLD MAŁECKI

ORCID: 0000-0002-8819-0317

Uniwersytet Wrocławski
witold.malecki@uwr.edu.pl

Swobody cząstkowe — próba klasyfikacji

Abstrakt: Wśród swobód cząstkowych odzwierciedlających różne aspekty wolności działalności gospodarczej można wyróżnić trzy grupy. Swobody cząstkowe inherentne (1) wyrażają konieczne, immanentne elementy wolności działalności gospodarczej, dookreślają korpus jej treści. Swobody cząstkowe powiązane (2) odnoszą się do działań podejmowanych nie tylko w związku z działalnością gospodarczą, lecz także w innych sferach aktywności ludzkiej. Natomiast swobody cząstkowe konstrukcyjne (3) upoważniają przedsiębiorców do korzystania z konstrukcji prawnych wykreowanych w celu ulepszenia prawnej „infrastruktury” wykonywania działalności gospodarczej. Pojęcie „ograniczenie wolności działalności gospodarczej”, zawarte w art. 22 Konstytucji RP, powinno być odnoszone tylko do ograniczeń swobód cząstkowych inherentnych, dotyczących w swoisty sposób sfery działalności gospodarczej.

Słowa kluczowe: wolność działalności gospodarczej, działalność gospodarcza, swobody cząstkowe, ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Wprowadzenie — wolność działalności gospodarczej jako przedmiot badań w publicznym prawie gospodarczym

Wolność działalności gospodarczej jest obiektem szczególnego zainteresowania nauki publicznego prawa gospodarczego. Rozważania nad nią — prowadzone z perspektywy badacza prawa — wymagają jednak wnikliwego określenia przedmiotu analizy. Kierując spojrzenie w stronę wolności, rozumianej jako „możliwość podejmowania decyzji zgodnie z własną wolą”¹, badacz prawa nie dostrzega bowiem zasadniczego przedmiotu swojego zainteresowania, jakim jest norma praw-

¹ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wolno%C5%9B%C4%87.html> (dostęp: 1.03.2022).

na, podczas gdy według Jerzego Wróblewskiego „podstawowe zagadnienia rozpatrywane w prawoznawstwie dotyczą pośrednio lub bezpośrednio normy prawnej”².

Relację między wolnością a normą prawną wypada tymczasem określić jako *ex definitione* antagonistyczną, co dobrze ilustrują słowa Igora Zachariasza: „norma jest przeciwieństwem wolności”³. Norma prawna sytuuje się w obrębie kategorii wypowiedzi dyrektywalnych, których istotą jest oddziaływanie na zachowanie się adresata normy, a poprzez wykorzystanie operatorów dyrektywnych w postaci „jest nakazane”, „jest zakazane” norma prawna dąży do ukształtowania zachowania adresata normy niezależnie od jego woli⁴. Podkreślić przy tym trzeba, że za nietrafne należy uznać posługiwanie się kategorią „norm zezwalających”, a więc norm, który „uprawniałyby” ich adresatów do podejmowania określonych działań — tego rodzaju wypowiedzi nie odznaczają się charakterem dyrektywalnym, znamionującym normy prawne; nie nadają się, by „samodzielnie kierować czymś postępowaniem”⁵. Występujące w tekstach aktów prawnych przepisy zezwalające (na przykład o treści „wolno jest [podejść działanie D]”, „[podmiot P] może [podejść działanie D]”) podlegają eksplikacji w różnych płaszczyznach — przykładowo, jak wskazują Kazimierz Świrydowicz, Sławomira Wronkowska, Zygmunt Ziemiński i Maciej Zieliński, mogą one stanowić „stwierdzenie, że w danym systemie prawnym brak normy zakazującej danego zachowania” lub polegać na udzieleniu kompetencji do dokonania czynności doniosłej prawnie, w rezultacie której zostanie ustanowiony lub zaktualizowany obowiązek prawny dla innych osób⁶.

Znaczenie prawne wolności działalności gospodarczej materializuje się zatem w inny sposób niż poprzez przyjęcie, że sama wolność lub też wypowiedzi ją wykładające (na przykład „wolno jest podejmować działalność gospodarczą”, „przedsiębiorca może”) mają charakter norm prawnych. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że doniosłość prawna wolności działalności gospodarczej — wywodzona przede wszystkim z art. 20 i 22 Konstytucji RP — koncentruje się w dwóch podstawowych sferach. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2001 roku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że konstytucyjna regulacja wolności działalności gospodarczej stanowi: po pierwsze — „wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodar-

² J. Wróblewski, *Norma prawna jako przedmiot prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 5, s. 665. W 1934 roku w dziele *Czysta teoria prawa* Hans Kelsen pisał, że „w oczywistym stwierdzeniu, że przedmiotem nauk prawnych jest prawo, zawarte jest — mniej oczywiste — stwierdzenie, że przedmiotem nauk prawnych są normy prawne” — *idem*, *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 142.

³ I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016, s. 103.

⁴ Zob. K. Opalek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 20, 88.

⁵ K. Świrydowicz *et al.*, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 7, s. 58.

⁶ *Ibidem*, s. 59–60.

czego Rzeczypospolitej”, po drugie — „podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą”⁷.

W niniejszym artykule uwaga zostanie skupiona na wolności działalności gospodarczej odnoszonej do prawa podmiotowego. W literaturze wolność działalności gospodarczej określa się jako publiczne prawo podmiotowe, którego jednym z wyznaczników jest jego aktualny charakter — co oznacza, że prawo to znajduje zakorzenienie w prawie przedmiotowym (obowiązujących regulacjach prawnych)⁸. Tradycyjnie wolności działalności gospodarczej, jako publicznemu prawu podmiotowemu, przypisuje się naturę negatywną — to znaczy, że z prawem tym skorelowany jest obowiązek państwa (organów władzy publicznej) co do nienaruszania swobody działania przedsiębiorców w obszarze działalności gospodarczej⁹. Współcześnie akcentuje się jednak, że wolność działalności gospodarczej — jako publiczne prawo podmiotowe — ma również wymiar pozytywny, wyrażający się w możliwości żądania od państwa stworzenia odpowiednich warunków do wykonywania działalności gospodarczej w sposób rzeczywiście swobodny¹⁰.

Mając na względzie, że na gruncie analitycznej teorii prawa nauka prawa jest w istocie nauką o słowie¹¹, na potrzeby dalszych rozważań wypada przyjąć, że wolność działalności gospodarczej — rozumiana jako prawo podmiotowe — przyjmie ogólne odzwierciedlenie językowe w sformułowaniu: „wolno jest zajmować się działalnością gospodarczą”. Jak już zaznaczano, wypowiedź ta — choć znajduje zakorzenienie w przepisach prawa — nie jest jednak normą prawną.

1. Swobody cząstkowe inherentne, powiązane i konstrukcyjne

Wolność działalności gospodarczej — ujmowana jako prawo podmiotowe — odznacza się bezsprzecznie szerokim zakresem. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) z dnia 10 kwietnia 2001 roku, sygn. U 7/00, OTK 2001, Nr 3, poz. 56. Zob. też T. Kocowski, *Kontrola policyjna w warunkach wolności działalności gospodarczej*, [w:] *Kontrola działań administracji publicznej w sferze gospodarki*, red. K. Kocińska, Poznań 2018, s. 45.

⁸ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 147.

⁹ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994, s. 12.

¹⁰ Zob. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, s. 17, 56–71; J. Ciapała, *Pojmowanie wolności przedsiębiorczości w kontekście współczesnych uwarunkowań*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 2, s. 7–8.

¹¹ Tę myśl amerykański badacz Roscoe Pound przypisywał niemieckiemu uczoneму Hermannowi Kantorowiczowi; zob. R. Pound, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, „Yale Law Journal” 43, 1934, nr 4, s. 525.

tuczny w wyroku z dnia 7 maja 2001 roku, jest to „prawo samodzielne go decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej”¹².

Naturalnym „odruchem” doktryny w odniesieniu do prawa o tak szerokim zakresie jest dążenie do poddania go analizie w ścisłym rozumieniu tego słowa — wyróżnienia w jego obrębie pewnych składników (czynników). W tę perspektywę myślową wpisują się słowa Marka Szydły, który podkreśla, że „wolność działalności gospodarczej — jako prawo wolnościowe — składa się w istocie z całego szeregu bardziej szczegółowych (częstkowych) swobód (wolności)”¹³. W literaturze „składniki” wolności działalności gospodarczej, odnoszone do różnych sfer tej wolności, przyjęło się określać jako swobody częstkowe¹⁴ — konstytuują one „katalog poszczególnych, szczegółowych aspektów wolności gospodarczej”¹⁵. Wśród swobód częstkowych ujmowanych w tym katalogu znajdują się między innymi swoboda podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej (swoboda podjęcia działalności gospodarczej), swoboda wyboru organizacyjno-prawnej formy wykonywania działalności, swoboda określenia rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej, swoboda konkurencji z innymi przedsiębiorcami, swoboda decydowania o sposobie zaangażowania kapitału, swoboda kontraktowania czy swoboda zatrudniania pracowników¹⁶. Wypada zaznaczyć, że przytoczony wykaz swobód częstkowych ma jednak charakter przykładowy, albowiem swobody te nie poddają się w istocie wyczerpującemu (enumeratywnemu) wliczeniu. Swobody częstkowe tworzą zbiór obszerny, a jego elementy różnią się w pewnych płaszczyznach, takich jak „ścisłość” stosunku łączącego je z wolnością działalności gospodarczej w ujęciu ogólnym czy zakorzenienie gałęziowe przepisów wykładających, gwarantujących lub ograniczających poszczególne swobody częstkowe.

Kolejnym naturalnym „odruchem” badacza prawa spoglądającego na różnolity katalog swobód częstkowych będzie dążenie do dokonania syntezy¹⁷ — w tym przypadku wyrażającej się w zestawieniu obok siebie, połączeniu w pewne całości swobód częstkowych zbliżonych pod określonymi względami. W niniejszym opracowaniu zaproponowany zostanie podział swobód częstkowych odzwierciedlających poszczególne aspekty wolności działalności gospodarczej na trzy gru-

¹² Wyrok TK z dnia 7 maja 2001 roku, sygn. K 19/00, OTK 2001, Nr 4, poz. 82.

¹³ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 10.

¹⁴ Zob. J. Kołacz, *Swobody częstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawny, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, nr 2, s. 80.

¹⁵ A. Walaszek-Pyziół, *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6, s. 107.

¹⁶ *Ibidem*, s. 107–108; J. Kołacz, *op. cit.*, s. 80; T. Kocowski, *Reglamentacja...*, s. 132.

¹⁷ Warto zaznaczyć, że „synteza stanowi swoistą jedność z analizą, a proces analizy i syntezy jest zamkniętą całością” — J. Apanowicz, *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002, s. 25.

py, obejmujące swobody o różnym stopniu i charakterze zespolenia z wolnością działalności gospodarczej w ujęciu ogólnym.

Po pierwsze, należy wyróżnić swobody częstkowe inherentne. Są to swobody zawierające się, zakodowane w rdzeniu (istocie) wolności działalności gospodarczej. Swobody częstkowe inherentne wyrażają konieczne, immanentne elementy wolności działalności gospodarczej — dookreślają korpus jej treści. Do swobód tych należy zaliczyć między innymi swobodę podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej, swobodę określenia rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej, swobodę wyboru przestrzennych i czasowych ram prowadzenia działalności gospodarczej czy swobodę decyzji o zakończeniu działalności gospodarczej¹⁸. Wypowiedzi wykładające swobody częstkowe inherentne (na przykład „wolno jest podjąć działalność gospodarczą”, „wolno jest określić rodzaj wykonywanej działalności gospodarczej”) są w istocie rozwinięciem wypowiedzi wykładającej wolność działalności gospodarczej w ogólności, o treści: „wolno jest zajmować się działalnością gospodarczą”. Formułowanie tych wypowiedzi następuje w rezultacie rozumowania dedukcyjnego, to jest od ogółu do szczegółu — jest bowiem oczywiste, że skoro wolno zajmować się działalnością gospodarczą, to wolno podjąć decyzję o rozpoczęciu tej działalności, o wyborze jej rodzaju, miejscu i czasie jej wykonywania czy też o jej zakończeniu.

Po drugie, wyodrębnić wypada swobody częstkowe powiązane. Swobody te odnoszą się do doniosłych aspektów działalności gospodarczej, mając tym niemniej za przedmiot działania podejmowane nie tylko w związku z działalnością gospodarczą. Swobody powiązane nie zamykają się (nie konsumują się) bowiem w obrębie wolności działalności gospodarczej, rozciągając się również na inne sfery aktywności ludzkiej. Należy tu przede wszystkim wymienić swobodę kontraktowania (swobodę umów) oraz swobodę zatrudniania pracowników¹⁹. Prawo do swobodnego zawierania umów oraz kształtowania ich treści, a także do decydowania o zatrudnieniu pracowników jest udziałem nie tylko podmiotów działalności gospodarczej (przedsiębiorców), ale też podmiotów tej działalności niewykonywujących. W odniesieniu do swobód częstkowych powiązanych nie sposób zatem przyjąć — w odróżnieniu od swobód częstkowych inherentnych — że w pełni zawierają się one w wolności działalności gospodarczej w ujęciu ogólnym i stanowią dookreślenie jej treści²⁰. Związek wolności działalności gospodarczej ze swobodami częstkowymi powiązаныmi przedstawia się jako po-

¹⁸ Zob. J. Kołacz, *op. cit.*, s. 80.

¹⁹ Warto przytoczyć trafne stanowisko Klaudii Klechy, zgodnie z którym swobodę zatrudniania — z uwagi na cywilnoprawną genezę konstrukcji umowy o pracę — można w istocie postrzegać jako zamykającą się w ramach swobody kontraktowania; zob. *eadem*, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 160.

²⁰ O relacji między wolnością działalności gospodarczej a swobodą umów zob. K. Kiczka, *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010, s. 139–140.

chodna „krzyżowania się” zakresu wolności działalności gospodarczej z innymi sferami wolności człowieka²¹.

Po trzecie, należy wskazać na swobody cząstkowe konstrukcyjne. W ramach swobód cząstkowych zaliczanych do tej kategorii prawodawca upoważnia przedsiębiorców do korzystania z pewnych konstrukcji prawnych, wykreowanych w celu ulepszenia prawnej „infrastruktury” wykonywania działalności gospodarczej w sposób umożliwiający realizację określonych interesów, potrzeb przedsiębiorców związanych z ich uczestnictwem w obrocie gospodarczym. Wypada wymienić tutaj swobodę zawieszania działalności gospodarczej oraz swobodę powołania zarządcy sukcesyjnego. Zawieszenie działalności gospodarczej (unormowane w art. 22–25 ustawy Prawo przedsiębiorców²²) oraz zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej (znajdujący regulację w art. 6–60j ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw²³) to konstrukcje prawne służące zapewnieniu ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstw. Zawieszając działalność gospodarczą, przedsiębiorca czasowo wstrzymuje wykonywanie tej działalności — w tym okresie nie ponosi obciążeń publicznoprawnych (między innymi nie ma obowiązku opłacania ubezpieczeń emerytalnych i rentowych oraz ubezpieczenia chorobowego i wypadkowego²⁴), jednak zachowuje swój byt prawny jako przedsiębiorca. Stosunki prawne z jego udziałem oraz przysługujące mu uprawnienia (wynikające na przykład z koncesji, zezwoleń) nie wygasają, co pozwala przedsiębiorcy na płynny powrót do wykonywania działalności gospodarczej po ustaniu okoliczności, ze względu na które postanowił zawiesić działalność²⁵.

Zarząd sukcesyjny został wprowadzony do polskiego porządku prawnego — jak wskazano w uzasadnieniu projektu przywołanej ustawy z 2018 roku — w celu „zapewnienia przedsiębiorcom będącym osobami fizycznymi warunków do zachowania ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa po ich śmierci”²⁶. Konstrukcja zarządu sukcesyjnego pozwala zapobiec dezintegracji przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną i umożliwić kontynuację uczestnictwa przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym.

²¹ Leon Kieres podkreśla, że źródłem wolności gospodarczej (wolności działalności gospodarczej) jest wolność człowieka, która ma „charakter obiektywny i niezależny od woli władz publicznych” — *idem*, *Konstytucyjne publiczne prawo gospodarcze*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 2, s. 196.

²² Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.).

²³ Dz.U. z 2021 r. poz. 170 ze zm.

²⁴ Zob. art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.).

²⁵ Zob. K. Roszewska, *Wpływ zawieszenia działalności gospodarczej na ubezpieczenia emerytalne i rentowe*, „Z Zagadnień Zabezpieczenia Społecznego” 2011, nr 3, s. 41.

²⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 2293, s. 8.

Swobody częściowe konstrukcyjne odróżniają się od swobód inherentnych „twórczym” charakterem. Swobody konstrukcyjne mają bowiem za przedmiot konstrukcje prawne autonomicznie wykreowane przez prawodawcę, będące „wartością dodaną” w prawnej infrastrukturze wykonywania działalności gospodarczej — nie stanowią zaś jedynie rozwinięcia i doprecyzowania treści wolności działalności gospodarczej w ujęciu ogólnym. Od swobód powiązanych swobody konstrukcyjne odróżnia natomiast ograniczenie zastosowania swobód konstrukcyjnych wyłącznie do stanów faktycznych odnoszących się do działalności gospodarczej²⁷.

2. Kategorie swobód częściowych wobec pojęcia „ograniczenie wolności działalności gospodarczej”

Zaproponowany trychotomiczny podział swobód częściowych odzwierciedlających poszczególne aspekty wolności działalności gospodarczej nie odznacza się doniosłością li tylko teoretyczną. Pozwala bowiem sformułować pewne konstatacje istotne z perspektywy refleksji nad pojęciem ograniczeń wolności działalności gospodarczej, zawartym w art. 22 Konstytucji RP — przybliżyć do ustalenia, jakie unormowania mogą zawierać się w ramach przywołanego pojęcia, podlegając w konsekwencji ocenie konstytucyjności przeprowadzanej na podstawie art. 22 Konstytucji RP.

Należy zatem wskazać, że ograniczeniami wolności działalności gospodarczej w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP nie będą ograniczenia swobód częściowych powiązanych. Swobody te zajmują autonomiczną, własną pozycję w systemie prawa, a związek z wolnością działalności gospodarczej nie wyczerpuje ich znaczenia prawnego. W wyroku z dnia 27 listopada 2006 roku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „zasada swobody umów nie jest pochodną zasady wolności gospodarczej”, a ponadto „zasada swobody umów w świetle Konstytucji rozpatrywana być powinna w pierwszej kolejności w powiązaniu z zasadą ochrony wolności człowieka (art. 31 ust. 1 Konstytucji) i zakazem zmuszania kogokolwiek do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji)”²⁸. Z uwagi na to Trybunał uznał, że art. 22 Konstytucji RP nie jest właściwym wzorcem kontroli dla unormowań ograniczających swobodę umów, choć rozpatrywana sprawa dotyczyła umów zawieranych w obrocie gospodarczym (w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej).

²⁷ Konstatacji tej nie uchybia okoliczność, że przedsiębiorca nie jest jedynym podmiotem uprawnionym do powołania zarządcy sukcesyjnego — zgodnie z art. 12 ust. 1–2 ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw po śmierci przedsiębiorcy zarządcę mogą powołać także inne osoby (między innymi małżonek zmarłego przedsiębiorcy lub jego spadkobiercy).

²⁸ Wyrok TK z dnia 27 listopada 2006 roku, sygn. K 47/04, OTK-A 2006, Nr 10, poz. 153.

Ograniczeniami wolności działalności gospodarczej, o których stanowi art. 22 Konstytucji RP, z pewnością nie będą także unormowania dotyczące swobód częściowych konstrukcyjnych. Wprowadzanie do porządku prawnego konstrukcji będących przedmiotem tej kategorii swobód częściowych wypada pożytywać za wyraz „kształtowania” wolności działalności gospodarczej, obejmującego „takie działania państwa, które tworzą prawno-instytucjonalne gwarancje dla normalnego korzystania przez jednostki z wolności działalności gospodarczej”²⁹. Poprzez wykreowanie konstrukcji zawieszenia działalności gospodarczej oraz zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej prawodawca dąży do stworzenia mechanizmów prawnych zapewniających możliwość utrzymania funkcjonowania przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym pomimo wystąpienia trudności zagrażających jego egzystencji. Dzięki odnośnym konstrukcjom przedsiębiorcy mogą w większym stopniu swobodnie planować przyszłe czynności realizowane w ramach działalności gospodarczej, mając świadomość, że nawet nieprzewidywane znaczne komplikacje nie będą musiały spowodować definitywnego zakończenia funkcjonowania przedsiębiorstwa.

W konsekwencji wypada stwierdzić, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej (w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP) nie stanowi przykładowo art. 25 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców, w myśl którego „w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej”. Unormowania tego nie należy interpretować jako wyrazu dążenia prawodawcy do zawężenia dopuszczalnej sfery działalności przedsiębiorcy, lecz jako niezbędny element konstrukcji zawieszenia działalności gospodarczej. Dopuszczenie wykonywania działalności gospodarczej w czasie zawieszenia uchybiałoby sensowi i istocie tej konstrukcji prawnej — to bowiem czasowe wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej uzasadnia zwolnienie przedsiębiorcy z obowiązku ponoszenia obciążeń publicznoprawnych w okresie zawieszenia działalności gospodarczej³⁰.

Za ograniczenia wolności działalności gospodarczej w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP przyjdzie zatem uznać wyłącznie ograniczenia dotyczące swobód częściowych inherentnych. Nie jest to wszakże równoznaczne ze stwierdzeniem, że w obrębie ograniczeń wolności działalności gospodarczej, o których mowa w art. 22 Konstytucji RP, powinny zawierać się wszystkie unormowania oddziałujące na korzystanie ze swobód częściowych inherentnych. Wypada zauważyć, że wśród tych unormowań można wyróżnić unormowania swoiście i nieswoiście odnoszące się do sfery działalności gospodarczej.

²⁹ M. Szydło, *Wolność...*, s. 84.

³⁰ Hanna Gronkiewicz-Waltz i Krzysztof Jaroszyński zaznaczają, że „korzyści wynikające z możliwości uchylecia się od obowiązków i ciężarów związanych z działalnością gospodarczą [...] są równoważone przez zakaz dokonywania czynności, które na tę działalność się składają (i — z założeń — przynoszą przychody)” — *idem*, *Przedsiębiorca*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 308.

Warto odwołać się przykładowo do ograniczeń dotyczących jednej ze swobód częstkowych wyróżnionych przez Jacka Kołacza — swobody wyboru sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. Swobodę tę z pewnością należy uznać za swobodę częstkową inherentną. Obejmuje ona między innymi „określenie stopnia ryzyka, jakie jest w stanie zaakceptować dany podmiot w ramach wykonywania poszczególnych działań, a także sposobów zabezpieczenia się przed potencjalnymi stratami”³¹. W swobodę tę ingerują niewątpliwie unormowania obligujące przedsiębiorcę do posiadania ubezpieczeń neutralizujących lub zmniejszających ryzyko poniesienia strat spowodowanych nieprzewidywanymi, negatywnymi zdarzeniami. Unormowaniem tego rodzaju, odnoszącym się swoiście do sfery działalności gospodarczej, będzie chociażby art. 21a ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia³², stanowiący, że „przedsiębiorca wykonujący działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia jest obowiązany do spełnienia obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z ochroną osób i mienia”. Natomiast unormowaniem odnoszącym się nieswoiście do sfery działalności gospodarczej — a więc obejmującym swoim oddziaływaniem także inne dziedziny aktywności człowieka — jest na przykład art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych³³, nakładający na posiadaczy pojazdów mechanicznych obowiązek legitymowania się ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem posiadanych przez nich pojazdów.

Jako ograniczenia wolności działalności gospodarczej w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP wypada postrzegać jedynie unormowania odnoszące się swoiście do sfery działalności gospodarczej — uznanie, że analizowane pojęcie obejmuje także unormowania odnoszące się nieswoiście do sfery działalności gospodarczej, spowodowałoby rozszerzenie jego zakresu na wszystkie regulacje prawne mogące znaleźć empiryczne zastosowanie do działalności gospodarczej, choćby ich związek z działalnością gospodarczą był bardzo luźny.

Podsumowanie

Wolność działalności gospodarczej — rozumiana jako prawo podmiotowe — odznacza się szerokim zakresem i ma za przedmiot rozległy, niepoddający się wyczerpującemu wyliczeniu, zbiór działań związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Analiza wolności działalności gospodarczej (jako prawa podmiotowego) prowadzi do wyróżnienia w jej obrębie swobód częstkowych odnoszących

³¹ Zob. J. Kołacz, *op. cit.*, s. 86.

³² Dz.U. z 2021 r. poz. 1995 ze zm.

³³ Dz.U. z 2021 r. poz. 854 ze zm.

się do poszczególnych aspektów działalności gospodarczej. Swobody te — w rezultacie dokonanej syntezy — wypada ujmować w ramach trzech grup: swobód cząstkowych inherentnych, swobód cząstkowych powiązanych i swobód cząstkowych konstrukcyjnych. Wskazane grupy swobód są zbiorami rozłącznymi. Należy stwierdzić, że podstawowa oś podziału przebiega między swobodami inherentnymi i konstrukcyjnymi — z jednej strony — oraz swobodami powiązаныmi — z drugiej. Kryterium podziału stanowi tu odniesienie danej swobody wyłącznie do stanów faktycznych dotyczących działalności gospodarczej (co jest udziałem swobód inherentnych i konstrukcyjnych) lub także do innych sfer aktywności człowieka (swobody powiązane). Swobody inherentne i konstrukcyjne odróżnia natomiast rola prawodawcy wobec przedmiotów tych swobód. W przypadku swobód inherentnych prawodawca przyjmuje postawę „odtwórczą”, gwarantując w systemie prawa elementy nieodzownie zawierające się w wolności działalności gospodarczej jako wolności mającej „swe źródło w przyrodzie”³⁴, pierwotnej wobec regulacji prawnej. Z kolei w odniesieniu do swobód konstrukcyjnych rolę prawodawcy należy postrzegać jako „twórczą”, wyrażającą się w kreowaniu nowych konstrukcji prawnych, przekazywanych do dyspozycji przedsiębiorcom w ramach ulepszania (wzbogacania) prawnej infrastruktury wykonywania działalności gospodarczej.

Wyróżnienie trzech grup swobód cząstkowych pozwoliło powziąć refleksje dotyczące ich użyteczności dla dookreślenia zakresu pojęcia „ograniczenie wolności działalności gospodarczej”, zawartego w art. 22 Konstytucji RP. Należy wykluczyć uznawanie za ograniczenia wolności działalności gospodarczej unormowań odnoszących się do swobód powiązanych i konstrukcyjnych. Ograniczeniami wolności działalności gospodarczej są tylko unormowania mające za przedmiot swobody cząstkowe inherentne, z zastrzeżeniem, że odnoszą się one swoiście do sfery działalności gospodarczej, pozostawiając poza zakresem swojego oddziaływania inne sfery aktywności człowieka. Wyłącznie tego rodzaju unormowania powinny podlegać ocenie konstytucyjności na podstawie art. 22 Konstytucji RP.

Bibliografia

- Apanowicz J., *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002.
Ciapała J., *Pojmowanie wolności przedsiębiorczości w kontekście współczesnych uwarunkowań*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 2.
Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Warszawa 2014.
Kiczka K., *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010.

³⁴ F. Longchamps, *Poglądy nauki francuskiej i belgijskiej na prawa jednostki wobec władzy*, Warszawa-Wrocław 1962, s. 19.

- Kieres L., *Konstytucyjne publiczne prawo gospodarcze*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 2.
- Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Kontrola policyjna w warunkach wolności działalności gospodarczej*, [w:] *Kontrola działań administracji publicznej w sferze gospodarki*, red. K. Kokocińska, Poznań 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kołacz J., *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, nr 2.
- Longchamps F., *Poglądy nauki francuskiej i belgijskiej na prawa jednostki wobec władzy*, Warszawa-Wrocław 1962.
- Opalek K., *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974.
- Pound R., *Law and the Science of Law in Recent Theories*, „Yale Law Journal” 43, 1934, nr 4.
- Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2017.
- Roszevska K., *Wpływ zawieszenia działalności gospodarczej na ubezpieczenia emerytalne i rentowe*, „Z Zagadnień Zabezpieczenia Społecznego” 2011, nr 3.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011.
- Świrydowicz K., Wronkowska S., Ziemiński Z., Zieliński M., *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 7.
- Walaszek-Pyziół A., *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994.
- Walaszek-Pyziół A., *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6.
- Wróblewski J., *Norma prawna jako przedmiot prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 5.
- Zachariasz I., *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.

Partial Freedoms: An Attempt at Classification

Summary

Partial freedoms, reflecting different aspects of the freedom of economic activity, can be divided into three groups. Inherent partial freedoms concern the necessary elements of the freedom of economic activity; they define its body of content. Related partial freedoms refer to activities undertaken not only in connection with economic activity, but also in other spheres of human activity. Structural partial freedoms entitle entrepreneurs to use legal structures designed to improve the legal infrastructure for conducting economic activity. The term “limitations upon the freedom of economic activity,” contained in Art. 22 of the Constitution of the Republic of Poland, should only be used to refer to the limitations of inherent partial freedoms, relating in a specific way to the sphere of economic activity.

Keywords: freedom of economic activity, economic activity, partial freedoms, limitations upon the freedom of economic activity.

ANDRZEJ PANASIUK

ORCID: 0000-0002-0847-2315

Collegium Witelona Uczelnia Państwowa
andrzej.panasiuk@collegiumwitelona.pl

Polityki publiczne jako jedno z narzędzi wpływu państwa na gospodarkę

Abstrakt: Współcześnie nikt nie ma już wątpliwości, że planowanie gospodarcze jest jedną z ważniejszych funkcji oddziaływania państwa na gospodarkę. Państwo coraz aktywniej angażuje się bowiem w przygotowywanie szczegółowych polityk publicznych nastawionych na osiągnięcie celów publicznych w gospodarce. Szczególną aktywność władzy publicznej w ostatnim okresie możemy zaobserwować w obszarze zamówień publicznych.

Autor podejmuje w artykule próbę analizy rozwoju planowania strategicznego państwa z wykorzystaniem polityk publicznych.

Słowa kluczowe: planowanie strategiczne, polityki publiczne, zamówienia publiczne.

Wprowadzenie

Cele aktualnej polityki władz publicznych są zazwyczaj wyrażane przez aktualnych dysponentów władzy i to oni *de facto* kreują formy, za pomocą których sektor publiczny będzie realizował postawione przed nim oczekiwania oraz ich zakres¹. W doktrynie zgodnie przyjmuje się stanowisko, że ewolucja w podejściu do roli władzy publicznej w gospodarce oraz instrumentów, za pomocą których wpływa ona na aktywność uczestniczących w niej podmiotów, przebiega w kierunku osiągania celu określonego przez politykę, a nie bezpośredniego działania administracji na rzecz osiągnięcia tego celu². Dlatego też jedną z form interwencji

¹ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998, s. 99–120.

² *Ibidem*, s. 99–120; H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 1996, s. 154–156; M. Wierzbowski, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia publicznoprawne*, Warszawa 2005, s. 27–28.

państwa w gospodarkę i wywierania na nią wpływu jest opracowywanie polityki gospodarczej państwa w poszczególnych sektorach. Dzieje się tak dlatego, że zachodzące współcześnie zmiany, zwłaszcza ich szybkość i niejednokrotnie nieprzewidywalność, uzasadniają potrzebę strategicznego podejścia do zarządzania rozwojem, tak by władze mogły w zakresie swoich kompetencji „sterować, a nie wioskować”.

Należy przyjąć, że polityki publiczne są pewnego rodzaju strategicznym planowaniem kierunków rozwoju państwa lub wybranych obszarów, w których państwo jest jednym z uczestników. W literaturze przedmiotu możemy zaobserwować dość spójne próby definiowania planowania strategicznego, traktujące strategię jako pewną generalną koncepcję systemowego, długofalowego działania, opartą na uznanych wartościach, obejmującą formułowanie i modyfikowanie celów oraz ogólnych sposobów ich osiągnięcia³. Polityki publiczne nie muszą mieć formy planu, ale najczęściej taką formę przyjmują.

Konstruując politykę publiczną wybranego obszaru gospodarki, należy przede wszystkim definiować cele i środki niezbędne do ich osiągnięcia perspektywicznie. Realizacja założeń polityki publicznej będzie bowiem stanowiła projektowanie przyszłości, jakiej pragniemy, zgodnej z naszymi aspiracjami, przy wykorzystaniu środków prowadzących do ich realizacji⁴. Polityka publiczna w takim ujęciu będzie procesem zmierzającym do sformułowania założeń strategicznych na podstawie wielu różnych czynników zewnętrznych, mogących mieć realny wpływ na sprawne funkcjonowanie konkretnego obszaru aktywności gospodarczej państwa. Jeżeli tak, to opracowując określoną politykę, władza musi podejmować liczne działania planistyczne, zmierzające do projektowania przyszłej rzeczywistości. Należy pamiętać, że planowanie jest tradycyjnie przedstawiane jako narzędzie formułowania i wdrażania decyzji strategicznych. Pojęcie to jest przy tym używane w różnych znaczeniach i przypisuje mu się rozmaite funkcje, zarówno na poziomie przedsiębiorstwa, jak i całej gospodarki narodowej. W niniejszym artykule przyjrzymy się planowaniu gospodarczemu w kontekście polityki zakupowej państwa.

Krótki rys historyczny

Idea planowania gospodarczego w skali makroekonomicznej znana jest od dawna. Już bowiem w czasach starożytnego Rzymu cesarze opracowywali plany działań gospodarczych w poszczególnych sektorach. Szczególnego znaczenia planowanie nabrało u schyłku Imperium Rzymskiego. Jego koniec wiązał się

³ J. Penc, *Strategie zarządzania*, Warszawa 1994, s. 43–68.

⁴ P. Banaszyk, R. Fimińska-Banaszyk, A. Stańda, *Zasady zarządzania w przedsiębiorstwie*, Poznań 1997, s. 81.

bowiem z niemożliwością zaspokajania potrzeb w związku z brakiem zasobów. To właśnie koniec Cesarstwa charakteryzuje się psuciem pieniądza (dotyczy to czasów panowania Klaudiusza II Gockiego, 268–270 rok n.e.) oraz gwałtownym wzrostem inflacji. Dopiero cesarz Dioklecjan starał się powstrzymać inflację, wprowadzając szesnastoletni system kontroli wszystkich usług i dóbr. To za jego czasów przeprowadzono staranne wyliczenia odnośnie do tego, ile potrzeba zboża, tkanin, oliwy, oręża i innych dóbr, aby zapewnić utrzymanie pojedynczego żołnierza, co w zestawieniu z militarnymi potrzebami państwa umożliwiało ustalenie, jakie jest roczne zapotrzebowanie państwa na poszczególne dobra i usługi. Mając taką wiedzę, można było określić możliwości podatników do dostarczenia niezbędnych dóbr i usług⁵. Ostatecznie upadek Rzymu był efektem regresu gospodarczego, spowodowanego zbyt wysokimi podatkami, inflacją i nadmierną regulacją⁶.

W kolejnych epokach planowanie również odgrywało ważną rolę. W okresie monarchii panujący nie opracowywał odrębnych dokumentów zawierających programy rządzenia państwem. Nie oznaczało to jednak, że jego działanie było pozbawione jakiegokolwiek programowania i określania celów perspektywicznego rozwoju państwa. Z kolei w okresie rozwoju parlamentaryzmu monarcha był zobowiązany do prezentowania swoich zamierzeń politycznych i gospodarczych przed parlamentem, by nieco później musieć uzyskiwać jego zgodę.

W praktyce planowanie gospodarcze występowało początkowo jedynie w ramach funkcjonowania przedsiębiorstw. Obecnie jednak największe znaczenie zyskało centralne planowanie gospodarcze, często występujące w postaci programów lub polityk publicznych.

Pierwsze próby planowania gospodarczego w skali makroekonomicznej podejmowano w Polsce w okresie międzywojennym. Prekursorem w tym zakresie był premier Eugeniusz Kwiatkowski, za czasów którego zostało utworzone Biuro Planowania. W ramach prac prowadzonych w Biurze Planowania został w 1936 roku opracowany pierwszy plan inwestycyjny państwa na lata 1936–1940. Kwiatkowski nie poprzestał jednak na sporządzeniu wyłącznie tego planu, gdyż już w 1938 roku przedstawił projekt wieloletniego planu perspektywicznego, obejmującego 15 lat (1939–1954).

Dalszy rozwój centralnego planowania gospodarczego nastąpił po II wojnie światowej, kiedy to upowszechniło się ono w różnych formach w większości światowych gospodarek. Powojenne państwo i jego gospodarka potrzebowały sprawnych instrumentów umożliwiających realizację zadań publicznych, nastąpiły więc czasy wprowadzania zasad gospodarki planowej sterowanej centralnie przez aparat władzy państwowej. Gospodarka planowa w założeniach tworzyła podstawę funkcjonowania państwa budującego porządek swego działania, opie-

⁵ S. Williams, *Diocletian and the Roman Recovery*, Methuen-New York 1985, s. 102–139.

⁶ B. Bartlett, *How Excessive Government Killed Ancient Rome*, „Cato Journal” 14, 1994, nr 2.

rając się na planie centralnym, umożliwiającym realizację gospodarki nakazowo-rozdzielczej, czyli gospodarki, w której wszystkie decyzje dotyczące produkcji i konsumpcji były podejmowane przez państwo. Taki model gospodarki przyczynił się do nieracjonalnego wykorzystywania czynników wytwórczych, które były własnością państwa, ze względu na brak w działaniach motywatora, jakim mogła być konkurencja.

Plany gospodarcze były podstawową metodą sprawowania kontroli przez państwo nad procesami gospodarczymi. Polska, należąca do bloku państw socjalistycznych mających gospodarki oparte na zasadach centralnego planowania, miała dość rozbudowane zasady i reguły planowania gospodarczego. Zasady te były jednak dalekie od doskonałości, nie dostrzegano i nie doceniano bowiem korzyści płynących z programowania i planowania wieloletniego. Wielu autorów wskazuje na paradoks planowania w gospodarce socjalistycznej, która z założenia miała być gospodarką planową, a jej najsłabszym punktem było właśnie planowanie i realizacja przyjętych planów⁷.

W Polsce zasadę gospodarki planowej wprowadził dekret z 1947 roku o gospodarce planowej, który formalnie obowiązywał do 1982 roku. Na mocy przedmiotowego dekretu miały być przygotowywane narodowe plany gospodarcze określające podstawowe zadania gospodarki narodowej w zakresie tworzenia i podziału dochodu narodowego oraz sposoby i środki, jakimi zadania te zostaną osiągnięte⁸. W 1982 roku została uchwalona ustawa o planowaniu społeczno-gospodarczym, obowiązująca do 1990 roku⁹.

Po początkowym okresie przemian społeczno-gospodarczych zapoczątkowanych pod koniec lat osiemdziesiątych minionego wieku gospodarka potrzebowała ukierunkowania na działania perspektywiczne. Dlatego już w 1994 roku została opracowana Strategia dla Polski 1994–1997, będąca programem rozwoju społeczno-gospodarczego i stanowiąca średniookresowy program reform strukturalnych i rozwoju społeczno-gospodarczego¹⁰. Kolejnym krokiem w planowaniu strategicznym okazały się Narodowe Plany Rozwoju¹¹ na lata 2004–2013¹², będące w zamierzeniu ich autorów planami działań zmian strukturalnych w gospodarce, które Polska, wstępując w 2004 roku do Unii Europejskiej, musiała zrealizować. W dalszym ciągu brakowało jednak spójnej strategii rozwoju państwa, obejmującej wszystkie możliwe obszary jego aktywności. Polska wprowadziła wprawdzie

⁷ Zob. np. C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995, s. 117.

⁸ Dekret z dnia 1 października 1947 roku o planowej gospodarce narodowej (Dz.U. Nr 64, poz. 373).

⁹ Dz.U. z 1987 r. Nr 4, poz. 26 ze zm.

¹⁰ G.W. Kołodko, *Strategia dla Polski*, Warszawa 1994, s. 224.

¹¹ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 roku o Narodowym Planie Rozwoju (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1465).

¹² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 czerwca 2004 roku w sprawie przyjęcia Narodowego Planu Rozwoju 2004–2006 (Dz.U. Nr 149, poz. 1567).

system zarządzania rozwojem, który pozwala na sprawne kierowanie polityką rozwoju państwa. Polityka ta pozwala określać cele rozwojowe kraju i planować, w jaki sposób zostaną zrealizowane¹³. W efekcie zmian w systemie zarządzania rozwojem zaplanowano opracowanie dokumentu długookresowego o charakterze wizyjnym — „Koncepcja rozwoju kraju”, którego celem ma być określenie wariantów rozwoju Polski w wymiarze społeczno-gospodarczym.

Planowanie strategiczne w Polsce nabrało większego dynamizmu od 2011 roku. Wówczas to Najwyższa Izba Kontroli, po przeprowadzonej kontroli planowania strategicznego kraju w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, zwróciła uwagę na poważne braki w zakresie zarówno istnienia poszczególnych polityk publicznych w wymiarze krótko- i średniookresowym, jak i strategii długookresowej. Nie zapominajmy, że administracja publiczna z jednej strony jest podmiotem wykonującym kierunkowe decyzje polityczne rządu, a z drugiej — realizuje normalne funkcje właściwe dobremu administrowaniu. Administracja publiczna będzie racjonalnie działała, jeżeli będzie wiedziała, jakie działania i w jakich kierunkach powinna podejmować. Niezbędne jest zatem zdefiniowanie strategii rozwoju państwa, zarówno strategii długookresowej, jak i strategii średnio- i krótkookresowych odnoszących się do poszczególnych dziedzin gospodarki państwa. Tylko wtedy legislatorzy będą tworzyć dobre, racjonalne prawo, wyrażające przyjęte kierunki strategiczne rozwoju państwa, cały zaś aparat administracyjny będzie mógł podejmować racjonalne działania, realizując swoje ustawowe kompetencje.

Polityki publiczne kreujące rozwój systemu zamówień publicznych

Na fali rozpoczętego procesu planowania strategicznego decydenci polityczni zwrócili uwagę na potrzebę opracowania odpowiedniej polityki w obszarze szeroko rozumianych zamówień publicznych. Stało się to pod wpływem ustawodawstwa unijnego w przedmiotowym obszarze, skoncentrowanego na definiowaniu w treści dyrektyw koordynujących zamówienia publiczne coraz większej liczby celów politycznych, których to uwzględnienie, z punktu widzenia państw członkowskich, może powodować znaczne dodatkowe koszty. Dlatego też każde państwo członkowskie w swojej polityce zakupowej musi indywidualnie wypra-

¹³ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju oraz szczegółowy dokument — Założenia systemu zarządzania rozwojem Polski, który Rada Ministrów przyjęła 27 kwietnia 2009 roku, ponadto Rada Ministrów 14 lutego 2017 roku przyjęła Strategię na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 roku).

cować podejście do kwestii polityki i promowania celów politycznych, a nie minimalizowania kosztów takich transakcji¹⁴.

Przepisy dotyczące zamówień publicznych są każdorazowo przy opracowywaniu nowego pakietu dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych poddawane przeglądowi w Europie¹⁵. Zazwyczaj ścierają się dwa stanowiska w zakresie kierunku zmian, mianowicie — część środowisk wzywa do bardziej aktywnego wykorzystania zamówień publicznych jako narzędzia polityki w celu stymulowania innowacji, zielonych technologii i włączenia społecznego. Z kolei druga grupa jest za dalszą integracją rynku europejskiego, a tym samym za wprowadzaniem przepisów, które ograniczają stosowanie elastycznych procedur. Od pewnego czasu możemy zaobserwować, że z każdą zmianą pakietu dyrektyw koordynujących udzielanie zamówień publicznych pojawia się coraz większa tendencja do włączania coraz większej liczby celów politycznych do przepisów dyrektyw. Może to być korzystne na niektórych poziomach i dla grup szczególnie uprzywilejowanych. Jednocześnie może jednak powodować konflikty interesów z innymi poziomami, jak w przypadku zamówień udzielanych przez określone grupy podmiotów publicznych. Zasadniczo każdy nowy cel wiąże się z dodatkowymi kosztami i może ograniczać konkurencję, co może spowodować podniesienie cen. W rezultacie podmioty publiczne mogą uzyskać mniej korzystne oferty w porównaniu z sektorem prywatnym. Aby zmniejszać negatywne aspekty związane z wykorzystywaniem celów politycznych w zamówieniach publicznych, sektor publiczny powinien konstruować zestandaryzowane polityki dotyczące zamówień publicznych, poszukując nieraz alternatywnych rozwiązań, które wpisywałyby się w nurt planowania strategicznego państwa.

Dostrzegając potrzeby w tym zakresie, 26 lipca 2017 roku Rada Ministrów podjęła uchwałę w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”¹⁶, który stał się pierwszym rządowym dokumentem planistycznym w obszarze współczesnych zamówień publicznych. Dotyczył jednak wyłącznie zamówień opartych na współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym — poza nim znalazły się wszystkie zamówienia klasyczne oraz sektorowe. Już w trakcie prac legislacyjnych nad nowym prawem zamówień

¹⁴ E. Czech, A. Panasiuk, *State Purchasing Policy: A New Institution of Public Procurement Law*, „Review of European and Comparative Law” 43, 2020, nr 4, s. 163–175.

¹⁵ Dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE; dyrektywa 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji.

¹⁶ Uchwała NR 116/2017 Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2017 roku w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”.

publicznych pojawiła się jednak polityka zakupowa państwa, której konieczność opracowania wprowadziły przepisy ustawy o przepisach wprowadzających¹⁷.

Polityka zakupowa państwa, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, ma określać priorytetowe działania państwa w obszarze zamówień publicznych, a także pożądaną kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, który obejmuje przede wszystkim zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług, z uwzględnieniem zwłaszcza aspektów normalizacyjnych, kalkulacji kosztów w cyklu życia produktów, społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców, upowszechniania dobrych praktyk i narzędzi zakupowych¹⁸. W takim ujęciu polityka zakupowa państwa ma być dokumentem strategicznym, wyznaczającym podmiotom sektora publicznego określone wartości i cele, które w danym okresie należy uwzględniać w procesie udzielanych zamówień publicznych, tak by je zrealizować w możliwie najszerszym zakresie. Polityka zakupowa państwa jest więc narzędziem, które przy wykorzystaniu zamówień publicznych będzie oddziaływało na określone obszary funkcjonowania państwa.

Polityki publiczne, w tym polityki regulujące obszar zamówień publicznych, należy traktować jako jeden z instrumentów realizacji strategii rozwoju państwa, cele zaś znajdujące się w tych politykach powinny być ściśle powiązane z planowaniem długookresowym, określającym politykę społeczno-gospodarczą państwa. Cele te powinny być wyrazem potrzeb i konieczności społeczno-gospodarczych, zdeterminowanych przez wewnętrzne i zewnętrzne warunki kraju, podstawowe wymogi ustroju politycznego i istniejący system wartości różnych grup społecznych¹⁹. Wymienione polityki wiążą się ściśle z zapisami Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 roku). Podstawowym założeniem strategii jest to, że polska gospodarka potrzebuje nowych impulsów rozwojowych, które zapewnią stabilny wzrost konkurencyjności na podstawie innych niż dotychczas czynników rozwojowych. Ważną rolę w realizacji założeń strategii mają odegrać zamówienia publiczne, polityka zakupowa państwa zaś została wskazana jako projekt strategiczny ujęty w obszarze „reindustrializacja średniookresowej strategii rozwoju kraju”.

Dostrzegając konieczność zmian w sektorze publicznym w związku z potrzebą rozwoju infrastruktury oraz wzrostem oczekiwań społecznych co do standardu świadczonych usług publicznych, podjęto starania w celu odpowiedniego zaprogramowania rozwoju w tym obszarze. Jak wcześniej wspomniano, takim dokumentem strategicznym stała się „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”. W dokumencie tym zaprojektowano liczne działania mające na celu zwiększenie skali inwestycji przy jednoczesnym zapewnieniu ich optymalizacji oraz korzyści dla interesu publicznego. Dopełnieniem działań stra-

¹⁷ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020).

¹⁸ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019).

¹⁹ E. Czech, A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 163–175.

tegicznych państwa w tym obszarze ma być polityka zakupowa. Wprowadzenie do polskiego prawa zamówień publicznych obowiązku opracowywania polityki zakupowej należy uznać za kolejny krok ku racjonalnemu wykorzystywaniu zamówień publicznych zgodnie z aktualnymi potrzebami państwa. Działanie krajowego ustawodawcy jest wynikiem zmian zachodzących w prawie europejskim, które ewoluuje w kierunku wykorzystywania zamówień publicznych do realizacji innych celów, niekoniecznie czysto zakupowych.

Kształtowanie polityki państwa w poszczególnych sektorach gospodarki należy zatem traktować jako pewną formę działania państwa wobec gospodarki. Jak wskazuje Marek Szydło, planowanie gospodarcze jako pewnego rodzaju specyficzna funkcja państwa względem gospodarki jest pewnym naturalnym instrumentem również w społecznej gospodarce rynkowej. Współczesne państwo, chcąc ograniczyć do minimum swoją interwencję w gospodarkę, jest niejako zmuszone do wprowadzania strategicznego planowania we wszystkich jego aspektach²⁰. Dzieje się tak ze względu na dynamizm przemian zachodzących w ramach samej administracji publicznej, jak również pod wpływem nurtów *New Public Management* (nowego publicznego zarządzania) i *good governance*. Pod wpływem planowania strategicznego na szczeblu centralnym zmiękczone zostają niejako negatywne aspekty funkcji regulacji gospodarczych państwa.

Podsumowanie

Planowanie strategiczne oraz opracowywane krajowe polityki publiczne stanowią ważne narzędzie w ręku państwa do aktywnego oddziaływania na gospodarkę. Dobrze przygotowane dokumenty będą wskazywały, w jakim kierunku ma zmierzać rozwój określonego obszaru funkcjonowania gospodarki, a ponadto mogą być pomocne do właściwego prowadzenia procesów gospodarczych przez uczestników gry rynkowej. Samo opracowanie polityki publicznej państwa nie przyniesie jeszcze spodziewanych efektów, o ile nie zostaną sprecyzowane odpowiednie reguły związane z jej wdrażaniem, zarówno na szczeblu administracji rządowej, jak i na szczeblach samorządowych.

Polityki publiczne jako swoistego rodzaju strategia działania sektora publicznego będą zdeterminowane nie tylko przez warunki wewnętrzne panujące w samej administracji, ale też przez otoczenie zewnętrzne, które będzie miało determinujący wpływ na kierunki jej realizacji, w związku na przykład z zachodzącymi procesami globalizacyjnymi czy integracyjnymi, tak by móc sprawnie oddziaływać na sferę społeczną i gospodarczą rozwoju państwa. Przykładowo,

²⁰ M. Szydło, *Planowanie indykatywne jako funkcja państwa wobec gospodarki*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Pospowska, Poznań 2006, s. 148.

aby polityka zakupowa była sprawnie realizowana w praktyce, podmioty prowadzące postępowania zakupowe muszą być świadome celu, jaki postawił przed nimi ustawodawca. Jedynie osoby świadome celów i narzędzi, za pomocą których mają osiągnąć konkretne cele, będą bowiem w stanie efektywnie realizować założenia przyjętej polityki.

Bibliografia

- Banaszyk P., Fimińska-Banaszyk R., Stańda A., *Zasady zarządzania w przedsiębiorstwie*, Poznań 1997.
- Bartlett B., *How Excessive Government Killed Ancient Rome*, „Cato Journal” 14, 1994, nr 2.
- Czech E., Panasiuk A., *State Purchasing Policy: A New Institution of Public Procurement Law*, „Review of European and Comparative Law” 43, 2020, nr 4.
- Izdebski H., *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 1996.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998.
- Kołodko G.W., *Strategia dla Polski*, Warszawa 1994.
- Kosikowski C., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995.
- Penc J., *Strategie zarządzania*, Warszawa 1994.
- Szydło M., *Planowanie indykatywne jako funkcja państwa wobec gospodarki*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Wierzbowski M., *Prawo gospodarcze. Zagadnienia publicznoprawne*, Warszawa 2005.
- Williams S., *Diocletian and the Roman Recovery*, Methuen-New York 1985.

Public Policies as a Measure of the State’s Influence on the Economy

Summary

Nowadays, no one has any doubts that economic planning is one of the most important functions of the state’s influence on the economy. The state is more and more actively involved in the preparation of detailed public policies aimed at achieving public goals in the economy. Recently, we had a chance to observe particular activities of public authorities in the area of public procurement. The author attempts to analyze the development of strategic planning of the state with the use of public policies.

Keywords: strategic planning, public policies, public procurement.

BOŻENA POPOWSKA

ORCID: 0000-0002-7453-6129

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

bozenapopowska@op.pl

Realizacja polityki innowacyjnej państwa — podmioty i sposoby realizacji

Abstrakt: Artykuł wskazuje, na czym polega uczestnictwo w realizacji polityki innowacyjnej państwa podmiotów usytuowanych w aparacie administracji publicznej — na przykładzie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz podmiotów działających w prywatnym sektorze badawczym o profilu innowacyjnym, jakimi są centra badawczo-rozwojowe. Tekst przedstawia formy realizacji polityki innowacyjnej państwa, podkreślając współwystępowanie w obrębie konstrukcji prawnej i działania obu podmiotów rozwiązań publicznoprawnych i prywatnoprawnych.

Słowa kluczowe: polityka innowacyjna, polityka publiczna, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, sektor badawczy, agencje państwowe.

Zaproszenie do grona autorów książki pamiątkowej dla prof. Tadeusza Kowalskiego to dla mnie wielki zaszczyt, a zarazem szczególna przyjemność z uwagi na tytuł publikacji. Nawiązuje on bowiem do mojej długoletniej współpracy na polu nauki z Szanownym Jubilatem, a także współpracy Koleżanek i Kolegów z obu naszych Katedr. Mam na myśli zwłaszcza naszą wspólną pracę z 2006 roku o funkcjach współczesnej administracji gospodarczej¹. Od czasu tej publikacji administracja gospodarcza się zmieniła, zarówno jej struktura, jak i zadania oraz sposoby ich realizacji, co znajduje odzwierciedlenie w realizowanych wobec gospodarki funkcjach, między innymi funkcji wspierania gospodarki. Współcześnie istotnym elementem tej funkcji jest wspieranie działalności innowacyjnej.

Na wagę innowacji w gospodarce wskazuje chociażby zamieszczenie pojęcia innowacji i jego zdefiniowanie oraz unormowanie nowej instytucji — partnerstwa innowacyjnego — w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wymieniając tę

¹ *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.

ustawę, z szacunkiem i uznaniem kłaniam się Jubilatowi, dziękując za dziesiątki publikacji z obszaru prawa zamówień publicznych.

1. Przedmiot i cele artykułu

Temat księgi ofiarowanej Jubilatowi pozwala rozważać funkcje państwa wobec gospodarki na różnych płaszczyznach i w rozmaitych aspektach. Funkcje państwa są bowiem determinowane określonymi celami i wartościami związanymi z ustrojem polityczno-gospodarczym. Określenie celów i wartości, a także sposobów ich realizacji to zadanie polityk publicznych kreowanych przez państwo, ich realizacja zaś leży w gestii administracji publicznej. Aktywność administracji wyraża się w różnych jej funkcjach². Dlatego też artykuł ten wskazuje na związki funkcji państwa i funkcji administracji, z akcentem na rozwój innowacyjności.

Każda polityka publiczna, a więc i polityka innowacyjna państwa, definiowana jest poprzez cele, zakres przedmiotowy (zadania), portfolio instrumentów, jakimi się posługuje, oraz instytucje zaangażowane w realizację tej polityki. W układzie podmiotowym polityka publiczna obejmuje zatem nie tylko podmioty ją kreujące, to jest organy administracji publicznej, ale i podmioty ją wdrażające lub realizujące.

Celem opracowania jest wskazanie, na czym polega uczestnictwo w realizacji polityki innowacyjnej państwa podmiotów usytuowanych w aparacie administracji publicznej — na przykładzie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości³ (dalej: PARP albo agencja) oraz podmiotów działających w prywatnym sektorze badawczym o profilu innowacyjnym, jakimi są centra badawczo-rozwojowe⁴ (dalej: centra albo CBR-y). Z uwagi na ramy opracowania zagadnienia ogólnej charakterystyki prawnej obu podmiotów będą przedstawione w skróconej formie. Akcent zostanie położony na sposoby realizacji polityki innowacyjnej państwa, z podkreśleniem współwystępowania w obrębie konstrukcji prawnej i działania obu podmiotów rozwiązań publicznoprawnych i prywatnoprawnych.

² M. Szydło, *Funkcje administracji publicznej wobec gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, par. 5, s. 120–126.

³ Ustawa z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn. Dz.U. poz. 299); dalej: ustawa o PARP.

⁴ Ustawa z dnia 30 maja 2008 roku o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 706).

2. Polityka innowacyjna, działalność innowacyjna i wspieranie działalności innowacyjnej

Powstanie gospodarki innowacyjnej⁵, wykorzystującej nowe technologie i kreującej wyspecjalizowane miejsca pracy, jest przedmiotem polityki innowacyjnej⁶. W literaturze przyjmuje się, że polityka innowacyjna to świadoma i celowa działalność organów państwa służąca rozwojowi systemu innowacji, to znaczy — systemu instytucji, umiejętności, i zachęt (podatkowych, kredytowych) w celu wprowadzania innowacji zwiększających konkurencyjność gospodarki i polepszających jakość życia społeczeństwa oraz zwiększania wzajemnych powiązań między nauką, techniką, rynkiem, administracją i edukacją. Wskazane działania państwa doktryna kwalifikuje w ramach kategorii zadań państwa⁷ jako „wspieranie innowacyjności”⁸ bądź w ramach szerszej ujmowanych funkcji państwa, z reguły jako wspieranie gospodarki⁹.

Oba terminy — działalność innowacyjna oraz wspieranie działalności innowacyjnej — są pojęciami ustawowymi. Posługuje się nimi wielokrotnie nowelizowana ustawa o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej¹⁰, a także kolejne ustawy zawierające rozwiązania służące rozwojowi innowacji i kształcenia, zwłaszcza ustawa z dnia 4 listopada 2016 roku o zmianie niektórych ustaw określających warunki prowadzenia działalności innowacyjnej¹¹ oraz

⁵ Odnośnie do polityki inwestycyjnej w UE i wytycznych dla państw członkowskich zob. P. Sancewicz, *Wspieranie działalności innowacyjnej w świetle aktów normatywnych wydawanych przez instytucje unijne oraz aktów polityki unijnej, z uwzględnieniem prawa polskiego*, „Kwartalnik: Prawo, Społeczeństwo, Ekonomia” 2019, nr 3, s. 84–93.

⁶ K. Kokocińska, *Podniesienie poziomu innowacyjności przedsiębiorstw — nowe zadania państwa*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 12, s. 20–21; P. Sancewicz, *op. cit.*, s. 84–86.

⁷ K. Kokocińska, A. Trela, *Wspieranie przedsiębiorczości jako zadanie administracji publicznej*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, red. P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik, Poznań 2006, s. 71–80; K. Kokocińska, *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości — ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 4, s. 37–49.

⁸ K. Kokocińska, *Podniesienie poziomu innowacyjności...*, s. 20–21.

⁹ K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 35–63; B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego* [w:] *Funkcje współczesnej administracji...*, s. 61–85; K. Kokocińska, *Wspieranie rozwoju działalności gospodarczej w ujęciu zasad i wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4, s. 42–43, 51; K. Horubski, *Wspieranie gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b, par. 30, s. 79–80.

¹⁰ Zob. K. Kokocińska, *Podniesienie poziomu innowacyjności...*, s. 21.

¹¹ Dz.U. z 2016 r. poz. 1933 ze zm.

ustawa z dnia 9 listopada 2017 roku o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego działalności innowacyjnej¹².

Szczególnie istotne dla niniejszych rozważań jest pojęcie działalności innowacyjnej¹³. Zostało ono zdefiniowane w ustawie o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej, według której działalność innowacyjna to „działalność polegająca na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług” (art. 2 ust. 1 pkt 3). Wspieranie działalności innowacyjnej realizowane jest różnymi sposobami i przybiera rozmaite formy. Przede wszystkim zależy od tego, czy owo wspieranie państwo powierzyło specjalnie do tego zadania (i innych zadań) powołanemu podmiotowi (PARP), czy realizuje je organ państwa wobec przedsiębiorstw o specjalnym statusie (CBR).

W polskim porządku prawnym nie ma źródła prawa, które kompleksowo regulowałoby kwestię realizowania polityki innowacyjnej oraz wspierania działalności innowacyjnej. W zakresie obranym za przedmiot niniejszych rozważań jako podstawowe źródła należy wskazać ustawę o PARP oraz ustawę o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej.

3. PARP — zadania w zakresie rozwoju innowacyjności i ich realizacja

PARP należy do szczególnych podmiotów, określanych jako agencje, utworzonych do realizacji zadań publicznych¹⁴, w tym polityki innowacyjnej państwa.

Pojęcie „agencja” nie zostało w prawie polskim zdefiniowane¹⁵. Także doktryna nie przydaje mu jednorodnego znaczenia, o czym świadczą też ich różne nazwy: agencje rządowe, agencje państwowe czy agencje administracyjne. Mają one jednak wiele cech wspólnych: powoływane są przez organy państwowe do realizacji zadań wynikających z polityki państwa, których wykonywanie wymaga daleko idącej specjalizacji, występują poza aparatem administracyjnym *sensu*

¹² Dz.U. z 2017 r. poz. 2201.

¹³ Dla porządku należy dodać, że swoją definicję ma też pojęcie „innowacja”. Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) definiuje ten termin w art. 7 pkt 6.

¹⁴ W artykule pomijam agencje będące w istocie urzędami administracyjnymi (jak na przykład Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego).

¹⁵ Zob. J. Niczyporuk, *Agencje rządowe*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, Łódź 2000, s. 340; por. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1999, s. 111.

stricto oraz mają osobowość prawną, z czym wiąże się wyodrębnienie majątku¹⁶. Różnice zaś tkwią głównie w strukturze organizacyjno-prawnej i zasadach prowadzenia gospodarki finansowej, a także w systemie kontroli¹⁷.

Interesująca nas w tym opracowaniu PARP jest agencją będącą państwową osobą prawną utworzoną w drodze aktu ustawowego; w odniesieniu do takiego modelu agencji używa się w doktrynie najczęściej pojęcia „agencja rządowa”¹⁸. Na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych¹⁹ PARP stała się agencją wykonawczą²⁰. Agencja ta podlega ministrowi właściwemu do spraw gospodarki (art. 2), szczególnie w zakresie planu działania i planu finansowego (art. 14). Wskazany minister nadaje jej w drodze zarządzenia statut, określając jej organizację wewnętrzną (art. 7 ust. 2), co w konsekwencji prowadzi do podległości organizacyjnej PARP temuż ministrowi²¹. Prezes agencji, powoływany przez właściwego ministra, kieruje działalnością agencji i reprezentuje ją na zewnątrz (art. 9 ust. 1). Jak z tego wynika, status prawny interesującej nas tu agencji tworzą zarówno publiczno-, jak i prywatnoprawne rozwiązania prawne. W efekcie państwo, a konkretnie właściwy minister, zachowuje aktywną rolę w oddziaływaniu na gospodarkę w zakresie zadań agencji, natomiast kompetencje w zakresie cywilnoprawnych stosunków gospodarczych realizuje profesjonalny menedżer²² pełniący funkcję organu państwowej osoby prawnej²³.

PARP ze względu na charakter zadań, które podejmuje w gospodarce, określa się w doktrynie jako „agencję interwencyjną”²⁴, zadania zaś przez nią wykonywane — jako wspieranie rozwoju różnych sektorów działalności gospodarczej. Są to zadania polegające na wspieraniu przedsiębiorczości i innowacyjności, w tym postępu technologicznego (art. 4 ust. 1 pkt 1 i 2).

Realizacja zadań agencji polega na podejmowaniu licznych działań, które ogólnie można określić jako działania o charakterze pośrednim, polegające na stosowaniu różnorodnych zachęt i form pomocy. Wymienia je chociażby art. 6 usta-

¹⁶ B. Popowska, *Agencje — nowe formy realizacji zadań administracyjnych państwa*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, red. H. Bauer *et al.*, Poznań 1999, s. 207–209.

¹⁷ K. Kokocińska, A. Trela, *Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Status prawny, zakres i charakter prawny zadań*, „Prawo i Administracja” 4, 2005, s. 284.

¹⁸ Zob. P. Wajda, A. Wiktorowska, *Podmioty administrujące*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, zvl. s. 408; P. Bieś-Skorosz, *Agencje rządowe jako szczególne podmioty administracji publicznej*, Warszawa 2020.

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.

²⁰ Zob. E. Kosiński, *Realizacja zadań administracji gospodarczej w formie rządowych agencji gospodarczych. Status prawny agencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2008, nr 1–2, s. 8.

²¹ P. Bieś-Skorosz, *op. cit.*, s. 9–10, 94–101.

²² Por. przepisy określające wymogi związane z obsadzeniem stanowiska prezesa (art. 10 ust. 2).

²³ Zob. uchwałę SN z dnia 27 kwietnia 2001 roku, sygn. III CZP 12/01, OSNC 2001, Nr 10, poz. 1500.

²⁴ Zob. m.in. P. Wajda, A. Wiktorowska, *op. cit.*, s. 411–412.

wy o PARP; są to między innymi: świadczenie usług doradczych, organizowanie szkoleń i seminariów czy świadczenie usług eksperckich²⁵. Wskazane tu działania wyraźnie mają niewładczy charakter. Takiego wniosku nie można jednak odnieść do działań agencji określonych jako udzielanie pomocy finansowej; ustawa o powołaniu tego podmiotu przesądziła bowiem umowną formę udzielania takiej pomocy²⁶, szczegółowo normując wiele kwestii z nią związanych. Mianowicie ustawa wskazuje krąg podmiotów, którym pomoc może być udzielona; są to między innymi: przedsiębiorcy i osoby zamierzające podjąć działalność gospodarczą; podmioty działające na rzecz rozwoju gospodarczego; podmioty działające na rzecz innowacyjności (art. 6b ust. 1). Ustawa określa też, w jakich formach może być udzielana pomoc finansowa, w tym między innymi: bezwrotnego lub zwrotnego wsparcia finansowego; pożyczek; instrumentu finansowego, w tym inwestycji kapitałowych (art. 6b ust. 2). Ustawa wskazuje również szczegółowe przeznaczenie pomocy publicznej, wielkość pomocy publicznej, szczegółowe zasady wykorzystywania pomocy publicznej, warunki rozwiązania umowy oraz sposób nadzorowania przez agencję wykorzystania pomocy publicznej (art. 6b ust. 9)²⁷.

Wymienione tu kwestie związane z umową o udzielenie pomocy finansowej dowodzą, że treść takich umów zawieranych przez agencję z uprawnionym podmiotem jest w znacznym stopniu wytyczona przez ustawę o powołaniu tego podmiotu. Regulacja administracyjna w tym zakresie nie wpływa jednak na ogólny (podstawowy) charakter omawianej umowy. W myśl ustawy umowa o udzielenie pomocy finansowej ma charakter umowy cywilnej — stosuje się do niej przepisy kodeksu cywilnego (art. 6b ust. 8 o udzieleniu pomocy finansowej). Jak podkreśla się w doktrynie, ustawodawca stosuje tego typu rozwiązania prawne, to znaczy — że podmiot administracji publicznej „wchodzi w obręb przydanych mu uprawnień w umowę cywilnoprawną”, gdy przemawiają za tym potrzeby i ochrona interesu publicznego²⁸. W rozważanym tu przypadku interes publiczny polega na racjonalnym rozporządzaniu środkami publicznymi, a także na zachowaniu uniwersalności i jednolitości w podejmowanych działaniach, polegających na udzielaniu pomocy publicznej.

²⁵ Przypisanie między innymi takich zadań PARP pozwala na zaliczenie jej do systemu instytucji rozwoju — art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 4 lipca 2019 roku o systemie instytucji rozwoju (Dz.U. poz. 1572).

²⁶ W rozważanym tu zakresie omawiana ustawa nie przewiduje wydawania przez PARP decyzji administracyjnych. „Pozbawienie” niektórych agencji możliwości władczego działania tłumaczy się w doktrynie zakresem ich przedmiotowych zadań. Zob. P. Bieś-Skorosz, *op. cit.*, s. 76.

²⁷ W zakresie trybu udzielania przez agencję pomocy publicznej ustawa odsyła do rozporządzeń wydawanych przez wskazanych ministrów (art. 6b ust. 10, 10a i 11).

²⁸ J. Boć, *Działalność konsensualna (dwustronna i wielostronna)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 5. *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 253.

Co jeszcze przemawia za wyborem umowy cywilnoprawnej jako formy udzielenia pomocy publicznej? Nie wchodząc głębiej w kwestie teoretycznoprawne²⁹, należy wskazać na ogólne walory form o charakterze prywatnoprawnym. Są nimi uelastycznienie i optymalizacja podejmowanych działań oraz możliwość sprawnego rozwiązywania problemów niespornych i kompleksowego rozwiązywania problemów o złożonym charakterze. W efekcie kontraktowe podejście do zadań publicznych winno sprzyjać efektywności ich realizacji. Warto też wskazać, że są też niedogodności związane z umowną formą nawiązywania relacji przez podmiot administracji z podmiotem spoza aparatu; w literaturze wskazuje się przede wszystkim na nieskuteczność kontroli administracyjnej³⁰. Miejsce takiej kontroli zajmuje bowiem kontrola sądowa o charakterze prywatnoprawnym.

Zastosowanie formy umowy w zakresie pomocy publicznej nie jest jednak rozwiązaniem powszechnie stosowanym przez ustawodawcę polskiego. Decyzja, czy umowa to dobra forma prawna działania administracji publicznej w relacjach z podmiotem prywatnym, także w zakresie pomocy publicznej, to dylemat legislacyjny od lat rozważany przez doktrynę i praktykę, a także poruszany w orzecznictwie³¹. Jak podnosi się w wielu publikacjach, jednym z rozwiązań tego dylematu mogłoby być poszerzenie katalogu form prawnych działania administracji publicznej o „umowę administracyjną”. Teza ta dotyczy również innych sfer aktywności państwa, w których administracja nie tyle ingeruje w sferę praw i obowiązków, ile wspiera podmioty prywatne bądź z nimi współpracuje³² w celu realizacji zadań publicznych.

4. Centra badawczo-rozwojowe jako szczególne podmioty realizacji polityki innowacyjnej przez państwo

Jedną z płaszczyzn realizacji polityki innowacyjnej państwa jest wspieranie przedsiębiorców działających w prywatnym sektorze badawczym o profilu

²⁹ Zob. M. Kania, *Formy prawne działania administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b, rozdz. X, s. 164–324.

³⁰ P. Bieś-Skorosz, *op. cit.*, s. 83.

³¹ Odnośnie do pomocy publicznej zob. B. Popowska, *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej: konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, [w:] *Instrumenty i formy prawne...*, s. 77–115.

³² W tym zakresie zob. B. Popowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji ciągu działań prawnych i jej wpływ na ocenę umowy o PPP*, [w:] *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2007, zwł. s. 170–174.

innowacyjnym³³. Takie działania mieszczą się w zakresie zadań ministra właściwego do spraw gospodarki, do których należą między innymi: „sprawy innowacyjności, działalności gospodarczej, w tym przedsiębiorczości”, zwłaszcza „podejmowania działań sprzyjających wzrostowi konkurencyjności oraz innowacyjności gospodarki polskiej”³⁴. Jedną z kompetencji tego organu jest nadawanie przedsiębiorcy spełniającemu określone wymogi statusu centrum badawczo-rozwojowego. W myśl art. 1 pkt 2 ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej nadanie takiego statusu jest jednym ze sposobów wsparcia działalności innowacyjnej.

Omawiana ustawa szczegółowo normuje kryteria uzyskania statusu CBR, procedurę nadania takiego statusu oraz jego formę prawną. Wymogi, które przedsiębiorca³⁵ starający się o status CBR musi spełnić, to osiągnięcie określonego poziomu przychodów ze sprzedaży własnych usług badawczo-rozwojowych, stosowanie przepisów o rachunkowości oraz niezaleganie z zapłatą podatków oraz składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne (art. 17 ust. 2). Warunkiem uzyskania przez przedsiębiorcę prowadzącego badania lub prace rozwojowe statusu centrum badawczo-rozwojowego (art. 17 ust. 1 ustawy) jest złożenie do ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 17 ust. 4) sformalizowanego wniosku i dokumentacji potwierdzającej sprostanie wskazanym kryteriom³⁶. Spełnienie tych warunków oceniane jest w postępowaniu w sprawie o uzyskanie statusu centrum badawczo-rozwojowego, a rozstrzygnięcia właściwego organu zapadają w drodze decyzji administracyjnej (art. 20 ust. 1 i 2). Postępowanie toczy się zatem według przepisów kodeksu postępowania administracyjnego³⁷, co wskazuje na publicznonprawny charakter relacji między organem, jakim jest minister, a CBR.

Omawiana ustawa nie określa treści decyzji w sprawie uzyskania statusu centrum badawczo-rozwojowego, poza stwierdzeniem (rozstrzygnięciem) o nadaniu takiego statusu. Pojawia się wobec tego pytanie, czy poza ramami tej ustawy unormowane są zagadnienia, które wiążą się z nadaniem statusu centrum badaw-

³³ Niniejszy tekst nawiązuje do szczegółowego opracowania kwestii udziału centrów badawczo-rozwojowych w realizacji polityki innowacyjnej państwa polskiego, zawartego w artykule B. Popowska, P. Sancewicz, *Partizipation von Subjekten mit dem status von Forschungs- und Entwicklungszentren bei der Durchführung von staatlicher Innovationspolitik*, [w:] *Verwaltungsmodernisierung: Digitalisierung und Partizipation*, red. H. Bauer et al., Potsdam 2020, s. 127–139.

³⁴ Zob. art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 4 września 1997 roku o działach administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1893).

³⁵ Ustawa pojęciem „przedsiębiorca”, „mały przedsiębiorca”, „mikroprzedsiębiorca” i „średni przedsiębiorca” nadaje takie rozumienie jak art. 1 załącznika I do rozporządzenia Komisji nr 651/2014 (art. 1 pkt 7, 8, 12 i 13).

³⁶ Dokumenty te są związane merytorycznie z przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie nadania statusu centrum.

³⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm.); dalej: k.p.a.

czo-rozwojowego i na przykład pozwolą na ustalenie, jakie konsekwencje prawne wiążą się z uzyskaniem takiego statusu, czyli na czym polega istota rozstrzygnięcia.

Odpowiedzi w tym zakresie dostarczają przepisy ustaw podatkowych: ustawy z dnia 26 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych³⁸ i ustawy z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych³⁹. Oba akty prawne stanowią, że przedsiębiorcom, którzy ponieśli koszty na działalność badawczo-rozwojową, zwane „kosztami kwalifikowanymi”⁴⁰, przysługuje ulga podatkowa (tak zwana ulga na działalność badawczo-rozwojową). Przepisy, o których tu mowa, dotyczą także centrów badawczo-rozwojowych⁴¹. Regulacja ta pozwala uznać, że decyzja o nadaniu statusu centrum badawczo-rozwojowego — to jest decyzja, która stwierdza, że podmiot spełnia wymagania, by taki status uzyskać — w istocie otwiera możliwości korzystania z uprawnienia do ulgi podatkowej.

Ulgi podatkowe udzielane centrom badawczo-rozwojowym stanowią pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Ulgi podatkowe⁴², z których korzystają przedsiębiorcy posiadający omawiany w opracowaniu status, polegają na obniżeniu podstawy opodatkowania (art. 26e p.d.o.f. oraz art. 18d p.d.o.p.)⁴³. Przepisy ustaw podatkowych normują liczne szczegółowe kwestie związane z udzielaniem pomocy publicznej centrom, zwłaszcza limit wysokości udzielanej pomocy publicznej oraz intensywność pomocy publicznej.

Nie mniej istotną kwestią w zakresie pomocy publicznej niż jej wielkość jest kontrola jej wykorzystania. Kompetencje kontrolno-nadzorcze organu wydającego decyzję w sprawie statusu CBR (to jest ministra właściwego do spraw gospodarki) mają służyć zapewnieniu prawidłowego realizowania przez państwo polityki innowacyjnej. Wynika to z nałożonych na przedsiębiorcę ze statusem CBR obowiązków, które musi spełniać przez cały okres posiadania takiego statusu. Chodzi o warunki wymagane na etapie składania wniosku, przede wszystkim dotyczące poziomu przychodów ze sprzedaży własnych usług badawczo-rozwojowych, jak również przestrzegania dyscypliny podatkowej.

³⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1387 ze zm.; dalej: p.d.o.f.

³⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 865 ze zm.; dalej: p.d.o.p.

⁴⁰ Należy zwrócić uwagę, że zarówno katalog poniesionych kosztów, jak i ich przeznaczenie są ograniczone ramami ustawowymi. W świetle przepisów nie budzi wątpliwości, że od podstawy opodatkowania przedsiębiorcy mający status centrum badawczo-rozwojowego mogą odliczyć wyłącznie koszty, które są związane z działalnością innowacyjną.

⁴¹ Można dodać, że obie ustawy promują działalność centrów w ten sposób, że mogą one zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów dodatkowo także inne koszty niż pozostali beneficjenci ustawy (art. 26e ust. 3a pkt 1 i 2, ust. 7 pkt 2 p.d.o.f. oraz art. 18d ust. 3a pkt 1 i 2, ust. 7 pkt 2 p.d.o.p.), dzięki czemu uzyskują większą kwotę ulgi.

⁴² O różnych formach udzielania pomocy publicznej zob. P. Marquardt, *Pomoc publiczna dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2007, s. 39–41; B. Popowska, *Decyzja i umowa...*, s. 84.

⁴³ Tę formę ulgi określa się jako pomoc publiczną *sensu largo*, czyli pośrednią pomoc publiczną. Zob. m.in. B. Popowska, *Decyzja i umowa...*, s. 84.

Podstawą kontroli spełniania wskazanych wymogów są informacje corocznie przekazywane przez adresata decyzji ministrowi właściwemu do spraw gospodarki w dokumentach. Są to zwłaszcza opis badań lub prac rozwojowych prowadzonych przez CBR oraz sprawozdanie finansowe. Opis badań pozwala ministrowi właściwemu do spraw gospodarki ustalić, czy dane badania lub prace rozwojowe odpowiadają kryteriom zakwalifikowania ich jako „działalność innowacyjna” zgodnie z definicją ustawową. Natomiast wskaźniki finansowe ujęte w sprawozdaniu finansowym pokazują, czy przedsiębiorca utrzymał wymagany poziom przychodów z działalności innowacyjnej, który stanowi warunek uzyskania statusu CBR.

Jeżeli z analizy dokumentów złożonych w ramach wskazanego obowiązku sprawozdawczego wynika, że przedsiębiorca nie spełnia warunków wymaganych na etapie składania wniosku o nadanie statusu CBR, to odpowiedni organ pozbawia przedsiębiorcę tego statusu w drodze decyzji administracyjnej (art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej). To rozwiązanie prawne potwierdza, że uczestnictwo przedsiębiorców działających w prywatnym sektorze badawczym o profilu innowacyjnym w realizacji polityki innowacyjnej państwa wiąże się z posiadaniem przez nich statusem CBR, nadawanym w formie decyzji administracyjnej. Tak więc kontrola wykorzystania pomocy publicznej (ulgi podatkowej) przez CBR leży w gestii administracji publicznej, a w następnym etapie — sądów administracyjnych⁴⁴. Niewątpliwie ten tryb weryfikacji wykorzystania świadczeń państwa, tu: na rzecz rozwoju innowacyjności, jest prostszy i szybszy niż tryb rozstrzygania sporów przez sądy powszechne, ponadto jest on zgodny z zasadą kontroli działalności administracji przez sądy administracyjne (art. 184 Konstytucji RP).

Wnioski

Polityka innowacyjna państwa, a właściwie jej realizacja — i to dobra realizacja, w dobie aktualnego poziomu rozwoju gospodarek na świecie, zwłaszcza w Unii Europejskiej, jest niezbędnym elementem wzrostu poziomu gospodarki krajowej i poziomu życia w danym państwie. Polityka innowacyjna ma różnych kreatorów i wykonawców, a w celu jej realizacji stosuje się rozmaite sposoby i formy prawne działania.

Istota zadań agencji zawiera się w pojęciu wspierania przedsiębiorczości, szczególnie w zakresie działalności innowacyjnej, ich adresatami zaś są zwłaszcza przedsiębiorcy. Poza licznymi działaniami o charakterze materialno-faktycznym

⁴⁴ Szerzej na temat rozstrzygnięć w zakresie pomocy publicznej w formie decyzji administracyjnej i konsekwencji w zakresie kontroli sądownoadministracyjnej zob. *ibidem*, s. 89–90.

ważnym instrumentem oddziaływania agencji we wskazanym zakresie jest udzielanie pomocy publicznej. Formą prawną realizacji tej pomocy jest umowa cywilnoprawna, której treść w znaczącej mierze normują przepisy prawa publicznego. Umowa o udzielenie pomocy publicznej kreuje specyficzny dla tej formy prawnej węzeł praw i obowiązków, związany z celem pomocy, jakim jest wsparcie danego przedsiębiorcy oraz podniesienie poziomu innowacyjności gospodarki, kwestie zaś sporne związane z umową rozstrzyga sąd w postępowaniu cywilnym.

Inaczej wygląda realizacja polityki innowacyjnej w zakresie objętym kompetencjami ministra do spraw gospodarki. Jednym z zadań tego organu jest nadanie przedsiębiorcom spełniającym określone wymogi statusu „centrum badawczo-rozwojowego”. Przedsiębiorcom, którzy uzyskali taki status w drodze decyzji administracyjnej, przysługuje roszczenie o pomoc publiczną w postaci ulgi podatkowej; w kwestiach podatkowych właściwe są organy podatkowe. Minister nie uczestniczy więc bezpośrednio we wspieraniu działalności innowacyjnej, ale wskazuje adresatów wsparcia. Jest też zobowiązany do kontroli i nadzoru przedsiębiorców pod kątem spełniania wymogów i realizacji obowiązków związanych ze statusem CBR. Skutkiem nadzoru może być może pozbawienie przedsiębiorcy takiego statusu; decyzja w tej sprawie podlega kontroli sądowoadministracyjnej.

Zastosowane w obu zakresach formy prawne wsparcia działalności innowacyjnej, to jest umowa cywilna zawierana z przedsiębiorcą przez PARP i decyzja ministra właściwego do spraw gospodarki w sprawie nadania przedsiębiorcy statusu CBR, wskazują na potrzebę różnych działań w szeroko rozumianym aparacie administracji publicznej w relacjach z przedsiębiorcami. Podsumowując zawarte w artykule rozważania, pozwolę sobie na nawiązanie do swojej wcześniejszej publikacji dotyczącej pomocy publicznej i odpowiem na pytanie zawarte w jej tytule⁴⁵: decyzja administracyjna i umowa nie są formami ani konkurencyjnymi, ani alternatywnymi; każda z nich kreuje swoiste relacje między podmiotem administracji publicznej i przedsiębiorcą, właściwe dla realizacji określonych zadań publicznych, nałożonych na konkretne podmioty administrujące. Ta konkluzja, z oczywistych względów stanowiąca pewne uogólnienie, nie ocenia żadnej z tych form w kontekście badanej materii, bo nie taki był cel tej pracy. Konieczne jednak trzeba wyrazić przekonanie o potrzebie wyposażenia administracji publicznej w formę umowy, którą doktryna nazywa publicznoprawną albo administracyjną⁴⁶.

⁴⁵ *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej: konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*

⁴⁶ Z ostatnich prac zob. zwł. K. Kokocińska, *Problematyka cywilnoprawnych form działania administracji z punktu widzenia przedstawiciela nauki prawa publicznego*, [w:] *Konstytucyjne bariery stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. Studium prawnoporównawcze ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego i niemieckiego*, red. R. Szczepaniak, Poznań 2020, s. 178–191.

Bibliografia

- Bieś-Skorosz P., *Agencje rządowe jako szczególne podmioty administracji publicznej*, Warszawa 2020.
- Boć J., *Działalność konsensualna (dwustronna i wielostronna)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 5. *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Horubski K., *Wspieranie gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1999.
- Kania M., *Formy prawne działania administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Kokocińska K., *Podniesienie poziomu innowacyjności przedsiębiorstw — nowe zadania państwa*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 12.
- Kokocińska K., *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości — ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 4.
- Kokocińska K., *Problematyka cywilnoprawnych form działania administracji z punktu widzenia przedstawiciela nauki prawa publicznego*, [w:] *Konstytucyjne bariery stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. Studium prawno-porównawcze ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego i niemieckiego*, red. R. Szczepaniak, Poznań 2020.
- Kokocińska K., *Wspieranie rozwoju działalności gospodarczej w ujęciu zasad i wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4.
- Kokocińska K., Trela A., *Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Status prawny, zakres i charakter prawny zadań*, „Prawo i Administracja” 4, 2005.
- Kokocińska K., Trela A., *Wspieranie przedsiębiorczości jako zadanie administracji publicznej*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, red. P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik, Poznań 2006.
- Kosiński E., *Realizacja zadań administracji gospodarczej w formie rządowych agencji gospodarczych. Status prawny agencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2008, nr 1–2.
- Marquardt P., *Pomoc publiczna dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2007.
- Niczyporuk J., *Agencje rządowe*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, Łódź 2000.
- Popowska B., *Agencje — nowe formy realizacji zadań administracyjnych państwa*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, red. H. Bauer, R. Hendler, P. Huber, B. Popowska, T. Rabska, M. Szewczyk, Poznań 1999.
- Popowska B., *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej: konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.
- Popowska B., *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji ciągu działań prawnych i jej wpływ na ocenę umowy o PPP*, [w:] *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2007.
- Popowska B., Sancewicz P., *Partizipation von Subjekten mit dem status von Forschungs- und Entwicklungszentren bei der Durchführung von staatlicher Innovationspolitik*, [w:] *Verwaltungsmodernisierung: Digitalisierung und Partizipation*, red. H. Bauer, M. Szewczyk, B. Popowska, W. Abromeit, Potsdam 2020.

- Sancewicz P., *Wspieranie działalności innowacyjnej w świetle aktów normatywnych wydawanych przez instytucje unijne oraz aktów polityki unijnej, z uwzględnieniem prawa polskiego*, „Kwartalnik: Prawo, Społeczeństwo, Ekonomia” 2019, nr 3.
- Strzyckowski K., *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.
- Szydło M., *Funkcje administracji publicznej wobec gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Wajda P., Wiktorowska A., *Podmioty administrujące*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011.

Realization of State Innovation Policy: Entities and Forms of Realization

Summary

The article discusses the participation of entities of the public administration apparatus in the realization of state innovation policy — using the example of the Polish Agency for Enterprise Development and entities operating in the private research sector with an innovative profile, such as research and development centres. The article presents the forms of realization of state innovation policy, emphasizing the co-occurrence of public-legal and private-legal solutions within the legal construction and operation of both entities.

Keywords: innovation policy, public policy, Polish Agency for Enterprise Development, research sector, state agencies.

ANDRZEJ POWAŁOWSKI

ORCID: 0000-0002-1232-0605

Uniwersytet Gdański

andrzej.pawalowski@prawo.ug.edu.pl

Przesłanki prawne wsparcia przedsiębiorców

Abstrakt: Przedsiębiorcy korzystają z różnych form wsparcia i choć prawodawca wskazuje w tej kwestii na podmioty i instrumenty, to tylko sporadycznie wymieniane są przesłanki takiego wsparcia. Nie wynikają one wprost z aktów prawnych, ale należy je wywodzić z konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej. Przesłanki wsparcia można odnaleźć także w prawie przedsiębiorców, prawie pomocy publicznej oraz ustawodawstwie odnoszącym się do stanów nadzwyczajnych.

Słowa kluczowe: wsparcie, przedsiębiorcy, przesłanki, działalność gospodarcza.

Wprowadzenie

„Wsparcie” to określenie wprawdzie używane przez prawodawcę, niejednokrotnie zawarte nawet w tytułach aktów prawnych, jednak niemające znaczenia normatywnego, a więc niezdefiniowane na gruncie przepisów prawa. Analiza aktów prawnych pozwala na stwierdzenie, że wsparcie utożsamiane jest z udzielaniem pomocy, głównie o charakterze materialnym, zwłaszcza finansowym, choć wsparciem może być także pomoc o charakterze organizacyjno-zarządczym, a nawet marketingowym. Wydaje się ponadto, że wsparcie może być potraktowane jako *sui generis* rekompensata z tytułu poniesionych szkód lub utraconych przyszłych korzyści, która odgrywając rolę odszkodowania, jest zarazem pomocą udzielaną potrzebującym tej pomocy podmiotom działalności gospodarczej — przedsiębiorcom.

Celowe wydaje się poczynienie ustaleń dotyczących przesłanek wsparcia poprzez wskazanie na ich podstawy prawne. Przede wszystkim zasadne będzie odniesienie się do konstytucyjnych zasad: społecznej gospodarki rynkowej oraz sprawiedliwości, a także do zasad sformułowanych w prawie przedsiębiorców. Za-

sady te przesądają zresztą — *expressis verbis* lub *implicite* — o kierunku regulacji normatywnej wsparcia w obszarze ustawodawstwa zwykłego. Przykładów dostarcza nie tylko ustawa Prawo przedsiębiorców¹, ale też przepisy o charakterze instrumentalnym (funkcjonalnym) ze sfery pomocy publicznej dla przedsiębiorców.

Warto ponadto zwrócić uwagę na problem wsparcia dla przedsiębiorców w warunkach zaistnienia sytuacji nadzwyczajnych wywołanych zagrożeniem zewnętrznym, takim jak przykładowo klęska żywiołowa. Wsparcie należy jednak łączyć nie tyle z samym zagrożeniem, ile z jego skutkami odczuwanymi przez podmioty działalności gospodarczej i noszącymi znamiona kryzysu gospodarczego. Odpowiednią ilustracją jest sytuacja związana ze stanem epidemii SARS-CoV-2. Kwestia ta niewątpliwie pozostaje w związku z potrzebą zastosowania właściwych podstaw prawnych warunkujących skuteczność pomocy przedsiębiorcom. Wsparcie udzielane przedsiębiorcom w warunkach nadzwyczajnych jest pomocą o charakterze nadzwyczajnym, wyjątkowym. Standardem jest wsparcie w normalnych, typowych warunkach funkcjonowania gospodarki przy wykorzystaniu instrumentów i instytucji określonych obowiązującymi przepisami prawa.

1. Wsparcie przedsiębiorców a zasada społecznej gospodarki rynkowej

Społeczna gospodarka rynkowa (dalej: s.g.r.) to przede wszystkim zasada wyrażona w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 20), stanowiąca podstawę ustroju gospodarczego Polski, opartego na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Z tej zasady jednoznacznie wynika, że ustrój gospodarczy Polski powinien w ramach swej konstrukcji prawnej w jednakowy i równorzędny sposób opierać się na wymienionych trzech filarach, a zarazem żaden z nich nie może być marginalizowany i traktowany mniej zasadniczo od pozostałych². Żadnego z nich nie można pominąć lub wykluczyć, a ponadto niezbędne jest ich potraktowanie w sposób całościowy jako trzech elementów s.g.r. Jednocześnie trudno przyjąć, gdyż nie wynika to bynajmniej z treści art. 20 Konstytucji RP, że s.g.r. wspiera się na jeszcze innych wartościach (filarach)³. Zasada ta nakazuje przy tym, by państwo za pośrednictwem swoich organów kształtowało gospodarkę, stanowiąc i stosując prawo pozwalające na osiągnięcie stanu zgodności pomiędzy wolną

¹ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.); dalej: p.p.

² Inaczej, bez wskazania argumentów, P. Czarnek, *Wolność gospodarcza. Pierwszy filar społecznej gospodarki rynkowej*, Lublin 2014, s. 93 n.

³ Inaczej C. Kosikowski, *Gospodarka i finanse publiczne w nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 149.

i głównie prywatną, a w konsekwencji rynkową gospodarką a potrzebami społecznymi, zapewniając tym samym warunki do zaistnienia dialogu i współpracy partnerów społecznych⁴. Ustalenie w treści art. 22 Konstytucji RP, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej powinny wynikać z przepisów ustaw oraz że mają być uzasadnione ważnym interesem publicznym⁵, nie pozwala jednak na określenie granic ingerencji państwa w sferę wolności, a tym samym w sferę gospodarki rynkowej.

W kontekście ograniczania wolności działalności gospodarczej przy zastosowaniu kryterium ważnego interesu publicznego należy rozpatrywać problem wsparcia dla przedsiębiorców ze strony państwa i, jak się wydaje, widzieć go zarówno w ujęciu podmiotowym, a więc relacji między podmiotami działalności gospodarczej a organami państwa, jak i w perspektywie funkcjonalnej, związanej z korzyściami i „stratami” generowanymi przez działalność gospodarczą. Wydaje się przy tym, że skoro ważny interes społeczny może dawać przesłankę do ograniczania wolności działalności gospodarczej, to ten sam interes powinien być potraktowany jak *sui generis* impuls (pretekst) do podejmowania działań wspierających przedsiębiorców. Jeśli bowiem wolność działalności gospodarczej jest jednym z filarów społecznej gospodarki rynkowej, a więc gospodarki, w ramach której dochodzi do równoważenia potrzeb rynku (wolnego) z potrzebami społecznymi, to niewątpliwie w interesie publicznym (art. 22 Konstytucji RP) mieści się zarówno ograniczanie wolności, czyli reglamentacja działalności gospodarczej przedsiębiorców, jak i wsparcie tej działalności. W sytuacji gdy możliwe jest ograniczenie wolności działalności gospodarczej, a więc zawężenia obszaru praw przedsiębiorców i tym samym ich autonomii w sferze działalności gospodarczej, w konsekwencji powinna istnieć możliwość wsparcia tychże przedsiębiorców stosownie do treści zasady społecznej gospodarki rynkowej. Odebranie przedsiębiorcom pewnego zakresu ich wolności na podstawie przesłanki interesu publicznego uzasadnia zatem udzielenie im wsparcia, również w interesie publicznym. Jeśli przyjąć, że ograniczenie wolności prowadzi do pewnego uszczerbku, straty czy nawet pokrzywdzenia przedsiębiorcy(-ów), to wsparcie jest swoistym wyrównaniem negatywnych skutków reglamentacji.

Wsparcie dla przedsiębiorców można postrzegać także w perspektywie własności prywatnej. Taka własność powinna być „realizowana” bez ograniczeń, z wyłączeniem tych, które wynikają z przepisów k.c.⁶ Może się jednak zdarzyć,

⁴ Zob. np. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el., art. 20.

⁵ A. Żurawik, *Klauzula interesu publicznego w prawie gospodarczym krajowym i unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 12; W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 84–155; R. Blicharz, M. Kania, *Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 5, s. 12–21.

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

że ograniczenia wolności działalności gospodarczej będą godzić w omnipotencję właściciela, zmniejszą (ograniczą) jego autonomię, a zarazem dotkną sfery jego materialno-prawnych, czyli opartych na własności, działań z obszaru gospodarki. Także taka sytuacja powinna być potraktowana jako uzasadniająca rekompensatę dla właściciela prywatnego. Taką rekompensatą może być wsparcie zrealizowane w różnych formach i zakresie.

Trzeci filar społecznej gospodarki rynkowej, a więc solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych, jest wytyczną kierunkową, którą należy odnosić do państwa i jego organów oraz do wszelkich podmiotów działalności gospodarczej, organizacji społecznych i gospodarczych. Z przesłanki konstrukcji solidarności, dialogu oraz współpracy partnerów społecznych wynika (a przynajmniej powinna wynikać) także potrzeba równego traktowania potrzeb podmiotów społecznych i podmiotów gospodarki, a w konsekwencji zaspokajanie tych potrzeb. Możliwości w tym zakresie powinno tworzyć państwo, które — co należy zauważyć — w toku zaspokajania potrzeb społecznych korzysta ze środków wygenerowanych przez gospodarkę i jej podmioty. W imię choćby solidarności na państwie spoczywa obowiązek wspierania przedsiębiorców, kiedy wsparcie to jest potrzebne i niezbędne do utrzymania ich w odpowiedniej kondycji ekonomicznej lub finansowej.

W toku realizacji zasady społecznej gospodarki rynkowej szczególnie rola przypada samemu państwu, które powinno występować w gospodarce w charakterze podmiotu reprezentującego interes społeczny. Państwo jednak niezależnie od roli przedstawiciela społeczeństwa występuje też w roli podmiotu uosabiającego własne interesy. Na pewno w jego interesie mieści się sprawne i efektywne funkcjonowanie gospodarki. Część owych interesów jest emanacją interesów aparatu państwa oraz stworzonego przez nie systemu prawnego i ekonomicznego, w pozostałej części interes państwa związany jest z potrzebą ochrony (interesów) różnych podmiotów i zbiorowości. Wreszcie rolą państwa jest występowanie w roli superarbitra, zmierzającego do godzenia z sobą interesów społecznego i publicznego, a zarazem różnorodnych przeciwieństw pojawiających się często w obszarach funkcjonowania społeczeństwa i gospodarki. Zarówno wskazana ochrona, jak i godzenie interesów różnych podmiotów, w tym przedsiębiorców, jest — jak się wydaje — przejawem wsparcia dla tych ostatnich.

2. Prawo przedsiębiorców jako podstawa wsparcia

Przesłanki wsparcia przedsiębiorców wynikają *implicitie* z preambuły ustawy Prawo przedsiębiorców. Ustawodawca stwierdza, że uchwalając wskazaną ustawę, kierował się konstytucyjną zasadą wolności działalności gospodarczej, a także innymi zasadami konstytucyjnymi mającymi znaczenie dla przedsiębiorców i wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, w tym zasadami praworząd-

ności, pewności prawa, niedyskryminacji oraz zrównoważonego rozwoju. Uznaje zarazem, że ochrona i wspieranie wolności działalności gospodarczej przyczyniają się do rozwoju gospodarki oraz wzrostu dobrobytu społecznego. Z preambuły wynika także, że przedsiębiorcom gwarantuje się przysługujące im prawa oraz uwzględnia się potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej w warunkach wolnej konkurencji.

Można wyrazić przekonanie, że wolność działalności gospodarczej i inne konstytucyjne zasady odnoszące się do przedsiębiorców i ich działalności nie tylko legły u podstaw treści ustawy Prawo przedsiębiorców, ale też wpłynęły na konstrukcję niektórych jej rozwiązań normatywnych. Dotyczy to zwłaszcza tych rozwiązań, które zapewniają ochronę praw przedsiębiorców oraz określają relacje podmiotów działalności gospodarczej z organami administracji. Rozwiązania te można postrzegać jako zasady wskazanej ustawy, będące zarówno regułami funkcjonowania przedsiębiorców, jak i postulatami odnoszącymi się do relacji przedsiębiorców z ich otoczeniem zewnętrznym. Owe reguły i postulaty należy łączyć także z obszarem wsparcia przedsiębiorców, zapewnianego w drodze tworzenia dla nich odpowiednich, dostosowanych do ich potrzeb warunków funkcjonowania i kształtowania właściwych, dobrych relacji z tymi organami państwa, które są władne do określania sytuacji prawnej przedsiębiorców.

Traktując o ochronie praw przedsiębiorców, należy przede wszystkim zauważyć zasadę równości tych podmiotów w obszarze podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej⁷ oraz zasadę „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone” (art. 8 p.p.), która oznacza obowiązek (leżący po stronie organów administracji publicznej) powstrzymywania się od nieuzasadnionej ingerencji w sferę wolności działalności gospodarczej⁸. Z kolei postulatami odnoszącymi się do kształtowania relacji przedsiębiorców z organami państwa są zasada domniemania uczciwości przedsiębiorcy (art. 10 p.p.)⁹ oraz zasada przyjaznej interpretacji przepisów — *in dubio pro libertate*¹⁰. Nadto, stosownie do treści art. 12 p.p., organ powinien prowadzić postępowanie w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania. Organy administracji powinny także udzielać przedsiębiorcom informacji o stanie prawnym i faktycznym dotyczącym warunków podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej. Udzielanie takich informacji jest *sui generis* wsparciem przedsiębiorców, jako

⁷ Zob. M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, t. 1. *Wolność i reglamentacja działalności gospodarczej. Handel zagraniczny*, Warszawa 2008, s. 51.

⁸ Zob. P. Kwiatkowski, *Komentarz do art. 8*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, LEX/el.

⁹ Zob. K. Kokocińska, *Komentarz do art. 10 ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 90 n.

¹⁰ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania administracyjnego i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1183, www.sejm.gov.pl.

że informacje i dostęp do nich są konkretną wartością mającą znaczenie ekonomiczne, a nawet finansowe.

Istotne znaczenie odgrywają objaśnienia prawne dokonywane przez organy administracji i tak zwane ulgi na start. Objasnienia to swego rodzaju pomoc prawna dla przedsiębiorców, pozwalająca na zwiększenie jednolitości praktyki stosowania przepisów prawa przez organy administracji publicznej, a tym samym wpływająca na pewność i stabilność prawa oraz dająca poczucie pewności prawa wśród przedsiębiorców¹¹. „Ulga na start” zwalnia przedsiębiorców rozpoczynających działalność gospodarczą z obowiązku uiszczania składek na ubezpieczenia społeczne przez pierwsze 6 miesięcy prowadzenia działalności¹². Na uwagę zasługują również rozwiązania dające możliwość prowadzenia dokumentacji w formie elektronicznej oraz nowe zasady przechowywania (przez okres krótszy niż poprzednio) dokumentów.

3. Podmiotowe i instrumentalne wsparcie przedsiębiorców

Podmiotem (instytucją o bliżej nieokreślonym charakterze prawnym) stojącym na straży praw przedsiębiorców jest w Polsce Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców (dalej: RMŚP). Z zakresu jego zadań i sposobu działania, a także z nazwy („rzecznik”) wynika, że jest to podmiot, który powinien w różnych okolicznościach wspierać przedsiębiorców i podejmować na ich rzecz działania *sensu largo* pomocowe. Zgodnie z odpowiednią ustawą¹³ rzecznik „stoi na straży praw mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców” (art. 1 ust. 1)¹⁴.

Ze wsparciem przedsiębiorców związana jest bezpośrednio sfera uprawnień rzecznika w zakresie ochrony praw przedsiębiorców. W sferze tej mieści się między innymi:

— występowanie do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej albo wydanie lub zmianę aktów normatywnych;

¹¹ Zob. R. Stankiewicz, *Zalätwanie spraw z zakresu działalności gospodarczej według przepisów nowej ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Prawo przedsiębiorcy*, red. R. Blicharz, A. Powałowski, Warszawa 2019, s. 85–96.

¹² Zob. J. Kozaczek, *Nowe prawo przedsiębiorców — dobre zmiany czy zagrożenia*, [w:] *Przedsiębiorcy i ich działalność*, red. A. Powałowski, H. Wolska, Warszawa 2019, s. 22–23.

¹³ Zob. ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz.U. poz. 648).

¹⁴ W kwestii rzecznika zob. E. Przeszło, *Rzecznik przedsiębiorców*, [w:] *Przedsiębiorcy i ich działalność...*, s. 145–164; wcześniej P. Lissoń, *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Ombudsman czy organ administracji rządowej?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4, s. 55 n.

- występowanie do właściwych organów z wnioskiem o wydanie objaśnień prawnych;
- informowanie właściwych organów nadzoru lub kontroli o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu organów administracji publicznej;
- występowanie do właściwego organu z wnioskiem o przygotowanie oceny funkcjonowania danego aktu normatywnego.

Istotnym mankamentem charakteryzującym działania podejmowane przez rzecznika jest brak po jego stronie jakichkolwiek uprawnień władczych. Oznacza to, że RMŚP nie ma możliwości zapewnienia efektu tych działań poprzez zastosowanie odpowiednich środków przymusu oraz ewentualnych sankcji w stosunku do adresatów jego działań. Instrumenty wsparcia przedsiębiorców, którymi dysponuje rzecznik, są zatem słabe, mają charakter postulatywny, a samo wsparcie zdaje się iluzoryczne¹⁵.

Wsparcie instrumentalne wiąże się przede wszystkim z udzielaniem pomocy publicznej. Jest to działanie (zespół działań) o charakterze interwencjonistycznym, wspierające regiony, sektory gospodarcze i przedsiębiorców według kryteriów odpowiedniej selekcji, stosownie do ich potrzeb i wymagań. Zasady dopuszczalności takiej pomocy, a zarazem jej reglamentacji wynikają z wielu aktów normatywnych, zwłaszcza z prawa traktatowego UE, rozporządzeń Rady UE oraz aktów prawa polskiego. Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestie pomocy publicznej w Polsce jest ustawa o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej¹⁶. Jeżeli pomoc wynika z aktu normatywnego, wówczas akt ten stanowi podstawę prawną pomocy i jest tak zwanym programem pomocowym¹⁷. Pomoc publiczna może być przyznana także na podstawie decyzji administracyjnej. Przedmiotem takiej decyzji może być na przykład zwolnienie z podatku lub obniżenie obciążenia podatkiem. Z kolei na podstawie umowy cywilnoprawnej pomoc publiczna może polegać chociażby na udzieleniu dotacji, preferencyjnego kredytu, pożyczki lub gwarancji. Wreszcie pomoc publiczna sprowadzać się może do obejmowania przez Skarb Państwa udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych, a więc dokapitalizowaniu takich spółek. Tego rodzaju pomoc może przybrać formę sprzedaży przez podmiot państwowy towarów po obniżonej cenie albo nabycia przez taki podmiot rzeczy ruchomej lub nieruchomości na preferencyjnych warunkach, albo udzielenia zamówienia publicznego na warunkach

¹⁵ W tej kwestii zob. M. Łukawska, *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców jako wyspecjalizowany organ ochrony praw przedsiębiorców — iluzja czy rzeczywistość*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 67, 2020, nr 2, s. 129 n.

¹⁶ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 roku o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 ze zm.).

¹⁷ Zob. np. rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 26 listopada 2013 roku w sprawie udzielania pomocy *de minimis* przez fundusze rozwoju obszarów miejskich w ramach regionalnych programów operacyjnych (Dz.U. poz. 1471 ze zm.).

uprzywilejowanych, jak również zbycia towaru lub usługi po cenach niższych niż rynkowe¹⁸.

4. Wsparcie dla przedsiębiorców w stanach i sytuacjach nadzwyczajnych

Stan nadzwyczajny jest stanem prawa, które umożliwia sprawowanie władzy publicznej w sposób szczególny¹⁹. Przesłankami takiego ukształtowania prawa, a zarazem wprowadzenia doń odpowiednich rozwiązań służących sprawowaniu władzy, są sytuacje stwarzające zagrożenia. Konstytucja RP na takie zagrożenia wskazuje (art. 228), choć nie określa ani ich charakteru, ani zakresu i przedmiotu; przewiduje jednak trzy rodzaje stanów nadzwyczajnych, które mogą być konsekwencją wystąpienia owych zagrożeń. Są to stan wojenny, stan wyjątkowy oraz stan klęski żywiołowej²⁰.

Stany nadzwyczajne, niezależnie od ich wprowadzenia w drodze rozporządzenia, powinny mieć formę prawną ustawy, tylko ustawa może bowiem stanowić podstawę ograniczania praw i wolności obywatelskich²¹ oraz wolności działalności gospodarczej²². Niejako konsekwencją takich ograniczeń, wskazaną na gruncie przepisów Konstytucji RP, jest możliwość określenia w każdej z ustaw o stanie nadzwyczajnym zakresu i trybu wyrównywania strat majątkowych. Ustalenia w tej mierze stają się, jak trzeba przyjąć, podstawą obowiązku spoczywającego na odpowiednich organach państwa, a polegającego na dokonywaniu wypłat stosownych odszkodowań, rekompensat, a także udzielania wsparcia (pomocy) na rzecz podmiotów, których prawa i wolności uległy ograniczeniu. Dotyczy to głównie przedsiębiorców jako podmiotów działalności gospodarczej.

Sytuacją nadzwyczajną jest natomiast zagrożenie epidemiczne, a następnie epidemia, które doprowadziły w Polsce do faktycznego zaprzestania lub ograniczenia działalności gospodarczej wielu przedsiębiorców, a także do podjęcia przez organy państwa wobec przedsiębiorców działań reglamentacyjnych, wymuszających owo zaprzestanie lub ograniczenie przez nich działalności. Sytuacja

¹⁸ Zob. A. Fornalczyk, *Rodzaje, formy i instrumenty pomocy publicznej w Unii Europejskiej i w Polsce*, [w:] *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw w Unii Europejskiej i w Polsce*, red. A. Fornalczyk, Warszawa 1998, s. 19–20.

¹⁹ Tak P. Radzewicz, *Komentarz do art. 228 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, LEX/el.

²⁰ Zob. K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Białystok 2005 oraz M. Miemieć, *Stany nadzwyczajne (stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej) w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106, 2016, s. 19–27.

²¹ Tak w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

²² Tak w art. 22 Konstytucji RP.

ta wywołała głębokie zmiany polegające na czasowym wyłączeniu wielu przedsiębiorców z obrotu gospodarczego. W rezultacie gospodarka znalazła się w stanie kryzysu, którego zarówno znamiona, jak i skutki są trudne do przewidzenia. Oczywiście konieczne stało się wsparcie dla tych, których kryzys objął, a więc zwłaszcza przedsiębiorców występujących w strukturze społecznej nie tylko jako podmioty działalności gospodarczej, ale też w roli pracodawców, podatników, płatników, uczestników obrotu prawnego itp. W przypadku tej sytuacji nadzwyczajnej poważne wątpliwości wzbudziło oparcie działań zarówno reglamentacyjnych, jak i pomocowych na przepisach niemieszczących się w obszarze prawa przedsiębiorców i niemających formy ustawy²³.

Zakończenie

Wydaje się, że traktowanie o wsparciu przedsiębiorców, w tym o przesłankach działań pomocowych, może i powinno być reakcją na podkreślanie i znajdowanie uzasadnień dla czynności reglamentacyjnych. Te ostatnie są bowiem ogólną i podstawową przesłanką wsparcia przedsiębiorców, ponieważ podmiotom działalności gospodarczej należy się swoista rekompensata z tytułu różnych ograniczeń ich aktywności. Rekompensata taka powinna być zresztą stosowana w ramach społecznej gospodarki rynkowej — platformy współwystępowania różnych podmiotów i interesów oraz podłoża do tworzenia optymalnych warunków dla przedsiębiorców i nabywców efektów ich działalności.

Bibliografia

- Blicharz R., Kania M., *Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 5.
- Czarnek P., *Wolność gospodarcza. Pierwszy filar społecznej gospodarki rynkowej*, Lublin 2014.
- Fornalczyk A., *Rodzaje, formy i instrumenty pomocy publicznej w Unii Europejskiej i w Polsce*, [w:] *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw w Unii Europejskiej i w Polsce*, red. A. Fornalczyk, Warszawa 1998.
- Jakimowicz W., *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006.
- Kokocińska K., *Komentarz do art. 10 ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019.
- Kosikowski C., *Gospodarka i finanse publiczne w nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12.
- Kozaczek J., *Nowe prawo przedsiębiorców — dobre zmiany czy zagrożenia*, [w:] *Przedsiębiorcy i ich działalność*, red. A. Powalowski, H. Wolska, Warszawa 2019.

²³ W tej kwestii zob. E. Przeszło, A. Powalowski, *Wsparcie przedsiębiorców w warunkach epidemii i kryzysu*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 6, s. 2–9.

- Kwiatkowski P., *Komentarz do art. 8*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, LEX/el.
- Lisson P., *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Ombudsman czy organ administracji rządowej?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4.
- Łukawska M., *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców jako wyspecjalizowany organ ochrony praw przedsiębiorców — iluzja czy rzeczywistość*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 67, 2020, nr 2.
- Miemiec M., *Stany nadzwyczajne (stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej) w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106, 2016.
- Prokop K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Białystok 2005.
- Przeszło E., *Rzecznik przedsiębiorców*, [w:] *Przedsiębiorcy i ich działalność*, red. A. Powałowski, H. Wolska, Warszawa 2019.
- Przeszło E., Powałowski A., *Wsparcie przedsiębiorców w warunkach epidemii i kryzysu*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 6.
- Radziejewicz P., *Komentarz do art. 228 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, LEX/el.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el.
- Stankiewicz R., *Zalążanie spraw z zakresu działalności gospodarczej według przepisów nowej ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Prawo przedsiębiorcy*, red. R. Blicharz, A. Powałowski, Warszawa 2019.
- Zdyb M., *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, t. 1. *Wolność i reglamentacja działalności gospodarczej. Handel zagraniczny*, Warszawa 2008.
- Żurawik A., *Klauzula interesu publicznego w prawie gospodarczym krajowym i unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 12.

Legal Grounds for Supporting Entrepreneurs

Summary

Entrepreneurs use various forms of support from the state, and although the legislator indicates entities and instruments, the premises for such support are mentioned only sporadically. They do not arise directly from legal acts, but should be derived from the constitutional principle of the social market economy. The premises of support can also be found in the Law on Entrepreneurs, the Law on Public Aid and legislation relating to extraordinary measures.

Keywords: support, entrepreneurs, premises, economic activity.

BEATA SAGAN

ORCID: 0000-0001-7887-112X

Uniwersytet Rzeszowski

bsagan@ur.edu.pl

STANISŁAW SAGAN

ORCID: 0000-0003-3735-311X

Uniwersytet Rzeszowski

ssagan@ur.edu.pl

Ewolucja szwedzkiego „prawa gospodarczego”

Abstrakt: Opracowanie zostało poświęcone ewolucji szwedzkiego „prawa gospodarczego”. Tak określona gałąź prawa formalnie bowiem w Szwecji nie istnieje. Rozwój „prawa gospodarczego” w tym kraju wywodzi się z prawa umów, a współcześnie, od lat siedemdziesiątych XX stulecia, dostrzega się rozwój prawa handlowego i gospodarczego.

Celem artykułu jest charakterystyka podstawowych aktów normatywnych, które tworzą fundament szwedzkiego prawa umów oraz prawa handlowego i gospodarczego. Z natury praktyczni Szwedzi równoległe do rozwoju ustawodawstwa powołali organy i instytucje, które pozwalają na instytucjonalną ochronę praw konsumenta i dobrych praktyk w handlu i usługach. To wyjątkowo efektywny i sprawny mechanizm, który pozwala na rozstrzyganie większości spraw spornych w gospodarce w sposób polubowny.

Obecnie najbardziej dynamicznie rozwija się ta część szwedzkiego „prawa gospodarczego”, która wiąże się z prawem ochrony konsumentów i prawem konkurencji. Równoległe doskonalone jest pozasądowe rozstrzyganie sporów między podmiotami gospodarczymi a konsumentami.

Słowa kluczowe: prawo, prawo szwedzkie, szwedzkie prawo umów, prawo handlowe i gospodarcze w Szwecji.

Uwagi wstępne

Prawo szwedzkie zaliczane jest do kręgu kultury prawa niemieckiego. Jest uznawane za część rzymsko-germańskiej rodziny systemów prawnych, chociaż jego charakterystyka ujawnia wiele rysów oryginalnych, między innymi dlatego że wpływy prawa rzymskiego były tu znacznie słabsze niż w innych regionach¹. Kultura nordyckich systemów prawnych łączyła bowiem elementy kontynentalnych systemów prawnych z niewielkim wpływem *common law*.

Współczesna Szwecja rozwija szeroką współpracę międzynarodową, a w polityce wewnętrznej rządząca partia socjaldemokratyczna konsekwentnie realizuje ideę państwa dobrobytu (*välstånd*)². Prowadzi to do specyficznej polityki podatkowej i ma niebagatelne znaczenie dla funkcjonującego sektora przedsiębiorstw państwowych³. Nie można też nie zauważać istotnego procesu polegającego na ujednolicaniu systemów prawnych państw członkowskich należących do Rady Nordyckiej⁴. Te podstawowe założenia, na których opiera się szwedzka gospodarka, determinują potrzebę stworzenia norm regulujących wolność gospodarczą oraz prawo konkurencji. Przy istnieniu dużego sektora przedsiębiorstw państwowych kluczowe znaczenie ma wolność gospodarcza, zarówno w sferze wytwórczej (produkcji), jak i w sferze usług. Znaczący rozwój szwedzkiego ustawodawstwa dotyczy rozszerzenia ochrony konsumentów.

Obecnie „prawo gospodarcze” w Szwecji nie istnieje jako odrębna dyscyplina. Szwedzi od niedawna kształtują za to nową gałąź — prawo handlowe i gospodarcze. Jak na razie dyscyplina ta znajduje się w fazie *in statu nascendi*, choć wyraźnie oddzieliła się od prawa umów (ostatnie powstały na początku XX stulecia), które było i nadal jest istotnym elementem szwedzkich regulacji w sferze handlu i usług. Systemy prawne państw nordyckich, w tym „prawo gospodarcze”, są mało znane i słabo naukowo eksplorowane w Polsce. Fakt ten może inspirować do ich poznania. Tym bardziej że same instytucje prawne są oryginalnym wytworem teoretyków i praktyki w Szwecji. Może to inspirować przede wszystkim

¹ H. Rot, *Między geografią prawną, komparatystyką prawniczą i teorią prawa*, [w:] *Główne kultury współczesnego świata*, Warszawa 1995, s. 29; zob. także R. Tokarczuk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2000, s. 122.

² Ze starszych opracowań nadal nośna jest publikacja Wojciecha Lamentowicza, *Reformizm szwedzki*, Warszawa 1977; warto też sięgnąć do: *Nordycki model demokracji i państwa dobrobytu*, red. T.S. Edvardsen, B. Hagtvet, Warszawa 1994; K.A. Kłosiński, *Szwedzkie państwo dobrobytu*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze” 2017, nr 7, s. 169 n.

³ Obecnie w Szwecji państwo jest właścicielem 49 przedsiębiorstw w całości lub części. Ponadto administruje dwoma fundacjami biznesowymi i jedną spółką unijną. Łącznie firmy te zatrudniają 163 tysiące pracowników.

⁴ Rada Nordycka utworzona w 1952 roku rozpoczęła działalność w lutym 1953 roku. Już w pierwszym roku funkcjonowania powołała Komitet Prawny, którego zadaniem jest unifikacja prawa państw nordyckich — Z. Klepacki, *Organizacje międzynarodowe rozwiniętych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1978, s. 255.

opracowanie efektywnego, zintegrowanego systemu pozasądowego rozstrzygania sporów w handlu i usługach. Z pewnością instytucje te zasługują na wnikliwą analizę prawniczą.

Celem niniejszego opracowania jest omówienie wybranych, podstawowych aktów normatywnych, które tworzą kanon szwedzkiego „prawa gospodarczego”. Praktyczni z natury Szwedzi, równoległe do postępów w ustawodawstwie, erygowali organy i instytucje, które pozwalały i pozwalają na efektywną realizację tych norm. Niezwykle istotny jest zintegrowany, instytucjonalny system ochrony praw konsumenta i dobrych praktyk w handlu i usługach. To oryginalny i wyjątkowo sprawny mechanizm. W Szwecji w sposób polubowny załatwia się większość sporów, w tym gospodarczych, i tylko w ostateczności ubiega się o rozstrzygnięcia w sądzie.

1. Początki ustawodawstwa prawa gospodarczego w Szwecji

Szwedzkie „prawo gospodarcze” zostało oparte na prawie stanowionym. Rzadko wykorzystywane są tu precedensy, które formalnie nie obowiązują. Sądy jednak nadal, chociaż rzadko, się na nie powołują.

Pierwszym aktem „prawa gospodarczego” było ustanowienie w 1734 roku kodeksu handlowego. Ten archaiczny akt normatywny zainicjował rozwój omawianej gałęzi prawa w tym kraju. Kolejnymi aktami prawnymi w zakresie regulacji handlu w Szwecji były ustawa o sprzedaży i o wymianie własności ruchomych (*Lagen om köp och byte av lös egendom*) z 1905 roku oraz ustawa o umowach i innych czynnościach prawnych w sferze prawa własności (*Lagen om avtal och andra rättschhandlingar pa formogenhetsrattens omrade*) z 1915 roku⁵.

Szwedzkie ustawodawstwo w sferze prawa umów, umów prawa handlowego, stało się wzorcem dla innych systemów w krajach nordyckich — Danii, Finlandii, Norwegii i Islandii. Już w pierwszej dekadzie XX stulecia rozwijała się współpraca pomiędzy parlamentami tych państw, która doprowadziła do zbliżenia, a później wręcz unifikacji przepisów w zakresie prawa prywatnego. Procesy te zainicjował duński prawnik Julius Lassen⁶.

⁵ SFS 1905:38, s. 1, a także SFS 1915:218. SFS to skrót od Szwedzkiego Zbioru Praw — *Svensk Författningssamling*, następnie podawany jest rok wydania i numer aktu; zob. S. Sagan, *Współpraca parlamentu i rządu w Szwecji*, Katowice 1989, s. 73. Obecnie szwedzkie prawo jest zdigitalizowane, a katalog aktów normatywnych zamieszczanych w SFS obejmuje dokumenty wydawane od 1736 roku. Akty publikuje domena lagrummet.se — jest to publiczny serwis udostępniający szwedzkie przepisy prawne.

⁶ Julius Severin Vilhelm Lassen (1847–1923) — był wybitnym prawnikiem swoich czasów w Danii. W 1881 roku został profesorem akademickim. Wywarł ogromny wpływ na teorię i prak-

Ustawa z 1905 roku przetrwała do naszych czasów, chociaż została uchwalona w zupełnie odmiennych realiach. Pojawiła się zatem potrzeba interpretacji wielu jej, niekiedy archaicznych, przepisów. Tym bardziej że szwedzka gospodarka ulegała dynamicznemu przyspieszeniu zarówno po I, jak i II wojnie światowej. Obecnie w Szwecji wyraźnie dostrzega się tendencje do zawierania szczegółowych umów. Implikuje to konieczność precyzyjnych regulacji w prawie umów. A tych w Szwecji brakuje. Widać zatem, jak akt z 1905 roku nie przystaje do współczesności. Jest pełen luk prawnych, które utrudniają praktykę tworzenia umów. Dlatego też juryści starają się obowiązującą ustawę interpretować poprzez praktykę, orzecznictwo i doktrynę prawa. Wobec luk prawnych ich rola jest jednak wysoce utrudniona. Szwedzcy prawnicy wykorzystują w związku z tym teorię *försättningsläran*⁷. Mimo stosowania tej intensywnej metody interpretacji luki prawne ustawy z 1905 roku w praktyce niweczą przygotowywanie poprawnych umów i utrudniają stosowanie dobrych praktyk w handlu i usługach.

Do takich regulacji należy przede wszystkim art. 33, który stanowi, że wykonanie umowy byłoby sprzeczne z naruszeniem zasady „honoru i wiary”. Cel tej regulacji dawał wskazówkę interpretacyjną sądowi w sytuacji, kiedy wyegzekwowanie dyspozycji tej normy byłoby niesprawiedliwe. Brzmienie tej zasady w języku szwedzkim — *tro och heder* — zostało wywiedzione z niemieckiej reguły *Treu und Glauben*. Współcześnie trudno byłoby ją zdefiniować, albowiem została skonstruowana na początku XX stulecia, kiedy kierowano się inną aksjologią. Utrzymywanie tego reliktu prawnego sprawia istotne kłopoty interpretacyjne dla sądów. Dostrzega to szwedzki Sąd Najwyższy, który wręcz odrzuca stosowanie tej zasady. Zauważa to także doktryna, której przedstawiciele uważają, że wskazana regulacja nie nadażęła za rozwojem praktyk biznesowych. Takie stanowisko prezentuje chociażby Christina Ramberg, która stoi na stanowisku, że cały ten akt prawny obecnie nie przystaje do rzeczywistości⁸.

Z kolei ustawa z 1915 roku o umowach i innych czynnościach prawnych w sferze prawa własności obejmowała trzy zakresy regulacji:

- przypadki zalegania z wypłatą przez sprzedawcę,
- przypadki zalegania z płatnością przez kupującego,
- wady towaru⁹.

Warto dodać, że ustawa ta nie dotyczyła handlu maszynami.

tykę prawną w krajach nordyckich, stając się autorytetem w dziedzinie prawa prywatnego, przede wszystkim prawa zobowiązań. Zmierzał do wydania wspólnego nordyckiego kodeksu cywilnego. W 1900 roku opracował projekt ustawy, która miałaby obowiązywać we wszystkich krajach nordyckich. W istotny sposób wpłynął też na regulacje szwedzkiej ustawy z 1905 roku.

⁷ Termin nie ma ekwiwalentu w języku polskim. Wywiedziony z doktryny niemieckiej polega na metodzie intensywnej interpretacji prawa.

⁸ Ch. Ramberg, *The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law*, „Scandinavian Studies in Law” 50, 2007, s. 251.

⁹ Å. Hel’ner, *Dogovory i torgovyje sdelki*, [w:] *Vvedenie v švedskoe pravo. An Introduction to Swedish Law*, red. B.S. Krylov, Moskwa 1986, s. 188 n.

Dopiero w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia prawo umów z 1905 roku zostało uzupełnione nowymi ustawami. Miały one wypełnić luki prawne i dostosować przepisy do wymogów współczesnego rynku. Najbardziej istotne było przyjęcie ustawy o działalności handlowej (*Marknadsförordninglagen*) z 1970 roku. Równie ważne było wydanie w tym samym czasie ustawy o sprzedaży towarów konsumentom (*Konsumentköplagen*), a także ustawy o odsetkach (*Räntelag*)¹⁰. W 1971 roku przyjęto też ustawę o warunkach umów konsumencjickich (*Lag om avtalsvillkor in konsumentförhållanden*). Obecnie obowiązuje nowa ustawa, z 1994 roku, która wiązała się z koniecznością dostosowania szwedzkich przepisów do wymogów Unii Europejskiej. Warto też dodać, że obrót ziemią został uregulowany w odrębnym akcie.

Ten etap aktualizacji „prawa gospodarczego” zakończył się wydaniem w latach dziewięćdziesiątych kilku istotnych regulacji z zakresu „prawa gospodarczego”. Za jedną z ważniejszych trzeba uznać ustawę o odpowiedzialności za produkt (*Produktansvarslag*)¹¹. Wydanie tych aktów było efektem dobrej współpracy państw nordyckich w zakresie ujednolicania prawa. Przyjęte w nich instytucje prawne stworzyły fundament prawa umów i sprzedaży w państwach nordyckich¹².

Należy też dodać, że po II wojnie światowej dostrzeżono konieczność stworzenia regulacji prawnych i powołania instytucji zapobiegających procesowi ograniczania konkurencji, w tym monopolizacji w szwedzkiej gospodarce; w konsekwencji w latach pięćdziesiątych rozpoczęto tworzenie przepisów z zakresu prawa konkurencji. Były to pierwsze w Szwecji regulacje dotyczące przeciwdziałania nieuczciwej konkurencji oraz z zakresu prawa antymonopolowego. Równolegle w 1954 roku powołano Ombudsmána do spraw Konkurencji (*Näringsfrihetsombudsmannen*, NO). Obecnie zakres jego kompetencji określa ustawa o konkurencji z 1982 roku. Jej celem jest promowanie takiej konkurencji w gospodarce, która jest pożądana z punktu widzenia interesu publicznego.

Ochrona interesu publicznego polega w Szwecji na zakazie utrzymywania kontroli cen i zapobieganiu znikom przetargowym. Takie praktyki zagrożone są sankcjami karnymi, a odstępowanie od nich uzależnione jest od spełnienia szczegółowo określonych przesłanek. W ustawie są to nieliczne przypadki. Ombudsman do spraw Konkurencji przeprowadza postępowanie wstępne (dochodzenie) i ostatecznie decyduje o wszczęciu postępowania przed sądem handlowym (*Marknadsdomstolen*)¹³. Podejmuje ponadto działania przeciwko środkom regulacyjnym,

¹⁰ SFS 1994:1512, SFS 1975:635.

¹¹ SFS 1992:18.

¹² O. Lando *et al.*, *Restatement of Nordic Contract Law*, Copenhagen 2016, *passim*; to niezwykle ciekawe zbiorowe opracowanie zostało poświęcone ewolucji podstawowych zasad nordyckiego prawa umów.

¹³ W tłumaczeniach z języka szwedzkiego można znaleźć inne nazwy: Sąd Praktyk Handlowych, ale także Sąd do spraw Rynkowych.

które nadmiernie utrudniają konkurencję, oraz informuje o praktykach antykonkurencyjnych.

Należy zauważyć, że szwedzkie ustawodawstwo antymonopolowe nie opiera się na stosowaniu sankcji karnych. Podstawowym instrumentem prawnym, z którego pomocą eliminowane są szkodliwe skutki praktyk biznesowych skierowanych przeciwko interesowi publicznemu, jest metoda negocjacji. Za takie uznaje się czyny, które prowadzą do nadmiernego podnoszenia cen lub ograniczenia wydajności w biznesie albo też uniemożliwiają handel innym.

Jak już wspomniano, w sprawach o naruszenia zakazów ustawowych dochodzenia są wszczynane przez Ombudsmána do spraw Konkurencji. W praktyce jednak zdecydowana większość tych spraw kierowana jest przez niego do innych organów i instytucji: Rady Cen i Konkurencji, Komisji Inspekcji Banków oraz Służby Nadzoru Ubezpieczeń Prywatnych. Są one uprawnione do prowadzenia rejestru podmiotów mających pozycję monopolistyczną. Jest on jawny. Zdecydowana większość spraw jest podejmowana przez organy pozasądowe i rozwiązywana w drodze negocjacji pomiędzy zainteresowanymi stronami. W przypadku bezskuteczności procedury pozasądowej sprawa trafia do sądu handlowego, przed którym ombudsman może występować jako oskarżyciel.

Sąd handlowy ma szczególny status, co wynika z jego składu i kognicji. Oprócz prawników zasiadają w nim eksperci mający wiedzę z zakresu ekonomii, przedstawiciele organizacji biznesowych oraz konsumentów. Jest sądem jednoinstancyjnym. Do jego kognicji należy między innymi ustalanie maksymalnych cen na określony towar. Nakazuje bądź zakazuje poszczególnych praktyk w handlu, uprzednio wykorzystując negocjacje. Po wyczerpaniu działań z tego etapu może nakładać kary.

2. Powstanie systemu organów ochrony konsumentów i implementacja prawa unijnego

Na drugim etapie opracowywania „prawa gospodarczego” w Szwecji nastąpił dynamiczny rozwój prawa ochrony konsumentów. Nie tylko uchwalono normy prawne, ale przede wszystkim stworzono zintegrowany system instytucjonalnej ochrony konsumentów¹⁴. Istotne znaczenie w tym systemie ma Ombudsman Konsumentów (*Konsumentombudsmannen*, KO), powołany w 1971 roku¹⁵. Obecnie zakres jego kompetencji został określony w ustawie o warunkach umo-

¹⁴ U. Bernic, *Kommerčeskoe pravo i pravo potrebitelâ*, [w:] *Vvedenie v švedskoe pravo...*, s. 206 n.

¹⁵ Szerzej o tym organie pisze Jean J. Boddewyn, *The Swedish Consumer Ombudsman System Advertising Self-Regulation*, „The Journal of Consumer Affairs” 19, 1985, nr 1, s. 140 n.

wy (*Lag om avtalsvillkor in konsumentförnållanden*) z 1994 roku oraz ustawie o praktykach marketingowych (*Marknadsföringslagen*) z 2008 roku¹⁶.

Zakres ustawy o praktykach marketingowych dotyczy podmiotów gospodarczych profesjonalnie zajmujących się sprzedażą towarów lub usług. Zawarte w niej klauzule generalne stanowią, że marketing musi być zgodny z „dobrymi praktykami marketingowymi”, które należy rozumieć jako powszechnie akceptowane dobre praktyki biznesowe lub inne uznane standardy, mające na celu ochronę konsumentów i profesjonalistów w marketingu produktów. Dwie pozostałe klauzule generalne dotyczą zakazu reklamy agresywnej oraz reklamy, która może wprowadzać w błąd. Akt ten nie obejmuje natomiast działań związanych z reklamą opinii czy propagandy politycznej, które podlegają przepisom aktu o wolności druku (*Tryckfrihetsförordningen*)¹⁷.

Ustawa penalizuje wszelkie czyny, które pozostają w sprzeczności z akceptowanymi praktykami biznesowymi lub są uznawane za niewłaściwe. Jej głównym celem jest ochrona praw konsumentów przed reklamą wprowadzającą w błąd. Regulacja ta dotyczy także przypadków nadmiernych zapewnień (obietnic). Wnosi przy tym istotną zasadę co do reklamy wprowadzającej w błąd, polegającą na „odwróceniu ciężaru dowodowego”. Zgodnie z tą regułą osoba odpowiedzialna za treść reklamy musi udowodnić poprawność zawartych w niej informacji, twierdzeń i obietnic dotyczących produktu. Podmiotom gospodarczym i indywidualnym konsumentom można przedstawiać reklamę, która zawiera też informacje o cenie i charakterze towaru lub usług. Jednakże w przypadku, kiedy istnieje szczególne ryzyko, że towar lub usługa mogą wyrządzić szkodę konsumentowi lub szkodę w jego mieniu, sprzedaż (lub wynajem) może zostać zabroniona. Dotyczy to również towarów i usług, które nie spełniają swego celu — może zostać wydany zakaz wprowadzania ich do obrotu.

Istotne znaczenie ma także ustawa o udziale Ombudsmana Konsumentów w niektórych sporach (*Lag om Konsumentombudsmannens medverkan i vissa tvister*)¹⁸. Na jej podstawie KO zyskał uprawnienie do reprezentowania konsumentów w postępowaniach przed sądami. Aby mógł interweniować przed tymi organami, sprawa powinna mieć szczególne znaczenie interpretacyjne, a jej rozstrzygnięcie powinno mieć wpływ na interesy konsumentów. Ponadto KO może wytoczyć powództwa: w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów, o za-

¹⁶ Ustawa ta jest przykładem wdrażania dyrektyw UE do systemu prawnego Szwecji — U. Bernitz, *Swedish Standard Contracts Law and EC Directive on Contract Terms*, „Scandinavian Studies in Law” 39, 2000, s. 29 n.

¹⁷ SFS 2011:509, wydany 5 kwietnia 1949 roku, był wielokrotnie nowelizowany; jest jednym z czterech aktów, które wchodzi w skład szwedzkiej konstytucji (jego treść została dopełniona aktem konstytucyjnym z 14 listopada 1991 roku). W literaturze polskiej charakterystykę aktów konstytucyjnych Szwecji, w tym aktu o wolności druku, można znaleźć u Mariana Grzybowskiego, *Szwecja. Zarys systemu ustrojowego*, Kraków 2019, s. 61.

¹⁸ SFS 2011:1211.

bezpieczenie roszczeń przeciwko przedsiębiorcom stosującym nieuczciwe praktyki marketingowe oraz niedozwolone postanowienia w umowach konsumenckich. Ombudsman, w zależności od rodzaju i stopnia naruszenia regulacji ustawowych, może też stosować różnego rodzaju środki egzekucyjne, w tym: doprowadzać do wydania nakazu sądowego, ujawniać informację dotyczącą towaru lub domagać się określonej kary za „zakłócenia na rynku” w wysokości do 10% rocznych obrotów od sprawcy naruszenia. KO obligatoryjnie składa wnioski do sądu handlowego w przypadkach wprowadzania do obrotu produktów niebezpiecznych, przy czym w każdym przypadku stara się najpierw negocjować ze stronami warunki wycofania ich z obrotu. Sąd może zakazać dalszego stosowania złej praktyki lub unieważnić nieuczciwy warunek w umowie albo nałożyć grzywnę.

Od 1976 roku KO zajmuje także stanowisko Dyrektora Generalnego Szwedzkiej Agencji Konsumentów (*Konsumentverket*). Celem takiego rozwiązania miała być lepsza i bardziej efektywna ochrona praw konsumentów oraz egzekwowanie przepisów regulujących rynek.

Institucja Ombudsmana Konsumentów została zaadaptowana w innych krajach nordyckich: Norwegii, Danii i Finlandii. Ponadto w Norwegii i Finlandii zostały utworzone sądy handlowe wzorowane na rozwiązaniach szwedzkich. Natomiast w Danii spory handlowe zostały powierzone sądom powszechnym.

Oprócz Ombudsmana Konsumentów istotną instytucją ochrony konsumentów w Szwecji jest Krajowa Rada do spraw Rozstrzygania Sporów Konsumenckich (*Allmänna reklamationsnämnden*, ARN), będąca publicznym organem niezależnym. Zakres jej kompetencji obejmuje rozstrzyganie sporów dotyczących dostaw towarów i usług między przedsiębiorcami a konsumentami. Zalecenia tego organu nie są wiążące dla stron.

Obecnie w Szwecji podstawę prawną pozasądowego rozstrzygnięcia sporów stanowi ustawa o arbitrażu z 1999 roku (*Lag om skiljeförfarande*)¹⁹. Znacząco przeorganizowała ona funkcjonowanie szwedzkiego arbitrażu, który działał od 1929 roku. Określiła nowy zakres kognicji tego organu i wprowadziła nowe, nieznane dotąd szwedzkiemu prawu instytucje. Nowa ustawa między innymi upoważniła arbitrow do decydowania o środkach zabezpieczających i dopuściła, aby strony z zagranicy z góry zrzekały się prawa do złożenia wniosku o uchylenie orzeczenia arbitrażowego. Ponadto ustanowiła zasady określania prawa właściwego dla umowy o arbitraż oraz upoważniła arbitrow do wypełniania luk w umowach. Dała też możliwość orzekania w sprawach z zakresu prawa konkurencji i przyznała pozwanemu prawo do wydania orzeczenia w przypadku wycofania roszczenia przez powoda.

¹⁹ SFS 1999:116. Warto sięgnąć do *Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: Strengths and Weaknesses*, red. H. Lars, J. Sigvard, Stockholm 2006 — to plon konferencji zorganizowanej na Uniwersytecie Sztokholmskim w dniach 7–8 października 2004 roku, na której podsumowano stan funkcjonowania arbitrażu w Szwecji. Zob. też „Scandinavian Studies in Law” 63, 2017 — tom został w całości poświęcony arbitrażowi w Szwecji, zawiera 22 artykuły.

Kolejny krok w rozwoju szwedzkiego „prawa gospodarczego” wiązał się z implementacją prawa unijnego do systemu prawnego Szwecji. Pojawiła się wówczas konieczność dostosowania szwedzkiego prawa w związku z przystąpieniem tego kraju w 1995 roku do Unii Europejskiej. Po tej dacie znowelizowano liczne ustawy bądź wprowadzono nowe regulacje, jak na przykład ustawa o praktykach rynkowych (*Marknadsföringslag*) oraz ustawa o sprzedaży na odległość i handlu obwoźnym (*Lag om distansavtal och avtal utanför affärslokaler*)²⁰.

3. Dydaktyka „prawa gospodarczego”

Obecnie wykładane w Szwecji „prawo gospodarcze” jest dyscypliną względnie nową, skojarzoną z prawem handlowym²¹. Zaczęło się ono oddzielać od prawa umów, kiedy w obiegu prawnym pojawiły się normy regulujące prawo konkurencji i ochronę konsumentów. Z kolei podręczniki i wykłady prawa handlowego i gospodarczego zaczęły ukazywać się w pierwszej dekadzie XXI stulecia. Do tej pory wykład prawa umów był i częściowo nadal jest podstawą wiedzy o obrocie gospodarczym.

Aktualnie w Szwecji dokonuje się proces wyodrębniania prawa gospodarczego, które wciąż jest związane z prawem handlowym. To efekt tradycyjnych, mocnych koneksji tej nowej, dopiero kształtującej się dyscypliny, wyrastającej z konstrukcji cywilnoprawnych. Nadal w niewielkiej mierze w ramach wykładów omawiane są problemy interwencji państwa w gospodarkę. W związku z tym współczesne podręczniki w tytułach zawierają sformułowanie „prawo handlowe i gospodarcze”. Sam wykład obejmuje analizę norm prawa materialnego i procesowego. Podkreśla się też oryginalność rodzimych koncepcji i konstrukcji prawnych, a następnie łączy je z orzecnictwem. W ramach wykładu omawiane są pojęcia i źródła prawa handlowego, podmioty i instytucje gospodarcze, obowiązki podmiotów i wykonawców zobowiązań umownych. Ponadto poddaje się analizie problematykę wartości firmy, relacje broker–klient, a także tematykę upadłości, giełdy papierów wartościowych i giełdy towarowej. Istotne znaczenie mają także umowy handlowe oraz problematyka papierów wartościowych. Druga część dotyczy prawa gospodarczego, które w Szwecji obejmuje tryby powstawania podmiotów gospodarczych, nadzór nad działalnością gospodarczą oraz zachęty (pomoc) państwa w funkcjonowaniu gospodarki. Wykłady dotyczą także zagadnień związanych z instytucjami prawa konkurencji oraz państwowymi regulacjami warunków obrotu gospodarczego²².

²⁰ SFS 2008:486, SFS 2005:59.

²¹ U. Bernitz, *Market Law as a Legal Discipline*, „Scandinavian Studies in Law” 23, 1979, s. 53 n.

²² A.H. Persson, *Commercial and Economic Law in Sweden*, Stockholm 2019, *passim*.

W dalszym ciągu wykładany jest przedmiot „prawo umów”, które stanowi integralną część szwedzkiego „prawa gospodarczego”. W sensie dydaktycznym przedmiot ten wywodzi się z tradycji. Obejmuje on takie zagadnienia, jak: definicja i klasyfikacja umów, odpowiedzialność kontraktowa, dobra wiara, ciężar dowodu, wady, klauzule karne, a także regulacje dotyczące rozstrzygnięć polubownych. Ważną część rozważań stanowi problematyka: środków zaradczych związanych z niewykonaniem zobowiązań umownych i odszkodowawczych, warunków i treści umów, materialnych warunków ważności umów oraz terminów wykonania umów. Dalsza część wykładów dotyczy dzierżawy, dzierżawy handlowej i rolnej, ugody kompromisowej, a także pożyczki, zastawu i poręczenia oraz umów aleatoryjnych²³. Szczególną ich część poświęca się problematyce umów z rządem i innymi organami publicznymi (w terminologii polskiej chodzi o umowy publiczno-prawne) oraz umów spółki i quasi-kontraktów. Istotną częścią wykładów pozostają też zagadnienia wiążące się z umowami międzynarodowymi. Omawiana jest podstawowa terminologia i związane z nią różnice oraz procedury zawierania umów w różnych systemach prawnych²⁴.

Konkluzje

Szwedzkie ustawodawstwo składające się na „prawo gospodarcze” można poczytywać za oryginalne dokonanie teorii, orzecznictwa i praktyki tego kraju. Wyrosło z konstrukcji cywilno-prawnych i taką pozostało. Na drugim planie pozostają regulacje, poprzez które państwo stara się korygować procesy gospodarcze. Trzeba jednak zauważyć, że wiele szwedzkich konstrukcji normatywnych było wzorowanych głównie na regulacjach niemieckich, rzadziej sięgano do prawa angielskiego, francuskiego czy włoskiego. Stosownie do szwedzkiej tradycji zagadnienia z nim związane są wykładane w ramach dwu przedmiotów: prawa umów oraz prawa handlowego i gospodarczego.

Należy też podkreślić, że po utworzeniu Rady Nordyckiej nastąpił proces unifikacji prawa z innymi członkami tej organizacji: Danią, Finlandią, Norwegią i Islandią. Dotyczy to zwłaszcza prawa prywatnego, w tym „prawa gospodarczego”. Na szczęście Szwecja stworzyła jednolity system publicznego, pozasądo-

²³ O umowach aleatoryjnych w literaturze polskiej piszą: B. Szarecka, *Z problematyki umów aleatoryjnych w prawie rzymskim: emptio rei speratae i emptio spei*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 2, s. 165 n.; S. Słowiński, *Umowy aleatoryjne a gry hazardowe. Głos w dyskusji o kwalifikacji prawnej lootbox*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2018, nr 6, s. 25 n.; J. Bocianowska, *Ekspektatywa oraz inne prawa wynikające z umów realizatorskich w budownictwie mieszkaniowym*, Warszawa 2021, s. 30.

²⁴ B. Flodgren, E.M. Runesson, *Contract Law in Sweden*, Stockholm 2015, *passim*.

wego rozstrzygnięcia sporów między podmiotami gospodarczymi a konsumentami. Obecnie najbardziej dynamicznie rozwijają się ustawodawstwo dotyczące ochrony konsumentów i prawo konkurencji.

Bibliografia

- Bernic U., *Kommerčeskoe pravo i pravo potrebitelá*, [w:] *Vvedenie v švedskoe pravo. An Introduction to Swedish Law*, red. B.S. Krylov, Moskva 1986.
- Bernitz U., *Market Law as a Legal Discipline*, „Scandinavian Studies in Law” 23, 1979.
- Bernitz U., *Swedish Standard Contracts Law and EC Directive on Contract Terms*, „Scandinavian Studies in Law” 39, 2000.
- Bocianowska J., *Ekspektatywa oraz inne prawa wynikające z umów realizatorskich w budownictwie mieszkaniowym*, Warszawa 2021.
- Boddewyn J.J., *The Swedish Consumer Ombudsman System Advertising Self-Regulation*, „The Journal of Consumer Affairs” 19, 1985, nr 1.
- Flodgren B., Runesson E.M., *Contract Law in Sweden*, Stockholm 2015.
- Grzybowski M., *Szwecja. Zarys systemu ustrojowego*, Kraków 2019.
- Hel’ner Å., *Dogovory i torgovyje sdelki*, [w:] *Vvedenie v švedskoe pravo. An Introduction to Swedish Law*, red. B.S. Krylov, Moskva 1986.
- Klepaczki Z., *Organizacje międzynarodowe rozwiniętych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1978.
- Kłosiński K.A., *Szwedzkie państwo dobrobytu*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze” 2017, nr 7.
- Lamentowicz W., *Reformizm szwedzki*, Warszawa 1977.
- Lando O., Holle M.L., Nysten-Haarala S., Hastad T., Olafsdottir A., Zackariasson L., Mogelvang-Hansen P., Konow B.E., *Restatement of Nordic Contract Law*, Copenhagen 2016.
- Nordycki model demokracji i państwa dobrobytu*, red. T.S. Edvardsen, B. Hagtvet, Warszawa 1994.
- Persson A.H., *Commercial and Economic Law in Sweden*, Stockholm 2019.
- Persson A.H., Kristoffersson E., *Swedish Perspectives on Private Law Europeanisation*, „Swedish Studies in European Law” 9, 2019.
- Ramberg Ch., *The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law*, „Scandinavian Studies in Law” 50, 2007.
- Rot H., *Między geografią prawną, komparatystyką prawniczą i teorią prawa*, [w:] *Główne kultury współczesnego świata*, Warszawa 1995.
- Sagan S., *Współpraca parlamentu i rządu w Szwecji*, Katowice 1989.
- „Scandinavian Studies in Law” 63, 2017.
- Słowiński S., *Umowy aleatoryjne a gry hazardowe. Głos w dyskusji o kwalifikacji prawnej lootbox*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2018, nr 6.
- Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: Strengths and Weaknesses*, red. H. Lars, J. Sigvard, Stockholm 2006.
- Szarecka B., *Z problematyki umów aleatoryjnych w prawie rzymskim: emptio rei speratae i emptio spei*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 2.
- Tokarczuk R., *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2000.

The Evolution of Swedish “Economic Law”

Summary

This study looks at the evolution of Swedish “economic law.” This branch of law formally does not exist in Sweden. The development of “economic law” in Sweden stems from contract law, and in recent decades, since the 1970s, there has been a noticeable development in commercial and economic law.

The aim of the study is to describe the basic normative acts that constitute the foundation of Swedish contract law as well as commercial and economic law. By their nature, practical Swedes, in parallel with the development of legislation, have established bodies and institutions that allow for institutional protection of consumer rights and good practices in trade and services. It is an exceptionally effective and efficient mechanism. It allows the majority of disputes in the economy to be resolved amicably.

Currently, the most dynamically developing part of Swedish “economic law” is related to consumer protection law and competition law. At the same time, the process of improving out-of-court dispute resolution between business entities and consumers is taking place.

Keywords: law, Swedish law, Swedish contract law, commercial and economic law in Sweden.

KAZIMIERZ STRZYCZKOWSKI

ORCID: 0000-0002-3227-5979

Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie

kazimierzstrzyckowski@gmail.com

Konstytucyjne podstawy działalności gospodarczej państwa

Abstrakt: Konstytucja RP nie odnosi się wprost i bezpośrednio do działalności gospodarczej państwa zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Uzasadnia to podjęcie próby wskazania konstytucyjnej podstawy działalności gospodarczej państwa, opierając się na derywacyjnej koncepcji interpretacji przepisów art. 20 Konstytucji RP, stanowiącego, że społeczna gospodarka rynkowa posadowiona jest na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej, solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych; art. 22 Konstytucji RP, przewidującego, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i jedynie ze względu na ważny interes publiczny; oraz przepisów Konstytucji RP poświęconych w ogóle działalności gospodarczej. Za podstawę rekonstrukcji normy wyznaczającej kompetencję działalności państwa przyjęto wynikające z przepisu art. 20 Konstytucji RP „filary” ustroju społecznej gospodarki rynkowej: wolność działalności gospodarczej i własność prywatną. Wynikiem interpretacji dokonanej na bazie dyrektyw systemowych jest stwierdzenie, iż działalność gospodarcza państwa nie znajduje podstawy konstytucyjnej w zasadzie swobody działalności gospodarczej współkształtującej ustrój społecznej gospodarki rynkowej.

Bezpośredni udział państwa w obrocie gospodarczym we właściwych formach organizacyjno-prawnych jest nie tyle pochodną konstytucyjnego prawa wolnej działalności gospodarczej, ile konsekwencją odpowiednich unormowań prawnych dopuszczających powołanie przez ustawowo upoważnione organy państwa przedsiębiorców we właściwych dla działalności państwa formach organizacyjno-prawnych. Obowiązuje w tym przypadku reguła, iż nie można domniemywać kompetencji organów administracyjnych, których zakres zadań i kompetencji obejmuje stosowanie instrumentów władczej ingerencji w sferę innych osób, zgodnie z zasadą „dozwolone jest tylko to, co prawo wyraźnie przewiduje”.

Znaczenie drugiego „filaru”, to jest nakazu oparcia działalności gospodarczej na własności prywatnej, dla rekonstrukcji kompetencji działalności gospodarczej państwa w znacznym stopniu redukuje irrelewantność ustroju własnościowego podmiotów gospodarczych w przepisach prawa Unii Europejskiej (art. 345 TFUE — zasada neutralności traktatowej) i funkcjonalne podejście do

kwalifikacji przedsiębiorstw jako przedsiębiorstw publicznych, w tym przedsiębiorstw państwa, co wyraźnie zmniejsza znaczenie własności prywatnej jako kryterium rozróżnienia sektora prywatnego i publicznego działalności gospodarczej.

Słowa kluczowe: kompetencja działalności gospodarczej, wolność gospodarcza, własność prywatna, publiczne podmioty gospodarcze, gospodarcze prawa podstawowe, przedsiębiorstwo publiczne.

Wprowadzenie

Prowadzenie przez państwo różnego rodzaju działalności gospodarczej — bądź to przez podmioty mające osobowość prawną, bądź to przez jednostki, które stanowią integralną część administracji — nie jest przejawem ingerencji w procesy gospodarcze w ramach przypisanych mu funkcji¹. Niemniej jednak działalność gospodarczą państwa uważa się za najdalej idący wpływ państwa na sferę gospodarki, a zarazem przyjmuje się, że działalność gospodarcza państwa stwarza ryzyko dla porządku rynkowego. Z tego względu, zwłaszcza w okresie wzmoczonego „powrotu” państwa do gospodarki, uzasadnione jest pytanie o konstytucyjne podstawy działalności gospodarczej państwa.

Brak konstytucyjnych odniesień do działalności gospodarczej państwa

Konstytucja RP nie zawiera *explicite* postanowienia dotyczącego generalnej kompetencji państwa w obszarze bezpośredniej działalności gospodarczej. W piśmiennictwie panuje powszechnie przyjęty pogląd, iż Konstytucja RP nie określiła jasnych zasad interwencjonizmu państwa w gospodarkę, w tym bezpośredniej działalności gospodarczej państwa², w konsekwencji nieustalenia ścisłych regulacji konstytucyjnych wyznaczających zasady funkcjonowania gospodarczego sektora publicznego³. W żadnym przepisie Konstytucja RP nie odnosi się całościowo do problematyki udziału państwa w gospodarce jako właściciela⁴. Jest to konse-

¹ Szerzej zob. B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 61 n.

² C. Kosikowski, *Gospodarka i finanse w nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 150.

³ F. Grzegorzczak, *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2012, s. 402.

⁴ A. Szafrąński, *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008, s. 150.

kwencja nieuregulowania w ustawie zasadniczej wprost i bezpośrednio, w szczególności podmiotowego, ale i przedmiotowego, zakresu działalności gospodarczej. Ma to istotne znaczenie dla zakresu konstytucyjnej ochrony dopuszczalnych form działalności państwa i jej faktycznego znaczenia dla gospodarki, zwłaszcza że nie jest oczywiste prowadzenie przez państwo zarobkowej działalności gospodarczej konkurencyjnej wobec przedsiębiorców prywatnych.

Wywiedziona kompetencja działalności gospodarczej państwa?

W tym stanie konstytucyjnego porządku prawnego uzasadnione jest przyjęcie założenia, iż kompetencja państwa w tym zakresie może być wywiedziona wyłącznie jako wynik interpretacji odnoszących się do działalności gospodarczej konstytucyjnych zasad ustroju gospodarczego oraz pozostałych ogólnych zasad konstytucyjnych o istotnym znaczeniu dla działalności gospodarczej, w tym dla gospodarczej aktywności państwa⁵.

Szczególne znaczenie dla określenia kompetencji państwa w obszarze działalności gospodarczej należy przypisać przewidzianej w art. 20 Konstytucji RP zasadzie społecznej gospodarki rynkowej, zgodnie z którą społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych tworzy podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jako zrębowego, niepełnego przepisu Konstytucji, uzupełnionego o relewantne przepisy konstytucji gospodarczej UE. Natomiast możliwość wywiedzenia kompetencji działalności gospodarczej państwa nie wynika z przewidzianej w art. 65 ust. 1 wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, obejmującej zakresem regulacyjnym będące zawodem wykonywanie działalności gospodarczej⁶. Derywacja z przepisu art. 65 ust. 1 Konstytucji RP kompetencji działalności gospodarczej państwa jest niemożliwa z uwagi na zakres podmiotowy wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, zredukowany do osób fizycznych, jako że wolność ta przysługuje człowiekowi (obywatelowi).

⁵ *Ibidem*, s. 151 n. Por. F. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 402: „Pozostaje [...] poruszanie się w kręgu ogólnych zasad konstytucyjnych”. O derywacyjnej koncepcji interpretacji prawa zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.

⁶ Zob. A. Walaszek-Pyziół, *Wybrane problemy prawne dotyczące swobody działalności gospodarczej i jej zakresu przedmiotowego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, [red. W. Szwajdler, H. Nowicki], Toruń 2009, s. 510.

Otwarty charakter art. 20 Konstytucji RP

Przepis art. 20 Konstytucji RP ma otwarty charakter, gdyż jego treść normatywna nie została precyzyjnie określona. Tym niemniej można wskazać na elementy, które mogą dać podstawę rekonstrukcji kompetencji działalności gospodarczej państwa. Przejście z poziomu przepisu art. 20 Konstytucji na poziom norm pozwala wskazać relewantny element kompetencji działalności gospodarczej państwa. Spośród wymienionych elementów (komponentów) społecznej gospodarki rynkowej składową istotną dla określenia kompetencji państwa w obszarze bezpośredniej działalności gospodarczej jest oparcie działalności gospodarczej na wolności działalności gospodarczej.

Usytuowanie zasady wolności gospodarczej w rozdziale I, przewidującym podstawowe zasady ustroju politycznego, może sugerować, że chodzi o wolność gospodarczą przysługującą wszelkiego rodzaju podmiotom prawa — nie tylko osobom fizycznym, lecz także osobom prawnym oraz tak zwanym ułomnym osobom prawnym, to jest podmiotom niemającym osobowości prawnej, ale mającym zdolność prawną. Znalazło to potwierdzenie na gruncie ustawodawstwa zwykłego, zgodnie z którym kategorii osób prawnych przyznaje się status przedsiębiorcy, jeśli wykonują działalność gospodarczą. Wśród osób prawnych wymienia się Skarb Państwa⁷ oraz właściwe wykonywaniu działalności gospodarczej Skarbu Państwa jednoosobowe spółki kapitałowe Skarbu Państwa, wieloosobowe spółki z udziałem Skarbu Państwa, przedsiębiorstwa państwowe, przedsiębiorstwa mieszane, banki państwowe niebędące spółkami akcyjnymi, a będące formami organizacyjno-prawnymi wykonywania działalności gospodarczej przez państwo⁸.

Możliwości wywiedzenia kompetencji działalności gospodarczej państwa prowadzonej w jednej z wymienionych form organizacyjno-prawnych, opierając się na konstytucyjnej zasadzie wolności gospodarczej, sprzeciwiają się jednak orzecznictwo i doktryna, powołując się na argument, że zasada wolności gospodarczej nie obejmuje w jednakowym zakresie wszystkich podmiotów działalności gospodarczej⁹. Z treści art. 20 i 22 Konstytucji RP, jak zauważył Trybunał Konstytucyjny, wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji „niepaństwowych”, które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym w zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących

⁷ Art. 33 k.c.

⁸ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012, s. 222.

⁹ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2001 roku, sygn. K19/00, OTK 2001, Nr 4, poz. 82, pkt IV, 2.

człowiekowi (obywatelowi). Podstawowe prawo gwarantujące wolność gospodarczą odnosi się do osób fizycznych i osób prawnych prawa prywatnego, a nie do państwa i innych instytucji publicznych¹⁰. Dysponowanie przez państwo (Skarb Państwa) mieniem nie jest podstawą domniemania na rzecz wolności i autonomii w sferze podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Nie ma zatem podstaw odniesienia zasady wolności gospodarczej do działalności gospodarczej państwa. Państwo, w tym organy władzy publicznej, zwłaszcza administracji publicznej, nie jest adresatem konstytucyjnych gwarancji wolności gospodarczej. Pod względem podmiotowym jego organy są powołane do wykonywania określonych prawem kompetencji, a nie do korzystania z wolności przysługujących jednostkom i osobom prawa prywatnego. O ile działalność podmiotów prywatnych jest oparta na prawie wolności gospodarczej, o tyle działalność podmiotów publicznych jest uwarunkowana zakresem wyznaczonych im zadań, wykonywanych na podstawie i w granicach obowiązującego prawa.

Wyłączenie państwa z kręgu adresatów prawa wolnej działalności gospodarczej wynika z jego ochronnej funkcji jako negatywnego publicznego prawa podstawowego, która jest konieczna tam, gdzie państwo mocą swojej władzy zagroza prawnej i gospodarczej sferze swobodnej działalności gospodarczej¹¹. Państwo jest tymczasem adresatem konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej, zakazującej ograniczania lub wyłączania wolności gospodarczej w przypadkach nieuzasadnionych ważnym interesem publicznym w sposób uwzględniający zasadę proporcjonalności¹². Stwierdzenie to wynika z ochronnego charakteru prawa swobodnej działalności gospodarczej, która tym samym wskazuje władzy państwowej jej ograniczenia i jednocześnie gwarantuje swoim podmiotom (przedsiębiorcom) przestrzeń samostanowionej wolności¹³. Zakres podmiotowy prawa swobodnej wolności gospodarczej obejmuje zatem wyłącznie osoby fizyczne i osoby prawa

¹⁰ Przeciwnie stanowisko reprezentuje Cezary Kosikowski: „W nauce prawa pojawia się niekiedy pogląd, że publicznej działalności gospodarczej nie dotyczy pojęcie wolności gospodarczej, ponieważ jest to działalność podejmowana w celu wykonywania zadań państwa lub samorządu terytorialnego. Pogląd ten jest tylko częściowo słuszny. Chodzi o to, że zarówno Skarb Państwa, jak i jednostki samorządu terytorialnego są osobami prawnymi. Do nich odnosi się także konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej, z której mogą korzystać, tworząc i organizując wykonywanie swoich zadań w formie utworzonych w tym celu podmiotów gospodarczych” — C. Kosikowski, M. Etel, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Białystok 2014, s. 38.

¹¹ Szerzej zob. K. Strzyczkowski, *Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych*, [w:] *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa Profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, Wrocław 2018, s. 637 n.

¹² Por. R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart 2000, s. 125; H.D. Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berlin 1997, s. 212; R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1990, s. 116; W. Frotscher, *Wirtschaftsverfassungs und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, München 1999, s. 23.

¹³ Zob. D. Schmidt, *Unterscheidung von privatem und öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1985, s. 287–316.

prywatnego, które mogą zasadniczo samodzielnie decydować o swoim udziale w gospodarce.

W tym stanie regulacji konstytucyjnej nie ma podstaw, a także konieczności odnoszenia działalności gospodarczej państwa do zasady wolności gospodarczej, co jednak nie pozbawia legitymowanej działalności gospodarczej państwa cech przedsiębiorcy, którym nie jest państwo jako takie, lecz tworzone przez Skarb Państwa, niemające osobowości prawnej lub mające odrębną od Skarbu Państwa osobowość prawną, państwowe jednostki organizacyjne.

Ustawowe upoważnienie do działalności gospodarczej państwa

Inaczej niż w przypadku osób fizycznych i osób prawa prywatnego organy władzy publicznej mogą podejmować i prowadzić działalność gospodarczą tylko w przypadku, gdy stanowi tak wyraźny przepis prawa, i jedynie w takim zakresie, w jakim jest to uzasadnione ważnym interesem publicznym, na przykład koniecznością realizacji zadań publicznych, które zostały im powierzone¹⁴. W tym zakresie organy władzy publicznej, zwłaszcza administracji publicznej, związane są zasadą legalizmu, która odnosi się także do działalności gospodarczej państwa. Z konstytucyjnego punktu widzenia państwowa aktywność gospodarcza jest bowiem kwalifikowana jako administracja, ponieważ działalność państwa, która nie jest ustawodawstwem i orzecznictwem, jest władzą wykonawczą, czyli administracją. Odnosi się do niej art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa¹⁵. Państwo i inne podmioty publicznoprawne przy realizacji zadań publicznych występują jako podmioty zobowiązane, a nie uprawnione do wolnej działalności gospodarczej¹⁶. Bezpośredni udział państwa w obrocie gospodarczym we właściwych formach organizacyjno-prawnych jest więc nie tyle pochodną konstytucyjnego prawa wolnej działalności gospodarczej, ile konsekwencją odpowiednich unormowań prawnych dopuszczających powołanie przez ustawowo upoważnione organy państwa przedsiębiorców we właściwych dla działalności państwa formach organizacyjno-prawnych¹⁷. Obo-

¹⁴ Zob. S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej — wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 10.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ E. Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg 1998, s. 15; S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997, s. 35; R. Schmidt, *op. cit.*, s. 116.

¹⁷ M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2, s. 149.

wiązuje w tym przypadku reguła, iż nie można domniemywać kompetencji organów administracyjnych, których zakres zadań i kompetencji obejmuje stosowanie instrumentów władczej ingerencji w sferę innych osób, zgodnie z zasadą „dozwolone jest tylko to, co prawo wyraźnie przewiduje”¹⁸. Wymóg specjalnego upoważnienia zawartego w akcie o randze ustawowej wynika również z art. 22 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenie wolności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i jedynie ze względu na ważny interes publiczny z uwagi na to, że działalność gospodarcza państwa stanowi, jeśli nie prawne, to faktyczne ograniczenie wolności gospodarczej.

Prawo wolności gospodarczej, a także inne prawa podstawowe relewantne dla działalności gospodarczej ograniczają działalność gospodarczą władzy publicznej, co oznacza, iż nie każdy rodzaj działalności gospodarczej państwa jest prawnie dopuszczalny. Oczywiście prawa te mogą być realnie i skutecznie aktualizowane tylko w warunkach gwarancji państwa dla tych praw. Źródłem obowiązku zagwarantowania praw podstawowych jest nie tylko sama „wartość” praw podstawowych, ale przede wszystkim zasada przestrzegania praw podstawowych jako elementów obiektywnego porządku prawnego¹⁹. Prawa podstawowe zawierają bowiem określone treści obiektywno-prawne, które są obiektywnymi zasadami porządku prawnego, kształtującymi aktywność państwa skierowaną na respektowanie praw podstawowych przez państwo bezwzględnie zobowiązane zasadą praw podstawowych. Przede wszystkim z prawa wolności gospodarczej i gwarancji własności prywatnej wynika obowiązek państwa zapewnienia minimalnej przestrzeni prywatnej działalności gospodarczej, co ogranicza prowadzenie działalności gospodarczej przez państwo, państwowe osoby prawne i instytucje publiczne wykorzystujące mienie Skarbu Państwa, chyba że ich sytuacja jest porównywalna z sytuacją obywatela (osoby fizycznej), gdyż publiczne podmioty gospodarcze mogą znajdować się w sytuacji zagrożonej, uzasadniającej zastosowanie praw podstawowych²⁰.

Stanowisko to, przedstawione w piśmiennictwie, podziela Trybunał Konstytucyjny, który uznał, że publiczne podmioty gospodarcze mogą korzystać z konstytucyjnych praw i wolności oraz związanych z nimi środków ochrony, gdy znajdują się w takiej samej sytuacji jak osoby fizyczne i inne osoby prawne, a kwestionowany przez nie akt prawny dotyczy ich na identycznych zasadach²¹, na jakich mogłyby dotyczyć podmiotów prywatnych²². Spotkało się to z aprobatą doktryny podnoszącej tak zwany argument konfuzji, mówiący o tym, że państwo

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ J. Ipsen, *Staatsrecht II. Grundrechte*, München 2003, s. 20.

²⁰ S. Storr, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen 2001, s. 188.

²¹ M. Szydło, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 612.

²² Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. Ts 13/12, niepubl.

nie może być jednocześnie zobowiązanym i uprawnionym wolności działalności gospodarczej; argument ten nie sprawdza się jednak w każdych okolicznościach.

Niekiedy [...] zobowiązania państwa do gwarantowania wolności gospodarczej — z jednej strony — i uprawnienia podmiotów publicznych do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej — z drugiej strony — aktualizują się i urzeczywistniają w zupełnie różnych w sensie prawnym stosunkach prawnych tak, że nie zachodzi w tym względzie klasyczna konfuzja²³.

Stanowisko to oznacza zrównanie działalności gospodarczej państwa — uregulowanej przez przepisy kompetencyjne, treściowo ograniczonej — z podlegającą ochronie na gruncie praw podstawowych sferą swobodnej działalności gospodarczej przedsiębiorców prywatnych. W tym przypadku prawa podstawowe publicznych podmiotów gospodarczych chronią przed ingerencją innych organów państwowych, analogicznie jak prawa podstawowe osób fizycznych i innych osób prawnych skierowane przeciwko państwu²⁴. Oznacza to, że we wspomnianej sytuacji prawa podstawowe, wyznaczające granice wolności przedsiębiorców prywatnych, przekształcają się w gwarancję nieograniczonej działalności gospodarczej państwa, czyli w prawa, które osobom fizycznym i osobom prawa prywatnego gwarantują wolną od państwa przestrzeń działalności gospodarczej. Koncepcja odwołania się do praw i wolności jednostek stojących za przedsiębiorstwem znajduje zastosowanie w przypadku przedsiębiorstw mieszanych²⁵, których działalność gospodarcza jest również wyrazem swobody działalności prywatnych udziałowców.

Prawo podstawowe wolności gospodarczej ze swej natury określa strukturę gospodarki i tylko w ekstremalnych przypadkach zapewnia rzeczywistą ochronę przed publiczną (państwową) działalnością gospodarczą. Lepszą ochronę przed „przemocą” gospodarczej działalności państwa dają ustawy strukturalne, które wyznaczają obiektywną sferę dopuszczalności prywatnej działalności gospodarczej, zgodnie z ogólną zasadą wyznaczoną prawem wolnej działalności gospodarczej²⁶. Należy jednakże wyraźnie podkreślić, iż z prawa podstawowego wolności działalności gospodarczej nie wynika jakiegokolwiek roszczenie ochrony przed konkurencją działalności gospodarczej państwa (przedsiębiorstw publicznych). Z tym prawem nie jest związany przywilej wrodzonej ochrony przed konkurencyjną działalnością innych podmiotów, w tym państwa, lecz tylko określona struktura gospodarcza otwierająca możliwość działania każdemu zainteresowanemu podmiotowi. Istnienie na rynku przedsiębiorstwa państwa nie może być za-

²³ M. Szydło, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, s. 612–613.

²⁴ S. Storr, *op. cit.*, s. 188.

²⁵ Jeśli udziały prywatne w przedsiębiorstwie są znaczne („funkcja alibi”), przedsiębiorstwa mieszane mogą korzystać z praw i wolności podstawowych. Przemawia za tym w szczególności ochrona mniejszości na rzecz prywatnych udziałowców, ponieważ indywidualne prawa i wolności podstawowe wspólników bądź akcjonariuszy jedynie w ograniczonym zakresie dają ochronę przed faktyczną lub pośrednią ingerencją, na przykład przed wykorzystaniem przedsiębiorstwa; zob. R. Schmidt, *op. cit.*, s. 114.

²⁶ G. Püttner, *Die Öffentliche Unternehmen*, Stuttgart-München-Hannover 1984, s. 98.

tem uznane *per se* jako ingerencja w gospodarcze prawa podstawowe określające strukturę gospodarki²⁷. Jest bezsporne, że rosnąca aktywność przedsiębiorstw publicznych jest ingerencją w prawo wolności gospodarczej, jeżeli ogranicza wolną inicjatywę podejmowania działalności gospodarczej. Wobec tego istnienie i działalność przedsiębiorców publicznych jako form działalności gospodarczej państwa będących konkurencją dla przedsiębiorców prywatnych zasadniczo nie jest ograniczaniem prawa wolności gospodarczej. Konkurencja jako taka nie jest relewantna z punktu widzenia praw podstawowych. Ewentualne roszczenie ochronne wynikające z prawa działalności gospodarczej przeciw działalności gospodarczej państwa może być zastosowane po spełnieniu ściśle określonych przesłanek²⁸.

Natomiast działalność gospodarcza państwa ogranicza prawo wolności działalności gospodarczej, jeżeli jej skutkiem jest bezzasadne utrudnienie bądź uniemożliwienie dostępu do działalności gospodarczej przedsiębiorców prywatnych. Przykładem jest ustanowienie monopolu państwa, które nie pozostawia dla prywatnych przedsiębiorstw przestrzeni działalności gospodarczej²⁹.

Struktura normatywna zasady społecznej gospodarki rynkowej nasuwa kolejne pytanie: czy kompetencja działalności gospodarczej państwa może być wywieziona z własności prywatnej jako drugiego, oprócz wolności działalności gospodarczej, komponentu zasady społecznej gospodarki rynkowej? To konsekwencja przyjętego założenia, że konstytucyjny nakaz oparcia działalności gospodarczej na własności prywatnej nie oznacza wyraźnego zakazu państwowej działalności gospodarczej bazującej na innym rodzaju własności, zwłaszcza własności publicznej.

Z treści art. 20 Konstytucji RP nie wynika *expressis verbis*, że ustroj gospodarczy RP powinien być zbudowany wyłącznie na podstawie własności prywatnej. Skoro społeczna gospodarka rynkowa jako podstawa ustroju gospodarczego RP jest konstytucyjną zasadą, to własność prywatna jest zasadniczo, a nie wyłącznie, podstawą wszelkiej działalności gospodarczej, a więc w sposób dopuszczający wyjątkowy charakter działalności gospodarczej opartej na innym rodzaju własności, w tym na własności publicznej (w tym państwowej). Na gruncie Konstytucji RP inne rodzaje własności, w tym własność Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, są dopuszczalne. Z treści art. 20 Konstytucji RP nie wynika więc zakaz państwowej działalności gospodarczej, ale nie wynika też

²⁷ Por. przeciwne stanowisko w tym zakresie Marka Szydły, który pisze: „Nie można [...] przyjąć, iż wolność gospodarcza jednostek [...] nie jest też wolnością od konkurencji ze strony podmiotów publicznych. Podmioty publiczne bowiem (tj. szeroko rozumiane państwo oraz jednostki samorządu terytorialnego) są podmiotami zobowiązanymi do przestrzegania i respektowania praw podstawowych i wolności jednostek i muszą to czynić w ramach całej swojej aktywności, także tej prowadzonej w forach prawa prywatnego i będącej przejawem wykonywania przez nie działalności gospodarczej” — *idem*, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 367.

²⁸ A. Kaltz, *Kommunale Wirtschaftsrecht. Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb*, Stuttgart 2004, s. 36.

²⁹ M. Szydło, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, s. 617.

równoprawność działalności gospodarczej opartej na własności prywatnej i działalności gospodarczej, której podstawą jest własność publiczna.

Uwzględniając szerszy kontekst powstawania sprzeciwu Konstytucji RP wobec dominacji państwowej działalności gospodarczej, należy przyjąć, iż własność publiczna (w tym państwa) może być podstawą działalności gospodarczej jako wyjątek od zasady oparcia działalności gospodarczej na własności prywatnej. Trudno jednakże nie zgodzić się z poglądem, że brak konstytucyjnoprawnych podstaw własności publicznej (państwowej) nie koresponduje ze społecznym charakterem gospodarki rynkowej, gdyż społeczny charakter, w wymiarze pomocniczym, nadaje gospodarce publiczna, w tym państwowa, działalność gospodarcza.

Zasada priorytetu własności prywatnej jako podstawy działalności gospodarczej nie oznacza zatem pełnej niedopuszczalności działalności gospodarczej opartej na własności publicznej, w tym własności Skarbu Państwa. Z zasady tej nie wynika wprost i bezpośrednio niedopuszczalność poszerzania aktywności gospodarczej państwa. Co zaś istotne dla podjętego zagadnienia, wykorzystanie mienia Skarbu Państwa do działalności gospodarczej we właściwych formach organizacyjno-prawnych nie pozbawia jej cech przedsiębiorczości.

Zasada neutralności traktatowej (art. 345 TFUE)

Aby w pełni odkodować treść normatywną omawianego przepisu art. 20 Konstytucji RP, należy nawiązać do przepisów uzupełniających, głównie prawa Unii Europejskiej — przede wszystkim do przepisu art. 345 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym typ (rodzaj) własności jest irrelevantny dla działalności gospodarczej poddanej regulacji prawa Unii. Inaczej niż Konstytucja RP regulacja traktatowa nie wskazuje rodzaju własności będącej podstawą działalności gospodarczej na terytorium Unii Europejskiej. Artykuł 345 TFUE nie przesądza o ustroju własnościowym państw członkowskich, co oznacza, iż pozostaje on nienaruszony i tym samym chroni stosunki własnościowe państw członkowskich w takim zakresie, w jakim pozwalają na to ich przepisy wewnętrzne³⁰. Przepis art. 345 TFUE nie wywołuje przy tym bezpośredniego skutku i nie jest stosowany samodzielnie. Stanowi metanormę wyznaczającą granice kompetencji regulacyjnej prawa unijnego i państw członkowskich odnoszących się do prawa własności.

Część przedstawicieli doktryny podtrzymuje stanowisko nadrzędności i nieograniczonego charakteru tej zasady³¹. Państwa członkowskie mają wyłączną

³⁰ Szerzej zob. A. Heinemann, *Grenzen Staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, München 1996, s. 191 n.

³¹ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 160.

kompetencję regulacyjną systemu własności, a przepisy traktatu nie mogą zaszkodzić zasadom, na podstawie których państwa członkowskie zdecydowały się uregulować ustrój własnościowy³². Jak stwierdza Komisja Europejska, przeniesienie przedsiębiorstwa z sektora publicznego do prywatnego jest gospodarczą decyzją państwa członkowskiego i pozostaje jego wyłączną kompetencją³³.

Wprowadzenie przyjętej w art. 345 TFUE zasady neutralności traktatowej w stosunku do ustroju własności państw członkowskich pozwala im swobodnie decydować o organizacji sektora publicznego. Państwa członkowskie mają więc swobodę w zakresie wyznaczonym przez przepisy prawa krajowego co do podjęcia i prowadzenia przez państwo działalności gospodarczej w różnych formach organizacyjnych przedsiębiorstw publicznych pod warunkiem przestrzegania zwłaszcza przepisów traktatowych dotyczących ochrony konkurencji i pomocy państwa, a wykonywanie uprawnień państwa nie jest sprzeczne z zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji.

Zasadniczo można więc mówić o neutralności TFUE jako o przesłance działalności gospodarczej przedsiębiorstw publicznych, która przesądza o otwartym charakterze gospodarki rynkowej opartej na zasadzie konkurencji, tym samym czyniąc równoprawnymi przedsiębiorstwa publiczne i prywatne. Istotne jest też, że do osiągnięcia głównego celu traktatu, jakim jest stworzenie rynku wewnętrznego, nie musi powstać szczególny rodzaj (typ) własności jako podstawa działalności gospodarczej, aczkolwiek naturalnym typem własności dla tego procesu tworzenia rynku wewnętrznego jest własność prywatna. Państwa członkowskie mają zatem prawo do mieszanej (publiczno-prywatnej) gospodarki i co za tym idzie — tworzenia i prowadzenia przedsiębiorstw państwowych, nacjonalizacji całych gałęzi gospodarki oraz nabywania udziałów i akcji w spółkach³⁴. Nie oznacza to jednak, co podkreśla się w literaturze³⁵, swobody państw członkowskich w kształtowaniu zasad funkcjonowania sektora publicznego, który zgodnie z art. 106 TFUE podlega zasadom konkurencji i innym zasadom traktatowym, które nie wprowadzają rozróżnienia między przedsiębiorstwami publicznymi a prywatnymi.

Wykazana irrelevantność rodzaju własności, na której oparta jest działalność gospodarcza, w świetle zasady neutralności traktatowej (art. 345 TFUE) nieróżnicującej sektora prywatnego i publicznego osłabia znaczenie ustrojowego wymiaru własności prywatnej jako podstawy działalności gospodarczej wynikającej z art. 20 Konstytucji RP. Pogląd ten wspiera funkcjonalne podejście do kwalifika-

³² K. Knedler, *Regulowanie systemu własności w sektorze publicznym w prawodawstwie krajowym a wymagania prawa wspólnotowego*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej. W piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 458.

³³ Komunikat KE 97/C 220-06, Communication of the Commission on certain legal aspects concerning intra-investment (Dz.U. UE C nr 220/06 z 19.07.1997, s. 1).

³⁴ L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot, *EC State Aids*, London 1999, s. 135.

³⁵ A. Heinemann, *op. cit.*, s. 192.

cji przedsiębiorstw jako publicznych, w tym przedsiębiorstw państwa, nie tylko na podstawie kryterium statusu własnościowego, na co wskazuje rozumiane wąsko pojęcie przedsiębiorstwa publicznego w prawie Unii Europejskiej, zgodnie z którym przedsiębiorstwo publiczne zostało zdefiniowane jako każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą bezpośrednio lub pośrednio wywierać dominujący wpływ z racji bycia właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub ze względu na zasady, które nimi rządzą.

Uwzględniając oczywistą unijną interpretację pojęcia przedsiębiorcy publicznego, można uznać, iż pojęcie przedsiębiorcy publicznego jako jednej z form organizacyjnych działalności gospodarczej państwa w pewnym zakresie obniża znaczenie art. 20 Konstytucji RP w odniesieniu do nakazu oparcia działalności gospodarczej na własności prywatnej jako legitymacji wyjątkowej działalności gospodarczej państwa bazującej na własności publicznej z uwagi na to, że działalność gospodarcza państwa, szerzej — publiczna działalność gospodarcza, może być prowadzona także przez przedsiębiorcę prywatnego, na którego władza publiczna wywiera bezpośrednio lub pośrednio decydujący wpływ. Wynika to z treści art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorstwami publicznymi oraz przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorstw³⁶, który stwierdza, że pod pojęciem przedsiębiorcy lub działalności gospodarczej należy rozumieć odpowiednio przedsiębiorcę lub działalność gospodarczą, do których mają zastosowanie reguły konkurencji określone w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tym samym dla kwalifikacji działalności gospodarczej jako działalności gospodarczej państwa nie mają znaczenia przepisy prawa krajowego, w tym Konstytucji RP, których miejsce zajmują przepisy prawa unijnego i ich interpretacja w następstwie odszukania przepisów uzupełniających dla niepełnego przepisu prawa krajowego, jakim jest art. 20 Konstytucji RP, w odniesieniu do rodzaju własności stanowiącej podstawę działalności gospodarczej. W znacznym stopniu redukuje to znaczenie ustroju własnościowego dla rozróżnienia sektora publicznego i prywatnego działalności gospodarczej.

Konkluzja

Wynikiem przeprowadzonej analizy przepisu art. 20 Konstytucji RP wskazującego model społecznej gospodarki rynkowej jako podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jest stwierdzenie, iż wywodzenie kompetencji działalności gospodarczej państwa z przepisu art. 20 Konstytucji RP nie prowadzi do osiągnięcia zamierzonego rezultatu, jakim jest rekonstrukcja normy kompetencyjnej zgodnej z innymi normami obowiązującymi w systemie aktualnego prawa.

³⁶ Dz.U. z 2006 r. Nr 191, poz. 1411.

Bibliografia

- Biernat S., *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej — wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9.
- Biernat S., Wasilewski A., *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997.
- Etel M., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012.
- Frotscher W., *Wirtschaftsverfassungs und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, München 1999.
- Grzegorzczak F., *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2012.
- Hancher L., Ottervanger T., Slot P.J., *EC State Aids*, London 1999.
- Heinemann A., *Grenzen Staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, München 1996.
- Ipsen J., *Staatsrecht II. Grundrechte*, München 2003.
- Jarass H.D., *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berlin 1997.
- Kaltz A., *Kommunale Wirtschaftsrecht. Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb*, Stuttgart 2004.
- Knedler K., *Regulowanie systemu własności w sektorze publicznym w prawodawstwie krajowym a wymagania prawa wspólnotowego*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej. W piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2000.
- Kosikowski C., *Gospodarka i finanse w nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12.
- Kosikowski C., Etel M., *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Białystok 2014.
- Popowska B., *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Püttner G., *Die Öffentliche Unternehmen*, Stuttgart-München-Hannover 1984.
- Schmidt D., *Unterscheidung von privatem und öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1985.
- Schmidt R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1990.
- Schmidt-Assmann E., *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg 1998.
- Stober R., *Allgemeines Wirtschaftsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart 2000.
- Storr S., *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen 2001.
- Strzyczkowski K., *Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych*, [w:] *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa Profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, Wrocław 2018.
- Szafrański A., *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008.
- Szydło M., [w:] *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Walaszek-Pyziół A., *Wybrane problemy prawne dotyczące swobody działalności gospodarczej i jej zakresu przedmiotowego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, [red. W. Szwajdler, H. Nowicki], Toruń 2009.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.

The Constitutional Basis of the State's Economic Activity

Summary

The Constitution of the Republic of Poland does not refer directly to the economic activity of the state, both in the subjective and objective aspect. This justifies the attempt to indicate the constitutional basis of the state's economic activity on the basis of a derivative concept of interpretation of the provision of Art. 20 of the Constitution of the Republic of Poland, which indicates the social market economy as the basis of the economic system of the Republic of Poland, and the provision of Art. 22 of the Polish Constitution, which stipulates that restriction of the freedom of economic activity is permitted only by statute and only for important public interest. The basis for the reconstruction of the norm determining the competence of the state's activity are the pillars of the social market economy system, resulting from the provision of Art. 20 of the Polish Constitution: freedom of economic activity and private property. The result of the interpretation made on the basis of systemic directives is the statement that the economic activity of the state has no constitutional basis in the principle of freedom of economic activity co-shaping the social market economy system. The direct participation of the state in economic turnover in appropriate organizational forms is a derivative not so much of the constitutional right to free economic activity, but a consequence of the relevant legal regulations allowing the establishment of entrepreneurs by statutorily authorized state bodies in organizational forms appropriate to the state's activity.

Keywords: competence of economic activity, economic freedom, private property, public economic entities, fundamental economic rights, public enterprise.

MAGDALENA TABERNACKA

ORCID: 0000-0002-5921-7154

Uniwersytet Wrocławski
magdalena.tabernacka@uwr.edu.pl

Aksjologia mediacji z udziałem przedsiębiorców — refleksje

Abstrakt: Zastosowanie mediacji jako konsensualnej metody opanowania sporów ma swoje aksjologiczne uzasadnienie w szeroko pojmowanej praktyce obrotu gospodarczego. Jest to przypadek, w którym aksjologia działania człowieka ma też swój wymiar prakseologiczny. Mediacje są narzędziem realizowania takich wartości, jak dobro społeczne i sprawiedliwość społeczna, gdyż są nie tylko wyrazem idei sprawiedliwości naprawczej, lecz także realizacją mechanizmów sprawiedliwości proceduralnej poprzez włączenie w praktykę opanowania sporów mechanizmów oddolnej partycypacji, co w efekcie skutkuje odciążeniem aparatu wymiaru sprawiedliwości i działania systemu administracji publicznej.

Słowa kluczowe: mediacja, aksjologia, przedsiębiorca, ADR.

Pojęcie aksjologii¹ z reguły rozpatruje się w ujęciu wartości opisywanych jako dobra identyfikowane w wymiarze etycznym. Warto jednak zwrócić uwagę, że termin ten może być postrzegany w szerszej perspektywie społecznej, dlatego też proponuję, by rozważania o aksjologii mediacji w danym obszarze życia społecznego prowadzić w sposób nieizolujący określonej sfery poznawczej tylko do jednej kategorii. Szkiełko i oko naukowca powinno dostrzegać problem w całej jego złożoności, dlatego badania powinny być prowadzone holistycznie. W związku z tym podejmowanie rozważań nad aksjologią zastosowania mediacji gospodarczych, czy też szerzej — mediacji z udziałem przedsiębiorców, powinno następować z uwzględnieniem skutków prawnych zastosowania tej metody roz-

¹ Aksjologia to, jak podaje Władysław Kopański, nauka o wartościach, ogólna teoria wartości czy też wartościowania. Grecki źródłosłów tego terminu oznacza 'rzecz cenna, wiarygodna, odpowiednią'. Zob. *idem, Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1978, s. 42.

wiązywania sporów, a także skutków społecznych — w tym zakresie zwłaszcza ich konsekwencji ekonomicznych. Zarówno nauka, jak i język nauki powinny być na tyle elastyczne i twórcze, by uwzględniać merytoryczne przesłanki wyróżnienia pewnych pojęć, w związku z czym pojęcie wartości i przymiotnik „aksjologiczny” nie muszą być odnoszone jedynie do ich abstrakcyjnego rozumienia, dominującego w języku potocznym, które koduje pod tymi terminami konotacje o wymiarze przede wszystkim etycznym. Termin „wartości” ma w języku również odniesienie ściśle wymierne ekonomicznie — chodzi o rynkową czy też finansową wartość pewnych dóbr bądź działań. Ważne jest poza tym, by otrząsnąć się z hipokryzji oddzielania od siebie wartości w rozumieniu „duchowym” i wartości w rozumieniu ekonomicznym. Choć w praktyce może czasem dochodzić do kolizji tych sfer, to jednak, uwzględniając istotę potrzeb ludzkich i ich hierarchii, sklasyfikowanej na przykład przez Abrahama Masłowa², należy pamiętać, że to ekonomiczne podstawy egzystencji są gruntem, na którym można rozwijać realizację potrzeb tak zwanego wyższego rzędu.

Polskie prawodawstwo posługuje się zresztą kategorią pojęciową „społeczno-gospodarczych”³ aspektów, skutków czy też efektów pewnych działań bądź regulacji. Sfera aktywności społecznej jest więc nierozzerwalnie powiązana z kategorią aktywności ekonomicznej, co można by podsumować dygresją odwołującą się do potocznego powiedzenia, że życie jest piękne, ale drogie. Należy mieć na względzie, że każda regulacja prawna i każdy akt władzy wykonawczej, jak również każde orzeczenie sądu ma swoje skutki społeczne i gospodarcze, czy też ściślej — społeczno-gospodarcze. W polskim systemie prawnym od lat funkcjonuje instytucja mediacji i stosowanie jej ma swoją wartość ekonomiczną, rozumianą między innymi jako wymierne finansowo oszczędności zarówno dla uczestników

² A.H. Maslow, *Theory of Human Motivation*, „Psychology Review” 50, 1943, nr 4, s. 370–396. Zarówno potrzeby fizjologiczne i bezpieczeństwa, sklasyfikowane przez Masłowa u podstaw piramidy potrzeb, jak i klasyfikowana na jej szczycie potrzeba realizacji wymagają środków finansowych czy rzeczowych. Piramida ta może jednak obrazować prawidłowość, o której pisał Maslow, że zaspokojenie potrzeb niższego rzędu pozwala na zrealizowanie potrzeb rzędu wyższego — w sferze motywacji do ich zaspokajania, więc wartości materialne są również podstawą realizacji wartości niematerialnych, co zresztą nie wchodzi w kolizję z faktem, że potrzeby wyższego rzędu do swojej realizacji także wymagają nakładów.

³ Na przykład ustawa z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 503) jako jeden z elementów kształtowania przestrzeni w sposób odpowiadający kategorii ładu przestrzennego wymienia uwarunkowania społeczno-gospodarcze. W uchwale nr 102 Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 roku w sprawie przyjęcia „Krajowej Strategii Rozwoju Regionalnego 2030” (M.P. z 2019 r. poz. 1060) mowa natomiast o funkcjach społeczno-gospodarczych, sytuacji społeczno-gospodarczej czy partnerach społeczno-gospodarczych. Ponadto w polskim porządku prawnym funkcjonuje między innymi umowa ramowa między rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Szwajcarską Radą Federalną o wdrażaniu Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy w celu zmniejszenia różnic społeczno-gospodarczych w obrębie rozszerzonej Unii Europejskiej, podpisana w Bernie w dniu 20 grudnia 2007 roku (M.P. z 2008 r. Nr 75, poz. 672).

mediacji, jak i dla wymiaru sprawiedliwości. Ma ona także wartość obserwowaną w sferze stosunków społecznych, co zresztą w efekcie rzutuje również na sferę ekonomiczną funkcjonowania człowieka.

Mediacje jako niekonfrontacyjna metoda rozwiązywania sporów⁴ — czy też, jak to określają Adam Zienkiewicz i Anna Kalisz, opanowywania sporów⁵ — przy udziale bezstronnego, neutralnego i fachowego mediatora umożliwiają w zakresie stosunków gospodarczych osiągnięcie kompromisu pozwalającego zwiększyć efektywność prowadzenia działalności gospodarczej przez ograniczenie lub eliminację ryzyka destrukcyjnych skutków konfliktów, w które mogliby być zaangażowani przedsiębiorcy i inne podmioty aktywne w obrocie gospodarczym.

Istotą mediacji jest możliwość otrzymania merytorycznego wsparcia w procesie samodzielnego rozwiązania konfliktu. Powszechnie uznaje się, że ta cecha mediacji pozwala na osiągnięcie porozumienia rzeczywiście dostosowanego do oczekiwań i możliwości stron. Jak słusznie zauważa Martyna Plucińska-Nowak, w konsekwencji interwencji o ugodowej, konsensualnej (zamiast władczej) formule zwiększa się szansa nie tylko na neutralizację destrukcyjnego wymiaru sporu, ale również na to, że sytuacja pokonfliktowa będzie obszarem konsensualnego ustosunkowania stron oraz podstawą kolejnych wzajemnych oddziaływań o takim charakterze⁶.

Mediacje w obrocie gospodarczym mogą się toczyć między przedsiębiorcami — osobami prawnymi i fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą. Mediacje z udziałem przedsiębiorców mogą dotyczyć także sporów między podmiotami rynkowymi i producentami a podmiotami o statusie publicznoprawnym w zakresie stosunków gospodarczych, w jakich podmioty o statusie publicznoprawnym uczestniczą.

Zakres spraw mogących być poddawanyymi mediacjom obejmuje wszelkie spory cywilnoprawne, które mogą podlegać rozstrzygnięciu w drodze ugody zawartej przed sądem. W przypadku mediacji nastąpi to poza procesem, choć praktycy zwracają uwagę, że społeczny proces opanowania sporu, do którego doszło podczas mediacji, skłania strony konfliktu po zakończeniu mediacji w pewnych przypadkach do zawarcia ugody już w ramach postępowania sądowego. Mediacje z udziałem przedsiębiorców mogą się toczyć także w obszarze stosunków pu-

⁴ Por. M. Tabernacka, *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2018, s. 33–37. Warto zwrócić uwagę, że mediacja jest procesem służącym osiągnięciu porozumienia zarówno w przypadku sporu, jak i w sytuacji konieczności dokonania zadośćuczynienia, a także w sytuacji zastoju czy impasu w negocjacjach. Mediator zaś pełni liczne funkcje, takie chociażby jak doradzanie, komunikowanie stron czy też moderowanie interakcji między stronami. Jak więc widać, mediacje mogą być doskonałym remedium na problemy komunikacyjne i kolizje interesów między partnerami biznesowymi, gdy trzecia osoba interakcji — mediator — będzie równocześnie w niej „trzecim okiem”, pozwalającym dostrzec szanse, które nie były wcześniej dla stron widoczne.

⁵ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie wspierające sukces w biznesie*, Warszawa 2020, s. 51–83.

⁶ M. Plucińska-Nowak, *Status i oblicza mediacji w społeczeństwie polskim*, Poznań 2021, s. 25.

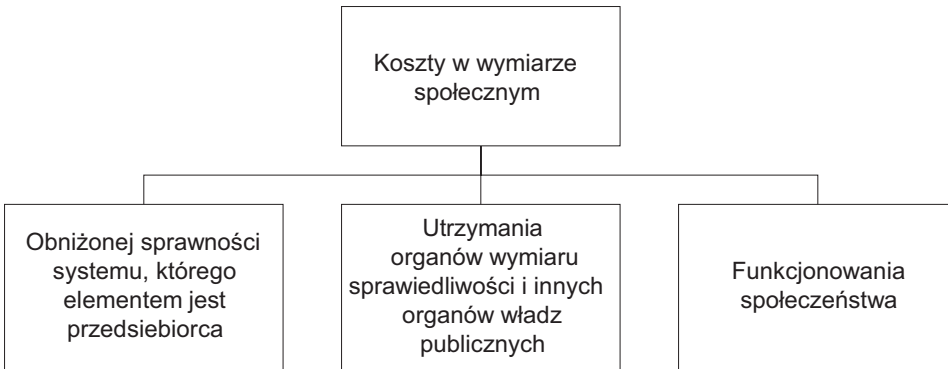
blicznoprawnych, gdy przedsiębiorca jest adresatem aktu regulowanego przepisami prawa publicznego. Mediacje z udziałem przedsiębiorców mogą więc znaleźć zastosowanie w konfliktach związanych z realizacją umów handlowych czy inwestycyjnych, w sprawach pracowniczych oraz szerzej — w sporach zbiorowych, w konfliktach w organach spółek prawa handlowego i organach innych podmiotów gospodarczych. W zakresie podlegającym regulacjom prawa publicznego mediacje mogą być zastosowane w konfliktach przestrzennych, w które zaangażowani są przedsiębiorcy, oraz w konfliktach wynikłych w związku z wydaniem określonego aktu administracyjnego, którego adresatem jest przedsiębiorca.

Przedsiębiorcy zaangażowani w konflikt, rozważając skorzystanie z metody ochrony prawnej, muszą mieć świadomość rzeczywistych finansowych i społecznych kosztów pozostawania w sytuacji konfliktowej. Oczywiście konieczność korzystania z ochrony prawnej generuje nakłady, takie jak koszty pomocy prawnej, zastępstwa procesowego, opłat sądowych czy też utraconych korzyści, jeżeli określone czynności procesowe będą musieli przeprowadzać osobiście. Istotne są jednak również koszty dotyczące utraty pracowników, którzy mogą być drugą stroną sporu, co może dotyczyć kadry zarządzającej, specjalistów z określonych dziedzin, a także innych pracowników. Dodatkowe koszty mogą powstać w związku ze spadkiem motywacji do pracy pozostałych pracowników obserwujących sytuację konfliktową. Istotne są też straty w otoczeniu organizacyjnym przedsiębiorcy. Przedsiębiorca może w wyniku konfliktu, który będzie rzutował negatywnie na jego reputację, a także w sytuacji, gdy w konflikt zaangażowani są jego klienci lub dostawcy, utracić swoją dotychczasową wysoką pozycję na rynku i — co jest z tym związane — stracić dostawców oraz klientów, czy też szerzej — dostęp do dotychczasowych rynków zbytu.

W związku z tym w mediacjach przedsiębiorcy mogą próbować opanować wiele typów sporów, w których biorą udział przedsiębiorcy. Warto spośród nich wymienić między innymi: spory dotyczące zawierania, sposobu wykonania lub rozwiązywania umów handlowych; spory dotyczące braku płatności lub terminowości zapłaty płatności ratalnych; spory o odszkodowania umowne i pozaumowne; spory o naruszenie praw autorskich lub patentowych; spory dotyczące roszczeń wspólników bądź akcjonariuszy wobec spółki lub spółki wobec zarządu; spory przy ustalaniu obowiązków w ramach umowy konsorcjum; spory wewnątrz kadry zarządzającej danym podmiotem gospodarczym; spory związane z prowadzeniem działalności centrów handlowych; spory powstałe podczas fuzji, przejęć lub sprzedaży przedsiębiorstwa; spory powstałe w wyniku prowadzenia spraw upadłościowych lub postępowań naprawczych.

Istotną wartością — również w wymiarze indywidualnym — interesów gospodarczych danego przedsiębiorcy, ale także w perspektywie interesu publicznego, jest redukcja kosztów funkcjonowania danego przedsiębiorcy oraz podmiotów sfery publicznej. Można więc mówić o swoistej społecznej aksjologii redukcji kosztów, co obrazuje schemat 1, przedstawiający potencjał redukcji kosztów

funkcjonowania sieci społecznej, której częścią jest przedsiębiorca, oraz systemu państwowego, który mógłby zostać zaangażowany w rozstrzygnięcie konfliktu.



Schemat 1. Obniżenie kosztów istotnych dla społeczeństwa dzięki zastosowaniu mediacji

Źródło: opracowanie własne.

Aksjologiczną przesłanką udziału przedsiębiorców w mediacjach jest więc usprawnienie sieci społecznej, w jakiej funkcjonuje przedsiębiorca (powiązań pomiędzy przedsiębiorcami, ich klientami, dostawcami czy też społecznością lokalną), i działania systemu instytucji publicznych (między innymi wymiaru sprawiedliwości i systemu organów administracji publicznej) zarówno w aspekcie redukcji kosztów, jak i efektywności komunikacji⁷. Opanowanie konfliktu usuwa przeszkody w efektywnej kooperacji na rynku, a rozwiązanie sporu poza formalnymi, zinstytucjonalizowanymi procedurami przyczynia się do odciążenia orzeczniczych instytucji publicznych, a przez to do redukcji wydatkowania środków publicznych.

Należy się też zgodzić z A. Kalisz i A. Zienkiewiczem, analizującymi kwestię udziału przedsiębiorców w mediacjach jako procedury przyczyniającej się do osiągnięcia sukcesu w biznesie, że skorzystanie z mediacji często stwarza szansę na szybsze i mniej obciążające (w znaczeniu logistycznym, finansowym, czasowym oraz emocjonalnym) uporanie się ze sporem. Autorzy zwracają także uwagę na możliwość osiągnięcia przez przedsiębiorcę, dzięki zawarciu porozumienia,

⁷ Chodzi tu oczywiście o komunikację pokonfliktową, która będzie umożliwiła dalszą kooperację. Samo przystąpienie do mediacji oznacza już nawiązanie zerwanej wcześniej komunikacji. Jak to ujmują M. Plucińska-Nowak, równość, dobrowolność, wolność uczestnictwa oraz procedury zapewniające rzetelność i symetrię dyskusji umożliwiają uczestnikom komunikacji wzajemną rozmowę oraz zrozumienie i powinno to ich zmotywować do porzucenia wrogiego, antagonistycznego nastawienia na rzecz poszukiwania najlepszego dla nich rozwiązania spornej sytuacji. Jak zauważa autorka, strukturyzowanie komunikacji w mediacji to w istocie przeformułowanie kłótni w uporządkowaną, niewymuszoną, otwartą, egalitarną dysputę, w której wyrównuje się i zabezpiecza komunikacyjne szanse w wysuwaniu postulatów, wymianie argumentów oraz w podejmowaniu autonomicznych decyzji, których ani gwałtowna, ani pasywna forma konfliktu nie umożliwia. Zob. *eadem, op. cit.*, s. 69.

satysfakcji psychologicznej, która stwarza szansę na odbudowanie przez strony sporu pozytywnych relacji i współpracy zawodowej w przyszłości⁸.

Mediacje to wyraz oddolnej sprawiedliwości i nie ma przy tym znaczenia, czy skutki ich zastosowania będą uwidoczniały się w sferze indywidualnej czy publicznej. Sfera publiczna nie powinna być traktowana jako opozycyjna do sfery prywatnej, to wszak jednostki są jej częściami składowymi. Dlatego też przedstawiciele władz, w tym wymiaru sprawiedliwości, powinni doceniać wartość partycypacyjnych metod rozwiązywania konfliktów społecznych.

Bibliografia

- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie wspierające sukces w biznesie*, Warszawa 2020.
- Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1978.
- Maslow A.H., *Theory of Human Motivation*, „Psychology Review” 50, 1943, nr 4.
- Plucińska-Nowak M., *Status i oblicza mediacji w społeczeństwie polskim*, Poznań 2021.
- Tabernacka M., *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2018.

The Axiology of Mediation with the Participation of Entrepreneurs: Reflections

Summary

The use of mediation as a consensual method of dealing with disputes has its axiological justification in the widely understood practice of economic transactions. In this case, the axiology of human activity also has its praxeological dimension. Mediation is a tool for the implementation of values such as social good and social justice because it is not only an expression of the idea of restorative justice but also the implementation of procedural justice mechanisms, by incorporating the mechanisms of bottom-up participation in the practice of dealing with disputes, which in effect relieves the judiciary and the public administration system.

Keywords: mediation, axiology, entrepreneur, ADR.

⁸ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 196.

PAŃSTWO, ADMINISTRACJA, JEDNOSTKA

RAFAŁ BLICHARZ

ORCID: 0000-0002-3826-519X

Uniwersytet Śląski w Katowicach

rafal.blicharz@us.edu.pl

Informacja i prawo do informacji. Wybrane zagadnienia

Abstrakt: Artykuł przedstawia ramowo znaczenie informacji oraz prawa do informacji w systemie prawa. Autor przywołuje wybrane, proponowane w literaturze, definicje informacji w ogóle oraz w kontekście poszczególnych dziedzin nauki, a następnie formułuje własną propozycję pojmowania informacji oraz danych. Kolejne uwagi odnoszą się do prawnego aspektu znaczenia informacji w życiu człowieka oraz ich powiązania z wybranymi prawami człowieka.

Słowa kluczowe: informacja, prawo do informacji, międzynarodowe i europejskie źródła prawa do informacji.

Wstęp

Podstawą egzystencji i funkcjonowania każdej żywej istoty jest informacja — bez niej nie ma życia. Istnienie każdego organizmu opiera się bowiem na zakodowanych w elementarnych tworzących go cząstkach materii informacjach, dzięki którym możliwe jest jego powstanie i późniejszy rozwój. Do pewnego stopnia teza ta sprawdza się także w odniesieniu do materii nieożywionej. Już sama bowiem budowa atomu, strukturalny układ tworzących go cząstek elementarnych, determinuje fizyczne i chemiczne cechy większej całości, jaką jest na przykład pierwiastek. O jego cechach decydują więc zakodowane w jego wewnętrznej budowie informacje. Pierwiastki mogą i wchodzić w kolejne reakcje z innymi substratami (atomami i pierwiastkami), kreując następne substancje (chem. pro-

dukty), których właściwości mogą, ale nie muszą być zdeterminowane właściwościami pierwotnych substancji tworzących produkt. Sama reakcja chemiczna również przebiega według ściśle określonych zasad wynikających z głęboko ukrytych w materii informacji pozwalających na zajście precyzyjnie zdefiniowanego procesu chemicznego w konkretnych warunkach. Już zatem na poziomie atomowym i subatomowym zachowanie materii jest uzależnione od informacji. Złożoność tych procesów potęguje się wykładniczo, gdy wkraczamy w świat makroskopowy, a emergencja dodatkowo komplikuje złożony obraz rzeczywistości, którą postrzegamy na co dzień. Uzależnienie właściwości materii nieożywionej i ożywionej od informacji jest zdumiewające.

Nie inaczej jest w przypadku człowieka. Tu jednak złożoność zachowań jednostki, grup społecznych oraz całych społeczeństw wydaje się wybiegać daleko poza zależności *stricte* biologiczne. Każda nasza decyzja, od najprostszych do najbardziej złożonych i trudnych, ocena, opinia czy zachowanie oparte są na świadomej i nieświadomej analizie niezliczonej ilości informacji czy danych. Informacji, które gromadzimy przez całe życie w formie wychowania, wykształcenia, doświadczenia, zdobywanych umiejętności i wiedzy praktycznej. Naszą wizję świata oraz zachowanie w nim kształtują relacje społeczne, w których się rodzimy, w których żyjemy oraz te, które sami tworzymy. Nie bez znaczenia są również miejsce i czas, w którym przyszło nam żyć. Nasze rozumienie otaczającego świata było wszak zupełnie inne 3000 lat temu czy 50 lat temu, przed pandemią koronawirusa i po niej, a nawet dziś różni się w zależności od miejsca, z którego pochodzimy. Nie można także wykluczyć, że nasze zachowania są przynajmniej do pewnego stopnia zdeterminowane informacjami zgromadzonymi przez poprzednie pokolenia, a przekazanymi nam w postaci uwarunkowań genetycznych. Percepcja świata, nasz jego ogląd oraz postrzeganie uzależnione jest zatem od bardzo wielu czynników. Ich wspólną cechą jest informacja. Współczesny świat jak nigdy dotąd zdeterminowany jest przez informację.

Pojęcie informacji

Informacja jest pojęciem niejednorodnym, niejednokrotnie nawet w obrębie jednej dyscypliny nauki jest rozmaicie rozumiana¹. Istnieje zatem wiele definicji informacji. Kształtując koncepcję, na podstawie której podejmowana jest próba zdefiniowania informacji, poszczególni autorzy odnoszą się do nośnika, na którym jest ona zawarta, treści przekazu, cech informacji lub celu, jakiemu ma ona służyć, czy zakresu podmiotowego przekazu (komunikacji), w ramach którego

¹ Por. P. Fajgielski, *Informacja w administracji publicznej — prawne aspekty gromadzenia, udostępniania i ochrony*, Warszawa 2007, s. 13.

wyodrębnia się zarówno osoby, jak i maszyny. Przy staraniach mających na celu wyłuskanie istoty informacji bywa ona zestawiana z innymi bliskoznacznymi pojęciami (takimi jak na przykład dane², wiedza³, dokument⁴) czy dzielona według rozmaitych kryteriów⁵.

Przykładowo niektórzy podnoszą, że informacja jest „przenaszalnym dobrem niematerialnym zmniejszającym niepewność”⁶. Inni przyjmują, że informacja to każdy „czynnik zmniejszający stopień niewiedzy, umożliwiający człowiekowi, organizmowi żywemu i maszynie lepszą znajomość otoczenia i sprawniejsze przeprowadzenie celowego działania”⁷. Można też spotkać się z definicją informacji rozumianej jako przekazywanie oświadczeń wiedzy władzy publicznej, dotyczących określonego stanu faktycznego, prawnego, a także wynikających z nich konsekwencji prawnych⁸. Jeszcze inni proponują, aby pod pojęciem informacji rozumieć utrwalony w dowolny sposób komunikat o jakimkolwiek fakcie⁹. Jerzy Mikułowski-Pomorski wskazuje na informację jako treść ludzkiego porozumiewania się¹⁰.

Rzecz jasna ramy niniejszego opracowania nie pozwalają przedstawić wszystkich zgłaszanych w literaturze propozycji w tym zakresie, jednak warto zwrócić uwagę, że przywołane przykładowe definicje mają charakter doktrynalny, ale nie normatywny¹¹. Ponadto należy zauważyć, że kształtując definicję informacji, poszczególni autorzy raz odnoszą się do informacji rozumianej neutralnie, to jest w oderwaniu od konkretnej dziedziny nauki, innym razem nadają jej określone cechy, które zdeterminowane są specyfiką danej dziedziny nauki. Wobec

² Zob. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 37; P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 15 n.

³ Zob. M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 20; J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *Prawo do informacji publicznej. Informacje niejawne. Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2019, s. 47–48.

⁴ Zob. J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *op. cit.*, s. 47–48.

⁵ Na przykład Maciej Mrozowski dzieli informacje z punktu widzenia ich wartości informacyjnej na proste, przetworzone oraz zastosowane. Szerzej zob. *idem*, *Media masowe. Władza, rozrywka i biznes*, Warszawa 2001, s. 394.

⁶ Tak G. Szpor, *Pojęcie informacji a zakres ochrony danych*, [w:] *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, red. P. Fajgielski, Lublin 2008, s. 8.

⁷ Tak T. Górczyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej — orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999, s. 86.

⁸ Tak W. Taras, *Informowanie obywateli przez administrację*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992, s. 21.

⁹ Zob. M. Maciejewski, *Prawo do informacji — zagadnienia podstawowe*, [w:] *Prawo informacji, prawo do informacji*, red. W. Góralczyk, Warszawa 2006, s. 30.

¹⁰ Zob. J. Mikułowski-Pomorski, *Informacja i komunikacja. Pojęcia, wzajemne relacje*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1988, s. 5.

¹¹ Szerokiego przeglądu poglądów na temat pojęcia informacji oraz danych dokonała Joanna Taczowska-Olszewska; zob. *eadem*, *Dostęp do informacji publicznej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2014, s. 1 n.; J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *op. cit.*, s. 46.

tego wydaje się zasadne podjęcie próby odgraniczenia istoty informacji w ogóle od informacji postrzeganej w kontekście poszczególnych dziedzin nauki, w tym w prawie. Jak już była mowa, wielowymiarowość i złożoność otaczającego nas świata nie pozwala bowiem na zbudowanie jednej wspólnej dla wszystkich nauk definicji informacji. Inaczej postrzegana jest ona w naukach ścisłych i przyrodniczych, inaczej w społecznych, humanistycznych czy teologicznych. Innymi słowy, kontekst, w jakim jest mowa o informacji, nadaje jej określone znaczenie, wpływa na te elementy definicji, które należy podkreślić.

Mając to na uwadze, wydaje się, że najbardziej uniwersalna definicja informacji to ta, która ujmuje ją jako elementarną część wiedzy. Takie ujęcie informacji nie przesądza o wartości wiedzy, której dotyczy (prawda czy fałsz)¹², nie odnosi się do celu informacji oraz jej cech. Wtórne znaczenie mają odbiorcy tak rozumianej informacji, nie jest zatem ważne, czy są to ludzie, zwierzęta, rośliny, maszyny liczące, komputery czy sztuczna inteligencja. Podobnie bez znaczenia jest tu nośnik informacji. Tak rozumiana informacja jest koherentna z poglądami Andrzeja Adamskiego i Pawła Fajgielskiego, którzy zestawiają informacje i dane. Przy takim rozumieniu informacji pojedyncza dana stanowi elementarną część informacji. Sama w sobie może ona, ale nie musi, być nośnikiem informacji (na przykład wartość 0 w cybernetyce). Informacje zawarte w danych wymagają klucza, dzięki któremu można odczytać zakodowaną w nich informację, przy czym kluczem tym może być także kontekst, w którym podawane są określone dane.

Prawodawca nie definiuje informacji *in abstracto*. Widać, zdaje sobie sprawę z trudności uchwycenia istoty informacji i zwykle, jeśli ją definiuje, to tylko w pewnym kontekście prawnym (informacje poufne, informacje publiczne, tajemnica przedsiębiorstwa, dane osobowe, tajemnica zawodowa)¹³. Niezależnie od prezentowanych ujęć informacji powszechnie przyjmuje się, że jest ona dobrem prawnym, któremu przysługuje ochrona prawna¹⁴.

Prawny kontekst informacji

Wydaje się, że spośród wielu praw, które są przypisywane człowiekowi, prawo do informacji powinno odgrywać kluczową rolę. Informacja dotyczy bowiem każdego aspektu naszego życia — determinuje naszą pozycję rynkową, kształtuje status społeczny, kreuje nasze postawy oraz uświadamia nam znaczenie godności czło-

¹² Por. J. Taczowska-Olszewska, *op. cit.*, s. 12; M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 20.

¹³ Por. B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXX i XXXIII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 247.

¹⁴ Zob. J. Taczowska-Olszewska, *op. cit.*, s. 1.

wieka¹⁵. Dostęp do informacji, zwłaszcza informacji publicznej, stanowi podstawę i warunek prawidłowego funkcjonowania mediów, aparatu władzy oraz współczesnych demokracji. Informacja immanentnie powiązana jest także z prawem.

Jak wiadomo, prawo jest swoistym refleksem wartości i zasad, które są wspólne dla danego społeczeństwa oraz którymi to społeczeństwo chce się kierować. Dlatego też każdy prawodawca, tworząc je, musi dysponować ogromem informacji o społeczeństwie, w którym ma ono funkcjonować, oraz tak kształtować prawo, aby poszczególne rozwiązania prawne były efektywne. W tym kontekście stanowienie prawa jawi się jako proces szerokiego i wieloaspektowego przetwarzania informacji. Tak ustanowione prawo wyznacza „informacyjną ramę” postępowania zarówno dla jednostki, jak i całej społeczności, której prawo dotyczy. Trudno więc mówić o prawie w oderwaniu od informacji zarówno na etapie jego tworzenia, jak i stosowania oraz przestrzegania. Z jednej strony ogólne założenia systemu prawa, jego kształt i szczegółowe rozwiązania są bezpośrednio związane z informacjami dotyczącymi społeczeństwa (jego specyfiki) oraz przedmiotu regulacji. Z drugiej strony wynikające z niego prawa i obowiązki czy rozwiązania, dotyczące na przykład funkcjonowania państwa, jego instytucji czy to w kontekście publicznoprawnym, czy prywatnoprawnym, to również informacje. Podsumowując, trzeba uznać, że każdy przepis, każda instytucja czy konstrukcja prawna zawiera informacje — informacje, do których każdy ma prawo, a z których wynikają inne prawa. Korzystając z prawa do informacji, wiemy, jakie prawa i wolności nam przysługują, jak ich bronić, jak zorganizowane jest państwo, w tym gdzie leżą granice jego prawnie dopuszczalnej ingerencji w sferę naszych wolności i praw.

Z tego względu w literaturze podkreśla się ścisły związek prawa do informacji ze wszystkimi innymi prawami podstawowymi¹⁶. W tym kontekście znaczenie informacji, dostępu do nich, określonego ich przetwarzania to nie tylko kwestia ciekawego spostrzeżenia, ciekawostki badawczej, ale kluczowe zagadnienie w życiu każdego z nas oraz w funkcjonowaniu państw, organów administracji publicznej, przedsiębiorców, konsumentów i każdej grupy społecznej, jaką mogą tworzyć ludzie. Ma to szczególne znaczenie nie tylko dlatego, że żyjemy w dobie społeczeństwa informatycznego, funkcjonującego w zdigitalizowanej cywilizacji, ale przede wszystkim dlatego, że w coraz większym stopniu manipulowanie informacją na masową skalę może i wpływa na relacje międzynarodowe, stabilizację życia społecznego poszczególnych państw, a także zachowania grup

¹⁵ Por. K. Complak, *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006; E.H. Morawska, *Prawa konstytucyjne człowieka i obywatela w Rzeczypospolitej Polskiej a prawa podstawowe Unii Europejskiej. Analiza prawno-porównawcza*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 1.

¹⁶ Tak T. Górzyńska, *op. cit.*, s. 84 n.

społecznych i jednostek (na przykład sprawa Cambridge Analytica¹⁷, zachowanie Rosjan w kontekście dostępu do informacji o wojnie w Ukrainie czy działalność mediów w Polsce).

Wybrane źródła prawa do informacji

Prawny wymiar informacji trudno poddaje się kategoryzowaniu. Prawo do informacji może być postrzegane jako prawo podmiotowe, prawo człowieka, prawo podstawowe, prawo obywatelskie, prawo polityczne itp.¹⁸ Prawo do informacji można wiązać z prawem do nauki, prawem do informacji o działalności państwa (prawo do informacji publicznej), z zasadą jawności działalności gospodarczej czy prawami konsumenta. Wszystkie te ujęcia prawa do informacji cechuje odmienna specyfika, zwykle wynikająca z odrębnego prawnego instrumentarium możliwości jego dochodzenia. Niemniej jednak dość powszechnie przyjmuje się, że prawo do informacji należy do tak zwanej drugiej generacji praw człowieka, obejmującej prawa społeczne i ekonomiczne, które są skorelowane z odpowiednimi obowiązkami władz publicznych¹⁹.

Pierwotnie prawo do informacji było związane z wolnością wypowiedzi, posiadania poglądów i ich wyrażania²⁰. Dziś coraz częściej podnosi się, że prawo do informacji powinno stanowić przedmiot odrębnej regulacji²¹. Niektórzy autorzy kwalifikują prawo do informacji jako wolność informacji, podnosząc, że wolność

¹⁷ Szerzej zob. A. Peruzzi *et al.*, *How News May Affect Markets' Complex Structure: The Case of Cambridge Analytica*, „MDPI: Entropy” 20, 2018, nr 10; R. Wilson, *Cambridge Analytica, Facebook, and Influence Operations: A Case Study and Anticipatory Ethical Analysis*, odczyt na konferencji „European Conference on Cyber Warfare and Security”, 2019; I. Manokha, *Surveillance: The DNA of Platform Capital — The Case of Cambridge Analytica Put into Perspective*, „Theory & Event” 21, 2018, nr 4, s. 891–913; J. Hinds, E.J. Williams, A.N. Joinson, „It Wouldn't Happen to Me”: *Privacy Concerns and Perspectives Following the Cambridge Analytica Scandal*, „International Journal of Human-Computer Studies” 143, 2020.

¹⁸ Tak J. Taczowska-Olszewska, *op. cit.*, s. 63 n.; T. Górzyńska, *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] *Prawo do informacji*, red. W. Góralczyk, Warszawa 2006, s. 13.

¹⁹ Prawa pierwszej generacji dotyczyły praw i wolności przynależnych człowiekowi z racji posiadania statusu człowieka, natomiast prawa trzeciej generacji odnoszą się do całej społeczności ludzkiej (dotyczą na przykład ochrony środowiska, ochrony danych osobowych) i co do zasady nie przyznają indywidualnych roszczeń. Zob. J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *op. cit.*, s. 18 n.; A. Łopatka, *System międzynarodowej ochrony praw człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wiśniewski, Bydgoszcz-Poznań 2000, s. 70 n.; H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 20.

²⁰ Por. J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 34 n.; T. Górzyńska, *Geneza i rozwój prawa do informacji...*, s. 20 n.

²¹ Zob. I.C. Kamiński, *Prawo do uzyskania informacji w europejskiej konwencji praw człowieka — cicha strasburska rewolucja*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 14, 2016, s. 9–27.

wypowiedzi jest jej pochodną. Każda wypowiedź immanentnie związana jest bowiem z biernym i czynnym ujęciem prawa do informacji. Biernie ujęcie w tym kontekście oznacza dostęp do informacji, wolność jej poszukiwania, ale też prawo dostępu do informacji, w tym prawo domagania się jej uzyskania od zobowiązanych organów i osób, natomiast czynne ujęcie prawa do informacji oznacza wolność jej wyrażania, prawną możliwość wypowiadania swoich poglądów, opinii czy przemyśleń²².

Prawo do informacji znajduje swoje miejsce w licznych międzynarodowych, unijnych i krajowych regulacjach prawnych. Źródeł prawa do informacji można doszukiwać się w Powszechnej deklaracji praw człowieka, uchwalonej 10 grudnia 1948 roku podczas Trzeciej Sesji Ogólnego Zgromadzenia ONZ, która stanowi, że każdy człowiek ma prawo do wolności poglądów i swobodnego ich wyrażania, przy czym prawo to obejmuje swobodę posiadania niezależnych poglądów, poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania informacji i idei wszelkimi środkami, bez względu na granice (art. 19). Deklaracja wyraźnie odróżnia prawo do poszukiwania i otrzymywania informacji (biernie ujęcie prawa do informacji) od prawa do jej rozpowszechniania (czynne ujęcie prawa do informacji). Jak już zostało powiedziane, z prawem do informacji immanentnie związane są także inne prawa i wolności człowieka. W tym kontekście szczególnie ważne wydaje się prawo do oświaty, o którym również mowa w Powszechnej deklaracji praw człowieka. Jej art. 26 przyznaje każdemu człowiekowi prawo do oświaty, a jednocześnie wprowadza obowiązek edukacji na poziomie podstawowym oraz zapewnia bezpłatny dostęp do kształcenia w tym zakresie. Prawo to, powtórzone w wielu aktach prawnych rangi międzynarodowej, jest wyrazem świadomości ludzkości co do znaczenia informacji w kształtowaniu postaw i rozwoju wiedzy każdego kolejnego pokolenia. Zachowanie ciągłości wiedzy oraz jej rozwój opiera się bowiem na przekazywaniu informacji nie tylko pomiędzy jednostkami, ale przede wszystkim między pokoleniami.

Jak się przyjmuje, Powszechna deklaracja praw człowieka nie kreuje obowiązków po stronie jej sygnatariuszy, stanowiąc swoiste źródło prawa zwyczajowego²³. Dążąc między innymi do wzmocnienia ochrony praw człowieka tak, aby miała ona umocowanie nie tylko w prawie zwyczajowym, ale także w normach prawa powszechnie obowiązującego, Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło 16 grudnia 1966 roku rezolucję nr 2200A (XXI), na podstawie której uchwalono Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych²⁴ oraz Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych²⁵. Artykuł 19 Mię-

²² Por. J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *op. cit.*, s. 19; J. Sobczak, *op. cit.*, s. 34.

²³ Zob. B. Banaszak, *Zagadnienia podstawowe. Terminologia*, [w:] B. Banaszak et al., *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003, s. 25–26.

²⁴ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167

²⁵ Uchwalony przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 19 grudnia 1966 roku, wszedł w życie w 1976 roku. Polska ratyfikowała pakt w 1977 roku (zob. Dz.U. 1977 r. Nr 38, poz. 169).

dzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych powtarza rozwiązanie przyjęte w Powszechnej deklaracji praw człowieka, przyznając każdemu człowiekowi prawo do swobodnego wyrażania opinii, które w rozumieniu paktu obejmuje swobodę poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania wszelkich informacji i poglądów, bez względu na granice państwowe, ustnie, pismem lub drukiem, w postaci dzieła sztuki bądź w jakikolwiek inny sposób według własnego wyboru.

Szczególne znaczenie informacji dostrzeżone zostało także między innymi w sytuacji postawienia zarzutów popełnienia przestępstwa. W takim przypadku Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych gwarantuje każdej osobie prawo do niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku zrozumiałym dla oskarżonego o rodzaju i przyczynie oskarżenia (art. 14). Ścisły związek prawa do informacji z prawem do nauki nie został pominięty także w Międzynarodowym pakcie praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych. W ślad za Powszechną deklaracją praw człowieka art. 13 paktu podkreśla znaczenie prawa do edukacji, łącząc go z pełnym rozwojem osobowości i poczucia ludzkiej godności, umacnianiem poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności. Takie ujęcie prawa do informacji wraz z prawem do nauki umożliwia efektywny udział w wolnym społeczeństwie, stanowi podstawę tolerancji i przyjaźni między narodami oraz grupami rasowymi, etnicznymi lub religijnymi, a także gwarantuje, że nauczanie podstawowe będzie obowiązkowe, bezpłatne i dostępne dla wszystkich. Mając to na uwadze, Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych przewiduje powszechnie dostępne, bezpłatne i obowiązkowe nauczanie na poziomie podstawowym oraz powszechnie dostępne, w miarę możliwości również bezpłatne, nauczanie na poziomie średnim i wyższym.

Prawo do informacji przewiduje ponadto Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku²⁶, która również łączy prawo do informacji z wolnością posiadania i wyrażania poglądów. Zgodnie z jej art. 10 każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii, a prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe. Także Trybunał Praw Człowieka wywodzi prawo do informacji z prawa wolności wypowiedzi oraz z ochrony życia prywatnego²⁷.

²⁶ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

²⁷ Zob. wyrok ETPCz z dnia 25 czerwca 2013 roku w sprawie *Młodzieżowa Inicjatywa na Rzecz Praw Człowieka przeciwko Serbii*, skarga nr 48135/06; wyrok ETPCz z dnia 14 kwietnia 2009 roku w sprawie *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, skarga nr 37374/05; wyrok ETPCz z dnia 28 listopada 2013 roku w sprawie *Österreichische Vereinigung (...) przeciwko Austrii*, skarga nr 39534/07. Zob. też J. Taczkowska-Olszewska, *op. cit.*, s. 35 n.; I. Kondak, *Prawo do informacji publicznej w świetle standardów Rady Europy*, „Państwo i Prawo” (dalej: PiP) 2007, nr 3, s. 72 n.

Prawna ochrona prawa do informacji jest też przedmiotem regulacji Unii Europejskiej, przede wszystkim Karty praw podstawowych Unii Europejskiej²⁸. Podobnie jak we wcześniej przywoływanych aktach prawa międzynarodowego prawo do informacji jest tu związane z wolnością wypowiedzi. Zgodnie z art. 11 karty każdy ma prawo do wolności wypowiedzi, która obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe. Do Karty praw podstawowych UE oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności bezpośrednio nawiązują także postanowienia traktatu o Unii Europejskiej²⁹. Zgodnie z art. 6 traktatu o UE prawa podstawowe zagwarantowane we wskazanej konwencji oraz wynikające ze wspólnych państwom członkowskim tradycji konstytucyjnych stanowią część praw Unii jako zasady ogólne.

Bardzo dużo miejsca prawu do informacji poświęca przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 roku Konwencja o prawach dziecka³⁰. Zapewnia ona dziecku prawo do swobodnej wypowiedzi, w ramach którego mieści się swoboda poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei wszelkiego rodzaju, bez względu na granice (art. 13). Naturalnie konwencja podkreśla prawo dziecka do pobierania nauki (art. 28), a ponadto wskazuje na szczególne znaczenie środków masowego przekazu, zwłaszcza mediów, w rozwoju dzieci w kontekście przekazywanych im informacji. Mając to na względzie, strony konwencji zostały zobowiązane do zapewnienia dzieciom dostępu do informacji oraz materiałów pochodzących z różnorodnych źródeł krajowych i międzynarodowych, które powinny kształtować odpowiedni psychofizyczny rozwój dzieci (art. 17).

W polskim systemie prawnym prawo do informacji znajduje umocowanie przede wszystkim w art. 54 oraz 61 Konstytucji RP³¹. Stanowią one podstawę i gwarancję wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54), a także uzyskiwania informacji o działalności władzy publicznej i osób pełniących funkcje publiczne (art. 61)³². Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu. Ograniczenie wskazanego prawa może nastąpić wyłącznie ze względu na określoną w ustawach ochronę wolności i praw

²⁸ Ogłoszona 7 grudnia 2000 roku, weszła w życie 1 grudnia 2009 roku (Dz.U. UE C 326/391).

²⁹ Dz.U. UE C/326/13.

³⁰ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 z późn. zm.

³¹ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

³² Szerzej zob. T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności...*, s. 91.

innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa. Szczegółowe zasady dostępu do tego typu informacji reguluje ustawa o dostępie do informacji publicznej³³. Oprócz niej obowiązują również inne akty prawne czyniące życie publiczne bardziej transparentnym³⁴.

Wskazane tylko przykładowo źródła prawa do informacji to zaledwie wąski wycinek regulacji dotyczących prawa do informacji i informacji w ogóle. Prawo do informacji można odnaleźć w prawie do nauki, prawie dostępu do informacji publicznej, ale także w działalności mediów (na przykład prawo prasowe, ustawa o radiofonii i telewizji), w prawie spółek (dostęp wspólników do informacji o działalności wspólników w zakresie prowadzenia spraw spółki, prawo rynku kapitałowego), w prawie konkurencji — czy to w zakresie ochrony konsumenta (na przykład ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, kodeks cywilny), czy ochrony rynku lub konkurentów i innych uczestników rynku (na przykład ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów) — bądź w prawach pacjenta (ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta). Liczne akty prawne nakładają obowiązki sprawozdawcze na przedsiębiorców; postępowania kontrolne i nadzorcze nie byłyby możliwe, gdyby właściwe organy nie miały dostępu do informacji o działalności podmiotów kontrolowanych (nadzorowanych).

Problematyka prawa do informacji naturalnie wiąże się również z ochroną określonych informacji i dostępu do nich (informacji poufnych, niejawnych, tajemnicą przedsiębiorstwa, tajemnicą zawodową czy ochroną danych osobowych). Regulacje prawa do informacji przenikają prawo prywatne i publiczne, odnoszą

³³ Ustawa z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2176). Zgodnie z art. 1 tej ustawy informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych i podlega ona ujawnieniu na zasadach określonych w tej ustawie. Szerzej zob. M. Kłaczynski, S. Szuster, *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2003, LEX/el.; T.R. Aleksandrowicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2008; I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2016; P.M. Sitniewski, *Odmowa dostępu do informacji publicznej. Przesłanki, granice, procedura*, Warszawa 2020; T. Górzyńska, *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] *Miscellanea iuridica*, t. 4. *Problemy samorządu terytorialnego. Dostęp do informacji publicznej*, red. A. Drogoń, A. Lityński, G. Sibiga, Tychy 2004, s. 126–140; *eadem*, *Zasada jawności administracyjnej*, PiP 1998, nr 6; *eadem*, *Prawo do informacji i zasada jawności...*, s. 32.

³⁴ Na przykład ustawa z dnia 21 listopada 2008 roku o pracownikach samorządowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1282); ustawa z dnia 29 czerwca 1995 roku o statystyce publicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 443); ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 713); ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 920); ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1668). Zob. też zalecenie Rady Europy nr R(81)19 z dnia 25 listopada 1981 roku w sprawie dostępu do informacji pozostających w posiadaniu władz publicznych; zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy nr R(91)10 z dnia 9 września 1991 roku w sprawie udostępniania osobom trzecim danych osobowych pozostających w posiadaniu władz publicznych; zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy nr (96)10 z dnia 11 września 1996 roku odnoszące się do gwarancji niezależności dla nadawców publicznych.

się do działań organów władzy publicznej, przedsiębiorców i osób prywatnych, konsumentów, inwestorów, organizatorów i beneficjentów rozmaitych projektów i programów. Tymczasem informacja stanowi zwykle niedoceniany, czasami wręcz bagatelizowany, element systemu prawa i naszego życia. Wydaje się, że zwłaszcza w dzisiejszych czasach, opartych na nowoczesnych technologiach umożliwiających gromadzenie i przekazywanie niezliczonej ilości danych i informacji, z których korzystają zarówno władze publiczne, przedsiębiorcy, jak i osoby prywatne, prawo do informacji zasługuje na więcej uwagi, a jego pozycja wśród zasad prawa powinna być postrzegana jako kluczowa.

Bibliografia

- Adamski A., *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000.
- Aleksandrowicz T.R., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Banaszak B., *Zagadnienia podstawowe. Terminologia*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003.
- Bidziński M., Chmaj M., Szustakiewicz P., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Complak K., *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006.
- Fajgielski P., *Informacja w administracji publicznej — prawne aspekty gromadzenia, udostępniania i ochrony*, Warszawa 2007.
- Górzyńska T., *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] *Miscellanea iuridica*, t. 4. *Problemy samorządu terytorialnego. Dostęp do informacji publicznej*, red. A. Drogoń, A. Lityński, G. Sibiga, Tychy 2004.
- Górzyńska T., *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] *Prawo informacji*, red. W. Góralczyk, Warszawa 2006.
- Górzyńska T., *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999.
- Górzyńska T., *Zasada jawności administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 6.
- Hinds J., Williams E.J., Joinson A.N., “It Wouldn’t Happen to Me”: *Privacy Concerns and Perspectives Following the Cambridge Analytica Scandal*, „International Journal of Human-Computer Studies” 143, 2020.
- Izdebski H., *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007.
- Kamińska I., Rozbicka-Ostowska M., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kamiński I.C., *Prawo do uzyskania informacji w europejskiej konwencji praw człowieka — cicha strasburska rewolucja*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 14, 2016.
- Kłaczyński M., Szuster S., *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2003, LEX/el.
- Kondak I., *Prawo do informacji publicznej w świetle standardów Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 3.
- Kunicka-Michalska B., *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXX i XXXIII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000.

- Łopatka A., *System międzynarodowej ochrony praw człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wiśniewski, Bydgoszcz-Poznań 2000.
- Maciejewski M., *Prawo do informacji — zagadnienia podstawowe*, [w:] *Prawo informacji, prawo do informacji*, red. W. Góralczyk, Warszawa 2006.
- Manokha I., *Surveillance: The DNA of Platform Capital — The Case of Cambridge Analytica Put into Perspective*, „Theory & Event” 21, 2018, nr 4.
- Mikułowski-Pomorski J., *Informacja i komunikacja. Pojęcia, wzajemne relacje*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1988.
- Morawska E.H., *Prawa konstytucyjne człowieka i obywatela w Rzeczypospolitej Polskiej a prawa podstawowe Unii Europejskiej. Analiza prawnoporównawcza*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 1.
- Mrozowski M., *Media masowe. Władza, rozrywka i biznes*, Warszawa 2001.
- Peruzzi A., Zollo F., Quattrocioni W., Scala A., *How News May Affect Markets' Complex Structure: The Case of Cambridge Analytica*, „MDPI: Entropy” 20, 2018, nr 10.
- Sitniewski P.M., *Odmowa dostępu do informacji publicznej. Przesłanki, granice, procedura*, Warszawa 2020.
- Sobczak J., *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Szpor G., *Pojęcie informacji a zakres ochrony danych*, [w:] *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, red. P. Fajgielski, Lublin 2008.
- Taczkowska-Olszewska J., *Dostęp do informacji publicznej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2014.
- Taczkowska-Olszewska J., Nowikowska M., *Prawo do informacji publicznej. Informacje niejawne. Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2019.
- Taras W., *Informowanie obywateli przez administrację*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992.
- Wilson R., *Cambridge Analytica, Facebook, and Influence Operations: A Case Study and Anticipatory Ethical Analysis*, odczyt na konferencji „European Conference on Cyber Warfare and Security”, 2019.

Information and the Right to Information: Selected Issues

Summary

The article presents a general outline of the meaning of information and the right to information in the legal system. The author refers to selected definitions of information formulated in the literature, both in broad perspective and in the context of particular scientific fields, presenting his own proposal for the understanding of information and data. Subsequent comments consider the legal aspect of the meaning of information in human life and its connection to selected human rights.

Keywords: information, right to information, international and European sources of the right to information.

EUGENIA FOJCIK-MASTALSKA

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)
mastalscy@gmail.com

RYSZARD MASTALSKI

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)
mastalscy@gmail.com

O niezależności banku centralnego raz jeszcze

Abstrakt: Podjęcie ponownie problematyki niezależności banku centralnego, będącej utrwaloną już i dostatecznie omówioną w piśmiennictwie zasadą, ma na celu ocenę jej funkcjonowania we współczesnej praktyce polskiej. W wyniku przeprowadzonych rozważań, dokonywanych na podstawie obowiązujących rozwiązań prawnych i ich stosowania, sformułowane zostały krytyczne uwagi dotyczące przede wszystkim przyczyn pogarszającej się sytuacji w sektorze monetarnym i widocznego spadku wartości nabywczej polskiej waluty. Są one w znacznej mierze związane z nadmiernym wspieraniem przez bank centralny interesów fiskalnych państwa kosztem stabilnej wartości waluty, podczas gdy niezmiennie priorytetem dla banku centralnego jako instytucji emisyjnej powinna być ochrona waluty.

Słowa kluczowe: niezależność banków centralnych, misja publiczna instytucji emisyjnej, polityka pieniężna banku centralnego, relacje między sektorem monetarnym a fiskalnym finansów publicznych.

1.

Bankowość centralna jest już przedmiotem wielu opracowań ekonomicznych i prawnych. Prawny punkt widzenia na istotę i rolę banku centralnego reprezentuje głównie piśmiennictwo z dziedziny prawa rynku finansowego. Jest to dział zawierający regulacje dotyczące różnego rodzaju usług finansowych świadczonych przez upoważnione do tego instytucje finansowe, spośród których wyróżniają się ze względu na swoje znaczenie usługi typu kredytowego świadczone przez banki. Usługi kredytowe (bankowe) oferowane są na rynku finansowym na zasadach ko-

mercyjnych, jednakże według obowiązujących regulacji prawnych i pod publicznym nadzorem, a ponadto poddane są oddziaływaniu — zasadniczo o charakterze ekonomicznym, a więc niewładczym — ze strony szczególnej, jedynej instytucji bankowej mającej przywilej emisyjny, to jest ze strony banku centralnego.

Bank centralny jest w systemie bankowym usytuowany na innym, wyższym niż banki komercyjne, poziomie i sam nie prowadzi działalności bezpośrednio na rynku. Będąc odpowiedzialnym za stabilną wartość pieniądza krajowego, realizuje bowiem szczególną i ogromnie doniosłą misję publiczną; nierzadko nazywa się go zatem władzą monetarną. Ponadto, oprócz funkcji emisyjnej, pełni on funkcje banku banków i banku państwa. Ponieważ mechanizm emisji pieniądza wykorzystuje metodę kredytową, konieczne jest wyposażenie banku centralnego w ustawowe narzędzia oddziaływania na rynek usług kredytowych, czyli na banki komercyjne.

Poczynione tu wstępne uwagi mają na celu wskazanie ogólnego kontekstu dla tytułowego problemu niniejszego opracowania; dotyczą one spraw na ogół powszechnie znanych, zwłaszcza w środowisku fachowym, zarówno wśród teoretyków, jak i praktyków. Dlatego też wydaje się, że można w tym miejscu poprzestać na tym bardzo ogólnym zarysowaniu, aby właściwie uzasadnić potrzebę możliwie wielostronnego omówienia problemu niezależności banku centralnego.

2.

Status prawny, cele i zadania oraz sposób funkcjonowania polskiego banku centralnego, którym jest Narodowy Bank Polski¹, podlegają regulacji odrębnej niż ustawa Prawo bankowe (dotycząca banków działających na rynku usług depozytowo-kredytowych), a mianowicie samej Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (art. 227) oraz ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 roku o Narodowym Banku Polskim². Bank centralny nie jest organem państwa, chociaż prawo przypisało mu niektóre atrybuty takiego organu, można natomiast zaliczyć ten podmiot do kategorii osób prawnych prawa publicznego i to konstytucyjnie kreowanych ze względu na ich szczególne cele i zadania. Każdy współczesny bank centralny ma bowiem na celu realizację emisji pieniądza krajowego (na obszarze strefy euro emisję wspólnego pieniądza realizuje Europejski Bank Centralny — EBC), oddziałując odpowiednio do założeń swej polityki pieniężnej na cały system bankowy. Emisja pieniądza powinna tu być zatem rozumiana szeroko, gdyż

¹ Dalej rozważania prowadzone będą głównie, opierając się na prawie i praktyce polskiej.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2027; dalej: ustawa. W tym samym dniu przyjęta została również ustawa Prawo bankowe; ustaliła się już reguła, że obie te ustawy są procedowane łącznie, gdy chodzi o ich całościowe wersje, co nie wyklucza ich wielokrotnych odrębnych nowelizacji w miarę pojawiających się potrzeb.

obejmuje zarówno pieniądź gotówkowy (banknoty i monety), jak i bezgotówkowy, wprowadzany do obiegu metodą kredytową. Poza samą emisją pieniądza do misji banku centralnego należy także dbałość o stabilność waluty, czyli o jej stałą (z zastrzeżeniem pewnych granic dopuszczalnych odchyień) wartość nabywczą, co można też ujmować jako dbałość o stabilność cen. Tak właśnie ujmuje cel NBP zarówno Konstytucja RP, jak i ustawa (z zastrzeżeniem pewnej odrębności ujęć językowych, o czym dalej).

Konstytucja RP w art. 227 ust. 1 stanowi, że Narodowemu Bankowi Polskiemu jako bankowi centralnemu państwa przysługuje wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej oraz że odpowiada on za wartość polskiego pieniądza. W ustawie (art. 3 ust. 1) mowa natomiast o podstawowym celu działalności NBP, jakim jest utrzymanie stabilnego poziomu cen przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej rządu, o ile nie ogranicza to celu podstawowego NBP. Ostatnia fraza przywołanego przepisu ustawy wymaga szczególnej uwagi oraz ścisłej interpretacji. Wskazuje ona bowiem wyraźnie, że wspieranie polityki gospodarczej rządu poprzez instytucję emisyjną jest celem drugoplanowym NPB oraz że wspieranie takie nie może zagrażać stabilności waluty (wyrażanej stabilnością cen). Istnieje zatem granica, poza którą bank centralny nie może wykroczać, wspierając politykę rządową. Można też odczytywać to zdanie jako ustawowy zakaz zbyt daleko idącego, bo szkodzącego walucie, wspierania polityki gospodarczej rządu.

Bank centralny stoi na czele dwustopniowego systemu bankowego, reprezentując pion czy też sektor monetarny finansów publicznych. Drugi pion tych finansów nosi nazwę fiskalnego (niekiedy określanego nadal — zgodnie ze starszym ujęciem językowym — skarbowym) i reprezentowany jest głównie przez ministra finansów działającego w imieniu i w interesie Skarbu Państwa, a w ogólniejszym ujęciu przez rząd. Między obydwoma pionami istnieją określone ekonomicznie i prawnie typy powiązań, choć nie brakuje również pewnych sprzeczności interesów. Harmonijne ich współdziałanie jest pożądane, ale — jak już ogólnie wskazano — nie zawsze łatwe, gdyż przede wszystkim nie może szkodzić kondycji waluty. Stabilna, możliwie silna waluta jest wszakże warunkiem stabilności gospodarki danego kraju w ogóle³. Najdalej idącym zagrożeniem dla kondycji waluty byłoby finansowanie deficytu budżetowego kraju przez zadłużanie się rzą-

³ W nowelizacjach aktów prawnych dotyczących NBP (nie tylko samej ustawy o NBP) coraz częściej mówi się nie tyle czy nie tylko o dążeniu do stabilności cen, ile o działaniach na rzecz stabilności systemu finansowego w szerszym rozumieniu. Więcej o relacji tych celów zob. E. Fojcik-Mastalska, *Bank centralny*, [w:] *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2016, s. 527 n. O znaczeniu zaś stabilności finansowej dla stabilności i bezpieczeństwa ogólnogospodarczego często mowa ostatnio w związku z nowymi pokryzysowymi regulacjami unijnymi dotyczącymi zmian w Europejskiej Sieci Stabilności Finansowej, w tym stworzenia nadzoru makroekonomicznego. Por. A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008; M. Fedorowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.

du w banku centralnym, dlatego tego rodzaju działania są zakazane przez samą Konstytucję RP (art. 220 ust. 2)⁴.

Organami NBP są prezes, Rada Polityki Pieniężnej i zarząd; szczególne zasady powoływania i odwoływania tych organów, jak też organizację i zasady działania NBP określa ustawa (art. 227 ust. 2 i 7 Konstytucji RP). W odniesieniu do organów NBP sama zaś Konstytucja stanowi, że Prezes NBP powoływany jest przez Sejm na wniosek Prezydenta RP na okres sześciu lat oraz że nie może on należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej niedającej się pogodzić z godnością jego urzędu (art. 227 ust. 3 i 4); członków Rady Polityki Pieniężnej powołują na sześć lat w równej liczbie Prezydent RP, Sejm i Senat spośród osób wyróżniających się wiedzą z zakresu finansów, a przewodniczącym rady jest Prezes NBP (art. 227 ust. 5). Regulacja ta, dająca prezesowi i Radzie Polityki Pieniężnej wysoką rangę instytucjonalną, wynika z potrzeby umocnienia również tą drogą niezależności banku centralnego.

Ponieważ rada i zarząd są organami kolegialnymi, często mówi się, że sposób kierowania bankiem centralnym ma charakter kolegialny. Organom kolegialnym przewodniczy jednak Prezes NBP, co niewątpliwie daje mu znaczący, a nawet decydujący wpływ na podejmowane przez nie decyzje. Dlatego też chociaż formalnie głównym zadaniem prezesa jest obecnie reprezentowanie banku centralnego, a przez to również całego systemu bankowego, a raczej może właśnie dlatego, organ ten wysunięty jest na plan pierwszy zarówno przez całość regulacji prawnej, jak i utrwaloną praktykę, a jego znaczenie i działania są ogromnie istotne i bacznie obserwowane, zarówno w relacjach wewnętrznych, jak i zagranicznych. Wypowiedzi prezesa banku centralnego mają charakter oficjalnych oświadczeń, komunikując stanowisko banku centralnego w kwestiach ważkich dla kondycji waluty; w relacjach rynkowych odczytuje się je jako komentarz do bieżących, nieraz newralgicznych sytuacji, a także jako wskazania kierunków działania tego banku na przyszłość, co oczywiście powoduje określone reakcje uczestników rynku, zarówno profesjonalnych instytucji finansowych, jak i ich klientów, w tym inwestorów zagranicznych. Dlatego też mówi się o komunikacji banku centralnego z rynkiem, oczekując, że działalność taka będzie przemyślana i świadoma wynikających z niej konsekwencji.

⁴ Por. ponadto przepis art. 216 ust. 1 Konstytucji RP, w którym odsyła się do odrębnych regulacji ustawowych przy nabywaniu, zbywaniu i obciążaniu nieruchomości, udziałów lub akcji oraz emisji papierów wartościowych przez Skarb Państwa, Narodowy Bank Polski lub inne państwowe osoby prawne.

3.

We współczesnych rozwiniętych gospodarkach utrwaliła się już, mimo pewnych wcześniejszych kontrowersji, zasada niezależności banków centralnych. W piśmiennictwie omawia się tę niezależność w aspekcie instytucjonalnym, funkcjonalnym (w jego ramach niekiedy wyodrębnia się aspekt personalny) oraz finansowym⁵. W swym całokształcie, niezależnie od punktu widzenia, świadczą one o uznaniu konieczności uniezależnienia banku centralnego od różnego rodzaju nacisków zewnętrznych, aby można było oczekiwać, że będzie on mógł czynić wszystko co trzeba dla zachowania stabilnego, silnego pieniądza krajowego, który jest dla kraju wartością godną tych wysiłków, będąc niejako świadectwem czy wykładnikiem dobrego stanu jego gospodarki. Dlatego też misję banku centralnego traktuje się na gruncie prawa w kategoriach obowiązku; w Konstytucji RP wyraża się to w zdaniu, że Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza (art. 227 ust. 1 *in fine*). W przepisach ustawy traktuje się utrzymanie stabilnego poziomu cen w znaczeniu trwałej wartości nabywczej waluty jako podstawowy cel działalności NBP, o czym była już mowa, stawiając jednocześnie ten cel jako granicę kompromisu przy równoczesnym wspieraniu przezeń polityki gospodarczej rządu. Skoro chodzi tu o konstytucyjny obowiązek banku centralnego, należy się spodziewać, że jego niedopełnianie — zarówno przez działania, jak i zaniechania — szkodzące kondycji waluty powinno powodować co najmniej odpowiedzialność typu politycznego Prezesa NBP, w którego osobie personifikuje się niejako niezależność instytucji emisyjnej. Nie ma bowiem niezależnego banku centralnego bez prawdziwie niezależnego prezesa takiego banku.

O odpowiedzialności banku centralnego, któremu obowiązująca regulacja prawna przyznaje atrybut niezależności, niewiele prawo polskie stanowi. Piśmiennictwo słusznie uznaje to (aczkolwiek niestety dość rzadko) za mankament obowiązującej regulacji, gdyż w parze z przypisaną bankowi centralnemu niezależnością powinna iść odpowiedzialność na podstawie systematycznej publicznej oceny⁶. Sprzyjałoby to właściwej współpracy między bankiem centralnym a parla-

⁵ Za niezależność instytucjonalną uważa się w piśmiennictwie odpowiednie usytuowanie w systemie władzy publicznej oraz — co nierzadko traktowane jest jako odrębny, personalny wymiar niezależności — sposób powoływania i odwoływania organów banku centralnego, ich kadencyjność i nieusuwalność w okresie kadencji. Niezależność funkcjonalna rozumiana jest jako uprawnienie banku centralnego do samodzielnego kształtowania i realizacji polityki pieniężnej, niezależność zaś finansowa jako stosowanie zasad tworzenia i podziału funduszy takiego banku, uniemożliwiających wywieranie nacisku finansowego na jego decyzje.

⁶ Problem ten szerzej omawia W. Baka, *Niezależność i odpowiedzialność banku centralnego*, „Prawo Bankowe” 2002, nr 5, s. 24 n.; podobnie C. Kosikowski, *Pozycja Narodowego Banku Polskiego i jego organów w prawie polskim (stan obecny i postulaty na przyszłość)*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 11, s. 21 n.

mentem i rządem w dążeniach do podejmowania decyzji optymalnych dla gospodarki, a przy tym nienaruszających ustawowych prerogatyw tych instytucji⁷.

Konstytucja przewiduje obowiązek składania Sejmowi przez Radę Polityki Pieniężnej sprawozdania z wykonania założeń polityki pieniężnej (prezentowanych Sejmowi wraz z projektem ustawy budżetowej) w ciągu pięciu miesięcy od zakończenia roku budżetowego (art. 227 ust. 6). Sprawozdanie to jest oceniane przez Sejm na podstawie analizy wykonania przyjętych uprzednio samodzielnie przez radę corocznych założeń polityki pieniężnej przeprowadzanej przez Najwyższą Izbę Kontroli, z ewentualnością pewnych zastrzeżeń czy nawet jego nieprzyjęcia (odrzućenia). Nie ma jednak mowy o dalszych konsekwencjach takiego stanowiska Sejmu; natomiast nieprzyjęcie sprawozdania nie może być jedną z przyczyn ewentualnego odwołania prezesa w okresie kadencji, które enumeratywnie wymienia ustawa w art. 9 ust. 5. Ponadto Konstytucja przewiduje możliwość odpowiedzialności Prezesa NBP przed Trybunałem Stanu (art. 198 ust. 5), co jednak jest już, zwłaszcza w praktyce polskiej, wielką rzadkością. Jedynie przepis art. 9 ust. 5 pkt 3 ustawy przewiduje możliwość odwołania Prezesa NBP w okresie kadencji, jeżeli Trybunał Stanu orzekł wobec niego zakaz zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwowych. Należy ponadto sądzić, że jedną z naturalnych konsekwencji poważnych zastrzeżeń co do wykonywania założeń polityki pieniężnej przez bank centralny, czy też nawet nieprzyjęcia sprawozdania przez Sejm jako s.g. wotum nieufności, powinno być niepowołanie jego prezesa na drugą kadencję.

4.

Niezależność banków centralnych (szczególnie wobec rządów) jest już w krajach członkowskich Unii Europejskiej ostatecznie ugruntowana. Począwszy od traktatu z Maastricht, w którym zyskała walor tak zwanego piątego kryterium konwergencji warunkującej uczestnictwo w Europejskiej Unii Walutowej, czyli przystąpienie do strefy euro, wzorowana jest na niezależności przypisanej Europejskiemu Bankowi Centralnemu. Utrwaliła się ona ostatecznie po powołaniu do życia w 2014 roku europejskiej unii bankowej⁸, która dodatkowo — w wyniku doświadczeń kryzysu finansowego ujawnionego w 2008 roku — poszerzyła

⁷ W. Baka, *op. cit.*, s. 24.

⁸ Podstawę Europejskiej Unii Bankowej tworzą regulacje instytucjonalne ustanawiające jednolity zbiór przepisów (dyrektyw i rozporządzeń), jednolity mechanizm nadzorczy oraz jednolity system gwarantowania depozytów. Szerzej omawia te sprawy A. Jurkowska-Zeidler, *Prawo unii bankowej*, [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, red. A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Warszawa 2016, s. 74 n.; zob. także T. Nieborak, *Unia bankowa — w stronę*

kompetencje EBC w sferze nadzoru nad instytucjami finansowymi⁹. Oznacza to, że dla bezpieczeństwa i stabilności rynku finansowego za konieczne uznano większe zaangażowanie instytucji emisyjnej też w nadzór (i to zarówno mikro-, jak i makroostrożnościowy) nad instytucjami kredytowymi, która w razie konieczności może także stosować instrumenty o charakterze władczym. Przyjęte w UE rozwiązania kreujące unię bankową obowiązują w określonej mierze również kraje nienależące jeszcze do strefy euro, zważywszy na zasadę jednolitości rynku finansowego Unii. Po przyjęciu euro pozycja krajowych banków centralnych (reprezentowanych zwykle przez ich gubernatorów) ulegnie jednak znacznemu wzmocnieniu; będzie to też powodowało konieczność odpowiedniego przystosowania krajowych regulacji prawnych, łącznie z regulacją konstytucyjną dotyczącą banków centralnych. Nie sposób w tym miejscu rozwijać szerzej tego obszernego zagadnienia, dlatego pozostaje stwierdzić, że rysujące się na przyszłość zmiany zdecydowanie umocnią zasadę niezależności krajowych banków centralnych wedle wzorca, jakim jest pozycja prawna i rola EBC, dające mu dominujący wpływ na funkcjonowanie unii bankowej.

5.

Ze względu na znaczenie banku centralnego i całego pionu monetarnego utarła się słuszna praktyka powoływania na urząd prezesa takiego banku, a także na członków jego organów kolegialnych, osób wyróżniających się nie tylko wiedzą i doświadczeniem w dziedzinie bankowości, ale również mających przymioty osobowości dające przeświadczenie, że będą oni umieli udźwignąć „ciężar niezależności”. Nie zawsze bowiem jest łatwo podejmować decyzje najsłuszniejsze dla pełnionej misji publicznej i godności swego urzędu, na przykład działając na przekór wywieranym zewnętrznym naciskom. Największym jednak zagrożeniem wydaje się polityczne uwikłanie formalnie niezależnego decydenta, które może mieć miejsce mimo konstytucyjnie wymaganego braku przynależności do partii politycznej czy związku zawodowego, przy nadal trwających wewnętrznych skłonnościach do wspierania danej formacji politycznej. Wtedy największego znaczenia nabierają bowiem takie cechy charakteru konkretnej osoby, dzięki którym potrafi ona odsunąć na bok własne sympatie w imię obowiązku i zrozumienia godności pełnionego urzędu.

bezpieczeństwa i stabilności rynku finansowego Unii Europejskiej, [w:] *Prawo rynku finansowego...*, s. 94 n.

⁹ Powołane do życia w 2010 roku europejskie urzędy nadzoru nad poszczególnymi sektorami rynku finansowego funkcjonują przy przeważającym udziale EBC. Szerzej zob. M. Fedorowicz, *Nadzór makroostrożnościowy w Polsce*, Poznań 2019, s. 116 n.

Jak postrzegany jest w odbiorze społecznym sam prezes banku centralnego, tak również widziana jest cała instytucja, którą reprezentuje. Chodzi przy tym nie tylko o jawne i łatwo dostrzegalne działania banku centralnego, ale i o te, które nie są podawane do wiadomości publicznej, ale ujawniają się poprzez swoje skutki w sferze monetarnej (walutowej) i nie tylko — często również w sferze fiskalnej oraz ogólnogospodarczej. Najlepiej jednak obserwuje się skutki określonej polityki banku centralnego w praktyce poprzez ocenę kondycji waluty krajowej. Osłabienie waluty — także jej siły nabywczej, zwykle przez nadmierny wzrost inflacji, wyrażające się też niekorzystną zmianą kursów walutowych — rodzi pytania o rolę banku centralnego wobec powodujących to zjawisk czy tendencji, które co prawda mogą mieć po części charakter obiektywny (będąc rezultatem zewnętrznych niekorzystnych trendów, na które dany kraj ma ograniczony albo żaden wpływ, takich jak na przykład sytuacja na rynkach międzynarodowych pewnych dóbr, polityka innych krajów czy też pandemia), częściowo jednakże poddają się określonemu przeciwdziałaniu ze strony banku centralnego właściwie wykonującego swą konstytucyjną misję „strażnika waluty”. W takich sytuacjach, wzbudzających wątpliwości, ale przede wszystkim negatywnie wpływających na kondycję waluty, ogromnie ważna jest właściwa komunikacja z własnym społeczeństwem i z rynkami, co leży w sferze kompetencji prezesa banku centralnego.

Nie chcąc w tym miejscu uderzać w tony publicystyczne i włączać się w wypowiedzane w mediach społecznościowych różne, często negatywne, oceny polityki pieniężnej polskiego banku centralnego, zwłaszcza w ostatnim okresie narastającej inflacji wzbudzającej wiele zrozumiałych emocji, trzeba — kończąc rozważania o znaczeniu niezależności banku centralnego i jego prezesa — wskazać też na współdziałanie rządu w kształtowaniu się niekorzystnej dla waluty sytuacji¹⁰. Współdziałanie banku centralnego z rządem polegało zaś, jak się zdaje, na nadmiernej „przychylności” banku dla interesów fiskusa i na cichym akceptowaniu takiej polityki rządowej, która wywołała i następnie podsyciała tendencje inflacyjne w gospodarce, co zbiegło się z oddziaływaniem w tym kierunku trendów zewnętrznych. Z pewnością jednak inflacja i obniżająca się wartość polskiej waluty nie są jedynie wynikiem tych zewnętrznych czynników. Można mieć również wielkie zastrzeżenia co do jakości komunikacji Prezesa NBP ze społeczeństwem i rynkami.

Opisana tu pokrótce sytuacja doprowadziła niestety do spadku prestiżu i dużego dotąd autorytetu, jakim długo cieszył się NBP jako niezależny bank centralny i jego kolejni prezesi. Nie chodzi tu jedynie o straty wizerunkowe, ale o faktycznie negatywne dla waluty skutki. Szkoda, że właśnie w Polsce okazuje się w praktyce, jak nie powinno wyglądać współdziałanie banku centralnego z rządem czy też — delikatniej to ujmując — jak ważne jest rozumienie i respektowanie nie

¹⁰ Jest to obszerny problem, mający głównie charakter ekonomiczny, a także aspekty polityczne, których nie sposób podjąć szerzej w tym opracowaniu.

tylko litery prawa w tym zakresie, ale i ekonomicznej, obiektywnej w charakterze natury tych powiązań.

Bibliografia

- Baka W., *Niezależność i odpowiedzialność banku centralnego*, „Prawo Bankowe” 2002, nr 5.
- Fedorowicz M., *Nadzór makroostrożnościowy w Polsce*, Poznań 2019.
- Fedorowicz M., *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Fojcik-Mastalska E., *Bank centralny*, [w:] *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2016.
- Jurkowska-Zeidler A., *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Jurkowska-Zeidler A., *Prawo unii bankowej*, [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, red. A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Warszawa 2016.
- Kosikowski C., *Pozycja Narodowego Banku Polskiego i jego organów w prawie polskim (stan obecny i perspektywy na przyszłość)*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 11.
- Nieborak T., *Unia bankowa — w stronę bezpieczeństwa i stabilności rynku finansowego Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, red. A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Warszawa 2016.

On the Independence of the Central Bank Once Again

Summary

Taking up the issue of central bank independence once again, which is a principle already established and sufficiently discussed in the literature, is aimed at assessing its functioning in contemporary Polish practice. As a result of the deliberations carried out on the basis of the relevant legal regulations and their application, critical comments were formulated concerning mainly the causes of the deteriorating situation in the monetary sector and the apparent decline in the purchasing value of the Polish currency. They are largely related to the central bank's excessive support for the fiscal interests of the state at the expense of the stable value of the currency, while protection of the currency should be a constant priority for the central bank as an issuing institution.

Keywords: independence of central banks, public mission of the issuing institution, monetary policy of the central bank, relations between the monetary sector and the fiscal sector of public finances.

PAWEŁ KLUSEK

ORCID: 0000-0003-3548-9734

Uniwersytet Wrocławski

paul.klusek@gmail.com

Regulacja zawodów zaufania publicznego w społecznej gospodarce rynkowej

Abstrakt: Wraz z uchwaleniem Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku obowiązującym systemem gospodarczym stała się społeczna gospodarka rynkowa. Wydaje się, że przyjęcie nowego ustroju gospodarczego wpłynęło na możliwość prawnej regulacji zawodów zaufania publicznego, o których wspomina art. 17 ust. 1 Konstytucji. Celem niniejszej pracy jest ustalenie, w jaki sposób ustawodawca powinien regulować zawody zaufania publicznego w warunkach społecznej gospodarki rynkowej.

Słowa kluczowe: społeczna gospodarka rynkowa, zawody zaufania publicznego, wolność wykonywania zawodu, samorząd zawodowy.

Wstęp

Wydaje się, że przyjęcie społecznej gospodarki rynkowej wpłynęło na sposób regulacji podejmowania i wykonywania aktywności zawodowej. Dotyczy to zwłaszcza zawodów zaufania publicznego, których podejmowanie i wykonywanie uzależnione jest od spełnienia licznych wymogów ustawowych. W związku z tym celem niniejszej pracy będzie ustalenie, czym powinien kierować się ustawodawca w procesie regulacji zawodów zaufania publicznego w warunkach społecznej gospodarki rynkowej. Aby odpowiedzieć na to pytanie, najpierw zostaną omówione pojęcia społecznej gospodarki rynkowej i zawodu zaufania publicznego.

Przedmiotem badań będą przepisy Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 roku, a także obowiązujące ustawodawstwo ze szczególnym uwzględnieniem przepisów regulujących podejmowanie i wykonywanie zawodów zaufania publicznego. Analizie zostanie poddane również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

i poglądy przedstawicielei doktryny prawniczej, w których wielokrotnie poruszano problematykę społecznej gospodarki rynkowej oraz podejmowano liczne próby ustalenia cech zawodu zaufania publicznego.

Pojęcia „zawód zaufania publicznego” i „społeczna gospodarka rynkowa”

Aktualnym ustrojem gospodarczym Rzeczypospolitej Polskiej jest społeczna gospodarka rynkowa. Wynika to z treści art. 20 Konstytucji, który stanowi, że: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Koncepcja społecznej gospodarki rynkowej narodziła się w Republice Federalnej Niemiec po II wojnie światowej. Ma swe źródło w nurcie ordoliberalizmu, którego założenia były zbliżone do klasycznego liberalizmu, jednak dopuszczały stosowanie interwencjonizmu państwowego w ograniczonym zakresie¹. Twórcy ordoliberalizmu podkreślali konieczność zwalczania monopolii, zwracali uwagę na nieracjonalność nadmiernej ingerencji państwa w gospodarkę oraz promowali indywidualizm w życiu gospodarczym². Tym, co charakteryzowało nurt ordoliberalny, było uznawanie zalet gospodarki rynkowej i jednocześnie dążenie do stworzenia gwarancji sprawiedliwego podziału dóbr. Znalazło to później odzwierciedlenie w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej, będącej systemem łączącym liberalną zasadę wolności rynkowej i socjalny postulat równości szans³.

Wspomniany art. 20 Konstytucji nie tylko ustanawia społeczną gospodarkę rynkową obowiązującym ustrojem społeczno-gospodarczym Rzeczypospolitej Polskiej, ale wskazuje też wartości, na których system ten jest oparty. Przyjmuje się, że ustrojodawca zasadza społeczną gospodarkę rynkową na filarach wolnościowych (wolność działalności gospodarczej, własność prywatna) oraz filarach socjalnych (solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych). W doktrynie istnieje również pogląd, zgodnie z którym katalog wartości wymieniony w art. 20 Konstytucji jest katalogiem otwartym. Oznacza to, że do filarów konstytucyjnego ustroju społeczno-gospodarczego możemy też zaliczyć inne wartości konstytucyjne, jak na przykład poszanowanie pracy (art. 24 Konstytucji), ochronę

¹ Najważniejszymi twórcami teorii ordoliberalnych byli: Alfred Müller-Armack, Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth, Franz Böhm, Wilhelm Röpkke i Ludwig Erhard, którzy stworzyli główne założenia społecznej gospodarki rynkowej.

² T. Grabowski, *Rola państwa w gospodarce RFN (aspekty ogólne i militarno-ekonomiczne)*, Warszawa 1976, s. 13

³ *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 40.

środowiska opartą na zasadzie zrównoważonego rozwoju (art. 5 Konstytucji) czy wolność zawodu (art. 17 ust. 2 i art. 65 ust. 1 Konstytucji)⁴. Widzimy zatem, że społeczna gospodarka rynkowa kładzie nacisk na aspekty zarówno gospodarcze, jak i społeczne, które wzajemnie się przenikają i żadnemu z nich nie przyznaje się pierwszeństwa względem pozostałych. W związku z tym można postawić tezę, że ustawodawca w procesie stanowienia prawa musi mieć na uwadze nie tylko wolności jednostki, ale też interes całego społeczeństwa.

Dobrym tego przykładem będzie tworzenie regulacji warunkujących podejmowanie i wykonywanie zawodów zaufania publicznego. Ta szczególna kategoria profesji pojawiła się w polskim systemie prawnym wraz z momentem wejścia w życie Konstytucji z 1997 roku. Jedynym przepisem ustawy zasadniczej odwołującym się do pojęcia zawodu zaufania publicznego jest art. 17 ust. 1 Konstytucji, stanowiący, że „W drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Ustrojodawca nie wyjaśnił jednak, jak należy rozumieć termin „zawód zaufania publicznego”, co w praktyce rodzi pewne problemy przy kwalifikowaniu zawodów do tej szczególnej kategorii profesji⁵. Brak legalnej definicji zawodu zaufania publicznego starają się uzupełnić doktryna i orzecznictwo, których przedstawiciele podejmują liczne próby wskazania cech charakterystycznych tego typu zawodów⁶.

Duży wkład w ustalenie wyznaczników zawodów zaufania publicznego miał Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK), który w kilku orzeczeniach starał się wyjaśnić znaczenie tego pojęcia⁷. Najbardziej szczegółową analizę pojęcia zawodu zaufania publicznego odnajdziemy w wyroku z dnia 24 marca 2015 roku⁸, dotyczącym deregulacji zawodu urbanisty. Trybunał wskazał w nim sześć wyznaczników charakterystycznych dla zawodów zaufania publicznego:

1. konieczność zapewnienia wykonywania zawodu w sposób prawidłowy i zgodnie z interesem publicznym;

⁴ M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 522; *Prawo gospodarcze...*, s. 41–42; L. Kieres, *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, red. T. Kocowski, J. Gola, Wrocław 2014, s. 181; A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001, s. 106–107. Należy też wspomnieć, że istnieje odmienny pogląd, zakładający, że art. 20 Konstytucji formułuje katalog zamknięty; zob. A. Powalowski, *Spoleczna gospodarka rynkowa w prawie polskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 37, 2017, s. 52.

⁵ W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 25.

⁶ *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 175.

⁷ Wyrok TK z dnia 7 maja 2002 roku, sygn. SK 20/00; wyrok TK z dnia 2 lipca 2007 roku, sygn. K 41/05.

⁸ Wyrok TK z dnia 24 marca 2015 roku, sygn. K 19/14.

2. udzielanie świadczeń i wchodzenie przez przedstawicieli omawianych zawodów w kontakty z osobami fizycznymi w razie wystąpienia potencjalnego lub realnego zagrożenia dóbr o szczególnym charakterze (na przykład życia, zdrowia, wolności, godności, dobrego imienia);

3. staranność i dbałość przedstawicieli omawianych zawodów o interesy osób korzystających z ich usług, troska o ich osobiste potrzeby, a także zapewnienie ochrony gwarantowanych przez Konstytucję praw podmiotowych jednostek;

4. wymaganie szczególnych kwalifikacji do wykonywania omawianych zawodów, obejmujących nie tylko odpowiednie, formalne wykształcenie, ale też nabyte doświadczenie oraz dawanie rękojmi należytego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, z uwzględnieniem szczególnych norm deontologii zawodowej;

5. pozyskiwanie informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z usług przedstawicieli zawodu zaufania publicznego; informacje te stanowią tajemnicę zawodową, a zwolnienie z niej może nastąpić na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks postępowania karnego;

6. względna samodzielność wykonywania zawodu.

Brak legalnej definicji zawodu zaufania publicznego starali się także uzupełnić liczni przedstawiciele doktryny⁹. Przykładowo możemy tu przywołać pogląd Krystyny Wojtczak, która uznała, że do kategorii zawodów zaufania publicznego zaliczają się wolne zawody, dla których można utworzyć samorzady zawodowe sprawujące pieczę nad wykonywaniem zawodu. Autorka podkreśla, że wykonywanie tych zawodów powinno odbywać się z poszanowaniem ustanowionych norm prawnych, etycznych i deontologicznych oraz wiązać się z posiadaniem prawnej ochrony tytułu zawodowego. Stwierdziła ona również, że kluczową cechą zawodu zaufania publicznego jest posiadanie samorządu zawodowego¹⁰.

⁹ J. Hausner, D. Długosz, *Tezy w sprawie zawodu zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny — korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka*, 8 kwietnia 2002 r., red. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002, s. 119–120; W. Wołpiuk, *Samorząd zawodu zaufania publicznego a interes publiczny*, [w:] *Zawody zaufania publicznego...*, s. 144–145; T. Kocowski, *Zawód zaufania publicznego w gospodarce rynkowej — rzeczywistość czy przeżytek*, [w:] *Stare dogmaty — nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2013, s. 145–147; W. Odrowąż-Sypniewski, *W sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 43, s. 71–72; L. Grzonka, J. Kostrubiec, *Zawód zaufania publicznego. Przyczynek do dyskusji*, „Studia Iuridica Lublinsensia” 2007, nr 9, s. 28–29; P. Winczorek, T. Stawecki, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, „Palestra” 2006, nr 7–8, s. 147–148; D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, s. 275–276.

¹⁰ K. Wojtczak, *Reglamentacja form wykonywania zawodów zaufania publicznego w rozwiązaniach prawa polskiego i państw Unii Europejskiej*, [w:] *Zawody zaufania publicznego...*, s. 40.

Innym przykładem może być koncepcja zawodu zaufania publicznego zaproponowana przez Huberta Izdebskiego, który twierdzi, że każdy zawód zaufania publicznego mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „zawód regulowany”. Wskazuje przy tym kilka cech, które odróżniają zawody zaufania publicznego od pozostałych zawodów regulowanych. Autor wymienia tu funkcjonowanie prawnie chronionej tajemnicy zawodowej oraz przynależność do tak zwanych zawodów etosowych¹¹.

Warto też przywołać koncepcję zawodu zaufania publicznego sformułowaną przez Pawła Sarneckiego, która znalazła szerokie uznanie zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Autor ten wskazuje pięć podstawowych wyznaczników, które jego zdaniem charakteryzują zawody zaufania publicznego. Według niego wykonywanie zawodów zaufania publicznego wiąże się z: 1. pełnieniem pewnej funkcji publicznej; 2. powierzaniem osobistych informacji stanowiących dla osoby wykonującej zawód tajemnicę zawodową; 3. istnieniem licznych wymogów warunkujących podjęcie i wykonywanie zawodu, wśród których można wymienić posiadanie kwalifikacji teoretycznych, praktycznych lub etycznych; 4. posiadaniem większego władztwa publicznego przez korporacje zawodowe zrzeszające osoby wykonujące zawody zaufania publicznego; 5. traktowaniem przez samorząd zawodowy ochrony interesów majątkowych swoich członków jako celu drugorzędneho¹².

Analizując przywołane koncepcje, możemy zauważyć, że istnieją pewne cechy zawodów zaufania publicznego, które powtarzają się zarówno w orzecznictwie, jak i poglądach doktryny prawniczej. Często wskazuje się na obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej, wymóg posiadania wysokich kwalifikacji zawodowych, obowiązek wykonywania zawodu zgodnie z normami etycznymi i deontologią zawodową czy posiadanie samorządu zawodowego, o którym mowa w art. 17 ust. 1 Konstytucji. Możemy zatem stwierdzić, że zawody zaufania publicznego są szczególną kategorią profesji, których podejmowanie i wykonywanie uzależnione jest od spełnienia licznych wymogów przewidzianych przez ustawodawcę.

Wolność wykonywania zawodu a potrzeba ochrony konstytucyjnych wartości

Ustanowienie społecznej gospodarki rynkowej obowiązującym systemem społeczno-gospodarczym bez wątpienia wpływa na możliwość podejmowania

¹¹ H. Izdebski, *Uwarunkowania instytucjonalnoprawne ustanowienia zawodu pracownika socjalnego zawodem zaufania publicznego*, „Trzeci Sektor” 2012/2013, numer specjalny, s. 78–80.

¹² P. Sarnecki, *W sprawie znaczenia konstytucyjnego określenia „zawód zaufania publicznego” (art. 17 ust. 1 Konstytucji)*, „Ekspertyzy i Opinie Prawne” 2001, nr 41, s. 31–32.

i wykonywania zawodów zaufania publicznego, ale też na aktywność ustawodawcy w zakresie regulacji owych szczególnych zawodów. Należy pamiętać, że w warunkach społecznej gospodarki rynkowej ustawodawca w procesie tworzenia prawa zobowiązany jest zachowywać niezbędną równowagę pomiędzy filarami wolnościowymi, jak na przykład wolność wykonywania zawodu czy wolność wykonywania działalności gospodarczej, a filarami socjalnymi, takimi jak chociażby solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych. Wymóg ten dotyczy zarówno tworzenia nowych regulacji prawnych, jak i zmiany regulacji już istniejących¹³. Wydaje się przy tym, że w warunkach społecznej gospodarki rynkowej ustawodawca powinien na bieżąco dokonywać audytu przepisów regulujących zawody zaufania publicznego w celu ustalenia, czy odpowiadają one aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej¹⁴. W przypadku zawodów zaufania publicznego wspomniany obowiązek ustawodawcy powinien dotyczyć przede wszystkim kilku obszarów, które zostaną omówione w dalszej części niniejszej pracy.

Jednym z głównych zadań ustawodawcy w zakresie regulacji aktywności zawodowej osób wykonujących zawody zaufania publicznego będzie zapewnienie właściwego poziomu reglamentacji tych zawodów. Tym, co charakteryzuje zawody zaufania publicznego, jest bowiem fakt występowania licznych ograniczeń wolności działalności gospodarczej i wolności zawodowej. Ścierają się tu dwa interesy — z jednej strony Konstytucja zapewnia każdemu wolność wykonywania działalności gospodarczej i zawodowej, a z drugiej w niektórych przypadkach wolności te muszą być ograniczane ze względu na potrzebę ochrony pewnych konstytucyjnych wartości, takich jak życie, zdrowie, bezpieczeństwo lub porządek publiczny¹⁵. Przykładem może tu być nałożenie obowiązku ukończenia wyższych studiów prawniczych w Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶ lub obowiązek posiadania nieskazitelnego charakteru i dawania dotychczasowym zachowaniem rękojmi

¹³ Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że organy władzy publicznej powinny kształtować ustrój społeczno-gospodarczy w taki sposób, by odpowiadał on wzorcom społecznej gospodarki rynkowej; zob. wyrok TK z dnia 7 maja 2014 roku, sygn. K 43/12.

¹⁴ Przykładem takiego audytu były działania deregulacyjne, w wyniku których uchwalono trzy ustawy znoszące lub ograniczające wymogi warunkujące podejmowanie i wykonywanie wielu zawodów: ustawę z dnia 13 czerwca 2013 roku o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r. poz. 829), ustawę z dnia 9 maja 2014 roku o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych (Dz.U. z 2014 r. poz. 768) i ustawę z dnia 5 sierpnia 2015 roku o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (Dz.U. z 2015 r. poz. 1505).

¹⁵ Katalog wartości uzasadniających ograniczanie konstytucyjnych wolności i praw odnajdziemy w art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

¹⁶ Art. 11 pkt 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1192).

prawidłowego wykonywania zawodu¹⁷. Zadaniem ustawodawcy jest więc ustanowienie takiego stopnia reglamentacji, który będzie odpowiadał konstytucyjnej zasadzie proporcjonalności wynikającej z art. 31 i art. 2 Konstytucji¹⁸. W tym celu ustawodawca powinien zawsze uwzględniać interesy społeczeństwa, które muszą być chronione ze względu na zasadę solidarności społecznej oraz interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, którym przysługuje wolność działalności gospodarczej i wolność zawodowa. Oznacza to, że można wprowadzać tylko niezbędne ograniczenia wspomnianych wolności, a istniejące ograniczenia, które straciły rację bytu, powinny być natychmiast znoszone¹⁹.

Z obowiązkiem zapewnienia odpowiedniego poziomu reglamentacji zawodów zaufania publicznego wiąże się też inny obowiązek ustawodawcy, polegający na uwzględnianiu w procesie tworzenia prawa zasady wolnej konkurencji²⁰. Choć nie została ona wymieniona wprost w treści art. 20 Konstytucji, to nie ma wątpliwości, że wolna konkurencja była ważnym elementem ordoliberalnej koncepcji społecznej gospodarki rynkowej²¹. Także dzisiaj podkreśla się, że podstawą sprawnego funkcjonowania społecznej gospodarki rynkowej powinna być wolna konkurencja przedsiębiorców i pracowników²². Możemy zatem stwierdzić, że ustawodawca powinien podejmować działania mające na celu zwiększenie poziomu konkurencyjności wśród osób wykonujących zawody zaufania publicznego.

Przykładem takiego działania było dokonanie tak zwanej deregulacji, która polegała na uchwaleniu ustaw ograniczających lub całkowicie znoszących wymogi w zakresie wykonywania wielu zawodów regulowanych, w tym zawodów zaufania publicznego. Celem działań deregulacyjnych miał być spadek cen i zwiększenie dostępności usług dla najuboższej części społeczeństwa, a także zwiększenie jakości świadczonych usług²³. Należy w tym miejscu podkreślić, że choć cele deregulacji są słuszne, to ustawodawca powinien jednak zachowywać szczególną ostrożność, dokonując deregulacji i dereglamentacji zawodów

¹⁷ Art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 75).

¹⁸ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 572–573; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 233–234.

¹⁹ Jako przykład można wskazać zawody zarządcy nieruchomości i pośrednika w obrocie nieruchomościami, które zostały zderegulowane na mocy ustawy z dnia 13 czerwca 2013 roku o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r. poz. 829).

²⁰ A. Ogonowski, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 1 (9), s. 221.

²¹ T. Przybyciński, *Własność prywatna w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 260, 2016, s. 90–93.

²² *Prawo gospodarcze...*, s. 41; E. Kundera, *Koncepcja społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103. *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*. Trybunały, sądy, wolność gospodarcza, red. T. Kocowski, J. Gola, 2015, s. 81.

²³ Druk Sejmu VII kadencji nr 806, s. 9 i 11 uzasadnienia.

zaufania publicznego, aby mieć pewność, że nie zostanie naruszona równowaga między wolnościowymi a socjalnymi filarami społecznej gospodarki rynkowej.

Reprezentacja osób wykonujących zawody zaufania publicznego

Kolejnym zadaniem ustawodawcy w zakresie regulacji zawodów zaufania publicznego jest zapewnienie przedstawicielom tych profesji odpowiedniej reprezentacji i udziału w dialogu partnerów społecznych. Obowiązek ten wynika zarówno z art. 20 Konstytucji, jak i art. 17 ust. 1 Konstytucji. Jego realizacja może polegać przede wszystkim na zapewnieniu odpowiednich kompetencji organom samorządów zawodowych, które powinny mieć możliwość reprezentowania swoich członków. Jako przykład możemy tu wskazać art. 2 ust. 2 ustawy o izbach lekarskich²⁴, który stanowi, że „Samorząd zawodowy lekarzy i lekarzy dentyistów reprezentuje osoby wykonujące zawody lekarza i lekarza dentyisty, sprawuje pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Szczegółowe kompetencje w zakresie reprezentacji zostały natomiast doprecyzowane w art. 5 wspomnianej ustawy, w którym samorząd zawodowy lekarzy otrzymał między innymi prawo do zajmowania stanowiska w sprawach stanu zdrowotności społeczeństwa, polityki zdrowotnej państwa oraz organizacji ochrony zdrowia czy prawo opiniowania projektów aktów prawnych dotyczących ochrony zdrowia i wykonywania zawodu lekarza bądź występowania o ich wydanie.

W celu zapewnienia właściwej reprezentacji osób wykonujących zawody zaufania publicznego ustawodawca powinien również odpowiednio regulować zasady przynależności do samorządu zawodowego. Wydaje się, że przynależność do takiego samorządu zawsze powinna mieć charakter obligatoryjny. Podobny pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że zapewnienie właściwej reprezentacji osób wykonujących zawody zaufania publicznego wiąże się też z ustanowieniem obowiązkowej przynależności do samorządu zawodowego²⁵. Zdaniem Trybunału niewprowadzenie takiego obowiązku uniemożliwiłoby samorządowi zawodowemu reprezentowanie całej grupy zawodowej.

Warto jednak zaznaczyć, że obowiązkowa przynależność do samorządu zawodowego nie rozwiązuje wszystkich problemów w zakresie reprezentacji osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby osoby należące do samorządu zawodowego należały jednocześnie do

²⁴ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 roku o izbach lekarskich (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1342).

²⁵ Wyrok TK z dnia 22 maja 2001 roku, sygn. K 37/00.

innych organizacji zrzeszających przedstawicieli danego zawodu lub zawodów zaufania publicznego. W praktyce może to doprowadzić do powstania dwugłosu w obrębie danej grupy zawodowej i negatywnie wpłynąć na współpracę i dialog zarówno pomiędzy przedstawicielami danej profesji, jak i między określoną grupą zawodową a przedstawicielami państwa²⁶. Dlatego też należy postulować, aby ustawodawca jasno określał, w jakim zakresie samorzady zawodowe mają wyłączność reprezentowania danej profesji.

Problematiczną kwestią może być ponadto zapewnienie odpowiedniej reprezentacji osobom wykonującym zawody zaufania publicznego, które nie posiadają samorządów zawodowych. Taka sytuacja jest możliwa, ponieważ ustrojodawca w art. 17 ust. 1 Konstytucji stwierdza, że dla zawodów zaufania publicznego można tworzyć samorzady zawodowe, co w praktyce może oznaczać pewną dowolność ustawodawcy w zakresie powoływania takich samorządów. Mogą więc istnieć zawody zaufania publicznego nieposiadające samorządu zawodowego. Osoby wykonujące takie zawody mogą co prawda uczestniczyć w dialogu społecznym za pośrednictwem innych korporacji zawodowych, jednak ich aktywność będzie tu ograniczona. Widać to na przykładzie działalności Rady Dialogu Społecznego, w wypadku której strona pracowników i strona pracodawców mają uprawnienie, a nie obowiązek zaproszenia organizacji zawodowych do udziału w pracach rady²⁷. Można się zatem zastanowić, czy w obecnym ustroju społeczno-gospodarczym ustawodawca powinien zagwarantować większy udział w dialogu i współpracy partnerów społecznych osobom wykonującym zawody zaufania publicznego, które nie posiadają samorządu zawodowego.

Podsumowanie

Wydaje się, że przyjęcie społecznej gospodarki rynkowej jako ustroju społeczno-gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej wywarło znaczny wpływ na możliwość podejmowania i wykonywania zawodów zaufania publicznego. Możemy bowiem stwierdzić, że w obecnym systemie gospodarczym ustawodawca, regulując wspomniane profesje, musi zapewnić równowagę między wolnościowymi a społecznymi filarami społecznej gospodarki rynkowej.

Na podstawie analizy obowiązujących przepisów, orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i poglądów doktryny ustalono, że istnieje kilka kwestii, które

²⁶ Przykładem dwugłosu w obrębie jednej grupy zawodowej mogą być pielęgniarki, które za pośrednictwem Związku Pielęgniarek i Położnych oraz Naczelnej Izby Pielęgniarek i Położnych wynegocjowały ze stroną rządową wzrost pensji, czemu sprzeciwiło się NSZZ „Solidarność”, również zrzeszający wiele osób wykonujących zawody pielęgniarki i położnej.

²⁷ Art. 23 ust. 4 i art. 24 ust. 5 ustawy z dnia 24 lipca 2015 roku o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2232).

ustawodawca powinien przede wszystkim uwzględnić w procesie regulacji zawodów zaufania publicznego. Zwrócono zwłaszcza uwagę na konieczność zachowania równowagi między konstytucyjną wolnością wykonywania zawodu i wolnością wykonywania działalności gospodarczej a zasadą solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Wiąże się z tym wymóg zachowania konstytucyjnej zasady proporcjonalności, co oznacza, że ustawodawca, regulując zawody zaufania publicznego, może wprowadzać tylko niezbędne ograniczenia wymienionych wolności. Jeżeli natomiast istniejące ograniczenia staną się zbędne, wówczas ustawodawca powinien podjąć kroki mające na celu ich jak najszybsze zniesienie. Dodatkowo w procesie regulacji zawodów zaufania publicznego należy uwzględnić zasadę ochrony wolnej konkurencji, stanowiącą ważny element koncepcji społecznej gospodarki rynkowej.

Kolejną kwestią, na którą powinien zwracać uwagę ustawodawca, jest konieczność zapewnienia odpowiedniej reprezentacji osobom wykonującym zawody zaufania publicznego. Należy zatem stwierdzić, że samorządy zawodowe powinny mieć kompetencje umożliwiające im faktyczne reprezentowanie swoich członków. Co więcej, przynależność do wspomnianych samorządów powinna być obowiązkowa, aby zapewnić reprezentację wszystkich osób należących do danej grupy zawodowej. Warto także zaznaczyć, że przynależność do samorządu zawodowego nie wyklucza przynależności do innych organizacji zawodowych. Dlatego też przepisy powinny jasno precyzować, kto może reprezentować daną grupę zawodową. Ustawodawca może ponadto rozważyć zapewnienie lepszej reprezentacji w dialogu partnerów społecznych zawodom zaufania publicznego, dla których nie ustanowiono samorządu zawodowego.

Bibliografia

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008.
- Domańska A., *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001.
- Grabowski T., *Rola państwa w gospodarce RFN (aspekty ogólne i militarno-ekonomiczne)*, Warszawa 1976.
- Grzonka L., Kostrubiec J., *Zawód zaufania publicznego. Przyczynek do dyskusji*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2007, nr 9.
- Hausner J., Długosz D., *Tezy w sprawie zawodu zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny — korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.*, red. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002.
- Izdebski H., *Uwarunkowania instytucjonalnoprawne ustanowienia zawodu pracownika socjalnego zawodem zaufania publicznego*, „Trzeci Sektor” 2012/2013, numer specjalny.

- Karkowska D., *Zawody medyczne*, Warszawa 2012.
- Kieres L., *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, red. T. Kocowski, J. Gola, Wrocław 2014.
- Kocowski T., *Zawód zaufania publicznego w gospodarce rynkowej — rzeczywistość czy przeżytek*, [w:] *Stare dogmaty — nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2013.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Kundera E., *Koncepcja społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103. *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. Trybunały, sądy, wolność gospodarcza*, red. T. Kocowski, J. Gola, 2015.
- Marchwicki W., *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015.
- Odrowąż-Sypniewski W., *W sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 43.
- Ogonowski A., *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 1 (9).
- Powałowski A., *Spoleczna gospodarka rynkowa w prawie polskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 37, 2017.
- Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015.
- Przybyciński T., *Własność prywatna w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 260, 2016.
- Safjan M., Bosek L., *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Sarnecki P., *W sprawie znaczenia konstytucyjnego określenia „zawód zaufania publicznego” (art. 17 ust. 1 Konstytucji)*, „Ekspertyzy i Opinie Prawne” 2001, nr 41.
- System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Winczorek P., Stawecki T., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, „Palestra” 2006, nr 7–8.
- Wojtczak K., *Reglamentacja form wykonywania zawodów zaufania publicznego w rozwiązaniach prawa polskiego i państw Unii Europejskiej*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny — korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.*, red. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002.
- Wołpiuk W., *Samorząd zawodu zaufania publicznego a interes publiczny*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny — korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.*, red. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002.

Regulation of Public Trust Professions in a Social Market Economy

Summary

With the enactment of the Constitution of 2 April 1997 the social market economy became the binding economic system in Poland. It seems that the adoption of the new economic system influenced the possibility of legal regulation of professions of public trust, mentioned in Article 17, Paragraph 1 of the Constitution. The aim of this study is to determine how the legislator should regulate professions of public trust in the conditions of a social market economy.

Keywords: social market economy, professions of public trust, freedom to practise a profession, professional self-government.

JERZY KORCZAK

ORCID: 0000-0003-1104-4837

Uniwersytet Wrocławski
jerzy.korczak@uwr.edu.pl

Władztwo organizacyjne jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania jej zadań

Abstrakt: Artykuł został poświęcony zagadnieniu władztwa organizacyjnego jednostek samorządu terytorialnego jako jednego z przejawów ich samodzielności w zakresie wyboru formy organizacyjnej wykonywania ich zadań. W tekście dokonano analizy form organizacyjno-prawnych stosowanych przez gminy, powiaty i województwa w zakresie prowadzonej przez nie gospodarki komunalnej.

Słowa kluczowe: władztwo organizacyjne, gospodarka komunalna, gmina, powiat, województwo, jednostka budżetowa, samorządowy zakład budżetowy, spółka prawa handlowego.

Wstęp

W dorobku naukowym Jubilata, prof. Tadeusza Kocowskiego, przeważa problematyka publicznego prawa gospodarczego, początkowo związana z zarządzaniem gospodarką narodową w warunkach centralistycznego systemu państwa socjalistycznego, a po transformacji ustrojowej przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX wieku już w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Dzięki restytucji samorządu terytorialnego, która w jej ramach również nastąpiła, do sfery publicznego prawa gospodarczego zaliczona została także działalność jednostek samorządu terytorialnego (dalej: j.s.t.) w obrębie użyteczności publicznej oraz działalności gospodarczej w granicach dopuszczonych prawem. Możliwość wyboru form wykonywania zadań w przypadkach, w których prawo dopuszcza wielość form oraz możliwość wyboru między nimi, jak również swobody w tworzeniu, przekształcaniu, łączeniu, dzieleniu i likwidacji podmiotów tworzonych

w celu wykonywania zadań, jest w doktrynie prawa samorządowego określana jako przejaw władztwa organizacyjnego j.s.t. Jego istotą jest daleko idące związanie prawem co do wyboru zarówno form prawno-organizacyjnych, jak i przedmiotu działalności samorządowych jednostek organizacyjnych. W ofiarowanym Jubilatowi artykule przeprowadzona zostanie analiza prawnych i doktrynalnych uwarunkowań korzystania z przynależnego j.s.t. władztwa organizacyjnego.

Pojęcie władztwa j.s.t.

Przywołana transformacja ustrojowa zapoczątkowana w 1989 roku pozwoliła po 40 latach nieobecności w prawie pozytywnym¹ przywrócić w marcu 1990 roku² — co prawda tylko w gminie, ale po ośmiu latach także w restytuowanym powiecie³ i województwie⁴ — samorząd terytorialny jako instytucję ustrojową państwa, a zarazem zdecentralizowaną formę administracji publicznej. Koncepcja ustrojowa samorządu terytorialnego oparta została nie tylko na doświadczeniach z okresu Polski międzywojennej, ale też współczesnych rozwiązaniach ustrojowych prawa międzynarodowego, wśród których główną rolę odgrywa Europejska Karta Samorządu Lokalnego z 1985 roku⁵. Zgodnie z jej art. 3 samorząd to prawo i zdolność społeczności lokalnych do kierowania i zarządzania zasadniczą częścią spraw publicznych w ich interesie i na ich odpowiedzialność, co w orzecznictwie i doktrynie interpretowane jest jako samodzielność tych społeczności w granicach prawa. Realizacja tej zasady nastąpiła w art. 16 Konstytucji RP⁶, w którym nie tylko zagwarantowano mieszkańcom każdej z jednostek zasadniczego podziału terytorialnego państwa stanowienie z mocy prawa wspólnot samorządowych odpowiednio gminnych, powiatowych i wojewódzkich, ale potwierdzono ich samodzielność do wykonywania we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność istotnej części zadań publicznych, która im przysługuje.

¹ Z racji zniesienia samorządu terytorialnego na mocy art. 32 ustawy z dnia 20 marca 1950 roku o terenowych organach jednolitej władzy państwowej (Dz.U. Nr 14, poz. 130 z późn. zm.).

² Na mocy ustaw z dnia 8 marca 1990 roku: o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 16, poz. 94) i o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95) — obecnie ustawa o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559; dalej: u.s.g.).

³ Na mocy ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 528; dalej: u.s.p.).

⁴ Na mocy ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz.U. z 2022 r. poz. 547; dalej: u.s.w.).

⁵ Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 roku (Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607 ze sprost.; dalej: EKSL).

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Podstawami tak rozumianej samodzielności są: osobowość prawna, władztwo oraz nadzór sprawowany nad działalnością samorządową i sądową ochroną samodzielności⁷. Pozostają one z sobą w ścisłym powiązaniu i wzajemnie się warunkują, jako że osobowość publicznoprawna wyposaża j.s.t. we władztwo sprawowane pod nadzorem państwowym⁸, ale zarazem są sądownie chronione przed jego ograniczeniem przez nieuprawnioną ingerencję organów nadzoru⁹. Jak wyjaśnia doktryna, władztwo dotyczy właściwości j.s.t. odnoszonej do niej samej, zwłaszcza jej spraw ustrojowych¹⁰, i przejawia się we władztwie terytorialnym¹¹, władztwie zadaniowym¹², władztwie administracyjnym (w trzech zakresach: ustrojowym¹³, stanowienia prawa miejscowego¹⁴ oraz załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznych¹⁵), władztwie majątkowym¹⁶, władztwie finansowym¹⁷ oraz władztwie personalnym¹⁸ i organizacyjnym, stanowiącym przedmiot niniejszych rozważań.

⁷ Szersze uzasadnienie tej konstrukcji pojęcia samodzielności jednostki samorządu zob. J. Korczak, *Konstytucyjne podstawy struktury i funkcji samorządu terytorialnego*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 5. *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 212–239.

⁸ W odniesieniu do nadzoru por. art. 171 Konstytucji RP oraz rozdział X u.s.g., rozdział VIII u.s.p. i rozdział VII u.s.w. Należy zarazem pamiętać o kontroli sądowej sprawowanej na podstawie art. 184 Konstytucji RP oraz o kontroli państwowej sprawowanej przez NIK zgodnie z art. 203 ust. 2 Konstytucji RP.

⁹ Por. art. 165 ust. 2 Konstytucji RP.

¹⁰ Tak między innymi M. Miemieć, *Gmina w systemie administracji publicznej Republiki Federalnej Niemiec*, Wrocław 2007, s. 89. Na uwagę zasługuje pogląd Tadeusza Bigi wyrażony w pracy *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 171, zgodnie z którym wyposażenie gminy we władztwo przekształciło ją z podmiotu co najwyżej prawa cywilnego w terytorialną korporację publicznoprawną, dając początki współczesnemu samorządowi terytorialnemu. Zob. też J. Korczak, *Władztwo jako podstawa samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Władztwo administracyjne. Administracja publiczna w sferze imperium i dominium*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2012, s. 275–303.

¹¹ Dla którego podstawa prawna zawarta jest w art. 16 ust. 1 Konstytucji RP oraz przepisach art. 1 u.s.g., art. 1 u.s.p. i art. 1 u.s.w.

¹² Wprowadzone z art. 16 ust. 2 w zw. z art. 163 i 166 Konstytucji RP oraz rozdziałów II wszystkich trzech ustaw ustrojowych.

¹³ Wynikające z art. 169 ust. 4 Konstytucji RP i przepisów art. 3 u.s.g., art. 2 ust. 4 u.s.p. oraz art. 7 u.s.w.

¹⁴ Wprowadzone przez art. 87 ust. 2, art. 94 oraz art. 168 Konstytucji RP, a także rozdziały IV u.s.g. i u.s.p. oraz rozdział VIII u.s.w.

¹⁵ Do czego uprawniają odpowiednie organy samorządowe art. 39 u.s.g., art. 38 u.s.p. i art. 46 ust. 1 u.s.w.

¹⁶ Z art. 165 ust. 1 zd. 2 Konstytucji i rozdziałów V u.s.g. i u.s.p. oraz rozdziału VII u.s.w.

¹⁷ Wynikające z art. 167 i 168 Konstytucji RP, ale przede wszystkim z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm.; dalej: u.f.p.) i ustawy z dnia 13 listopada 2003 roku o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1672).

¹⁸ Interpretowane na podstawie art. 169 ust. 1–3 i art. 170 Konstytucji RP, ale też art. 11 ust. 1, art. 11a ust. 2 i art. 28a u.s.g., art. 8 ust. 1, art. 10 i art. 27 u.s.p. oraz art. 17 i 32 u.s.w., a także

Istota władztwa organizacyjnego

Władztwo organizacyjne łączy w sobie elementy władztwa ustrojowego oraz majątkowego, jako że jego treścią jest organizacja ustroju wewnętrznego jednostki samorządu terytorialnego zgodnie z art. 169 ust. 4 Konstytucji RP, ale też sposób organizacji wykorzystania mienia tej jednostki do wykonywania jej zadań. Władztwo organizacyjne przejawia się przede wszystkim w prawie wyboru formy wykonywania zadań — przepisy samorządowych ustaw ustrojowych oraz prawa gospodarki komunalnej uprawniają bowiem organy stanowiące j.s.t. do tworzenia samorządowych jednostek organizacyjnych o bardzo zróżnicowanym statusie organizacyjno-prawnym¹⁹ (co można określić modelem autarkicznym wykonywania zadań), względnie do zawierania umów z innymi podmiotami²⁰ (co można opisać jako model outsourcingowy wykonywania zadań). Już samo uprawnienie do dokonywania wyboru między tymi dwoma modelami dowodzi daleko idącej samodzielności j.s.t., gdyż prawo niezmiernie rzadko wyklucza możliwość zlecenia wykonania zadań w drodze umów zawartych z innymi podmiotami czy też powierzania wykonania zadań w drodze porozumień zawieranych z innymi j.s.t.²¹

Bez wątplenia model autarkiczny był pierwotny i odpowiadał dziewiętnastowiecznym kontynentalnym koncepcjom ówczesnej gminy jako podmiotu władzy publicznej, którego autorytet wręcz obliguje go do samodzielnego wykonywania wszystkich powierzonych mu przez państwo zadań. W tym samym jednak czasie w anglosaskim modelu władz lokalnych kładziono duży nacisk na efektywność wykorzystania środków publicznych przeznaczanych na wykonanie zadań angielskich *civil parish* czy amerykańskich *towns*, co skłaniało nie tylko do poszukiwania form organizacyjno-prawnych nieznanymi kontynentalnym gminom (na przykład spółek prawa handlowego), ale też do zlecenia wykonywania ich zadań innym podmiotom, także tym prowadzącym działalność gospodarczą. Rozwiązania te dotarły na kontynent wraz z planem Marshalla i w latach pięćdziesiątych

przepisów wyborczych i o referendum lokalnym, wreszcie ustawy z 21 listopada 2008 roku o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 530).

¹⁹ O czym mowa w art. 9 ust. 1 u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. i art. 8 ust. 1 u.s.w. Zob. też art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679; dalej: u.g.k.). Uwagę zwraca zwłaszcza przepis art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k., w którym wyraźnie wskazano uprawnienie organów stanowiących do postanowienia o wyborze sposobu (zatem przez j.s.t. lub podmioty, z którymi zawarto umowę zlecenia) oraz formy (a więc wyboru form określonych w art. 2 w przypadku modelu autarkicznego).

²⁰ Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. i art. 8 ust. 1 u.s.w. oraz art. 3 u.g.k.

²¹ Przykładem mogą być art. 80 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku — Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 988) czy art. 82a ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku — Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351).

XX wieku rozpowszechniły się w krajach nim objętych²², do Polski zaś dotarły znacznie później²³.

Warunki wykorzystania modelu outsourcingowego

Mimo ogólnej deklaracji możliwości zawierania umów z innymi podmiotami oraz powierzania wykonania swoich zadań innym j.s.t. w przywołanych już przepisach samorządowych ustaw ustrojowych skorzystanie z modelu outsourcingowego obwarowane jest licznymi warunkami, których spełnienie umożliwia zlecenie lub powierzenie wykonania swoich zadań²⁴. Dotyczą one zarówno kwestii proceduralnoprawnych, jak i ograniczeń podmiotowych.

Zlecenie wykonania zadań innym podmiotom może nastąpić wyłącznie w przewidzianych prawem formach, z których najważniejszą rolę odgrywa udzielanie zamówień publicznych, jako że zgodnie z art. 4 pkt 1 prawa o zamówieniach publicznych²⁵ j.s.t. jako jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 pkt 2 u.f.p. są zobowiązane udzielać zamówień klasycznych oraz organizować konkursy, których wartość jest równa lub przekracza 130 tysięcy złotych. Wyłączenia spod tego obowiązku z działu I rozdział 1 oddział 2 P.z.p. nie odgrywają w przypadku j.s.t. istotnej roli. W praktyce oznacza to postępowanie spełniające zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności określone w art. 16 P.z.p., przy czym zamawiający jest zobowiązany tak przeprowadzić postępowanie, aby zapewnić najwyższą jakość dostaw, usług lub robót budowlanych w ramach środków, którymi dysponuje, a zarazem uzyskać najlepszy efekt zamówienia, w tym społeczny, środowiskowy i gospodarczy, w stosunku do poniesionych nakładów zgodnie z art. 17 ust. 1 P.z.p.

W zleceniu można skorzystać z przepisów o działalności pożytku publicznego²⁶, które uprawniają organy j.s.t. do udzielania zleceń organizacjom pozarządowo-

²² Ewolucję poglądów nauki niemieckiej w tym zakresie zaprezentował J. Korczak, *Prywatyzacja zadań gminy*, [w:] *35-lecie Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. J. Boć, Wrocław 2007, s. 116.

²³ Szerzej na ten temat zob. J. Korczak, A. Miruć, „Outsourcing” komunalny na rzecz organizacji pożytku publicznego w sferze pomocy społecznej w świetle najnowszych uregulowań prawnych, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 153–191.

²⁴ Zagadnienie powierzania zadań między j.s.t. w formie związków j.s.t. oraz porozumień zawieranych między nimi nie będzie przedmiotem analizy niniejszego artykułu.

²⁵ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129; dalej: P.z.p.).

²⁶ Zawartych głównie w ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1327; dalej: u.d.p.p.).

wym²⁷, a podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego²⁸ realizacji zadań publicznych wymienionych w art. 4 u.d.p.p. Zlecenie im zadań podlega nie tylko ograniczeniu przedmiotowemu do zadań wskazanych w art. 4 ust. 1 u.d.p.p., ale też obowiązkowemu przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert²⁹ zgodnie z procedurą uregulowaną w art. 13 w zakresie treści ogłoszenia i miejsca jego zamieszczenia, w art. 14 w zakresie treści oferty, w art. 15 w zakresie procedury rozpatrywania ofert, w tym składu osobowego komisji konkursowej, łącznie z warunkami unieważnienia konkursu z art. 18a.

Inną formą zlecenia wykonania zadań publicznych jest inicjatywa lokalna mieszkańców j.s.t., którzy mogą złożyć bezpośrednio lub za pośrednictwem organizacji pozarządowych i innych podmiotów prowadzących działalność pożytku publicznego wnioski o realizację zadań należących do zakresu działania tej jednostki, określonych odpowiednio w art. 19b ust. 1 u.d.p.p.³⁰ W wyniku pozytywnej oceny wniosku organ wykonawczy j.s.t. zawiera z wnioskodawcą umowę o wykonanie inicjatywy lokalnej na podstawie art. 19d ustawy³¹.

Do udziału społeczności lokalnych i tworzonych przez nie podmiotów w wykonywaniu zadań samorządowych związanych z rozwojem nawiązują również rozwiązania prawne dotyczące realizacji regionalnych programów operacyjnych. Na ich podstawie organy j.s.t. jako instytucja zarządzająca³², względnie jako in-

²⁷ W rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy organizacjami pozarządowymi są osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, w tym stowarzyszenia i fundacje niedziałające w celu osiągnięcia zysku, pod warunkiem że nie są one jednostkami sektora finansów publicznych, nie są przedsiębiorstwami, instytucjami badawczymi, bankami i spółkami prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa lub j.s.t.

²⁸ Poza organizacjami pozarządowymi zgodnie z art. 3 ust. 3 są to osoby prawne i jednostki organizacyjne (z wyłączeniami z art. 3 ust. 3a i 4) działające na podstawie przepisów regulujących stosunek państwa do Kościołów i związków wyznaniowych, których cele statutowe obejmują taką działalność, stowarzyszenia j.s.t., kapitałowe spółki prawa handlowego, w tym kluby sportowe, które nie działają w celu osiągnięcia zysku oraz przeznaczają całość swoich dochodów na realizację celów statutowych, a zarazem nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.

²⁹ Z uwzględnieniem wyłączeń polegających na zleceniu wykonania zadań z pominięciem procedury konkursowej z art. 11a w przypadku kłeski żywiolowej, z art. 11b ze względu na ważny interes społeczny lub publiczny i z art. 11c w przypadku zadań dotyczących ochrony ludności i ratownictwa. Ponadto w art. 19a przewidziano możliwość realizacji tak zwanych małych zleceń zadań o charakterze lokalnym lub regionalnym, o ile wysokość dofinansowania nie przekracza 100 tysięcy złotych, a czas realizacji 90 dni, z pominięciem procedury konkursowej.

³⁰ Są bardzo zróżnicowane, albowiem obok edukacji, oświaty i wychowania czy kultury fizycznej i turystyki występują też zadania związane z budową, rozbudową lub remontem dróg publicznych, kanalizacji, sieci wodociągowej, ochrony przyrody i zieleni, rewitalizacji czy wreszcie porządku publicznego.

³¹ Zgodnie z art. 19c u.d.p.p. organ stanowiący j.s.t. określa tryb i szczegółowe kryteria oceny wniosków oraz jego celowość z punktu widzenia potrzeb społeczności lokalnej.

³² W tym przypadku może to być wyłącznie zarząd województwa zgodnie z art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2021 r. poz. 1057; dalej: u.z.p.r.).

stytucja pośrednicząca lub wdrażająca³³, organizują konkursy na dofinansowanie projektów wpisujących się w dany regionalny program operacyjny w trybie art. 29 u.z.p.r. Z beneficjentami wyłonionymi w trybie konkursowym zawierane są umowy o dofinansowanie projektu na podstawie art. 30a u.z.p.r. Podobne rozwiązania występują w przepisach odnoszących się do realizacji projektów w ramach programów finansowanych w zakresie polityki spójności³⁴.

W przypadku gmin i powiatów formą outsourcingową wykonywania ich zadań w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkaniowych wspólnoty samorządowej jest umowa w sprawie partycypacji w kosztach budowy lokali mieszkalnych ze społeczną inicjatywą mieszkaniową, których będą następnie najemcą³⁵. Społecznymi inicjatywami mieszkaniowymi są odpowiednio spółki kapitałowe lub spółdzielnie osób prawnych, które nie działając dla zysku, zajmują się budowaniem domów mieszkalnych i ich eksploatacją na wynajem³⁶.

Wreszcie osobnej uwagi wymaga szczególna instytucja prawna partnerstwa publiczno-prywatnego, w ramach której można mówić o hybrydyzacji klasycznego modelu outsourcingowego, albowiem j.s.t. nie tyle zleca podmiotowi zewnętrznemu realizację jej zadania, ile zawiera z nim umowę o wspólne jego wykonanie³⁷. W ramach takiej umowy partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie lub remoncie obiektu budowlanego, świadczeniu usług, wykonaniu dzieła w postaci wyposażenia składnika majątkowego j.s.t. w urzędzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, względnie na innych świadczeniach połączonych z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia — za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub części wydatków na jego realizację, podmiot publiczny zaś zobowiązuje się do współdziałania z nim, zwłaszcza do wniesienia wkładu własnego³⁸.

Wykorzystanie tej formy wymaga wysoce sformalizowanej procedury, począwszy od obowiązku sporządzenia oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia przy jej zastosowaniu zgodnie z art. 3a u.p.p.p., a następnie ogłoszeniu w BIP o wszczęciu postępowania o wyłonienie partnera prywatnego ze wskazaniem kry-

³³ W tym przypadku mogą to być powiaty i gminy oraz instytucje tworzone przez jednostki organizacyjne należące do sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 u.f.p., zgodnie z art. 5 pkt 3 i 4 u.z.p.r.

³⁴ Ustawa z dnia 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818), zwłaszcza rozdziały XII–XIV.

³⁵ Zob. art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1995 roku o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2224 z późn. zm.).

³⁶ Zob. art. 23 i 27 ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego.

³⁷ Zob. art. 1 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 407; dalej: u.p.p.p.).

³⁸ Zob. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 4 u.p.p.p., przy czym wkładem własnym może być wniesienie składnika majątkowego w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu lub dzierżawy zgodnie z art. 9 u.p.p.p.

teriów oceny ofert zgłaszanych w trakcie postępowania w myśl art. 5 i 6 u.p.p.p. Zawarcie umowy i jej realizacja podlegają kontroli właściwego ministra zgodnie z art. 16a, co zapewniają obowiązki informacyjne podmiotu publicznego określone w art. 16b i 16c ustawy. Szczególną formą partnerstwa może być zawiązanie spółki kapitałowej z partnerem prywatnym na zasadach określonych w rozdziale 4 ustawy, łącznie z prawem pierwokupu akcji lub udziałów partnera prywatnego przysługującym podmiotowi publicznemu zgodnie z art. 16 u.p.p.p.

Formy organizacyjno-prawne w sferze użyteczności publicznej

Zasadniczym powodem utworzenia j.s.t. od niemal początków istnienia samorządu terytorialnego było wykonywanie zadań publicznych na rzecz swoich mieszkańców, a dziewiętnastowieczna doktryna wręcz odmawiała ówczesnym gminom prawa prowadzenia działalności gospodarczej, dowodząc, że naraża to wspólnoty samorządowe na zaniedbanie w zaspokajaniu ich potrzeb, a nadto, że ryzyko, którym obciążona jest działalność gospodarcza, zagraża publicznym środkom przeznaczonym na równie publiczne cele.

Jak już wspomniano, tworzenie jednostek organizacyjnych odbywa się w drodze uchwał organów stanowiących j.s.t., przy czym może być nakazane przepisem prawa, który zarazem wskazuje formę organizacyjno-prawną takiej jednostki³⁹, względnie wskazuje formy organizacyjno-prawne do wyboru. Pozostawienie swobody utworzenia jednostki lub rezygnacji z jej utworzenia w celu wykonania zadania nie oznacza takiej samej swobody co do nadania jej formy organizacyjno-prawnej, bo ta może być narzucona przepisem⁴⁰, innym zaś razem swoboda utworzenia przekłada się na swobodę wyboru formy⁴¹. Należy też pamiętać, że przepis art. 14 u.f.p. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.k. istotnie ogranicza możliwość zastosowania formy samorządowego zakładu budżetowego do wykonywania zadań w nim wymienionych. Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do formy spółek

³⁹ Przykładowo gmina jest zobowiązana utworzyć szkołę podstawową, która może być wyłącznie jednostką budżetową zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 27 października 2017 roku o finansowaniu zadań oświatowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1930).

⁴⁰ Przykładowo j.s.t. nie jest zobowiązana utworzyć zarządu drogi, bo zadania te może wykonywać, wykorzystując swój urząd, ale może utworzyć jednostkę wyłącznie w formie budżetowej, co wynika z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1376). Z kolei przepis art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 180) pozwala prowadzić publiczny transport zbiorowy wyłącznie w formie samorządowego zakładu budżetowego.

⁴¹ Przykładu dostarcza art. 67 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody (Dz.U. z 2022 r. poz. 916), który pozwala utworzyć ogród zoologiczny, jednak nie wskazuje jego formy organizacyjno-prawnej.

prawa handlowego utworzonych na mieniu j.s.t., albowiem w sferze użyteczności publicznej zgodnie z art. 9 ust. 1 u.g.k. wszystkie typy jednostek mogą tworzyć spółki kapitałowe (z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjne). Natomiast poza sferą użyteczności publicznej spółki prawa handlowego mogą tworzyć tylko gminy (art. 10 ust. 1–3 u.g.k.) i województwa (art. 10 ust. 4 u.g.k.), podczas gdy powiaty są z tego zakresu wyłączone, co wynika *expressis verbis* z art. 6 ust. 2 u.s.p.

Przekształcanie, o którym mowa w art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 12 pkt 8 lit. g u.s.p. i art. 18 pkt 19 lit. e i f u.s.w., dokonuje się na podstawie przepisów prawa materialnego, które dopuszcza dwa rodzaje przekształceń. Pierwszym jest przekształcenie formy organizacyjno-prawnej nadanej jednostce przy jej utworzeniu w inną formę organizacyjno-prawną, którą umożliwiał przepis prawa dla danego rodzaju zadania oraz danego typu jednostki organizacyjnej. Najpowszechniej stosowane jest przekształcenie samorządowego zakładu budżetowego w spółkę prawa handlowego w trybie art. 22 u.g.k.⁴², które wymaga podjęcia uchwały w sprawie likwidacji zakładu w celu zawiązania spółki akcyjnej lub z ograniczoną odpowiedzialnością przez wniesienie jako aportu mienia samorządowego zakładu budżetowego pozostałego po likwidacji⁴³. Nadto przepisy prawa materialnego regulują szczególne przypadki takich przekształceń, jak choćby samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (dalej: s.p.z.o.z.) w spółkę kapitałową w razie osiągnięcia przez zakład wskaźnika zadłużenia określonego w art. 72 ust. 1 pkt 2 u.d.l.⁴⁴ Po pierwsze zatem, nie może nastąpić przekształcenie z innej przyczyny, po drugie, określona jest forma docelowa w art. 69 ustawy, a po trzecie, szczegółowo ustalona jest procedura i skutki prawne przekształcenia w art. 70–82 ustawy.

Jeśli chodzi o przekształcenie drugiego rodzaju, to polega ono na zmianie rodzaju statutowej działalności, czego przykładem jest przekształcanie podmiotu leczniczego prowadzonego w formie jednostki budżetowej zgodnie z art. 85 u.d.l.

Łączenie wymaga również podejmowania uchwał przez organy stanowiące j.s.t., przy czym przepisy prawa materialnego mogą istotnie ograniczać możliwość łączenia lub też uzależniać ją od spełnienia określonych wymagań proceduralnych. Przykładem jest łączenie szkół lub placówek różnego typu prowadzonych przez tego samego organizatora w zespół szkół, co wymaga zaopiniowania przez rady pedagogiczne łączonych szkół, a nadto może następować tylko z dniem

⁴² Pomijam tu przekształcenie z mocy prawa przedsiębiorstw komunalnych przejętych przez gminy na mocy komunalizacji w roku 1990, które miało miejsce w trybie art. 14–19 u.g.k. z dniem 1 lipca 1997 roku.

⁴³ Obowiązek ten przewiduje zasadniczo art. 16 ust. 5 u.f.p. odnośnie do każdego przekształcenia samorządowego zakładu budżetowego.

⁴⁴ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz.U. z 2022 r. poz. 633; dalej: u.d.l.).

1 września danego roku⁴⁵. Z kolei łączenie bibliotek publicznych wymaga wcześniejszego podania do publicznej wiadomości informacji o zamiarze ich połączenia nie później niż na trzy miesiące przed wydaniem aktu o połączeniu⁴⁶.

Kwestia dzielenia jednostek organizacyjnych jest rzadziej przedmiotem regulacji i to wyłącznie prawa materialnego, jako że przepisy samorządowych ustaw ustrojowych kwestii tej nie poruszają. Mianowicie art. 18 u.o.p.d.k. upoważnia organizatora do podziału samorządowych instytucji kultury, co art. 20 ust. 1 interpretuje jako utworzenie dwóch lub więcej instytucji kultury z wykorzystaniem załogi i mienia należących do instytucji dzielonej. Z kolei art. 20 ust. 2 ustawy wskazuje na szczególnie przypadek podziału polegający na wyłączeniu z instytucji kultury wyodrębnionej jednostki organizacyjnej (jednostek) lub utworzeniu nowej instytucji wykorzystującej zasoby kadrowe i materialne tej jednostki (jednostek). Podział dokonuje się w drodze aktu o podziale z art. 20 ust. 3, którego wydanie wymaga, podobnie jak przy łączeniu, zachowania odpowiedniej procedury z art. 18 ust. 3, to jest podania do wiadomości publicznej informacji o podziale. Chociaż przepisy posługują się terminem „rozwiązanie”, w istocie rzeczy wyłączenie szkoły lub placówki z zespołu szkół lub placówek oraz rozwiązanie zespołu w trybie art. 91 ust. 7 P.o. jest podziałem zespołu, który może następować zgodnie z art. 91 ust. 9 P.o. wyłącznie z dniem 1 września danego roku. Osobną kwestią jest podział spółek prawa handlowego utworzonych na mieniu samorządowym, albowiem tu w grę wchodzi przepisy tytułu IV działu II k.s.h.⁴⁷

Likwidacja jest w jakimś sensie klamrą zamykającą władztwo organizacyjne w cyklu życia organizacyjnego jednostek organizacyjnych, które są najpierw tworzone, następnie przekształcane, łączone i dzielone, a wreszcie likwidowane. Jednak jak zawsze w przypadku podmiotów władzy publicznej taki zbieg organizacyjny wymaga podstawy prawnej i zachowania stosowanej procedury. Likwidacja następuje w drodze uchwał organów j.s.t. podejmowanych na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f, h u.s.g., art. 12 pkt 8 lit. g, i u.s.p. oraz art. 18 pkt 19 lit. f u.s.w. Przepisy prawa materialnego regulują szczególne wymagania proceduralne — i tak likwidacja szkoły publicznej może nastąpić pod warunkiem zapewnienia przez organ prowadzący uczniom możliwości kontynuowania nauki w innej szkole publicznej tego samego typu, a także kształcącej w tym samym lub zbliżonym zawodzie, po wcześniejszym — na sześć miesięcy przed terminem likwidacji, który następuje wyłącznie z końcem roku szkolnego — ogłoszeniu zamiaru likwi-

⁴⁵ Zob. art. 91 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 roku — Prawo oświatowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 1082; dalej: P.o.).

⁴⁶ Zob. art. 13 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 roku o bibliotekach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1479). Podobnie w przypadku łączenia samorządowych instytucji kultury z art. 18 ust. 3 i art. 20 ustawy z dnia 25 października 1991 roku o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 194; dalej: u.o.p.d.k.).

⁴⁷ Ustawa z dnia 15 września 2000 roku — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526).

dacji szkoły, po uzyskaniu pozytywnej opinii kuratora oświaty zgodnie z art. 89 ust. 1 i 3 P.o. Z kolei likwidacja samorządowej instytucji kultury może nastąpić tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach po wcześniejszym — na sześć miesięcy przed wydaniem aktu o likwidacji — podaniu do publicznej wiadomości zamiaru likwidacji z podaniem jej przyczyn, przy czym mienie zlikwidowanej instytucji może być przejęte przez nowo tworzone instytucje lub przekazane osobom prawnym albo fizycznym prowadzącym podobną działalność kulturalną⁴⁸. W przypadku samorządowych s.p.z.o.o. likwidacja następuje w drodze uchwały organu tworzącego zgodnie z art. 60 u.d.l., która określa zakład podlegający likwidacji, termin zaprzestania udzielania usług zdrowotnych wyznaczony nie wcześniej niż po upływie trzech miesięcy od dnia podjęcia uchwały, okres likwidacji nie dłuższy niż dwanaście miesięcy (bez możliwości przedłużania) oraz sposób rozdysonowania składników materialnych i niematerialnych zakładu. Należy też pamiętać, że likwidacja jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych wymaga stosowania przepisów art. 12 ust. 3–7 i art. 16 ust. 3, 6–7 u.f.p.

Wspólna obsługa jako szczególny przypadek władztwa organizacyjnego

Szczególną formą korzystania z władztwa organizacyjnego stało się wprowadzenie wspólnej obsługi administracyjnej, finansowej i organizacyjnej samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych zaliczonych do sektora finansów publicznych⁴⁹ na mocy przepisów wprowadzonych do samorządowych ustaw ustrojowych w 2016 roku⁵⁰, polegającej na utworzeniu lub powierzeniu funkcji jednostki obsługującej pozostałe podmioty w ramach wspólnej obsługi. Przepisy pozwalają na wybór między trzema wariantami wspólnej obsługi⁵¹:

1. powierzenie funkcji jednostki obsługującej urzędowi lub jednostce organizacyjnej j.s.t.;
2. utworzenie centrum usług wspólnych;

⁴⁸ Zob. art. 22–26 u.o.p.d.k.

⁴⁹ W rozumieniu art. 9 u.f.p.

⁵⁰ Na mocy art. 1 pkt 3, art. 20 pkt 2 i art. 21 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1045).

⁵¹ Zob. schemat 17. *Procedura wprowadzenia wspólnej obsługi administracyjnej, finansowej i organizacyjnej samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych zaliczonych do sektora finansów publicznych* w: J. Korczak, P. Lisowski, A. Ostapski, *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, Wrocław 2020, s. 339–344.

3. powierzenie funkcji jednostki obsługującej związkowi j.s.t., co z racji przepisów wyłączających możliwość tworzenia i przystępowania do związków województw samorządowych dotyczy wyłącznie gmin i powiatów.

Każdy z tych wariantów może być ponadto stosowany w dwóch wersjach w zależności od typu jednostek objętych wspólną obsługą, a zatem:

1. do obsługi samorządowych jednostek organizacyjnych zaliczonych do sektora finansów publicznych niemających osobowości prawnej, czyli zgodnie z art. 9 pkt 3 i 4 u.f.p. jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych;

2. do obsługi samorządowych instytucji kultury i innych samorządowych osób prawnych zaliczonych do sektora finansów publicznych, czyli zgodnie z art. 9 pkt 10, 13 i 14 u.f.p. s.p.z.o.z., samorządowych instytucji kultury, wojewódzkich ośrodków ruchu drogowego.

Procedura powierzenia wspólnej obsługi w pierwszym wariantcie do obsługi samorządowych jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej wymaga podjęcia uchwały przez organ stanowiący j.s.t., w której określa się jednostkę obsługującą (urząd lub samorządową jednostkę organizacyjną), jednostki obsługiwane i zakres obowiązków powierzonych jednostce obsługującej⁵².

Granice samodzielności j.s.t. w działalności wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej

Przepisy samorządowych ustaw ustrojowych dopuszczają możliwość prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej przez gminy i województwa, przy czym o ile przepis art. 9 ust. 2 u.s.g. jest dosyć enigmatyczny, o tyle już art. 13 ust. 2 u.s.w. wymienia zakres przedmiotowy takiej działalności, odnosząc ją wyłącznie do promocji, edukacji, działalności wydawniczej oraz w zakresie telekomunikacji, pod warunkiem że służy ona rozwojowi województwa. Asymetrię władztwa organizacyjnego w tym aspekcie w jeszcze większym stopniu utrwalają przepisy art. 10 u.g.k. Zgodnie z jego ust. 1 gmina jest bowiem uprawniona do utworzenia spółki prawa handlowego i przystąpienia do takiej spółki, jeżeli istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym, a zarazem na terenie tej gminy występuje bezrobocie wpływające w znacznym stopniu na poziom życia tej wspólnoty, którego nie dało się poprawić przy zastosowaniu instytucji rynku pracy. Z kolei ust. 2 tego przepisu pozwala gminie tworzyć spółki prawa handlowego w celu wykorzystania mienia komunalnego jako wkładu niepieniężnego do spółki, którym nie można rozporządzać inaczej bez straty majątkowej. Wreszcie

⁵² Na podstawie art. 10b ust. 2 u.s.g., art. 6b ust. 2 u.s.p. i art. 8d ust. 2 u.s.w.

ust. 3 znosi wszelkie ograniczenia w tworzeniu spółek i przystępowaniu do nich, jeżeli spółka taka ma prowadzić działalność bankową, ubezpieczeniową, doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego. Ponadto dopuszcza się każdą inną działalność ważną dla rozwoju gminy, w tym budownictwa mieszkaniowego na wynajem oraz klubów sportowych działających w formie spółek prawa handlowego⁵³.

Na tym tle art. 10 ust. 4 u.g.k. dotyczący możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez województwo, w którym to przepisie następuje odesłanie do przywołanego już art. 13 ust. 2 u.s.w., pozostawia województwo w pozycji słabszej pod względem zakresu władztwa organizacyjnego w tej sferze. Dla porządku należy oczywiście przypomnieć o obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz przestrzegania zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności przez gminy i województwa prowadzące działalność gospodarczą w dopuszczalnych formach i granicach z art. 10 ust. 5 u.g.k. w celu uniknięcia monopolizacji rynku usług komunalnych. Należy też przypomnieć, że spółki prawa handlowego mogą być formą współdziałania j.s.t. z uwzględnieniem ograniczeń dotyczących powiatu, gdy idzie o wykraczanie przez te spółki poza sferę użyteczności publicznej. Gminy, powiaty i województwa samorządowe mogą być zatem udziałowcami bądź akcjonariuszami spółek, o których mowa w art. 9 u.g.k., natomiast gminy i województwa mogą tworzyć spółki do prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej, oczywiście z zachowaniem ograniczeń z art. 10 ust. 1–4 u.g.k.⁵⁴

Zakończenie

Przedstawiona w artykule tematyka samodzielności działania j.s.t. w sferze władztwa organizacyjnego podlega oczywistym uwarunkowaniom granic tej samodzielności. Udział w sprawowaniu władzy publicznej przez j.s.t., zadeklarowany w art. 16 ust. 1 Konstytucji RP, nakłada tym samym na ich organy obowiązek stosowania zasady praworządności organów władzy publicznej z art. 7 Konstytucji RP, co oznacza, że korzystanie z władztwa organizacyjnego odbywa się na podstawie i w granicach prawa. Zarówno władztwo przejawiające się w prawie wyboru form wykonywania zadań tych jednostek, jak i władztwo polegające na tworzeniu, przekształcaniu, łączeniu, dzieleniu i likwidacji samorządowych jednostek organizacyjnych mogą dokonywać się wyłącznie z wykorzystaniem form organizacyjno-prawnych przewidzianych prawem, jak chociażby formy zlecenia

⁵³ Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 roku o sporcie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1133).

⁵⁴ Zob. J. Korczak, *Współdziałanie jednostek samorządu terytorialnego z udziałem województwa samorządowego*, [w:] *Samorząd z perspektywy dwudziestolecia reformy administracji terytorialnej*, J. Korczak et al., Wrocław 2018, s. 223–225.

wykonania swoich zadań innym podmiotom dopuszczonym przepisami prawa. Analiza ta nie prowadzi do formułowania wniosków *de lege ferenda*, a ma jedynie zidentyfikować wspomniane granice władztwa organizacyjnego wyznaczające wcale niemały obszar swobody działania j.s.t.

Bibliografia

- Bigo T., *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928.
- Korczak J., *Konstytucyjne podstawy struktury i funkcji samorządu terytorialnego*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 5. *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Korczak J., *Prywatyzacja zadań gminy*, [w:] *35-lecie Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. J. Boć, Wrocław 2007.
- Korczak J., *Władztwo jako podstawa samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Władztwo administracyjne. Administracja publiczna w sferze imperium i dominium*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2012.
- Korczak J., *Współdziałanie jednostek samorządu terytorialnego z udziałem województwa samorządowego*, [w:] *Samorząd z perspektywy dwudziestolecia reformy administracji terytorialnej*, red. J. Korczak, A. Łysoń, R. Nowakowski, G. Strauchold, Wrocław 2018.
- Korczak J., Miruć A., „*Outsourcing*” komunalny na rzecz organizacji pożytku publicznego w sferze pomocy społecznej w świetle najnowszych uregulowań prawnych, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012.
- Korczak J., Lisowski P., Ostapski A., *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, Wrocław 2020.
- Miemiec M., *Gmina w systemie administracji publicznej Republiki Federalnej Niemiec*, Wrocław 2007.

Organizational Authority of a Local Government Unit in the Performance of Its Tasks

Summary

The article is devoted to the issue of organizational power of local government units as one of the manifestations of their independence in the selection of the organizational form of performing their tasks. The article conducts an analysis of organizational and legal forms used by communes, poviats and voivodships in the scope of the municipal management conducted by them.

Keywords: organizational authority, municipal management, municipality, county, voivodship, budgetary unit, self-government budgetary enterprise, commercial law company.

BARBARA KOWALCZYK

ORCID: 0000-0001-8012-1985

Uniwersytet Wrocławski
barbara.kowalczyk@uwr.edu.pl

ŁUKASZ PRUS

ORCID: 0000-0002-0990-3666

Uniwersytet Wrocławski
lukasz.prus@uwr.edu.pl

Wspólne inspekcje organów administracji państw członkowskich UE

Abstrakt: Artykuł dotyczy wspólnych inspekcji przeprowadzanych przez organy państw członkowskich w UE w ramach współpracy administracyjnej. Można je określić mianem operacji transgranicznych, które należy rozumieć jako działania wykonawcze (stosowanie, egzekwowanie prawa), podczas których urzędnicy (pracownicy, funkcjonariusze) z jednego państwa członkowskiego UE (współ)działają na terytorium innego państwa. Współpraca transgraniczna jest wyrazem wspólnej (dzielonej) odpowiedzialności państw członkowskich za zapewnienie efektywnego wykonywania prawa UE.

Słowa kluczowe: administracja UE, inspekcja.

Wprowadzenie

Inspekcja jest pojęciem dobrze znanym prawu administracyjnemu i publicznemu prawu gospodarczemu. W ujęciu instytucjonalnym oznacza wyspecjalizowany organ realizujący zadania z zakresu policji administracyjnej¹, w ujęciu

¹ Zob. T. Długosz *et al.*, *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 704–705.

zaś funkcjonalnym jest rodzajem kontroli przeprowadzanej na miejscu w celu zgromadzenia informacji, a zatem instrumentem wykorzystywanym w obszarze realizacji funkcji zarówno policyjnej, jak i reglamentacyjnej, które należą do podstawowych funkcji wykonywanych przez organy państwa w sferze życia społecznego, także w sferze gospodarki².

Państwa członkowskie Unii Europejskiej przekazały na rzecz tej organizacji „kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach” (art. 90 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku³), w tym realizację funkcji policyjnej i reglamentacyjnej. Dlatego też niezależnie od inspekcji przeprowadzanych przez organy państw członkowskich zgodnie z prawem krajowym organy administracji UE mają kompetencję do prowadzenia kontroli na miejscu w celu zgromadzenia informacji. Inspekcje są również ważnym instrumentem współpracy administracyjnej organów państw członkowskich i organów UE.

Tytuł publikacji dedykowanej prof. Tadeuszowi Kocowskiemu skłania do zajęcia się pewną innowacją w zakresie współczesnych funkcji państwa wobec gospodarki, mianowicie wspólnymi inspekcjami realizowanymi w ramach współpracy administracyjnej organów państw członkowskich UE. Takie inspekcje z racji ich istoty można określić mianem operacji transgranicznych (*cross-border operations*), które należy rozumieć jako działania wykonawcze (stosowanie, egzekwowanie prawa), podczas których urzędnicy (pracownicy, funkcjonariusze) z jednego państwa członkowskiego (współ)działają na terytorium innego państwa⁴. Ich celem, a zarazem cechą odróżniającą od innych form transgranicznej współpracy, jest bezpośredniość dostępu do informacji, ich pozyskiwania i przekazywania. Z tego też względu transgraniczne wspólne inspekcje należą do form współpracy przełamujących terytorialne ograniczenia działania administracji publicznej.

1. Inspekcje w prawie UE

Inspekcje są faktycznie częścią wszystkich obszarów aktywności administracji publicznej w UE. Łączą się one przede wszystkim z gromadzeniem i wymianą informacji, a ich rezultaty stanowią materiał dowodowy w postępowaniach prowadzonych przez właściwe organy. Wszystkie aspekty współpracy administracyjnej — informacyjne, proceduralne i instytucjonalne — zawarte są w prawnej instytucji inspekcji. Horyzontalne i wertykalne relacje zachodzące w ramach inspekcji dają podstawę do określenia europejskiej przestrzeni administracyjnej

² *Ibidem*, s. 686 n.

³ Dz.U. Nr 78, poz. 483.

⁴ Council of the European Union, *Manual on Cross-Border Operations*, 10505/4/09, REV 4, Brussels 14.12.2009, s. 6, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10505-2009-REV-4/en/pdf> (dostęp: 17.01.2022).

jako „administracyjnej unii dochodzeń i inspekcji” (*Administrative Union of Investigation and Inspection*)⁵. Zdaniem autora tego określenia, Francisca Velasca, można mówić o tego rodzaju unii, mając na względzie, że UE to w istocie „europejska unia administracyjna” (*European Administrative Union*). Wprowadzenie tego pojęcia oznacza stworzenie analitycznych ram dla rozstrzygnięcia istotnych kwestii wynikających z prowadzenia inspekcji, takich jak: proceduralny status podmiotów kontrolowanych w ramach postępowania prowadzonego przez „zewnątrzną” władzę (unijny organ lub organ innego państwa); trudne do rozdzielenia w ramach jednej procedury kontrolnej działania podejmowane przez organy z różnych jurysdykcji, co jest jednak niezbędne do ustalenia, jakie przepisy mają zastosowanie, jaki sąd jest właściwy do dokonania kontroli i ewentualnie jak rozkłada się ciężar odpowiedzialności za szkody⁶.

Regulacja prawna odnośnie do inspekcji jest rozproszona, zawarta w aktach prawa UE i krajowego (przy czym krajowe regulacje muszą spełniać warunki efektywności i równoważności⁷), przez co występuje znaczne zróżnicowanie sektorowe. Projekt modelowego kodeksu postępowania administracji UE ReNEUAL⁸ skupia się na inspekcjach jako jednym z głównych instrumentów gromadzenia informacji, służąc tym samym za przewodnik po podstawowych zasadach funkcjonowania tego rodzaju współpracy⁹. Inspekcje są częścią procesu wydawania decyzji, mechanizmem kontroli stosowanym wobec obywateli lub przedsiębiorstw w zakresie wywiązywania się ze zobowiązań wynikających z prawa UE. Mogą być także instrumentem realizowania nadzoru organów UE badających przestrzeganie prawa UE przez krajowe organy państw członkowskich¹⁰. Często oba poziomy są z sobą ściśle powiązane.

⁵ F. Velasco, *Inspection and Evidence in European Cooperative Decision-Making Process*, [w:] *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, red. M. Ruffert, Zutphen 2016, s. 109.

⁶ *Ibidem*, s. 109. Są to te same problemy, które pojawiają się przy analizie procedur złożonych (kompozytowych).

⁷ H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford 2011, s. 421 i cytowane orzecznictwo.

⁸ *ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, red. M. Wierzbowski *et al.*, red. wyd. polskiego M. Wierzbowski, A. Kraczkowski, przeł. M. Ziental, P. Drobek, Warszawa 2015, s. 118–119.

⁹ Zróżnicowanie sektorowe nie pozwala na przedstawienie kompleksowego zbioru zasad mającego zastosowanie do wszystkich aspektów inspekcji. Z tego względu skoncentrowano się na zbiorze podstawowych zasad dotyczących obowiązków urzędników państw członkowskich i UE wynikających ze współpracy (zob. *ReNEUAL. Model kodeksu...*, s. 119). Odnośnie do ogólnych zasad przeprowadzania inspekcji w kontekście praw podmiotów kontrolowanych zob. też A. David, *Inspections as an Instrument of Control of Implementation in the European Composite Administration*, [w:] *The European Composite Administration*, red. O. Jansen, B. Schöndorf-Haubold, Cambridge 2011, s. 371 n.; H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Türk, *op. cit.*, s. 433.

¹⁰ *ReNEUAL. Model kodeksu...*, s. 118–119. Zob. też A. David, *op. cit.*, s. 359.

Inne nazwy, którymi posługuje się prawodawca unijny, to kontrole przeprowadzane na miejscu i wizyty monitorujące. W zakresie inspekcji UE autorzy modelowego kodeksu wyróżnili cztery formy współpracy:

1. organy administracji UE przeprowadzają inspekcję na terytorium państwa członkowskiego w celu wypełnienia swoich obowiązków i wymagają współpracy jednego lub więcej państw członkowskich¹¹;
2. państwo członkowskie przeprowadza inspekcję na swoim terytorium w celu wykonania zadań, które mają wymiar europejski;
3. kilka państw członkowskich przeprowadza wspólną inspekcję w celu wykonania swoich zadań;
4. organ administracji UE albo państwa członkowskiego zwraca się do innego państwa członkowskiego z prośbą o przeprowadzenie inspekcji w celu wykonania swojego zadania¹².

2. Wspólne inspekcje organów krajowej administracji publicznej

Wskutek utworzenia rynku wewnętrznego i likwidacji granic wewnętrznych w UE tradycyjne funkcje organów administracji krajowej (reglamentacyjna i policyjna) musiały ulec aktualizacji. Dominujący motyw regulowania w prawie UE wspólnych inspekcji organów państw członkowskich nadal wiąże się z zapewnianiem bezpieczeństwa i porządku publicznego. Powodem transgranicznego współdziałania w tym zakresie jest potrzeba realizacji wspólnego interesu w ramach podziału odpowiedzialności organów państw członkowskich i UE¹³.

Rozbudowaną regulację odnoszącą się do współpracy administracyjnej, w tym wspólnych inspekcji, zawiera rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej:

¹¹ Rozporządzenie Rady (Euratom, WE) nr 2185/96 z dnia 11 listopada 1996 roku w sprawie kontroli na miejscu oraz inspekcji przeprowadzanych przez Komisję w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich przed nadużyciami finansowymi i innymi nieprawidłowościami (Dz.Urz. z 15.11.1996, L 292/2).

¹² *ReNEUAL. Model kodeksu...*, s. 122. Inspiracją było proponowane w 2012 roku uregulowanie wspólnych operacji organów nadzorczych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych; zob. art. 56. „Wspólne operacje organów nadzorczych” wniosku w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (tekst mający znaczenie dla EOG), 25.01.2012, COM(2012) 11 final.

¹³ A. David, *op. cit.*, s. 364.

RODO)¹⁴. Wspólne operacje, o których mowa w art. 62 RODO, najczęściej będą wspólnymi inspekcjami w przyjętym w niniejszym artykule znaczeniu: „Wspólna operacja ma miejsce w przypadku połączenia sił dwóch lub większej liczby ON [organów nadzorczych — B.K., Ł.P.] w celu działania na rzecz osiągnięcia wspólnie uzgodnionego celu. W tym celu organy nadzorcze udostępniają swoje zasoby, w tym umiejętności i personel”¹⁵.

Materialną podstawą wspólnych operacji może być transgraniczność czynności przetwarzania danych osobowych, ta forma współpracy nie ogranicza się jednak do przypadków transgranicznych¹⁶. W sprawach objętych mechanizmem kompleksowej współpracy¹⁷ wiodący organ nadzorczy¹⁸ może w dowolnym momencie uznać za konieczne przeprowadzenie wspólnej operacji¹⁹, „w szczególności w celu przeprowadzenia postępowania lub monitorowania wdrażania środka dotyczącego administratora lub podmiotu przetwarzającego posiadającego jednostkę organizacyjną w innym państwie członkowskim”²⁰. Organ nadzorczy (oddelegowany pracownik) każdego z państw członkowskich, którego sprawa dotyczy²¹, ma prawo uczestniczyć we wspólnych operacjach. Wiodący organ nadzorczy zaprasza organ nadzorczy każdego z państw członkowskich do uczestnictwa we wspólnych operacjach i niezwłocznie odpowiada na wniosek organu nadzorczego dotyczący uczestnictwa.

W ramach mechanizmu kompleksowej współpracy wspólne operacje organów nadzorczych można postrzegać jako formę współpracy komplementarną do procedury złożonej, uregulowanej w art. 60 RODO, i formę wzajemnej pomocy, która wiąże się z przekroczeniem terytorialnych ograniczeń działania organów administracji publicznej. Uzgodnienie szczegółowych zasad współpracy, czasu

¹⁴ Dz.Urz. UE z 4.05.2016, L 119/1.

¹⁵ Dokument EROD w sprawie ram skoordynowanego egzekwowania prawa na mocy rozporządzenia 2016/679, przyjęty 20 października 2020 roku, s. 9, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_documents_20201020_coordinatedenforcementframework_pl.pdf (dostęp: 15.01.2022).

¹⁶ *Ibidem*, s. 9.

¹⁷ Art. 60 RODO.

¹⁸ Według właściwości określonej w art. 56 rozporządzenia 2016/679 w odniesieniu do spraw o charakterze transgranicznym. Przepis ten odnosi się do koncepcji mechanizmu kompleksowej współpracy; zob. P. Drobek, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, s. 927.

¹⁹ Doktryna przychyliła się do stanowiska, że wspólne operacje nie są obowiązkowe; zob. M. Kawecki, *Reforma ochrony danych osobowych. Współpraca administracyjna w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych*, Warszawa 2017, s. 316–317. O dobrowolności prowadzenia wspólnych operacji można też mówić, gdy chodzi o działania w sprawach lokalnych; zob. P. Makowski, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie...*, s. 974.

²⁰ Art. 60 ust. 2 RODO.

²¹ Sprawa ma charakter transgraniczny i dotyczy różnych organów nadzorczych, jeżeli administrator lub podmiot przetwarzający mają jednostki organizacyjne w kilku państwach członkowskich lub jeżeli operacje przetwarzania mogą istotnie wpłynąć na znaczną liczbę osób, których dane dotyczą, w więcej niż jednym państwie członkowskim (zob. art. 62 ust. 2 RODO).

trwania wspólnej operacji, jej celu i zasobów personalnych pozostaje w gestii współpracujących organów i powinno znaleźć odzwierciedlenie w porozumieniu między nimi²².

Na terytorium państwa członkowskiego oddelegowany pracownik może uzyskać na mocy upoważnienia organu nadzorczego tego państwa uprawnienia do prowadzenia postępowań wyjaśniających — zgodnie z prawem państwa członkowskiego i za zgodą organu nadzorczego oddelegowującego pracownika²³. Jeżeli zezwala na to prawo państwa członkowskiego przyjmującego organu nadzorczego, organ może zezwolić członkom lub personelowi organu nadzorczego oddelegowującego pracownika na wykonywanie ich własnych uprawnień w zakresie prowadzenia postępowań wyjaśniających, zgodnie z prawem państwa rodzimego. Wszystkie działania pracownika oddelegowanego mogą być wykonywane wyłącznie pod kierownictwem i w obecności członków lub personelu przyjmującego organu nadzorczego. Członkowie lub personel organu nadzorczego oddelegowującego pracownika podlegają prawu państwa członkowskiego przyjmującego organu nadzorczego. Państwo członkowskie przyjmującego organu nadzorczego ponosi odpowiedzialność za czynności oddelegowanego z innego państwa personelu, w tym odpowiedzialność prawną za wszelkie szkody wyrządzone przez ten personel w trakcie operacji, zgodnie z prawem państwa członkowskiego, na którego terytorium ten personel działa. Państwo członkowskie, na którego terytorium została wyrządzona szkoda, naprawia ją na warunkach mających zastosowanie do szkód wyrządzonych przez jego własny personel²⁴.

Inny przykład wspólnej inspekcji pochodzi z rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2018/273 z dnia 11 grudnia 2017 roku uzupełniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 w odniesieniu do systemu zezwoleń na nasadzenia winorośli, rejestru winnic, dokumentów towarzyszących i świadectw, rejestru przychodów i rozchodów, obowiązkowych deklaracji, powiadomień i publikowania zgłoszonych informacji oraz uzupełniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1306/2013 w odniesieniu do odpowiednich kontroli i kar, zmieniające rozporządzenia Komisji (WE) nr 555/2008, (WE) nr 606/2009 i (WE) nr 607/2009 oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 436/2009 i rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/560²⁵. W ramach wzajemnej pomocy art. 43 rozporządzenia przewiduje prawo zwrócenia się przez właściwy organ państwa członkowskiego o informacje do właściwego organu dowolnego innego państwa członkowskiego, a także

²² P. Makowski, *op. cit.*, s. 975; M. de Bazelaire de Ruppierre, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018, s. 552.

²³ W polski prawie zob. art. 79 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1781).

²⁴ Zob. M. Kawecki, *op. cit.*, s. 317–321.

²⁵ Dz.Urz. UE z 28.02.2018, L 58/1.

o przeprowadzenie kontroli na terytorium tego ostatniego. W porozumieniu z organem, do którego skierowany jest wniosek, organ wnioskujący może wyznaczyć urzędników do następujących zadań:

1. uzyskania w siedzibie właściwych organów w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę organ, do którego skierowany jest wniosek, informacji na temat stosowania odpowiednich przepisów dotyczących produktów sektora wina lub na temat związanych z nimi kontroli, w tym sporządzania kopii dokumentów transportowych oraz innych dokumentów lub wyciągów z rejestrów (wyłącznie za zgodą organu);

2. obecności w trakcie prowadzenia kontroli po powiadomieniu we właściwym czasie przed rozpoczęciem tych działań organu, do którego się zwrócono. Urzędnicy organu, do którego się zwrócono, pozostają przez cały czas odpowiedzialni za kontrole przeprowadzane na terytorium ich państwa członkowskiego.

Urzędnicy organu wnioskującego okazują pisemne upoważnienie wskazujące ich tożsamość i stanowisko. Nie naruszając ograniczeń nałożonych przez państwo członkowskie organu, do którego się zwrócono, na własnych urzędników w odniesieniu do prowadzenia przedmiotowych kontroli, mają też prawo dostępu określone w art. 41 lit. a i b rozporządzenia, to jest dostęp do winnic oraz do instalacji służących do produkcji i przechowywania wina, instalacji służących do przetwarzania produktów sektora wina oraz pojazdów do transportu tych produktów; do pomieszczeń handlowych lub magazynów oraz pojazdów dowolnej osoby posiadającej produkty sektora wina lub produkty, które mogą być przeznaczone do użytku w sektorze wina, z zamiarem ich sprzedaży, wprowadzenia na rynek lub transportu. Mają także prawo do bycia informowanym o wynikach kontroli przeprowadzonych przez urzędników organu, do którego się zwrócono.

Podsumowanie

Przedstawione regulacje z zakresu przeprowadzania wspólnych inspekcji pozwalają na sformułowanie wniosku o rosnącym znaczeniu współpracy administracyjnej w UE, która jest istotą unijnej administracji zintegrowanej. Współpraca transgraniczna jest bowiem wyrazem wspólnej (dzielonej) odpowiedzialności państw członkowskich za zapewnienie efektywnego wykonywania prawa Unii.

Bibliografia

- Council of the European Union, *Manual on Cross-Border Operations*, 10505/4/09, REV 4, Brussels 14.12.2009, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10505-2009-REV-4/en/pdf>.
- David A., *Inspections as an Instrument of Control of Implementation in the European Composite Administration*, [w:] *The European Composite Administration*, red. O. Jansen, B. Schön-dorf-Haubold, Cambridge 2011.
- Długosz T., Horubski K., Kieres L., Kocowski T., *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Hofmann H.C.H., Rowe G.C., Türk A.H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford 2011.
- Kawecki M., *Reforma ochrony danych osobowych. Współpraca administracyjna w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych*, Warszawa 2017.
- Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018.
- ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, red. M. Wierzbowski *et al.*, red. wyd. polskiego M. Wierzbowski, A. Kraczkowski, przeł. M. Ziental, P. Drobek, Warszawa 2015.
- RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018.
- Velasco F., *Inspection and Evidence in European Cooperative Decision-Making Process*, [w:] *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, red. M. Ruffert, Zutphen 2016.

Joint Inspections of Administrative Authorities of European Union Member States

Summary

The contribution deals with joint inspections of European Union Member States' authorities in the framework of administrative cooperation. Joint inspections are cross-border operations that should be understood as the executive activity of officials (officers) representing the administrative authority of one Member State, (co)operating on the territory of another one. Cross-border administrative cooperation is an expression of the shared responsibility of Member States for the effective implementation of EU law.

Keywords: EU administration, inspection.

RENATA KUSIAK-WINTER

ORCID: 0000-0002-8202-1360

Uniwersytet Wrocławski

renata.kusiak-winter@uwr.edu.pl

Kilka uwag na temat funkcji administracji publicznej

Abstrakt: Funkcje administracji publicznej są odzwierciedleniem celów i funkcji współczesnego państwa, a jednocześnie mają charakter dynamiczny, co oznacza emanację nie tylko zmieniających się wizji ugrupowania politycznego z większością parlamentarną, ale i oczekiwań społecznych oraz kierunków rozwoju gospodarki w danym państwie i w Europie.

Słowa kluczowe: funkcje administracji publicznej, zadania administracji publicznej, funkcja administracji świadczącej, funkcja policyjna administracji, funkcja reglamentacyjna administracji, funkcja regulacyjna administracji.

Wprowadzenie

Do najważniejszych obszarów badawczych Szanownego Jubilata, prof. Tadeusza Kocowskiego, należą funkcje gospodarcze administracji, które należy postrzegać w kontekście wszelkich funkcji realizowanych przez organy administracji publicznej, które z kolei odzwierciedlają cele i funkcje współczesnego państwa. Jednocześnie jedną z najistotniejszych cech charakterystycznych funkcji administracji jest ich dynamiczny charakter, który oznacza emanację nie tylko zmieniających się wizji ugrupowania politycznego mającego większość parlamentarną, ale i oczekiwań społecznych oraz kierunków rozwoju gospodarki w danym państwie i w Europie. W związku z tym potrzebna i ważna jest stała refleksja naukowa nad istotą i charakterem funkcji współczesnej administracji, dokonywana z uwzględnieniem perspektywy historycznej i współczesnej, by lepiej zrozumieć rzeczywistość administrowania.

Zagadnienia terminologiczne

Podając badania nad istotą i charakterem funkcji administracji, należy najpierw uporządkować kwestie terminologiczne. W ujęciu słownikowym funkcja to „prace, obowiązki, które ktoś ma wykonać; stanowisko” oraz „działanie, funkcjonowanie; rola, zadanie czegoś”¹. Nieco rzadziej występuje rozumienie funkcji jako określonego „sposobu działania”, które wiąże się z wkładem w utrzymanie jakiegoś organizmu odpowiednią aktywnością czy też pozycją strukturalną². Również w literaturze prawniczej pojęcie to występuje w wielu znaczeniach, do najczęściej zaś podejmowanych zagadnień należą: „funkcje prawa”³, „funkcje poszczególnych gałęzi prawa”⁴, „funkcje państwa”⁵ oraz „funkcje administracji publicznej”⁶.

Niejednoznaczność terminologiczna cechuje także literaturę prawników administratywistów. Bez wątplenia najbardziej rozpowszechniona jest konceptualizacja zaproponowana przez Jana Jeżewskiego, wedle której pojęcie „funkcji administracji” występuje aż w pięciu różnych kontekstach znaczeniowych⁷. W pierwszym ujęciu funkcja służy ustaleniu ogólnej właściwości administracji, w której termin ten wywodzi się z funkcji państwa i polega na „organizowaniu bezpośredniej, praktycznej realizacji zadań państwa”. W drugiej koncepcji funkcje służą systematyzacji ogólnych, podstawowych zadań administracji, ujmowanych w grupy, sfery czy działy. W tym znaczeniu funkcje rozumiane są jako wykładnik roli administracji we współczesnym społeczeństwie. W trzeciej perspektywie funkcja jest opisem sposobów działania administracji (koordynacja, ogólne kierownictwo, funkcja operacyjna i kontrolno-nadzorcza). W czwartej zaś funkcja postrzegana jest jako konstytutywny element organizacji podmiotów administracji państwowej. Natomiast w piątym ujęciu funkcja służy wyodrębnieniu nowych zjawisk w działaniu administracji, zjawisk o złożonej genezie i mających wielopostaciowe konsekwencje⁸.

Kierując się wskazaną konceptualizacją, należy mieć świadomość, że wielu autorów umieszcza w jednym katalogu funkcje administracji odnoszące się

¹ *Słownik języka polskiego PWN*, t. 1, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, s. 580.

² I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 30.

³ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 12, s. 15–28.

⁴ B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji publicznej w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 63–64 oraz zacytowana tam literatura.

⁵ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 13

⁶ M. Jełowicki, *Funkcje współczesnej administracji — próba klasyfikacji*, „Organizacja, Metody, Technika” 1983, nr 4–5; T. Kuta, *Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji*, „Prawo” 217, 1992.

⁷ J. Jeżewski, *Funkcje administracji — zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985, s. 109 n.

⁸ *Ibidem*, s. 109–112.

do różnych ujęć znaczeniowych. Tak jest w przypadku, gdy jako typy funkcji administracji występują obok siebie funkcje: policyjna, reglamentacyjna, nadzorcza, świadcząca oraz regulacyjna⁹. O ile funkcja nadzorcza odnosi się do wymienionych wcześniej „sposobów działania administracji”, o tyle pozostałe funkcje służą systematyzacji ogólnych, podstawowych zadań administracji, ujmowanych w grupy, sfery czy działy. W związku z tym należy postulować o każdorazowe wskazanie, według jakich kryteriów następuje wyszczególnienie określonych funkcji w proponowanym katalogu. Takiego zabiegu dokonali przykładowo Hubert Izdebski oraz Michał Kulesza, wyróżniając funkcje, przy których realizacji administracja działa na rzecz interesu publicznego (funkcja porządkowo-reglamentacyjna, funkcja administracji świadczącej, funkcja administracji wykonującej uprawnienia właścicielskie oraz funkcja zarządzania rozwojem)¹⁰.

Funkcje administracji a funkcje państwa

Nie sposób prowadzić badań nad funkcjami administracji publicznej w oderwaniu od celów i funkcji państwa w obserwowalnych odcinkach czasowych. Myśl tę chyba najbardziej obrazowo przedstawił w XIX wieku marszałek Dimock, stwierdzając, że „administracja publiczna jest zainteresowana realizacją celów, funkcji i zadań państwa. Administracja publiczna to państwo w działaniu, państwo jako budowniczy”¹¹. I chociaż nie możemy postawić znaku równości między funkcjami państwa i administracji, gdyż te pierwsze mają charakter pierwotny i zdecydowanie szerszy zakres, to nie podlega dyskusji ścisły związek między funkcjami państwa, prawa i administracji. Państwo ma własne i niepowtarzalne cele oraz działa w sobie tylko właściwy sposób, czyli przez stanowienie prawa; wówczas to zakres i różnorodność przedmiotów regulacji prawa administracyjnego przekłada się na różnorodność funkcji prawa administracyjnego typowego dla konkretnej ustawy, a te ostatnie z kolei przekładają się na funkcje administracji publicznej¹². Należy przy tym podkreślić, że niejednokrotnie w doktrynie uzasadnieniem dokonania danej kategoryzacji funkcji administracji jest wskazanie na szczególne znaczenie dla realizacji ce-

⁹ Z. Cieślak *et al.*, *Funkcje administracji publicznej*, [w:] *Nauka administracji*, red. Z. Cieślak, Warszawa 2010, s. 144 n.

¹⁰ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 104.

¹¹ Cyt. za: Ch.J. Bonnin, *Principes d'administration publique (en français)*, Paris 1812, s. 59; jeśli nie podano inaczej, przeł. R.K.W.

¹² I. Niżnik-Dobosz, *Funkcje współczesnego polskiego prawa administracyjnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 827.

łów państwa, chociażby na to, że „funkcje administracji realizowane w sferze gospodarczej są odpowiedzialnością państwa w sferze gospodarki”¹³.

Najbardziej oczywiste powiązania między funkcjami państwa i administracji przejawiają się w określeniu tych ostatnich mianem funkcji wykonawczych, co stanowi odniesienie do funkcji wszystkich rodzajów trójpodzielnej władzy w państwie. Zgodnie z ujęciem przyjętym w tak zwanej definicji „wielkiej reszty”¹⁴ administracja publiczna pełni wszystkie funkcje oprócz ustawodawczych i sędziowskich. Należy jednak pamiętać, że przypisywanie administracji wyłącznie funkcji wykonawczych jest sporym uproszczeniem, zważywszy na jej rozbudowane funkcje polityczne. Dzieje się tak, ponieważ administracja jest aparatem wykonawczym decyzji politycznych i w dodatku aparatem aktywnym, na którym spoczywa obowiązek inicjowania określonych decyzji politycznych¹⁵. Podobna zależność towarzyszy wyszczególnieniu wspomnianej wcześniej funkcji zarządzania rozwojem, która zakłada podejmowanie przez administrację działalności aktywnej, twórczej i kreatywnej. Kryterium trójpodziału władzy okazuje się niewystarczające również z powodu pełnienia przez administrację rozległych funkcji prawotwórczych, które są trwałym elementem konstytucyjnych źródeł prawa w państwie¹⁶.

Twierdzenie o ścisłych związkach między funkcjami państwa i administracji jest również aktualne w dobie postępującej europeizacji i umiędzynarodowienia procesów administrowania, jak też nieustającej prywatyzacji zadań publicznych. Omawiany fenomen można zobrazować, biorąc za punkt wyjścia podział kompetencji państwa na trzy kategorie z uwagi na funkcje i zadania publiczne. Chodzi tu o kompetencje decyzyjne państwa (w odniesieniu do treści zadania), kompetencje organizacyjne państwa (realizacja zadań w określonej formie) oraz ostateczną odpowiedzialność państwa (za to, że zadanie zostanie w ogóle wykonane i w jakim zakresie)¹⁷. Współczesny rozwój państwowości powoduje głębokie przeobrażenia, które są najbardziej widoczne w odniesieniu do przekształceń funkcji państwa i zakresu władztwa zadaniowego. Wspomniane już kompetencje decyzyjne państwa przechodzą częściowo do podmiotów supranarodowych (takich jak Unia Europejska), kompetencje organizacyjne zaś do podmiotów samorządowych, społecznych i prywatnych. Z kolei ostateczna odpowiedzialność pozostaje zawsze

¹³ B. Popowska, *op. cit.*, s. 83. Podobnie K. Kiczka, *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje...*, s. 39 n.

¹⁴ Mowa tu o definicji negatywnej administracji publicznej sformułowanej w 1895 roku przez Ottona Mayera, który odwołując się do monteskiuszowskiego trójpodziału władzy w państwie, stwierdził, że administracją jest każda władza, która nie jest judykaturą ani legislatywą. Zob. *idem*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895.

¹⁵ H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 116.

¹⁶ Zob. *Problemy legislacji administracyjnej*, red. D. Dąbek, J. Zimmermann, Warszawa 2020, *passim*.

¹⁷ P. Genschel, B. Zangl, *Die Zerfaserung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates*, „Aus Politik und Zeitgeschichte” 2007, nr 20–21, s. 11 n.

w domenie klasycznego państwa. Dlatego mowa jest o funkcjach administracji jako funkcjach państwowych, co oddaje kluczowy element definiowania istoty funkcji współczesnej administracji publicznej¹⁸.

Dynamika i zmienność funkcji administracji

Ważnym desygnatem funkcji administracji jest dynamika i zmienność w czasie. Dzieje się tak w związku ze zmianą potrzeb i oczekiwań ludzi w państwie oraz uwarunkowań politycznych, prawnych, społecznych i gospodarczych. Ilustracją rzeczonyj prawidłowości jest to, że wprawdzie w doktrynie panuje zgodne przekonanie, że w układzie historycznym pierwszą i podstawową była i jest funkcja policyjna państwa¹⁹ (określana niekiedy zbiorczym mianem funkcji reglamentacyjno-porządkowej²⁰), to pojawienie się funkcji administracji świadczącej na przełomie XIX i XX wieku wywołało w doktrynie ważną dyskusję na temat konieczności przedefiniowania roli państwa²¹, zredukowaną wówczas do konieczności utrzymania bezpieczeństwa i porządku (państwo w roli stróża nocnego²²). Wydaje się, że współcześnie sposób społecznej oceny wskazanych funkcji uległ programowej zmianie, czego najlepszym dowodem jest utożsamianie funkcji państw europejskich nie tyle z rozbudowanymi kompetencjami policyjnymi administracji, ile głównie z funkcjonowaniem systemu zabezpieczeń społecznych, co notabene jest magnesem przyciągającym migrantów z całego świata²³.

Zmienność funkcji administracji należy postrzegać przez pryzmat przekształceń w sposobach ich realizacji, o czym świadczą przykładowo przeobrażenia funkcji administracji regulacyjnej w odniesieniu do produkcji i dostarczania prądu. Warto zaznaczyć, że funkcja regulacyjna to relatywnie najnowsza funkcja administracji, ukształtowana dopiero pod koniec XX wieku, która dotyczy usług w sektorach infrastrukturalnych obejmujących między innymi elektroenergety-

¹⁸ Zob. R. Kusiak-Winter, *Odpowiedzialność administracji publicznej. Struktura odpowiedzialności z perspektywy determinantów prawnych*, Wrocław 2019, s. 218 n. i zacytowana tam literatura.

¹⁹ A. Błaś, T. Kuta, *Prawo administracyjne. Podstawowe zagadnienia terminologiczno-pojęciowe*, Poznań-Wrocław 1998, s. 34; M. Janik, *Policja sanitarna*, Warszawa 2012, s. 32 n.

²⁰ O potrzebie odrębnego traktowania funkcji policyjnych i reglamentacyjnych jest przekonany również Szanowny Jubilat, prof. Tadeusz Kocowski, o czym świadczy sformułowana przez Niego definicja reglamentacji jako kreatywnej działalności podejmowanej dla celowego kształtowania pewnej sfery stosunków społecznych lub gospodarczych, związanych z wyraźną ingerencją państwa w tę sferę w celu wywołania w niej skutków uznanych za pożądane z punktu widzenia interesu publicznego determinowanego przez inne cele niż ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego; zob. *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 717.

²¹ E. Forsthoﬀ, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart-Berlin 1938, s. 11 n.

²² A. Błaś, T. Kuta, *op. cit.*, s. 30.

²³ T. Judt, T. Snider, *Rozważania o wieku XX*, Warszawa 2013, *passim*.

kę²⁴. Przed transformacją sektor energetyczny był zarządzany przez państwowe megapodmioty, które przy braku wolnej konkurencji arbitralnie dyktowały warunki dostępu do usług sieciowych²⁵. W wyniku komercjalizacji i prywatyzacji sektorów infrastrukturalnych przeprowadzonych pod koniec XX wieku państwo co do zasady abdykowało z roli jednoczesnego właściciela, centralnego planisty i instytucji sprawującej bieżące zarządzanie w tych sektorach — wówczas powstała konieczność sprawowania funkcji regulacyjnej²⁶.

W odniesieniu do sektora elektroenergetyki w Polsce nadal podstawową rolę odgrywają przedsiębiorstwa należące do państwa. W dobie transformacji energetyczno-klimatycznej jesteśmy jednak świadkami dynamicznego kształtowania się konkurencyjnego rynku prosumentów z licznymi producentami energii, będącymi jednocześnie konsumentami, co nakazuje przededefiniować funkcje regulacyjne państwa realizowane między innymi przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki²⁷. Znamienne jest, że partycypację obywatelską do niedawna kojarzono wyłącznie z funkcjonowaniem sfery społecznej, natomiast przypadek rozwoju sektora energii prosumenckiej przenosi partycypację do sfery gospodarczej. Należy mieć świadomość, że kierunki rozwoju funkcji regulacyjnej administracji będą miały bezpośrednie przełożenie na kształt architektury sektora energetycznego w państwie. Chodzi o wybór pomiędzy modelem tradycyjnym, preferującym duże jednostki wytwórcze (*onshore*, *offshore* albo bloki jądrowe), a modelem alternatywnym opartym na energii wytwarzanej w systemie rozproszonym i prosumenckim²⁸. Wybór drugiego modelu oznacza zorientowanie funkcji regulacyjnej administracji publicznej nie tylko na wymiar prokonkurencyjny oraz prokonsumencki, ale przede wszystkim na prospołeczny (aksjologiczny).

Władczy vs. niewładczy charakter funkcji administracji

Jednym z klasycznych, lecz wydaje się, że obecnie mniej preferowanych, sposobów konceptualizacji funkcji jest kryterium działań administracji z po-

²⁴ A. Schleife, *Understanding Regulations*, „European Financial Management” 11, 2005, nr 4, s. 439–440.

²⁵ M. Grzybowski, *Prawnoustrojowe aspekty statusu krajowych organów regulacyjnych w sektorach infrastrukturalnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3 (61), s. 219.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Prezes Urzędu Regulacji Energetyki jest organem administracji publicznej regulującym sektor energetyczny; zob. art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku — Prawo energetyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 868 ze zm.).

²⁸ R. Kusiak-Winter, J. Gola, *Uwarunkowania unijne i wynikające z nich zobowiązania dla Polski*, [w:] *Rekomendacje do zmian legislacyjnych w zakresie przeprowadzenia transformacji energetycznej i osiągnięcia neutralności klimatycznej*, red. J. Korczak, Wrocław 2021, s. 8.

działem na ich władczy i niewładczy charakter. Przypomnijmy, że w tradycyjnym ujęciu z administracją władczą mamy do czynienia w przypadku funkcji reglamentacyjno-dystrybucyjnych, natomiast administracja niewładcza występuje w charakterze organizatora usług publicznych, zobowiązanego do tworzenia odpowiedniej bazy materialnej i zaspokajania podstawowych potrzeb bytowych ludzi, zwłaszcza w miastach, a także organizowanie usług w dziedzinie oświaty, kultury czy w sferze socjalnej²⁹.

W literaturze już od dłuższego czasu dostrzegana jest problematyczność stosowania kryterium władczości, ponieważ w wielu obszarach administracja posługuje się środkami o zróżnicowanym charakterze. Funkcje władcze nie dadzą się scharakteryzować za pomocą metody zero-jedynkowej. Bardziej odpowiednia będzie metoda skali, rozpoczynająca się od sytuacji, w których administracja ma obowiązek skorzystać z władztwa, a kończąca, gdy administracja nie ma bezpośredniej możliwości jego użycia (porozumienia, umowy)³⁰.

Wydaje się, że rozpatrując fenomen skali czy kontinuum stosowania środków prawnych przez administrację, centralne znaczenie należy przydać wprowadzeniu balansu możliwości (dyskrecjonalności) vs. konieczności stosowania środków władczych i niewładczych. Szczególnie w przypadku sprawowania funkcji policyjnych, reglamentacyjnych czy nadzorczych policja administracyjna niejednokrotnie wykorzystuje środki o charakterze niewładcym, co jest niezmiernie istotne, ponieważ udzielanie informacji czy wydawanie pouczeń, rekomendacji i ostrzeżeń to niezbędny element komunikacji oraz akceptacji omawianych działań. Przykładowo przedłużający się stan zagrożenia rozprzestrzenianiem się chorób zakaźnych wyraźnie pokazał wzrost znaczenia i społecznej akceptacji niewładczych działań policji sanitarnej³¹. Zarazem jednak należy pamiętać, że szczególnie przy wykonywaniu funkcji typowo władczych istnieje wysoki stopień oczekiwań prowadzenia przez administrację działań skutecznych.

Egzemplifikację dylematu skuteczności administracji w kontekście stosowania władczych vs. niewładczych środków stanowi podejmowanie działań przez organy administracji powołane do sprawowania nadzoru nad warunkami wykonywania pracy (art. 24 zd. 2 Konstytucji RP). Nie kwestionuje się, że w związku z istotą problemu, a także specyfiką funkcji „nadzoru i kontroli przestrzegania prawa pracy”³² organy Państwowej Inspekcji Pracy (PIP) powinny dysponować takimi środkami prawnymi, które zapewnią skuteczne i sprawne wykonywanie

²⁹ Z. Duniewska *et al.*, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2002, s. 17–19.

³⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 41.

³¹ Na ten temat zob. S. Czechowicz, *Wpływ krajowych regulacji prawnych na kształtowanie się poziomu bezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego w Polsce*, „Konteksty Społeczne” 8, 2020, nr 1 (15), s. 70 n.

³² Zob. art. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 roku o Państwowej Inspekcji Pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1251 ze zm.).

powierzonych im zadań³³. Co znamienne, w tym celu ustawodawca przewidział, że tylko w części przypadków właściwy inspektor pracy będzie wydawać decyzje, a w pozostałych skieruje tak zwane wystąpienia mające charakter niewładczy³⁴. I chociaż wyraźną intencją prawodawcy jest dążenie do różnicowania środków podejmowanych przez PIP, to brak władczości (czytaj: brak sankcji administracyjnej za nieszanowanie wystąpienia przez pracodawcę) może w niektórych przypadkach stanowić duży problem społeczny. Dzieje się tak przykładowo, gdy w wystąpieniu inspektora pracy wskazano na zwłokę w wypłaceniu minimalnego wynagrodzenia za pracę i wówczas niewydanie decyzji administracyjnej uniemożliwia zastosowanie wobec pracodawcy procedury egzekucji³⁵. Stąd wniosek, że w ramach realizacji funkcji policyjnych, reglamentacyjnych i nadzorczych administracji słuszne i pożądane jest stosowanie środków niewładczych do zasygnalizowania pewnych problemów, jednak istnieje nieodzowność aktów władczych w reakcji na utrzymujące się nieprawidłowości.

Zakończenie

Funkcje administracji publicznej należą do kanonu podstawowej wiedzy prawników administratywistów i chociażby już z tego względu warto stawiać pytania o zasadność wyróżniania owych funkcji oraz o aktualność przypisywanych im cech i atrybutów. Pierwsza konstatacja wynika z refleksji natury terminologicznej i zasadza się na postulowaniu do przedstawicieli doktryny, by formułowaniu rozmaitych — i notabene potrzebnych — katalogów funkcji administracji każdorazowo towarzyszyło sprecyzowanie użytych kontekstów znaczeniowych odnoszących się do omawianego zagadnienia. Druga konstatacja opiera się na stwierdzeniu, że pogłębiające się zjawiska globalizacji oraz europeizacji w procesach administrowania wywierają eminentny wpływ na przekształcenia funkcji administracji i zakresu władztwa zadaniowego. To ostatnie nie zmienia jednak faktu, że ostateczna odpowiedzialność za realizację zadań publicznych pozostaje w domenie klasycznego państwa, i dlatego nie traci na aktualności twierdzenie, że wszelkie funkcje realizowane przez administrację publiczną są jednocześnie funkcjami państwa. Dodatkowo nieodzowną cechą wszystkich funkcji administra-

³³ M. Jabłoński, *Miejsce Państwowej Inspekcji Pracy w systemie organów państwa — wnioski de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa i Administracji” 118, 2019, s. 63 n.

³⁴ Wystąpienia są wydawane na podstawie art. 11 pkt 8 i art. 11b ustawy o PIP i są pozbawione cechy władczości, ponieważ stwierdzają fakt naruszenia przepisów prawa pracy oraz zawierają wezwania do jego usunięcia w wyznaczonym terminie. Zob. m.in. wyrok NSA z dnia 18 lutego 2009 roku, sygn. I OSK 405/08; oraz wyrok WSA z dnia 28 lutego 2014 roku, sygn. II SA/Po 975/13.

³⁵ M. Sobol, *Problematyka imperium Państwowej Inspekcji Pracy na przykładzie wystąpienia inspektora pracy*, „Studia Prawa Publicznego” 2021, nr 2 (34).

cji — i w przeszłości, i współcześnie — jest ich dynamiczność i zmienność w czasie, co zostało zilustrowane nie tylko przez przywołanie perspektywy historycznej w odniesieniu do funkcji reglamentacyjno-porządkowej oraz funkcji administracji świadczącej, ale również przez wskazanie na przełomowe zmiany współczesne. Te ostatnie zostały ukazane za pomocą funkcji regulacyjnej w odniesieniu do sektora elektroenergetycznego, w którym obserwujemy wzrost znaczenia rynku prosumentów, co niechybnie prowadzi do konieczności przedefiniowania przeciwstawianej dotychczas perspektywy konkurenta i klienta w sektorach infrastrukturalnych. Wreszcie ostatnia konstatacja polega na tym, że chociaż i w przeszłości, i współcześnie trudno dokonywać kategoryzacji funkcji administracji, opierając się na kryterium zastosowania (lub nie) środków władczych przez administrację, to jednak perspektywa *imperium* oferuje ciekawą optykę, przykładowo w odniesieniu do badań empirycznych nad skutecznością stosowania prawa przez organy administracji publicznej w odniesieniu do realizacji poszczególnych funkcji administracji.

Bibliografia

- Błaś A., Kuta T., *Prawo administracyjne. Podstawowe zagadnienia terminologiczno-pojęciowe*, Poznań-Wrocław 1998.
- Bogucka I., *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000.
- Bonnin Ch.J., *Principes d'administration publique (en français)*, Paris 1812.
- Cieślak Z., Bukowska J., Federczyk W., Klimaszewski M., Majchrzak B., *Funkcje administracji publicznej*, [w:] *Nauka administracji*, red. Z. Cieślak, Warszawa 2010.
- Czechowicz S., *Wpływ krajowych regulacji prawnych na kształtowanie się poziomu bezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego w Polsce*, „Konteksty Społeczne” 8, 2020, nr 1 (15).
- Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2002.
- Forsthoft E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart-Berlin 1938.
- Genschel P., Zangl B., *Die Zerfaserung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates*, „Aus Politik und Zeitgeschichte” 2007, nr 20–21.
- Grzybowski M., *Prawnoustrojowe aspekty statusu krajowych organów regulacyjnych w sektorach infrastrukturalnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3 (61).
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
- Jabłoński M., *Miejsce Państwowej Inspekcji Pracy w systemie organów państwa — wnioski de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa i Administracji” 118, 2019.
- Janik M., *Policja sanitarna*, Warszawa 2012.
- Jełowicki M., *Funkcje współczesnej administracji — próba klasyfikacji*, „Organizacja, Metody, Technika” 1983, nr 4–5.
- Jeżewski J., *Funkcje administracji — zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985.
- Judt T., Snider T., *Rozważania o wieku XX*, Warszawa 2013.

- Kiczka K., *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kusiak-Winter R., *Odpowiedzialność administracji publicznej. Struktura odpowiedzialności z perspektywy determinantów prawnych*, Wrocław 2019.
- Kusiak-Winter R., Gola J., *Uwarunkowania unijne i wynikające z nich zobowiązania dla Polski*, [w:] *Rekomendacje do zmian legislacyjnych w zakresie przeprowadzenia transformacji energetycznej i osiągnięcia neutralności klimatycznej*, red. J. Korczak, Wrocław 2021.
- Kuta T., *Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji*, „Prawo” 217, 1992.
- Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895.
- Niżnik-Dobosz I., *Funkcje współczesnego polskiego prawa administracyjnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Popowska B., *Klasyfikacja funkcji administracji publicznej w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Problemy legislacji administracyjnej*, red. D. Dąbek, J. Zimmermann, Warszawa 2020.
- Schleife A., *Understanding Regulations*, „European Financial Management” 11, 2005, nr 4.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. 1, red. M. Szymczak, Warszawa 1999.
- Sobol M., *Problematyka imperium Państwowej Inspekcji Pracy na przykładzie wystąpienia inspektora pracy*, „Studia Prawa Publicznego” 2021, nr 2 (34).
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 12.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020.

Some Remarks on the Functions of Public Administration

Summary

The functions of public administration reflect the goals and functions of a modern state, and at the same time have a dynamic character, which is not only an emanation of the changing visions of a political group with a parliamentary majority, but also the social expectations and economic development in a given country and in Europe.

Keywords: functions of public administration, tasks of public administration, function of administration of provision, policing function of the administration, regulatory function of administration, controlling function of administration.

JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW

ORCID: 0000-0001-8706-2930

Uniwersytet Wrocławski

justyna.mielczarek-mikolajow@uwr.edu.pl

Funkcje organów administracji publicznej w zakresie gospodarki nieruchomościami

Abstrakt: W artykule poruszono kwestię funkcji organów administracji publicznej w zakresie gospodarki nieruchomościami. Na wstępie przedstawiono samo pojęcie funkcji, zwracając uwagę na jego wieloznaczność. Omówiono też pokrótce funkcje administracji, będące już wielokrotnie przedmiotem rozważań doktryny prawa administracyjnego. Opierając się na wnioskach płynących z tych analiz, a także dokonanej zwięzłej charakterystyce gospodarki nieruchomościami, wyróżniono i opisano funkcje: gospodarczo-organizacyjną, orzeczniczą oraz kontrolno-nadzorczą organu administracji publicznej wykonującego zadania z zakresu gospodarki nieruchomościami.

Słowa kluczowe: organ administracji publicznej, funkcje organów administracji publicznej, gospodarka nieruchomościami.

Wprowadzenie

Pojęcie funkcji należy do terminów wieloznacznych. Pochodzi ono od łacińskiego słowa *functio* i oznacza odbywanie, wykonywanie czy też załatwianie¹. Na gruncie języka polskiego termin ten z jednej strony określa przyporządkowanie elementom pewnego zbioru elementów innego lub tego samego zbioru, a z drugiej odnosi się do zadania, które wypełnia lub ma wypełnić jakaś osoba albo rzecz, czy też czyjś stanowiska lub zakresu obowiązków². Wynika z tego, że szczegółowa interpretacja pojęcia „funkcja” zależy od nauki, na gruncie której się jej dokonuje.

¹ U. Legierska, *Funkcje administracji świadczącej w demokratycznym państwie prawa na przykładzie mieszkalnictwa*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018, nr XVI/1 (3), s. 83.

² Zob. *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/funkcja;2558721.html> (dostęp: 30.12.2021).

Na tym tle warto wspomnieć, że w naukach prawnych funkcja ujmowana jest przede wszystkim jako podstawowy kierunek określonej działalności, celu lub metody albo sposób działania³. Wyodrębnia się tu funkcje normatywne i społeczne⁴. Z kolei w nauce organizacji i zarządzania klasyczne ujęcie funkcji zaprezentował Henri Fayol, który nie tylko zasłynął jako autor 14 zasad odnoszących się do zarządzania w aparacie publicznym⁵, ale opisał również tak zwane funkcje administracyjne, nazywane też funkcjami zarządzania. Zakwalifikował do nich: przewidywanie, organizowanie, rozkazywanie, koordynowanie i kontrolowanie⁶.

Oba podejścia — nauk prawnych i nauk o zarządzaniu — mają fundamentalne znaczenie dla rozważań w zakresie funkcjonowania administracji publicznej. Oprócz przydatności koncepcji powstałych na ich gruncie warto wskazać analizy prowadzone przy okazji rozważań nad administracją publiczną⁷. W tym kontekście podkreśla się przede wszystkim, że funkcje administracji publicznej, rozumiane najczęściej jako zespoły działań wykonywanych w przypadku realizowania zadań i osiągania określonych celów przez administrację⁸, podlegają nieustannej ewolucji, dlatego trudno wyróżnić jedną typologię. Takie stanowisko wynika z założenia, że pojawienie się nowych koncepcji może spowodować przekształcenie już istniejących, na co wpływ mają czynniki o charakterze społecznym, politycznym, gospodarczym, ustrojowym, a także te świadczące o rozwoju cywilizacyjnym państwa⁹.

Mimo opisanych trudności w literaturze przedmiotu można spotkać różne klasyfikacje funkcji administracji publicznej. Interesujące analizy przedstawił Tadeusz Kuta, który wskazał na trzy funkcje administracji: reglamentacyjno-porządkową, organizującą i wykonawczą¹⁰. Zbigniew Cieślak wprowadził natomiast podział na

³ M. Borucka-Arctowa, *Spoleczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Spoleczne poglądy na funkcje prawa*, red. M. Borucka-Arctowa, Wrocław 1982, s. 7.

⁴ Szerzej zob. I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 96.

⁵ Są to na przykład: podział pracy, autorytet, dyscyplina, jednolitość rozkazodawstwa, jednolitość kierownictwa, podporządkowanie interesów osobistych interesowi ogólnemu, wynagrodzenie, centralizacja, hierarchia, ład, stałość personelu, inicjatywa oraz zgranie personelu.

⁶ A. Pakuła, *Kierunek administracyjny*, [w:] A. Chrisidu-Budnik *et al.*, *Nauka organizacji i zarządzania*, Wrocław 2005, s. 44.

⁷ Trzeba także podkreślić funkcje prawa administracyjnego odnoszące się do sprawowanej władzy wykonawczej i będące pochodną funkcji realizowanych przez państwo. Dotyczą one konkretnych wartości, które w ramach tych funkcji są realizowane przez państwo i jego organy; por. K. Jaroszyński, M. Wierzbowski, *Organy regulacyjne*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 314.

⁸ M. Górski, *Pojęcia — „funkcje administracji państwowej” i „zadania administracji państwowej”*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 1992, nr 52, s. 172.

⁹ U. Legierska, *op. cit.*, s. 84. Zob. też M. Zakrzewska, *Zapewnienie obiektywności organów przy wydawaniu zezwoleń inwestycyjnych, gdy gmina jest inwestorem*, https://www.wit.edu.pl/dokumenty/wydawnictwa_naukowe/prace-studialne-WSAA/2016/001_zakrzewska.pdf (dostęp: 30.12.2021).

¹⁰ T. Kuta, *Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji*, „Prawo” 217, 1992, s. 12–13.

funkcje: policji, reglamentacji, nadzorcą, administracji świadczącej i regulacyjną¹¹. Warto też wskazać na klasyfikację Małgorzaty Stahl, dokonaną na podstawie kryterium charakteru działań administracji¹², co pozwoliło na wyodrębnienie administracji władczej (reglamentacyjnej) oraz niewładczej, do której autorka zaliczyła między innymi administrację świadcząca czy zawiadowczą¹³. Z kolei Piotr Ruczkowski wyróżnia funkcję regulacyjno-ochronną, świadcząca (gospodarczo-organizatorską), zarządzania majątkiem oraz wychowawczą¹⁴. Ponadto wskazuje się na funkcję orzeczniczą, która jest konsekwencją pozostawienia administracji pewnej swobody działania¹⁵, oraz funkcję kontrolną administracji, polegającą według Tadeusza Bigi na uruchomieniu systemu środków i urządzeń zmierzających do zapewnienia prawidłowości funkcjonowania administracji publicznej¹⁶.

Kontynuując ten wątek, należy podkreślić, że funkcje administracji są wykonywane przez organ administracji, przez który rozumiany jest człowiek lub grupa ludzi znajdujących się w strukturze organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego, powołanych w celu realizacji norm prawa administracyjnego, działających w granicach przyznanych im przez prawo kompetencji¹⁷. W konsekwencji umożliwia to zwrócenie uwagi na realizowanie podstawowych celów administracji przez jej organy, które w celu wykonywania określonych funkcji zostały wyposażone w odpowiednie kompetencje¹⁸.

W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się na funkcjach organu administracji publicznej w zakresie gospodarki nieruchomościami, które tworzą wielowątkową i interesującą przestrzeń badawczą. Czy do określenia funkcji administracji w zakresie gospodarki nieruchomościami należy korzystać z rozważań odnoszących się w sposób ogólny do administracji publicznej, czy można wyróżnić funkcje organu administracji publicznej wyodrębnione w sposób celowy właśnie dla gospodarki nieruchomościami?

¹¹ *Nauka administracji*, red. Z. Cieślak, Warszawa 2012.

¹² Z punktu widzenia funkcji (zadań) pełnionych przez administrację publiczną na rzecz społeczeństwa wyróżnia się: administrację ingerującą (policyjną, reglamentacyjną), administrację infrastruktury (właścicielską, zawiadowczą, zarządzającą) i administrację świadcząca (na przykład w sferze pomocy i zabezpieczenia społecznego). Zob. K. Żukowski, *Administracja*, [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego. 100 podstawowych pojęć*, red. T. Bąkowski, K. Żukowski, Warszawa 2016, s. 4.

¹³ M. Stahl, *Pojęcie administracji, jej cechy i funkcje*, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia instytucje, zasady w teorii i w orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 23.

¹⁴ P. Ruczkowski, *Pojęcie administracji, jej cechy, postacie, funkcje i sfery działania*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2020, s. 35.

¹⁵ T. Bigo, *Prawo administracyjne, cz. 1. Instytucje ogólne*, Wrocław 1948, s. 5.

¹⁶ *Ibidem*, s. 204.

¹⁷ J. Boć, M. Miemiec, *Podmioty administrujące*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007, s. 132.

¹⁸ J. Jeżewski, *Funkcje administracji — zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985, s. 115.

1. Gospodarka nieruchomościami — charakterystyka

Charakterystykę gospodarki nieruchomościami należy rozpocząć od ustalenia jej definicji. Najczęściej wskazuje się, że stanowi ona całość procesów wymiany dóbr i usług¹⁹. W literaturze zwrócono uwagę, że samo rozumienie terminu „gospodarka” odnosi się do licznych czynności — zarówno prawnych, jak i faktycznych — obejmujących zarządzanie, dysponowanie i zajmowanie się nieruchomościami. Pojęcie nieruchomości gruntowej uregulowano w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (dalej: u.g.n.)²⁰. Obejmuje ona grunt wraz z częściami składowymi, z wyłączeniem budynków i lokali, jeżeli stanowią odrębny przedmiot własności²¹. Z kolei definicja procesu gospodarowania jest zbliżona do ekonomicznego ujęcia zarządzania, zgodnie z którym polega ono na wyznaczaniu określonych celów i osiągnięciu ich za pomocą odpowiednich środków²². Z tego powodu w literaturze często podkreśla się bliskie powiązanie tego terminu z naukami ekonomicznymi, co w konsekwencji rzutuje na jego szerokie ujęcie, które nakazuje wziąć pod uwagę zarówno względy ekonomiczne, jak i uregulowania ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz przepisów innych ustaw dotyczących nieruchomości²³.

Zasady gospodarowania nieruchomościami zostały uregulowane w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Ma ona szeroki zakres i określa przede wszystkim zasady gospodarowania nieruchomościami będącymi własnością Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego w zakresie scalania i podziału nieruchomości, pierwokupu nieruchomości, wywłaszczania nieruchomości i zwrotu wywłaszczonych nieruchomości czy wyceny nieruchomości²⁴. Czynności te po-

¹⁹ E. Bończyk-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami*, Warszawa 2011, s. 23.

²⁰ Dz.U. z 2021 r. poz. 1899.

²¹ Jak wskazuje się w orzecznictwie, definicja nieruchomości gruntowej uregulowana w ustawie o gospodarce nieruchomościami ma na celu odróżnienie takiej nieruchomości w ramach przepisów tej ustawy od nieruchomości budynkowej i lokalowej, obejmujących odrębny od gruntu przedmiot własności. Skoro ustawodawca posłużył się określeniem „nieruchomość”, to do nieruchomości gruntowej w rozumieniu ustawy należy stosować unormowania zawarte w przepisie art. 46 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.; dalej: k.c.), w związku z czym pojęcie nieruchomości sformułowane w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami trzeba rozumieć tak, jak to definiuje art. 46 § 1 k.c. Nieruchomość gruntowa w rozumieniu ustawy obejmuje, podobnie jak nieruchomość w rozumieniu art. 46 § 1 k.c., grunt wraz z częściami składowymi, jednakże z wyjątkiem określonych przepisami przypadków, gdy budynki lub lokale stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności; zob. wyrok NSA z dnia 2 czerwca 2017 roku, sygn. I OSK 2136/15, Legalis nr 1632684.

²² M. Habdas, *Publiczna własność nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 365.

²³ E. Bończyk-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami*, Warszawa 2020, s. 29–30.

²⁴ Artykuł 4 pkt 1 i 2 u.g.n. określa ponadto pojęcie nieruchomości gruntowej obejmującej grunt wraz z częściami składowymi, z wyłączeniem budynków i lokali, jeżeli stanowią odrębny

dejmowane są w ramach gospodarowania zasobami nieruchomości, obejmującymi zgodnie z art. 20 u.g.n. zasób nieruchomości Skarbu Państwa oraz gminne, powiatowe czy wojewódzkie zasoby nieruchomości. Co do zasady do zasobu nieruchomości Skarbu Państwa lub określonej jednostki samorządu terytorialnego należą nieruchomości stanowiące przedmiot własności Skarbu Państwa lub innej jednostki, które nie zostały oddane w użytkowanie wieczyste, oraz nieruchomości będące przedmiotem użytkowania wieczystego Skarbu Państwa lub określonej jednostki samorządu terytorialnego. Zasobem nieruchomości Skarbu Państwa gospodarują starostowie, a zasobami jednostek samorządu terytorialnego — ich organy wykonawcze, czyli wójtowie, zarządy powiatu oraz zarządy województwa²⁵.

Mając na względzie dotychczasowe rozważania, można więc wskazać na aspekt podmiotowy i przedmiotowy gospodarowania nieruchomościami²⁶. Aspekt podmiotowy będzie dotyczył nie tylko podmiotów gospodarujących nieruchomościami, o których była już mowa, ale także innych organów sprawujących przede wszystkim funkcje kontrolno-nadzorcze, jak na przykład wojewoda czy minister²⁷. Organy gospodarujące zasobem nieruchomości na mocy art. 12 u.g.n. są zobowiązane do działania w sposób zgodny z zasadami prawidłowej gospodarki²⁸. Aspekt przedmiotowy dotyczy czynności związanych z obrotem nieruchomościami. Zgodnie z art. 13 u.g.n. nieruchomości mogą być przedmiotem sprzedaży, zamiany i zrzeczenia się, oddania w użytkowanie wieczyste, w najem lub dzierżawę, użyczenia, oddania w trwały zarząd. Mogą być także obciążane ograniczonymi prawami rzeczowymi, wnoszone jako wkłady niepieniężne (aporty) do spółek, przekazywane jako wyposażenie tworzonych przedsiębiorstw państwowych oraz jako majątek zakładanych fundacji. Oznacza to, że co do zasady

przedmiot własności oraz zasób nieruchomości, a więc nieruchomości, które stanowią przedmiot własności Skarbu Państwa, gminy, powiatu lub województwa i nie zostały oddane w użytkowanie wieczyste, oraz nieruchomości będące przedmiotem użytkowania wieczystego Skarbu Państwa, gminy, powiatu lub województwa.

²⁵ Zob. art. 21–25d u.g.n.

²⁶ Szerzej zob. J. Mielczarek-Mikołajów, *Konstrukcje cywilnoprawne w gospodarce nieruchomościami — zagadnienia wybrane*, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UW dr hab. Jana Jeżewskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2018, s. 299.

²⁷ Zob. np. art. 11b u.g.n., zgodnie z którym nadzór nad gospodarowaniem nieruchomościami należącymi do zasobu nieruchomości Skarbu Państwa przez starostów wykonujących zadania z zakresu administracji rządowej sprawuje wojewoda.

²⁸ Pojęcie „zasada prawidłowej gospodarki” nie ma wyrazu normatywnego i obejmuje czynności faktyczne oraz prawne. Do pierwszej grupy można zaliczyć czynności zabezpieczające nieruchomości przed zniszczeniem, a także obowiązek czynienia uzasadnionych gospodarczo inwestycji dla sprawnego pełnienia funkcji, jakie wiążą się ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem nieruchomości. Do czynności prawnych zakwalifikowano czynności, które mają na celu ustalenie stanu prawnego nieruchomości, a także czynności związane z ochroną własności nieruchomości w razie naruszenia prawa własności. Zob. L. Dawid, *Gospodarowanie powiatowym zasobem nieruchomości*, „Studia i Materiały Towarzystwa Naukowego Nieruchomości” 19, 2011, nr 2, s. 99.

nieruchomości mogą być przedmiotem każdego rodzaju czynności prawa cywilnego dopuszczonych przez prawo. Wymienione czynności mają charakter jedynie przykładowy, co nie stoi na przeszkodzie wyposażania w nieruchomości innych osób prawnych niż wymienione w art. 13 ust. 1 u.g.n. Poza tym przywołany przepis nie ustanawia zakazu zawierania umów nienazwanych, a także umów w nim niewymienionych, a odnoszących się do nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego²⁹.

2. Funkcje organu administracji publicznej w ustawie o gospodarce nieruchomościami

Mając na uwadze dotychczasowe analizy, należy przejść do omówienia funkcji organu administracji na gruncie unormowań ustawy o gospodarce nieruchomościami. Przedmiot analizy jest złożony zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym z uwagi na udział w procesie gospodarowania wielu organów administracji oraz czynności wchodzące w skład tego procesu. Dlatego poczynione w tym miejscu rozważania mogą mieć charakter jedynie ogólny. Dostrzegając przydatność opisanych do tej pory koncepcji funkcji administracji publicznej, warto wskazać na możliwość wyróżnienia trzech funkcji organu administracji publicznej w zakresie gospodarowania nieruchomościami: funkcji gospodarczo-organizacyjnej, orzeczniczej i kontrolno-nadzorczej.

Pierwsza z nich — funkcja gospodarczo-organizacyjna — wiąże się z bieżącym gospodarowaniem i zarządzaniem nieruchomościami należącymi do zasobu Skarbu Państwa albo konkretnej jednostki samorządu terytorialnego. W jej ramach podejmowane są czynności dotyczące obrotu prawnego nieruchomością, a więc jej sprzedaży, zamiany, zrzeczenia się, najmu itp. Aktywność ta wymaga nieustannych działań organizacyjnych, niezbędnych do przeprowadzenia między innymi sprzedaży nieruchomości³⁰. W tym zakresie wskazuje się, że z jednej strony organowi gospodarującemu nieruchomościami przysługuje pewien rodzaj swobody w obrębie podejmowania konkretnych czynności, co dotyczy przykładowo, zgodnie z treścią art. 12a u.g.n., odraczania terminów spłaty, rozkładania ich na raty czy umarzania spłat. Z drugiej strony działania podejmowane przez organ w ramach tego obrotu są mocno ograniczone przez ustawodawcę pod względem rodzaju rozporządzeń dokonywanych przez publicznego właściciela, co przede wszystkim odnosi się do ograniczenia swobody rozporządzeń darmych i „póldar-

²⁹ Szerzej zob. A. Tułodziecki, *Komentarz do art. 13, [w:] Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. G. Jaworski, Legalis.

³⁰ Zob. art. 38 ust. 1 u.g.n.

mych” (art. 13–15 u.g.n.)³¹. Przykładowo, zgodnie z treścią art. 12a ust. 2 u.g.n., organem właściwym do odraczania terminów płatności lub rozkładania na raty oraz umarzania spłat należności jest starosta przy udziale wojewody, który wydaje zgodę na dokonywanie tych czynności. Taka regulacja znacznie zmniejsza samodzielność starosty. Ponadto ograniczenia nałożone przez organ na ustawodawcę dotyczą swobodnego kształtowania treści umowy, przede wszystkim ceny (opłat z tytułu użytkowania wieczystego, czynszu najmu i dzierżawy), co wynika z charakteru własności publicznej oraz przepisów zawartych zarówno w ustawie o gospodarce nieruchomościami, jak i kodeksie cywilnym.

Dodatkowo podstawę do wyróżnienia funkcji gospodarczo-organizacyjnej dają art. 23, 25, 25b oraz 25d u.g.n. Chodzi tu przede wszystkim o podejmowanie takich czynności, jak: ewidencjonowanie nieruchomości zgodnie z katastrzem nieruchomości³², zapewnienie wyceny tych nieruchomości, zabezpieczenie nieruchomości przed uszkodzeniem lub zniszczeniem, naliczenie należności za nieruchomości udostępniane z zasobu, prowadzenie windykacji tych należności, współpraca z innymi organami, które na mocy odrębnych przepisów gospodarują nieruchomościami Skarbu Państwa, a także z właściwymi jednostkami samorządu terytorialnego. Wliczane są tu również czynności podejmowane w postępowaniu sądowym, dotyczące choćby własności albo innych praw rzeczowych na nieruchomości lub dochodzenia roszczeń między innymi z tytułu najmu, dzierżawy lub użyczenia oraz składania wniosków o założenie księgi wieczystej dla nieruchomości Skarbu Państwa i w księdze wieczystej.

Jako drugą należy opisać funkcję orzeczniczą, która jest nierozzerwalnie związana z wydawaniem decyzji administracyjnej i formowaniem w tym kontekście praktyki orzeczniczej. Szczególny walor praktyczny mają sprawy związane z: ustanowieniem trwałego zarządu, stanowiącego formę prawną władania nieruchomością przez jednostkę organizacyjną, dokonywaniem podziału nieruchomości na podstawie decyzji wójta, burmistrza albo prezydenta miasta zatwierdzającej podział³³, wywłaszczeniem nieruchomości (polegające na pozbawieniu albo ograniczeniu, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości) oraz ustaleniem odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości przez starostę jako organ pierwszej instancji³⁴, a także z podejmowaniem decyzji w sprawie zwrotu wywłaszczonej

³¹ *Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami*, red. E. Gniewek, Warszawa 2020.

³² Ewidencjonowanie obejmuje przede wszystkim: oznaczenie nieruchomości według księgi wieczystej oraz katastru nieruchomości, określenie jej powierzchni, wskazanie dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Skarb Państwa praw do nieruchomości w wypadku braku księgi wieczystej czy ustalenie przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym, a w przypadku braku planu — w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy.

³³ Zob. art. 93–98 u.g.n.

³⁴ Zob. art. 112–126 oraz 128–135 u.g.n.

nieruchomości, jeżeli nieruchomość ta nie może być użyta na cel inny niż określony w decyzji o wywłaszczeniu³⁵.

Za trzecią z wymienionych funkcji organu administracji publicznej należy uznać funkcję kontrolno-nadzorczą, realizowaną przede wszystkim przez wojewodę i właściwego ministra. Chodzi tu o wszelkie czynności, które ograniczają samodzielność organu gospodarującego zasobem nieruchomości. Przede wszystkim należy wskazać na sprawowanie przez wojewodę ogólnego nadzoru w stosunku do starostów wykonujących zadania z zakresu administracji rządowej gospodarujących nieruchomości Skarbu Państwa. Nie można także pominąć właściwości wojewody jako organu drugiej instancji względem decyzji wydawanych przez starostę wykonującego zadania z zakresu administracji rządowej, co reguluje art. 9a u.g.n. Warto ponadto uwydatnić obowiązek uzyskiwania zgody, co dotyczy przykładowo takich spraw, jak: odraczanie przez starostę lub rozkładanie na raty spłaty należności oraz umarzanie należności, dokonywanie darowizny nieruchomości stanowiącej przedmiot własności Skarbu Państwa, zawarcie umowy ze Skarbem Państwa w odniesieniu do nieruchomości będących jego własnością oraz zbywanie czy nabywanie nieruchomości do zasobu Skarbu Państwa³⁶. Należy zwrócić uwagę również na obowiązek przedkładania wojewodzie planów wykorzystania nieruchomości Skarbu Państwa³⁷ oraz wszelkie czynności w zakresie udzielania informacji o nieruchomościach, które podejmują starostowie wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, jednostki organizacyjne, na rzecz których został ustanowiony trwały zarząd w stosunku do nieruchomości Skarbu Państwa, czy jednostki organizacyjne władające nieruchomościami Skarbu Państwa bez tytułu prawnego³⁸. Ponadto ustawa o gospodarce nieruchomościami przewiduje liczne inne czynności organu o charakterze kontrolno-nadzorczym, czego przykładem jest rozstrzygnięcie ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa w akcie o utworzeniu państwowej osoby prawnej o wyposażeniu tej osoby w nieruchomości na podstawie art. 53 ust. 1 u.g.n.

Uwagi końcowe

W artykule dokonano próby wyodrębnienia funkcji organu administracyjnego w zakresie gospodarowania nieruchomościami. Na tej podstawie wyszczególniono funkcje: gospodarczo-organizacyjną, orzeczniczą oraz kontrolno-

³⁵ Zob. art. 136–142a u.g.n.

³⁶ Art. 12a ust. 2 i 4, art. 13 ust. 2a, art. 14 ust. 5, art. 23 ust. 1 pkt 7 u.g.n. Zob. też art. 32 ust. 1a, art. 34 ust. 5, art. 37 ust. 4, art. 43 ust. 2 pkt 3, art. 46 ust. 4, art. 48 ust. 1 i art. 55a ust. 1 u.g.n.

³⁷ Art. 23 ust. 1 u.g.n.

³⁸ Art. 23 ust. 6 u.g.n.

-nadzorczą. Wyróżnione funkcje organu administracji publicznej zostały omówione wyłącznie na podstawie ustawy o gospodarce nieruchomościami. Szerokie ujęcie tej problematyki nakazuje jednak zwrócić uwagę także na inne ustawy w zakresie gospodarki nieruchomości, takie jak tak zwane specustawy³⁹ oraz ustawa z dnia 13 października 1998 roku — Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną⁴⁰, zwłaszcza jej art. 73 ust. 1, zgodnie z którym nieruchomości pozostające w dniu 31 grudnia 1998 roku we władaniu Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, niebędące ich własnością, a zajęte pod drogi publiczne, z dniem 1 stycznia 1999 roku stają się z mocy prawa własnością Skarbu Państwa lub właściwych jednostek samorządu terytorialnego za odszkodowaniem. Dodatkowo warto przywołać treść art. 5 ustawy z dnia 10 maja 1990 roku — Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych⁴¹, który wskazuje, że mienie ogólnonarodowe (państwowe) należące do

1) rad narodowych i terenowych organów administracji państwowej stopnia podstawowego, 2) przedsiębiorstw państwowych, dla których organy określone w pkt 1 pełnią funkcję organu założycielskiego, 3) zakładów i innych jednostek organizacyjnych podporządkowanych organom określonym w pkt 1 — staje się w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy z mocy prawa mieniem właściwych gmin.

Na tej podstawie można wyróżnić chociażby funkcję regulacyjną organu administracji publicznej w zakresie szeroko pojętej gospodarki nieruchomościami, która wiąże się z regulowaniem stanu prawnego nieruchomości przeznaczonych przykładowo pod drogi publiczne.

Bibliografia

- Bigo T., *Prawo administracyjne*, cz. 1. *Instytucje ogólne*, Wrocław 1948.
- Boć J., Miemiec M., *Podmioty administrujące*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007.
- Bogucka I., *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000.
- Bończuk-Kucharczyk E., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami*, Warszawa 2011, 2020.
- Borucka-Arctowa M., *Spoleczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Spoleczne poglądy na funkcje prawa*, red. M. Borucka-Arctowa, Wrocław 1982.
- Dawid L., *Gospodarowanie powiatowym zasobem nieruchomości*, „Studia i Materiały Towarzystwa Naukowego Nieruchomości” 19, 2011, nr 2.

³⁹ Czyli ustawę z dnia 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1363 ze zm.), ustawę z dnia 12 lutego 2009 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1079) oraz ustawę z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1984 ze zm.).

⁴⁰ Dz.U. Nr 133, poz. 872 ze zm.

⁴¹ Dz.U. Nr 32, poz. 191 ze zm.

- Górski M., *Pojęcia — „funkcje administracji państwowej” i „zadania administracji państwowej”*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 52.
- Habdas M., *Publiczna własność nieruchomości*, Warszawa 2012.
- Jaroszyński K., Wierzbowski M., *Organy regulacyjne*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011.
- Jeżewski J., *Funkcje administracji — zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985.
- Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami*, red. E. Gniewek, Warszawa 2020.
- Kuta T., *Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji*, „Prawo” 217, 1992.
- Legierska U., *Funkcje administracji świadczącej w demokratycznym państwie prawa na przykładzie mieszkalnictwa*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018, nr XVI/1 (3).
- Mielczarek-Mikołajów J., *Konstrukcje cywilnoprawne w gospodarce nieruchomościami — zagadnienia wybrane*, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzi prof. nadzw. UW dr hab. Jana Jeżewskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2018.
- Nauka administracji*, red. Z. Cieślak, Warszawa 2012.
- Pakuła A., *Kierunek administracyjny*, [w:] A. Chrisidu-Budnik, J. Korczak, A. Pakuła, J. Supernat, *Nauka organizacji i zarządzania*, Wrocław 2005.
- Ruczkowski P., *Pojęcie administracji, jej cechy, postacie, funkcje i sfery działania*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2020.
- Stahl M., *Pojęcie administracji, jej cechy i funkcje*, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia instytucje, zasady w teorii i w orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013.
- Tułodziecki A., *Komentarz do art. 13*, [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. G. Jaworski, Legalis.
- Zakrzewska M., *Zapewnienie obiektywności organów przy wydawaniu zezwoleń inwestycyjnych, gdy gmina jest inwestorem*, https://www.wit.edu.pl/dokumenty/wydawnictwa_naukowe/prace-studialne-WSAA/2016/001_zakrzewska.pdf.
- Żukowski K., *Administracja*, [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego. 100 podstawowych pojęć*, red. T. Bąkowski, K. Żukowski, Warszawa 2016.

Functions of Public Administration Bodies in the Field of Real Estate Management

Summary

The article deals with the function of public administration bodies in the field of real estate management. At the outset, the concept of a function is presented, noting its ambiguity, and the functions of administration, which have already been discussed many times in the doctrine of administrative law, are also briefly discussed. Based on the conclusions of these analyses, as well as a brief characteristic of real estate management, the following functions have been distinguished and described: economic and organizational, judicial, and control and supervisory functions of the public administration body performing tasks in the field of real estate management.

Keywords: public administration body, functions of public administration bodies, real estate management.

WIESŁAWA MIEMIEC

ORCID: 0000-0001-8472-2200

wieslawa.miemiec@uwr.edu.pl

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

MARCIN MIEMIEC

ORCID: 0000-0002-9100-0895

marcin@miemiec.pl

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

Ustrojowe i podatkowe aspekty prawne świadczenia materialnych usług publicznych przez gminę niemiecką

Abstrakt: Poprzeczne zespolenie podatkowe umożliwia gminom optymalizację podatkową w podatku dochodowym od osób prawnych. Polega ono na możliwości połączenia dwóch lub więcej jednostek w jednej strukturze, przybierającej formę publicznoprawną (na przykład zakładu własnego) czy prywatnoprawną (na przykład spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy spółki akcyjnej z większościowym udziałem gminy). Jest to zespolenie w ścisłym znaczeniu. Połączenie jednostek organizacyjnych gminy w formę koncernu jest określane jako zespolenie podatkowe w szerokim znaczeniu. W jednej strukturze zespalone są wówczas jednostki organizacyjne dochodowe i deficytowe, a ich połączone wyniki finansowe dają podstawę opodatkowania. W taki sposób gminy mają możliwość utrzymywania świadczenia deficytowych usług materialnych. Obniżenie wynikających z zastosowania zespolenia obciążeń podatkowych umożliwia też finansowanie innych usług komunalnych.

Słowa kluczowe: poprzeczne zespolenie podatkowe, gmina, zakład publiczny, administracja władcza, administracja świadcząca, usługi materialne i niematerialne, podatek dochodowy.

1.

Samorząd terytorialny w Republice Federalnej Niemiec wykonuje istotną część zadań publicznych. Jednostki samorządu terytorialnego, inne korporacje terytorialne, a także podmioty z udziałem tych korporacji realizują bowiem zadania administracji publicznej na obszarze ich działania z wyłączeniem jedynie zadań publicznych powierzonych innym podmiotom bądź organom administracji rządowej — krajowej czy federalnej¹.

Zadania samorządu terytorialnego w RFN mieszczą się w obszarze administracji władczącej i świadczącej. Administracja świadcząca (usługowa) jest realizowana w sferze niematerialnej (niegospodarczej) i materialnej (gospodarczej). Podział ten odnosi się także do gmin. W zakresie gminnych usług niematerialnych mieszczą się sprawy: oświaty — gminy prowadzą szkoły i placówki oświatowe; kultury — gminy prowadzą biblioteki, muzea, teatry oraz uniwersytety ludowe, wykonujące zadania o charakterze kulturalno-oświatowym. Gminy realizują też zadania socjalne, obejmujące przede wszystkim pomoc bezdomnym, młodzieży i seniorom poprzez prowadzenie jednostek integracyjnych (domy spotkań, pobytu dziennego, kluby) oraz pobytu długookresowego i stałego (schroniska dla bezdomnych, domy pomocy społecznej, domy starców). Gminy wykonują ponadto zadania z zakresu ochrony zdrowia, utrzymując szpitale, a także sportu i wypoczynku, dbając o place gier, zabaw, parki publiczne, boiska sportowe, stadiony oraz otwarte i kryte pływalnie (kąpieliska).

Gospodarcze usługi publiczne są świadczone przez gminy w zakresie dostarczania wody, odprowadzania i oczyszczania ścieków, wywozu i utylizacji odpadów komunalnych, utrzymywania czystości dróg, placów i innych miejsc publicznych, lokalnego transportu zbiorowego oraz dostarczania energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej. Gminy świadczą również usługi finansowe realizowane w formie komunalnych kas oszczędnościowych².

Działalność gospodarcza gmin i innych podmiotów samorządu terytorialnego w Niemczech ma podstawy prawne w art. 28 ust. 2 konstytucji federalnej oraz w konstytucjach i ustawodawstwie zwykłym krajów związkowych. Istotną częścią tego ustawodawstwa są ordynacje (ustawy) gminne krajów związkowych, w których zawarte są wyodrębnione części regulujące dopuszczalność i formy prawne prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy³. Konstytucyjne i ustawowe domniemanie właściwości gminy w zaspokajaniu publicznych potrzeb lokalnych i obowiązkowy charakter związanych z tym zadań sprawiają,

¹ G. Püttner, *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, Stuttgart 1993, s. 126; A. Gern, Ch. Brüning, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 2019, s. 167 n.

² G. Püttner, *op. cit.*, s. 127. Powiat podejmuje działalność w tym obszarze, o ile ma to na celu zaspokojenie potrzeb o charakterze ponadgminnym.

³ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 444.

że gmina w tym zakresie odgrywa rolę podstawową w całym systemie niemieckiej administracji publicznej.

Domniemaniem właściwości gminy jest objęta również jej aktywność gospodarcza, jednakże z uwzględnieniem istniejących ograniczeń prawnych. Zasada państwa socjalnego przyjęta w konstytucji federalnej stanowi, że działalność wszystkich podmiotów publicznych powinna realizować cele publiczne. Obejmuje to także sferę gospodarczą. Artykuł 12 ust. 1 konstytucji federalnej zapewnia natomiast osobom fizycznym swobodę wyboru zawodu i jego i wykonywania. Gmina nie może więc wkraczać w to prawo, na przykład poprzez świadczenie usług rzemieślniczych. Ograniczenia dotyczą też relacji działalności gospodarczej gminy z innymi rodzajami czy formami przedsiębiorczości prywatnej. W gospodarce rynkowej do prowadzenia działalności gospodarczej powołane są bowiem przede wszystkim podmioty niepubliczne. Obejmuje to działalność polegającą na wytwarzaniu, oferowaniu, dystrybucji dóbr czy świadczeń na rynku, prowadzoną przez podmioty prywatne z zamierzeniem osiągnięcia zysku⁴. Ponadto działalność gospodarcza gminy powinna być w zasadzie ograniczona do jej terytorium, a przedmiot i rozmiar tej działalności powinny być odpowiednie do potrzeb wspólnoty gminnej.

2.

Ordynacje gminne poszczególnych krajów związkowych nie regulują jednolicie komunalnej aktywności gospodarczej. Można je jednak uporządkować następująco⁵.

Po pierwsze, we wszystkich krajach związkowych zakazana jest możliwość tworzenia i prowadzenia przez gminy instytucji bankowych, z wyjątkiem komunalnych kas oszczędnościowych.

Po drugie, ustawy określają zadania obowiązkowe gminy z uwagi na konkretny cel publiczny. Jeśli jest to nieracjonalne ekonomicznie lub wykracza poza możliwości gminy, wówczas takie zadania mogą być realizowane w formach współdziałania komunalnego bądź są przejmowane na podstawie porozumień lub ustaw przez inne jednostki samorządowe. Do tej kategorii należą zadania z zakresu wychowania, oświaty, ochrony zdrowia, pomocy społecznej, kultury, sportu, wypoczynku, ochrony środowiska, wywozu odpadów, odprowadzania ścieków, utrzymania czystości dróg, transportu towarowego i osobowego. Za zaspokajanie potrzeb aparatu gminnego na określone usługi, zgodnie z wyborem gminy, może

⁴ R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 335, 336.

⁵ E. Schmidt-Jortzig, *Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im Einzelnen*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5. *Kommunale Wirtschaft*, red. G. Püttner, Berlin 1984, s. 52 n.

odpowiadać wyspecjalizowana jednostka organizacyjna gminy bądź na zasadach rynkowych prywatny podmiot zewnętrzny.

Ordynacje gminne określają także komercyjne przedsięwzięcia gospodarcze, w których udział biorą w zasadzie aktywni przedsiębiorcy prywatni, czyli odbywające się poza ustawowo określoną sferą zadań gminy, dopuszczone do wykonywania przez gminę w ograniczonym zakresie⁶. Ograniczenia te nie objęły komercyjnej działalności gospodarczej, prowadzonej przez gminy przed wejściem w życie restrykcyjnych regulacji ordynacji gminnych. W taki sposób poddano ochronie ustawowej wcześniejsze prawa nabyte gmin. Podjęcie przez gminę nowej, komercyjnej aktywności gospodarczej zostało poddane ogólnej reglamentacji ustawowej. Od końca lat dziewięćdziesiątych XX wieku można jednak zauważyć poszerzanie zakresu działalności gospodarczej gmin poza tradycyjnie pojmowaną użyteczność publiczną, na przykład w obszarze telekomunikacji lokalnej⁷, a także w różnych dziedzinach poza zaspokajaniem lokalnych potrzeb publicznych — na podstawie zgody organu nadzorczego⁸.

W Niemczech istnieje prawny obowiązek korzystania z pewnych urządzeń bądź usług o charakterze publicznym, uregulowany w ordynacjach gminnych krajów związkowych. Określa się to jako przymus przyłączenia się i korzystania. Z obowiązkiem użytkownika związany jest równoległy obowiązek świadczenia takich usług przez przedsiębiorcę. Swoboda zawierania umów jest w tym obszarze wyłączona bądź znacznie ograniczona, niezależnie od tego, czy dane usługi publiczne świadczy publiczna jednostka komunalna, czy podmiot prywatny po sprywatyzowaniu takich usług. Usługobiorca nie tylko ma wszakże obowiązek, ale również prawo roszczenia o zawarcie stosownej umowy oraz o prawidłowe świadczenie usług. Żądania stanowiące przedmiot roszczenia mogą być dochodzone na drodze sądowej⁹.

3.

Komunalne przedsięwzięcia gospodarcze są w praktyce zorganizowane jako prawnie niesamodzielne jednostki organizacyjne podlegające regulacji publiczno-prawnej, a także jako spółki kapitałowe, których co najmniej jednym z udziałowców jest gmina, oparte na regulacji prywatnoprawnej. W Niemczech od dłuższego

⁶ R. Stober, *op. cit.*, s. 337 n.

⁷ L. Meyer, M. Scholl, *Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen*, „Materialien für die Arbeit vor Ort” 10, 2000, nr 1, s. 12.

⁸ *Ibidem*, s. 7–10.

⁹ M. Miemiec, *Działalność gospodarcza gmin w Republice Federalnej Niemiec*, „Prawo” 295. *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej*, red. A. Błaś, K. Nowacki, 2005, s. 303.

czasu przeważa tendencja do wyboru form prywatnoprawnych, które są uważane za bardziej efektywne od form publicznoprawnych. Zmiana charakteru prawnego jednostek organizacyjnych gminy czy formy prawnej zarządzania nimi określana jest jako prywatyzacja organizacyjna lub formalna. W jej wyniku gminy pozostają właścicielami prywatyzowanych jednostek.

Formami publicznoprawnymi prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę są: jednostki budżetowe, nazywane zakładami kierowanymi (zarządzanymi); zakłady własne, budżetowe; zakłady administracyjne mające osobowość publicznoprawną¹⁰.

Zakłady kierowane są strukturami gospodarczymi wchodzącymi w skład organizacji gminnej jako komórki organizacyjne urzędu gminy. Mogą mieć także charakter zewnętrzny — być usytuowane na zewnątrz tego urzędu jako zakłady publicznoprawne niemające osobowości prawnej. Przyjmuje się, że zakład kierowany jest formą organizacyjną przedsięwzięcia gospodarczego korporacji prawa publicznego, którą kierują urzędnicy lub inni pracownicy takiej korporacji¹¹. Prawo do składania oświadczeń woli ma natomiast podmiot założycielski¹². Przy wyborze wewnętrznej formy organizacyjnej odrębność takiego zakładu ma jedynie charakter funkcjonalny. Jest to zespół ludzi ze środkami rzeczowymi i finansowymi służącymi realizacji zadań gospodarczych w imieniu i na rachunek gminy. Przedmiotem działania takich jednostek jest przede wszystkim świadczenie usług komunalnych w zakresie utrzymywania czystości miejsc publicznych, wywozu i utylizacji odpadów komunalnych oraz prowadzenia łąźni, rzeźni komunalnych itp. Ich dochody i wydatki są w całości objęte budżetem gminy¹³.

Zakłady własne gminy są organizacyjnie wyodrębnionymi gminnymi jednostkami gospodarczymi bez osobowości prawnej. Ich substratem materialnym jest wydzielona organizacyjnie część majątku gminy. Jest to więc usamodzielniony majątek celowy, z własną księgowością i własnym planem gospodarczym (finansowym). Z użytkownikami czy konsumentami usług takie zakłady nawiązują stosunki publicznoprawne lub cywilnoprawne. Podstawy prawne organizacji i funkcjonowania takich jednostek gospodarczych są zawarte, zależnie od kraju związkowego, w ustawach bądź rozporządzeniach szczególnych. Istotną rolę odgrywają ich statuty, stanowione przez organy uchwałodawcze gmin¹⁴. Ustalają one zakres względnej samodzielności omawianych jednostek wobec organów

¹⁰ Przyjęte nazewnictwo nie jest w pełni zharmonizowane z odpowiednimi polskimi instytucjami prawnymi. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że jest zbliżone znaczeniowo do stosowanych na gruncie polskiego prawa administracyjnego i finansowego takich pojęć, jak „zakład administracyjny”, „zakład budżetowy” czy „jednostka budżetowa”, w zależności od sposobu oglądu — administracyjnoprawnego lub finansowoprawnego.

¹¹ P.J. Tettinger, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1993, s. 84; G. Köbler, H. Pohl, *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*, München 1991, s. 419.

¹² A. Gern, Ch. Brüning, *op. cit.*, s. 487.

¹³ Wykazują zatem podobieństwo do polskich jednostek budżetowych.

¹⁴ P.J. Tettinger, *op. cit.*, s. 84.

gminy¹⁵. Ich specyfika organizacyjna polega na posiadaniu na podstawie regulacji ustawowej własnych organów zarządzających, czyli kierownictwa zakładu i komisji zakładowej. Organy te są obsadzane personalnie przez właściwe organy gminy. W tej formie organizacyjnej prowadzona jest zwłaszcza działalność w zakresie usług komunalno-bytowych i lokalnego transportu zbiorowego.

Do ostatniej grupy omawianych jednostek należą zakłady administracyjne mające osobowość publicznoprawną. Są to prawnie wyodrębnione, utworzone lub dopuszczone przez ustawę osoby prawne prawa publicznego powołane do realizacji rzeczowo powiązanych celów z zakresu administracji świadczącej. Odrębna kategoria pośród tych zakładów, która podlega szczególnej regulacji w ordynacjach gminnych, określana jest jako samodzielne przedsiębiorstwa komunalne prawa publicznego¹⁶. Ich samodzielność wobec podmiotu założycielskiego (gminy) i innych podmiotów jest najdalej idąca. Działają one bowiem we własnym imieniu. Gmina ma tylko możliwość wywierania pośredniego wpływu na ich działalność, na przykład przez dokonywanie obsady personalnej organów czy sprawowanie nadzoru właścicielskiego. Zakłady te określa się jako szczególną formę organizacyjną decentralizacji wewnątrzkomunalnej¹⁷.

W formie zakładowej zorganizowane są komunalne kasy oszczędnościowe, podlegające odrębnej krajowej ustawowej regulacji prawnej. Podmiotami założycielskimi tych kas są z reguły gminy, powiaty ziemskie czy utworzone przez nie związki komunalne. Są to przedsięwzięcia gospodarcze, których celem jest zabezpieczenie na obszarze ich działania zapotrzebowania członków wspólnot samorządowych na usługi finansowo-pieniężne. Wyrażany jest pogląd, że w odróżnieniu od innych rodzajów komercyjnej komunalnej działalności gospodarczej komunalne kasy oszczędnościowe wzmacniają konkurencję w sektorze przedsiębiorczości kredytowej¹⁸. Kierują się však zasadami gospodarki rynkowej; obejmują świadczeniami ludność, prywatne podmioty gospodarcze i podmioty publiczne; a także wspierają zmysł oszczędzania i budowania majątku, w tym wobec osób niezamożnych. Celem działania kas oszczędnościowych jest też wychowanie gospodarcze młodzieży¹⁹.

Ustawowo dopuszczonymi formami prywatnoprawnymi prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej są spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna z uwagi to, że te formy prawne ograniczają odpowiedzialność ma-

¹⁵ Najbliższą formą organizacyjnoprawną na gruncie polskim byłby zakład budżetowy, szczególnie w zakresie sposobu finansowania działalności.

¹⁶ A. Schraml, *Rechtliche und organisatorische Ausgestaltung am Beispiel des Kommunalunternehmens des Landkreises Würzburg*, [w:] J. Riedmayer, A. Schraml, *Das Kommunalunternehmen — Anstalt des öffentlichen Rechts*, Stuttgart 2000, s. 31.

¹⁷ A. Gern, *op. cit.*, s. 463.

¹⁸ A. von Mutius, *Die kommunalen Sparkassen. Status und Organisation*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, s. 453 n.

¹⁹ A. Gern, *op. cit.*, s. 464.

jątkową gminy. W praktyce są to przede wszystkim spółki z wyłącznym udziałem gminy. Dopuszczalne są również spółki z gminą jako jednym z udziałowców (akcjonariuszy). W takiej sytuacji pozostałymi udziałowcami (akcjonariuszami) mogą być inne podmioty publiczne (formy mieszane publiczne) bądź osoby prywatne (formy mieszane publiczno-prywatne, partnerstwo publicznoprawne). Tworząc spółki akcyjne, gminy są zobowiązane do przestrzegania przepisów o formach prawnych partycypacji pracobiorców w zarządzaniu takimi strukturami²⁰.

4.

Działalność gospodarcza gminy podlega w zasadzie takim samym wymogom prawnym jak działalność podmiotów prywatnych. Dotyczy to między innymi obowiązku przestrzegania regulacji prawnej z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy, wymogów sanitarnych, nadzoru budowlanego, dozoru technicznego, ochrony środowiska czy policji administracyjnej. Prowadzona przez gminę działalność gospodarcza podlega też kontroli wyspecjalizowanych jednostek państwowych²¹. Formy prawnie niesamodzielne, stanowiące część składową administracyjnego aparatu gminy, mogą podlegać ponadto nadzorowi komunalnemu. W pewnym stopniu dotyczy to również form publicznoprawnych mających osobowość prawną, które mogą podlegać nadzorowi w ustawowo określonych przypadkach²². Spółki prawa handlowego gminy lub z udziałem gminy, jako odrębne od gminy osoby prawne posiadające własne organy, nie podlegają nadzorowi komunalnemu. W tym zakresie w wyjątkowej sytuacji są komunalne kasy oszczędnościowe, podlegające nadzorowi prawnemu krajów związkowych i nadzorowi fachowemu Federalnego Urzędu Nadzoru Kredytowego.

5.

Efektywność ekonomiczna działalności gospodarczej gminy jest zróżnicowana. Opłaty za usługi komunalne są bowiem ustalane widełkowo przez ustawodawcę krajowego. Jeśli do tego dodać względy społeczne, wymagające zachowania niskiego poziomu cen, aby zapewnić powszechną dostępność usług, to świadczenie niektórych z nich jest trwale deficytowe — taką sytuację można dostrzec na przykład w zakresie publicznego osobowego transportu zbiorowe-

²⁰ R. Stober, *op. cit.*, s. 345.

²¹ J.W. Hidiën, *Staatliche Wirtschaftsaufsicht und Besteuerung kommunaler Unternehmen*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, s. 98 n.

²² A. Schraml, *op. cit.*, s. 40.

go. Prowadzenie takich usług wymaga ze strony gminy dotacji czy innych form zasilenia finansowego. Z kolei dostawa energii czy utylizacja odpadów jest dla gminy dochodowa.

W Niemczech dochody z działalności gospodarczej są opodatkowane podatkiem dochodowym od osób prawnych. Dotyczy to także podmiotów publicznoprawnych. Gdyby omawianego rodzaju działalność gospodarcza gminy była opodatkowana na zasadach ogólnych, cały dochód efektywnego ekonomicznie podmiotu gospodarczego byłby opodatkowany. Strata w działalności deficytowego podmiotu wymagałaby natomiast dofinansowania.

Komunalne podmioty prowadzące gospodarczą działalność zaspokajającą lokalne potrzeby publiczne mają jednak możliwość zastosowania optymalizacji podatkowej. Jest to tak zwane poprzeczne zespolenie podatkowe (*Steuerlicher Querverbund*)²³. Takie rozwiązanie było przez wiele lat stosowane na podstawie przepisów administracyjnych²⁴. Federalny Trybunał Finansowy w wyroku z 22 sierpnia 2007 roku²⁵ uznał jednak taką praktykę za ukryty podział zysków. Z uwagi na to poprzecznemu zespoleniu podatkowemu nadano formę ustawową. Wprowadzono je mianowicie do powszechnie obowiązującego porządku prawnego przez art. 3 ustawy federalnej z dnia 19 grudnia 2008 roku, która weszła w życie 1 stycznia 2009 roku²⁶ jako nowelizacja ustawy z 7 lipca 1988 roku o podatku dochodowym od osób prawnych²⁷.

Według § 4 ust. 6 zd. 1 KStG poprzeczne zespolenie podatkowe powstaje na podstawie porozumienia dwóch lub większej liczby zakładów (przedsiębiorstw) publicznoprawnych prowadzących działalność gospodarczą w celu osiągnięcia skutków podatkowopravných. Ustawa wymaga, aby takie zakłady prowadziły podobną działalność bądź aby występowały między nimi wzajemne powiązania

²³ Można by również użyć nazwy „skrośne zespolenie podatkowe”. Termin „skrośny” został przejęty z angielskiego słowa *cross*, używanego w tym języku jako pierwszy człon wyrazów złożonych, na przykład *cross-disciplinary* — interdyscyplinary. W języku polskim określenie „skrośny” stosowane jest w złożeniach jako człon danego terminu, na przykład „zniesztalczenie skrośne”, „rzutowanie skrośne”, „subsidiowanie skrośne”. Termin „subsidiowanie skrośne”, zbliżony znaczeniowo do nazwy analizowanej instytucji prawnej, oznacza pokrywanie kosztów jednego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub dotyczących jednej grupy odbiorców przychodami pochodzącymi z innego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub od innej grupy odbiorców; zob. np. E. Rauba, *Eliminacja subsydiowania skrośnego w usługach wodociągowo-kanalizacyjnych*, „Inżynieria Ekologiczna” 2012, nr 30, s. 278. Nazwa *fiscal cross-bracing* jest użyta w formie angielskiej. W niniejszym opracowaniu przyjęto jednak tłumaczenie z języka niemieckiego z zastosowaniem równoległej terminologii przyjętej w Polsce.

²⁴ E.Ch. Westermann, F. Zemke, *Neue Entwicklungen beim Steuerlichen-Querverbund*, „Komunaljurist” 2013, nr 1, s. 1.

²⁵ Sygn. I R 32/06, BStBl 2007 II, s. 961.

²⁶ Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009) vom 19. Dezember 2008, BGBl 2008, Teil I, Nr. 63.

²⁷ Ustawa z dnia 7 lipca 1988 roku o opodatkowaniu dochodu korporacji — Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz 1988), BGBl. Nr. 401/1988 z późn. zm.; dalej: KStG.

techniczno-gospodarcze. W praktyce łączone są dwie lub większa liczba jednostek organizacyjnych z zakresu zaopatrzenia w energię lub wodę, odprowadzania ścieków czy wywozu i utylizacji odpadów, komunalnego transportu zbiorowego bądź inne jednostki komunalne świadczące usługi z zakresu zadań gminy, na przykład związane z działalnością portu komunalnego. Nie jest natomiast dopuszczalne objęcie zespoleniem zakładu zwolnionego ustawowo z podatku dochodowego. Ustalany jest jednolity dochód takiej struktury, stanowiący podstawę obliczenia podatku dochodowego.

W zależności od formy prawnej nowo tworzonej struktury rozróżniane jest poprzeczne zespolenie podatkowe w wąskim i szerokim znaczeniu. Może ono mieć zatem charakter publicznoprawny, na przykład zakładu własnego gminy, czy charakter prywatnoprawny, na przykład spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy spółki akcyjnej z większościowym udziałem gminy. Jest to zespolenie w ścisłym znaczeniu. Połączenie jednostek organizacyjnych gminy w formę koncernu²⁸ określone jest natomiast jako zespolenie podatkowe w szerokim znaczeniu.

Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych w § 8 ust. 7 zd. 2 określa sytuacje wyłączające uznanie omawianego zespolenia podatkowego za formę ukrytego podziału zysków, także w przypadku działalności gospodarczej uczestnika zespolenia przynoszącej ciągłe straty. W świetle tego przepisu takie wyłączenie zachodzi, jeżeli działalność gospodarcza w dziedzinie transportu, ochrony środowiska, ochrony zdrowia czy socjalnej jest prowadzona ciągle bez pełnego pokrycia kosztów. Pozwala to na podatkowe rozliczenie strat i zysków służące refinansowaniu kosztów usług z zakresu administracji świadczącej.

6.

Poprzeczne zespolenie podatkowe pod rządami nowego prawa było przedmiotem orzecznictwa niemieckiego sądownictwa finansowego²⁹. Federalny Trybunał Finansowy w toku rozpatrywania rewizji w jednej ze spraw, rozstrzygniętej w pierwszej instancji przez krajowy sąd finansowy Meklemburgii-Pomorza Przedniego, przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości UE pytanie prawne, czy poprzeczne zespolenie podatkowe oparte na § 8 ust. 7 zd. 2 KStG, z którego mogą skorzystać tylko jednostki gospodarcze sektora publicznego, jest dopuszczalne z punktu widzenia regulacji prawa Unii Europejskiej. Zdaniem Trybunału zasto-

²⁸ A. Gaß, *Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen: Entscheidungsgründe für die Wahl einer Rechtsform und Möglichkeiten des Rechtsformwechsels*, „Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht”, t. 18, Stuttgart 2003, s. 402 n.

²⁹ Wybór reprezentatywnych orzeczeń został przedstawiony i omówiony w opracowaniu *Steuerliche Querverbände in Kommunen*, „Wissenschaftliche Dienste” 4-3000-025/19, Deutscher Bundestag 2020, s. 8 n.

sowanie takiego sposobu rozliczania strat wynikłych z działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę prywatnego byłoby potraktowane jako ukryty podział zysków. Trybunał podniósł, że biorąc to pod uwagę, przywilej podatkowy na rzecz podmiotów publicznych, unormowany w § 8 ust. 7 KStG, mógłby zostać potraktowany jako niedozwolona pomoc państwa, zgodnie z art. 107 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Gdyby TSUE potwierdził, że poprzeczne zespolenie podatkowe stanowi niedozwoloną pomoc publiczną, powołany przepis nie mógłby być stosowany aż do rozstrzygnięcia przez Komisję Europejską sprawy zgodności zespolenia podatkowego z powołanymi przepisami TFUE. Wykluczenie stosowania tego przepisu przez KE naraziłoby natomiast gminy na poważne trudności w finansowaniu deficytowych usług z zakresu administracji świadczącej.

Trybunał Sprawiedliwości nie udzielił jednak odpowiedzi na to pytanie z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Skarżąca gmina cofnęła bowiem rewizję od wyroku krajowego sądu finansowego wniesioną do Federalnego Trybunału Finansowego, przed którym postępowanie zostało w tym stanie rzeczy umorzone. Rozstrzygnięcie zasygnalizowanej kwestii z punktu widzenia prawa unijnego pozostaje więc otwarte.

7.

W omawianej materii prowadzona jest także dyskusja polityczna. Ważna w tym zakresie, mimo że podjęto ją wiele lat temu, jest uchwała konferencji ministrów gospodarki krajów związkowych. Została ona podjęta w 2000 roku, w nowej sytuacji prawnej wynikającej z regulacji ustawowej instytucji poprzecznego zespolenia podatkowego. Jej uczestnicy zaakceptowali wówczas prawo jednostek samorządu terytorialnego, zwłaszcza gmin, do prowadzenia działalności gospodarczej w ustawowo określonych granicach. Podkreślili jednak, że podejmując działalność gospodarczą bez uzasadnienia tego interesem publicznym, jednostki samorządowe konkurują z przedsiębiorczością prywatną. Wypierają w taki sposób z rynku głównie małe i średnie przedsiębiorstwa prywatne. Należy więc podjąć działania na szczeblu federalnym i krajowym w obszarze „rzemiosło” i „średnia przedsiębiorczość” w celu sporządzenia opracowań na temat wpływu działalności gospodarczej gmin na gospodarkę prywatną w obszarach aktywności tak zwanego stanu średniego. W uzasadnieniu tego stanowiska wskazano jednak na malejące wpływy podatkowe gmin i związany z tym spadek ich siły finansowej. W wyniku tego gminy dążą do optymalizacji własnych jednostek organizacyjnych administracji świadczącej. Poszukują również nowych źródeł dochodów.

W zakresie zaspokojenia własnych potrzeb na usługi i produkty gminy konkurują przede wszystkim ze średnią gospodarką prywatną. Obszary komunalnej aktywności gospodarczej są kompleksowe. Sięgają od klasycznych obszarów komunalnych usług bytowych (na przykład dostarczania energii elektrycznej, wody, wywozu i utylizacji odpadów komunalnych), przez komunalne pośrednictwo mieszkaniowe, wspieranie gospodarki, usługi budowlane, zagospodarowanie budynków, usługi pogrzebowe, kształtowanie i pielęgnację terenów zielonych, do tworzenia i utrzymywania tak zwanych parków technologicznych, telekomunikacji, techniki sanitarnej, sprzątania budynków, usług drukarskich czy gastronomii. Ministrowie uznali, że podmiot publiczny zamierzający podjąć tego rodzaju działalność gospodarczą ma prawo wyboru różnych rozwiązań prawnych jej wykonywania³⁰.

W ubiegłym roku stanowisko w tej materii przedstawił rząd federalny w odpowiedzi na zapytanie z 18 maja 2021 roku posłów z frakcji Bündnis 90/Die Grünen Bundestagu. Ocenili oni pozytywnie umożliwienie gminom utrzymania świadczenia także nierentownych usług. Podkreślili znaczenie trwale deficytowego lokalnego osobowego transportu zbiorowego, wymagającego dofinansowania, który z uwagi na ochronę klimatu powinien być rozwijany. W związku z tym zapytali przede wszystkim, jak rząd federalny ocenia dotychczasowe funkcjonowanie poprzecznego zespolecia podatkowego, czy widzi w tym zakresie zagrożenia i czy przewiduje zmiany legislacyjne³¹.

Rząd federalny ocenił pozytywnie dotychczasowe funkcjonowanie poprzecznego zespolecia podatkowego, które umożliwia gminom utrzymywanie świadczenia deficytowych usług materialnych. Podkreślił, że obniżenie obciążeń finansowych wynikających z zastosowania poprzecznego zespolecia podatkowego umożliwia finansowanie deficytowych usług komunalnych o charakterze niematerialnym. Przejściowe zaniechanie świadczenia niektórych usług spowodowane pandemią COVID-19 nie będzie miało przy tym negatywnego wpływu na stosowanie poprzecznego zespolecia podatkowego. W konkluzji stwierdzono, że nie są przewidywane w tym przedmiocie zmiany legislacyjne³². Takie zmiany musiałyby bowiem pociągnąć za sobą konieczność wprowadzenia fundamentalnych przekształceń systemu niemieckiego samorządowego wyrównania finansowego, a dotychczas nie ma takiej koncepcji.

³⁰ Wirtschaftsministerkonferenz 1-2/00, <http://www.vdw-online.de/htm/public/info/il-00/s4.htm> (dostęp: 1.01.2022).

³¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/30291.

³² Deutscher Bundestag, Drucksache 19/30813.

Bibliografia

- Gaß A., *Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen: Entscheidungsgründe für die Wahl einer Rechtsform und Möglichkeiten des Rechtsformwechsels*, „Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht”, t. 18, Stuttgart 2003.
- Gern A., *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997.
- Gern A., Brüning Ch., *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 2019.
- Hidien J.W., *Staatliche Wirtschaftsaufsicht und Besteuerung kommunaler Unternehmen*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5. *Kommunale Wirtschaft*, red. G. Püttner, Berlin 1984.
- Köbler G., Pohl H., *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*, München 1991.
- Meyer L., Scholl M., *Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen*, „Materialien für die Arbeit vor Ort” 10, 2000, nr 1.
- Miemiec M., *Działalność gospodarcza gmin w Republice Federalnej Niemiec*, „Prawo” 295. *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej*, red. A. Błaś, K. Nowacki, 2005.
- Mutius A. von, *Die kommunalen Sparkassen. Status und Organisation*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5. *Kommunale Wirtschaft*, red. G. Püttner, Berlin 1984.
- Püttner G., *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, Stuttgart 1993.
- Rauba E., *Eliminacja subsydiowania skrośnego w usługach wodociągowo-kanalizacyjnych*, „Inżynieria Ekologiczna” 2012, nr 30.
- Schraml A., *Rechtliche und organisatorische Ausgestaltung am Beispiel des Kommunalunternehmens des Landkreises Würzburg*, [w:] J. Riedmayer, A. Schraml, *Das Kommunalunternehmen — Anstalt des öffentlichen Rechts*, Stuttgart 2000.
- Schmidt-Jortzig E., *Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im Einzelnen*, [w:] *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5. *Kommunale Wirtschaft*, red. G. Püttner, Berlin 1984.
- Steuerliche Querverbände in Kommunen*, „Wissenschaftliche Dienste” 4-3000-025/19, Deutscher Bundestag 2020.
- Stober R., *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996.
- Tettinger P.J., *Besonderes Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1993.
- Westermann E.Ch., Zenke F., *Neue Entwicklungen beim Steuerlichen-Querverbund*, „Kommunaljurist” 2013, nr 1.

Systemic and Tax Legal Aspects of the Provision of Material Public Services by German Communes

Summary

Fiscal cross-bracing enables communes to optimize tax charges with regard to corporate income tax. It consists in the possibility of combining, in one structure, one's own establishment (the public law form) or a limited liability company or a joint stock company (the private law form) with the majority share of the commune. It is combination in the strict sense. Combination of organizational units of the commune in a concern is defined as tax combination in a broad sense. Profit-making and loss-making organizational units are combined in one structure, and their combined financial results constitute the tax base. In this way, communes are able to maintain the provision

of loss-making material services. The reduction of the tax burden resulting from the aforementioned combination also makes it possible to finance other communal services.

Keywords: fiscal cross-bracing, commune, administrative institution, supreme administration, rendering administration, material and immaterial services, income tax.

RYSZARD PEK

Naczelny Sąd Administracyjny
rysardpek@wroclaw.wsa.gov.pl

Dylematy orzecnicze związane z opodatkowaniem podatkiem od towarów i usług działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego

Abstrakt: Właściwe określenie zasad opodatkowania podatkiem VAT zadań wykonywanych przez podmioty prawa publicznego ze względu na obowiązujące zasady neutralności i proporcjonalności podatku VAT jest fundamentalne do prawidłowego ustalenia, jakie usługi i w jakim zakresie podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT, a także kiedy podmiot prawa publicznego działa jako podatnik tego podatku. Zakres wykonywanych przez podmioty prawa publicznego czynności i delegowanych ustawowo zadań, które znajdują się na styku prawa publicznego i prawa prywatnego, oraz nabywanie towarów i usług, które mogą być wykorzystywane zarówno do celów wykonywanej opodatkowanej działalności gospodarczej, jak i do celów innych niż działalność gospodarcza, sprawia, że próba kwalifikacji zadań wykonywanych przez podmioty prawa publicznego, którą podejmują sądy administracyjne i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ze względu na istniejące dylematy interpretacyjne wymaga każdorazowej dogłębnej analizy zakresu świadczonych usług lub nabywanych towarów.

Słowa kluczowe: podmiot prawa publicznego, podatnik VAT, podatek VAT, działalność gospodarcza, prewspółczynnik.

Uwagi wstępne

Celem artykułu jest przedstawienie wybranych dylematów orzecniczych, które wyłoniły się na tle opodatkowania podatkiem od towarów i usług działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego.

Problematyce opodatkowania podatkiem od towarów i usług (podatek VAT) działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego poświęcono już tyle miejsca w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) oraz sądów administracyjnych, że wydawać by się mogło, że temat został już wyczerpująco omówiony, a występujące dylematy orzecznicze mają charakter pozorny¹. Jednakże szeroki katalog zadań, które wykonują podmioty prawa publicznego, nadal stwarza wiele dylematów interpretacyjnych. Właściwe określenie zasad opodatkowania podatkiem VAT wykonywanych przez te podmioty czynności jest wyjątkowo skomplikowane i dotyczy przede wszystkim tych działań, które znajdują się na styku prawa publicznego oraz prywatnego.

Problematykę dotyczącą opodatkowania działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego dodatkowo komplikuje to, że podmioty te — w zależności od rodzaju czynności — z jednej strony traktują te czynności jako opodatkowane podatkiem VAT, aby skorzystać z prawa do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony; z drugiej jednak — w podobnych przypadkach domagają się, aby nie traktować ich jako podatników VAT, gdyż wiąże się to z koniecznością opodatkowania prowadzonej działalności, to jest powiększeniem ceny towarów o podatek należny i obowiązkiem odprowadzenia tego podatku. Innymi słowy, dla niektórych podmiotów prawa publicznego — w zależności od sytuacji, w jakiej się znajdują — „opłaca się być podatnikiem VAT”. Dla innych może się to natomiast okazać „nieopłacalne”.

Złożoność omawianej problematyki zwiększa także to, że nabywane przez podmioty prawa publicznego towary i usługi mogą być wykorzystywane zarówno do celów wykonywanej opodatkowanej działalności gospodarczej, jak i do celów innych niż działalność gospodarcza. Jeżeli przypisanie tych towarów i usług w całości do działalności gospodarczej nie jest możliwe, kwotę podatku naliczonego, o który można będzie obniżyć podatek należny, oblicza się zgodnie ze sposobem określenia proporcji, który powinien najbardziej odpowiadać specyfice wykonywanej działalności i dokonywanych nabyć (art. 86 ust. 2a ustawy o VAT²).

¹ W literaturze przedmiotu zob. m.in. A. Bieńkowska, *VAT w samorządach*, Warszawa 2017; R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2009; T. Michalik, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2021; A. Mudrecki, *Rozdział IV. Gmina jako podatnik podatku od towarów i usług w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Finansowanie zadań publicznych służących zaspokojeniu potrzeb wspólnot samorządowych*, red. A. Zalcewicz, Warszawa 2016; J. Pęczak-Czerwińska, *Prewspółczynnik odliczenia VAT naliczonego*, Warszawa 2016; *VAT w gminach*, red. T. Bedyga, Warszawa 2014; *VAT w jednostkach samorządu terytorialnego. Centralizacja wraz z pierwszą korektą prewspółczynnika*, red. E. Sokołowska-Struk, Warszawa 2016; J. Zubrzycki, *Leksykon VAT 2019*, t. 1, Wrocław 2019.

² Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2021 r. poz. 685); dalej: ustawa o VAT.

Zasady opodatkowania działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego

Przedstawiając w sposób syntetyczny problematykę będącą przedmiotem niniejszego artykułu, trzeba na wstępie odnotować, że podstawowa zasada opodatkowania działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego została przedstawiona w pierwszym akapicie art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE³. Sformułowania użyte w tym przepisie nie są precyzyjne, a co za tym idzie dają podstawę do różnych interpretacji, czego dowodem jest bogate orzecznictwo TSUE oraz sądów krajowych.

Przepis art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE został implementowany do polskiego porządku prawnego w art. 15 ust. 6 ustawy o VAT, który zawęził przedmiot wyłączenia z opodatkowania VAT organów władzy publicznej, włączając jednocześnie do opodatkowania tym podatkiem czynności „wykonywane na podstawie umów cywilnoprawnych”, w odniesieniu do których organy władzy publicznej są podatnikami. Z przepisu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE oraz art. 15 ust. 6 ustawy o VAT wynika, że organ władzy publicznej nie jest podatnikiem VAT, jeżeli czynność podlega prawu publicznemu i przy jej wykonaniu jest on wyposażony w kompetencje władczego kształtowania sytuacji prawnej innych podmiotów. Jednakże mimo działania w ramach reżimu publicznoprawnego organy te są uznawane za podatników, jeśli wykluczenie ich z kategorii podatników prowadziłoby do znaczących zakłóceń konkurencji⁴.

Warto w tym miejscu odnotować, że TSUE w licznych orzeczeniach zwrócił uwagę, że przyznanie organom władzy publicznej statusu podatnika podatku VAT wymaga nie tylko wykładni art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE, ale także analizy przepisów art. 9–12 tej dyrektywy. Kwestią, która przede wszystkim wymaga zbadania, jest w związku z tym ustalenie, czy dana działalność prowadzona przez organ władzy publicznej to „działalność gospodarcza” prowadzona przez podatnika w rozumieniu art. 9 tej dyrektywy.

³ Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 roku w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L. z 2006 r. Nr 347, poz. 1); dalej: dyrektywa 2006/112/WE.

⁴ Tak między innymi wyrok NSA z dnia 11 grudnia 2020 roku, sygn. I FSK 617/19, CBOSA.

Opodatkowanie podatkiem VAT niektórych zadań publicznych powierzonych przez gminy do wykonania spółkom komunalnym

Wątpliwości związane z opodatkowaniem podatkiem VAT zadań własnych gminy dotyczyły sytuacji, w których gmina powierzyła wykonywanie tych zadań utworzonej przez siebie spółce komunalnej, to jest spółce, w której posiada 100% udziałów. Chodziło zasadniczo o wykonywanie przez te spółki powierzonych przez gminę zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w zamian za rekompensaty wypłacane im przez te podmioty, określone w umowie z podmiotem publicznym. W niektórych przypadkach spółki te domagały się, aby traktować je jako „inne podmioty prawa publicznego” w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112 WE.

Problematyka ta była przedmiotem wyroków TSUE z 29 października 2015 roku w sprawie C-174/14⁵ oraz z 22 lutego 2018 roku w sprawie C-182/17⁶. Wyrok z 2015 roku w sprawie C-174/14 dotyczył opodatkowania podatkiem VAT działalności polegającej na świadczeniu na rzecz Autonomicznego Regionu Azorów przez spółkę akcyjną, w której ten podmiot publiczny posiadał 100% udziałów, usług w dziedzinie planowania i zarządzania regionalną służbą zdrowia. Z tytułu wykonywanych usług spółka otrzymywała rekompensaty określone w umowie z tym podmiotem publicznym. Trybunał wyjaśnił w wyroku, że „nawet jeśli założy się”, że taka spółka jest podmiotem prawa publicznego oraz że prowadzi działalność gospodarczą w charakterze organu władzy publicznej, to jednak z art. 13 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2006/112/WE wynika, że podmiot taki nie może zostać zwolniony z podatku VAT, jeżeliby uznać, że jego nieopodatkowanie prowadziłoby do znaczącego zakłócenia konkurencji. Ważne jest przy tym, że ocena „ryzyka zakłócenia konkurencji” nie musi dotyczyć w szczególności danego rynku, jak również być przeprowadzana w odniesieniu tylko do aktualnej konkurencji, ale może się odnosić także do konkurencji potencjalnej, o ile możliwość wejścia podmiotu prywatnego na odnośny rynek jest rzeczywista, a nie czysto hipotetyczna (pkt 74 wyroku).

Stanowisko Trybunału zostało doprecyzowane i rozwinięte w wyroku z 2018 roku w sprawie C-182/17, która dotyczyła świadczonych na rzecz gminy przez tak zwaną spółkę komunalną usług polegających na zarządzaniu mieszkaniem i innymi nieruchomościami, utrzymaniu lokalnych dróg publicznych, zwalczaniu szkodników i powstrzymywaniu rozmnażania komarów, utrzymywaniu parków, przestrzeni publicznej oraz innych terenów zielonych, prowadzeniu zakładu uty-

⁵ Wyrok TSUE z dnia 29 października 2015 roku w sprawie C-174/14, ECLI:EU:C:2015:733.

⁶ Wyrok TSUE z dnia 22 lutego 2018 roku w sprawie C-182/17, ECLI:EU:C:2018:91.

lizacji i usług użytecznych oraz utrzymywaniu targowiska lokalnego. W orzeczeniu tym Trybunał, wskazując, że taka działalność stanowi odpłatne świadczenie usług podlegające opodatkowaniu VAT, podkreślił, że na taką ocenę nie ma wpływu sytuacja, w której zakres autonomii spółki jest ograniczony w ten sposób, że kapitał spółki należy w 100% do gminy. TSUE tytułem przykładu podniósł, że o istnieniu autonomii w stosunku do gminy świadczy całościowa ocena całokształtu okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Przy tej ocenie należy uwzględnić takie okoliczności, jak podleganie prawu cywilnemu, posiadanie pewnej autonomii w zakresie funkcjonowania i własnego zarządzania, brak możliwości dysponowania jakąkolwiek prerogatywą władztwa publicznego gminy przez spółkę, świadczenie usług także na rzecz osób trzecich, brak rzeczywistej kontroli sprawowanej przez gminę nad działalnością spółki oraz brak możliwości określenia wiążących wytycznych dla spółki przy realizacji zadań (pkt 45–54 wyroku).

Przestawiona problematyka była także przedmiotem orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego. W sprawie zakończonej wyrokiem z 21 grudnia 2021 roku⁷ spór dotyczył powierzonych tej spółce na podstawie umowy wykonawczej zadań własnych gminy, polegających na świadczeniu usług związanych z gospodarowaniem odpadami w zamian za rekompensatę pokrywającą ponoszone koszty. Spółka komunalna, kwestionując stanowisko uznające ją za podatnika podatku VAT, argumentowała, że powierzona jej działalność w zakresie gospodarowania odpadami wykonywana jest zgodnie ze ścisłymi wytycznymi uszczegółowionymi w umowie wykonawczej, w związku z czym pozbawiona jest w tym zakresie swobody gospodarczej przysługującej podmiotom. NSA, oceniając stanowisko spółki w kontekście wytycznych wynikających z obu omówionych już wyroków TSUE, wskazał, że spółka, świadcząc te usługi, nie dysponowała jakąkolwiek prerogatywą władztwa publicznego. Wprawdzie jako osoba prawna prawa prywatnego miała pewną autonomię w stosunku do gminy w zakresie funkcjonowania i bieżącego własnego zarządzania, to jednak nie była „wystarczająco wkomponowana w ramy organizacyjne administracji publicznej tej gminy”.

Sąd zauważył także, że ta sama spółka nie kwestionowała tego, że świadcząc powierzone jej przez gminę usługi transportu publicznego, działa jako podatnik podatku VAT, i nie domagała się, aby w odniesieniu do tej części działalności traktować ją jako inny podmiot prawa publicznego. Spór dotyczył w tym przypadku tego, czy otrzymywana od gminy rekompensata pokrywająca 100% kosztów związanych ze świadczeniem przewidzianych w uchwale rady gminy ulgowych i bezpłatnych przejazdów jest dotacją mającą bezpośredni wpływ na cenę świadczonych usług i podlega zaliczeniu do podstawy opodatkowania podatkiem VAT. Naczelny Sąd Administracyjny, podzielając stanowisko przyjęte w wyrokach z 7 listopada 2018, 30 stycznia 2019, 27 sierpnia 2019, 15 października 2020 oraz

⁷ Wyrok NSA z dnia 21 grudnia 2021 roku, sygn. I FSK 1060/21, CBOSA.

22 czerwca 2021 roku⁸, przyjął, że rekompensaty otrzymywane z tytułu świadczenia przez operatora realizującego publiczną usługę transportową przejazdów bezpłatnych i ulgowych nie mogą być uznane za dotację, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze, zaliczane do podstawy opodatkowania, o której stanowi art. 29a ust. 1 ustawy o VAT. Rekompensaty te nie mają bowiem bezpośredniego wpływu na ceny usług świadczonych przez tych operatorów.

Dylematy orzecznicze dotyczące sposobu obliczania proporcji i tak zwanego prewspółczynnika przy rozliczaniu podatku naliczonego na przykładzie świadczonych przez gminy usług cmentarnych

Warto zasygnalizować, że obecnie najwięcej sporów między gminami oraz administracją podatkową wywołują kwestie dotyczące sposobu obliczania proporcji i tak zwanego prewspółczynnika. Chodzi mianowicie o sytuację, w której podmiot prawa publicznego (na przykład gmina) wykonuje równocześnie działalność podlegającą opodatkowaniu VAT i działalność leżącą poza zakresem stosowania przepisów ustawy o VAT.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 czerwca 2018 roku⁹, dotyczącym sposobu obliczenia tak zwanego prewspółczynnika dla prowadzonej przez gminę działalności wodno-kanalizacyjnej, przyjął, że całokształt przepisów ustawy o VAT poświęconych określaniu proporcji odliczenia w przypadku wykonywania działalności o charakterze mieszanym wskazuje, że ustawodawca — mając na względzie różnorodność czynności dokonywanych przez podatnika — nie narzuca w tym względzie jakichkolwiek rozwiązań czy schematów, których stosowanie miałyby być obligatoryjne.

Kształtujące się na tle sposobu obliczenia prewspółczynnika orzecznictwo jest bogate, a problematyka niezwykle zróżnicowana, o czym świadczą chociażby wyroki dotyczące sposobu obliczenia prewspółczynnika VAT dla usług cmentarnych świadczonych przez gminy. Prowadzenie cmentarzy gminnych należy do zadań własnych gminy i jest przewidziane w art. 7 ust. 1 pkt 13 u.s.g.¹⁰ Świadcząc usługi cmentarne, gmina może na podstawie umowy cywilnoprawnej zlecić

⁸ Wyroki NSA z dnia 7 listopada 2018 roku, sygn. I FSK 1692/16, CBOSA; z dnia 30 stycznia 2019 roku, sygn. I FSK 1673/16, CBOSA; z dnia 15 października 2020 roku, sygn. I FSK 706/18, CBOSA; z dnia 27 sierpnia 2019 roku, sygn. I FSK 1072/17, CBOSA; z dnia 22 czerwca 2021 roku, sygn. I FSK 813/20, CBOSA.

⁹ Wyrok NSA z dnia 26 czerwca 2018 roku, sygn. I FSK 219/18, CBOSA.

¹⁰ Ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 506 ze zm.); dalej: u.s.g.

jednak „techniczną” obsługę wybranych obowiązków podmiotowi zewnętrznemu (zarządcy). Wątpliwości orzecznicze pojawiły się w sytuacjach, w których działający w imieniu gminy zarządca był zobowiązany do wykonywania nieodpłatnie czynności cmentarnych. W szczególności taki przypadek ma miejsce, gdy działający w imieniu gminy zarządca dokona pochówku społecznego, za który nie otrzyma wynagrodzenia. Takie sytuacje wynikają z przepisów prawa, to jest z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹¹ oraz ustawy o pomocy społecznej¹². Usługi te nie podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT.

W tego typu przypadkach, to jest gdy świadczonym odpłatnie usługom cmentarnym towarzyszyły nieodpłatne usługi sprawienia pogrzebu, organy podatkowe kwestionowały zastosowanie przyjmowanego przez gminę klucza odliczenia wyliczonego według udziału liczby osób pochowanych na cmentarzach w danym roku odpłatnie (czynności opodatkowane VAT) w całkowitej liczbie osób pochowanych na terenie cmentarzu w danym roku. Przyjmowały, że gmina nie może ustalić odrębnej proporcji w odniesieniu do pojedynczego składnika swojego majątku, to znaczy odrębnie dla wydatków związanych z funkcjonowaniem cmentarza.

Sporne na tym tle kwestie zostały, jak się wydaje, rozstrzygnięte wyrokami Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 26 stycznia 2021, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 26 maja 2021 oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 kwietnia 2021 roku¹³. W pierwszych dwóch wyrokach, nie zgadzając się ze stanowiskiem organu interpretacyjnego, że obliczenie prewspółczynnika powinno zostać oparte na kryterium obrotu, przyjęto, że możliwe jest określenie zakresu wykorzystania cmentarza oraz związanych z nim nabyć do działalności gospodarczej poprzez określenie udziału liczby osób pochowanych odpłatnie w danym roku do całkowitej liczby osób pochowanych w danym roku. W ich uzasadnieniu zwrócono uwagę, że możliwość stosowania różnych prewspółczynnika dla każdego sektora działalności przewiduje art. 173 ust. 2 dyrektywy 2006/112/WE. Wynika z niego, że w odniesieniu do towarów i usług wykorzystywanych przez podatnika zarówno do dokonywania transakcji dających prawo do odliczenia, jak i transakcji niedających prawa do odliczenia odliczenie ma dotyczyć tylko takiej części VAT, która proporcjonalnie przypada na kwotę tych pierwszych transakcji.

Stanowisko zajęte w przywołanych wyrokach było co do zasady zgodne z oceną podobnego stanu faktycznego wyrażoną w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 kwietnia 2021 roku. Wyjaśniono w nim, że w sytuacji gdy

¹¹ Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 roku o cmentarzu i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2126 ze zm.).

¹² Ustawa z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej (Dz.U. z 2017 r. poz. 1769 ze zm.).

¹³ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 26 stycznia 2021 roku, sygn. I SA/Gd 992/20, CBOSA; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 26 maja 2021 roku, sygn. I SA/Sz 316/21, CBOSA; wyrok NSA z dnia 30 kwietnia 2021 roku, sygn. 1276/18, CBOSA.

miasto (gmina) nie ma możliwości przyporządkowania w całości do działalności gospodarczej podatku naliczonego przy zakupie towarów i usług związanych z bieżącymi oraz inwestycyjnymi wydatkami na cmentarz, powinno dokonać wyliczenia kwoty podatku naliczonego przypisanego do działalności gospodarczej zgodnie z art. 86 ust. 2a ustawy o VAT.

Janusowe oblicze podatku VAT na przykładzie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 13 czerwca 2018 roku w sprawie C-665/16, *Minister Finansów przeciwko Gminie Wrocław*

Dylematy orzecnicze związane z opodatkowaniem podatkiem VAT działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego doskonale obrazuje opinia Michała Bobeka — Rzecznika Generalnego TSUE, przedstawiona w sprawie C-665/16, *Minister Finansów przeciwko Gminie Wrocław*¹⁴. W plastycznym wprowadzeniu do opinii, nawiązując do trudności z przypisaniem zakresu kompetencji Janusowi, bogowi znanemu w mitologii rzymskiej, rzecznik zauważył, że w przeciwieństwie do Janusa — boga z jedną głową i o dwóch twarzach — źródło sporów związanych z opodatkowaniem podatkiem VAT gminy Wrocław wiązało się z tym, że sprawa dotyczyła jednej twarzy, ale na dwóch głowach. Problem, który był przedmiotem opinii i który został rozstrzygnięty wyrokiem TSUE z 13 czerwca 2018 roku¹⁵, wiązał się z sytuacją, w której ten sam organ — prezydent Wrocławia — odgrywał dwie różne role.

W sprawie tej, w następstwie decyzji wojewody dolnośląskiego, prawo własności nieruchomości należących uprzednio do gminy Wrocław przeniesiono na Skarb Państwa w celu budowy drogi krajowej. Jednocześnie odrębną decyzją wojewoda dolnośląski ustalił wysokość odszkodowania przysługującego gminie i zobowiązał prezydenta Wrocławia do wypłaty gminie tej kwoty. W praktyce oznaczało to, że prezydent Wrocławia jako reprezentant Skarbu Państwa był zobowiązany do wypłaty odszkodowania gminie Wrocław, którą sam reprezentował.

W przywołanym już wyroku z 13 czerwca 2018 roku TSUE wyjaśnił, że w świetle art. 2 ust. 1 lit. a oraz art. 14 ust. 2 lit. a dyrektywy 2006/112/WE transakcję podlegającą opodatkowaniu podatkiem VAT stanowi przeniesienie własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa, dokonane z mocy prawa i w zamian za zapłatę odszkodowania w sytuacji, w której ta sama osoba reprezentuje organ

¹⁴ Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-665/16, ECLI:EU:C:2018:112.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 13 czerwca 2018 roku w sprawie C-665/16, ECLI:EU:C:2018:431.

wywłaszczający oraz wywłaszczaną gminę i w której ta ostatnia nadal w praktyce zarządza daną nieruchomością, nawet jeżeli wypłata odszkodowania została dokonana tylko jako wewnętrzne przeksięgowanie w budżecie gminy. Oznacza to, że gmina Wrocław, mając dwa oblicza, była zobowiązana — będąc podatnikiem VAT — do opodatkowania wywłaszczenia nieruchomości jako czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem VAT, przy czym prezydent Wrocławia — jako reprezentant Skarbu Państwa — był zobowiązany do wypłaty reprezentowanej przez siebie gminie odszkodowania powiększonego o podatek należny z tytułu wykonania analizowanej „dostawy”.

Zakończenie

Przedstawione w artykule wybrane dylematy orzecznicze związane z opodatkowaniem podatkiem VAT działalności prowadzonej przez podmioty prawa publicznego to tylko część problemów, które udało się już rozwiązać. Nie ma jednak jednolitego wzorca, który pozwałaby na jednoznaczną kwalifikację zadań wykonywanych przez podmioty prawa publicznego jako działalność podlegającą lub nie systemowi podatku VAT. W tym krótkim podsumowaniu trzeba odnotować, że wiele kwestii, z uwagi na złożoność problematyki, wciąż oczekuje na rozwiązanie. Jeżeli zatem samo wybiórcze przedstawienie tych problemów będzie miało znaczenie poznawcze, to związany z przygotowaniem artykułu wysiłek może okazać się opłacalny. Proszę zatem prof. Tadeusza Kocowskiego, wybitnego znawcę publicznego prawa gospodarczego oraz prawa administracyjnego, autora licznych publikacji naukowych, o życzliwe przyjęcie zaprezentowanych w artykule rozważań.

Bibliografia

- Bieńkowska A., *VAT w samorządach*, Warszawa 2017.
Mastalski R., *Prawo podatkowe*, Warszawa 2009
Michalik T., *VAT. Komentarz*, Warszawa 2021.
Mudrecki A., *Rozdział IV. Gmina jako podatnik podatku od towarów i usług w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Finansowanie zadań publicznych służących zaspokojeniu potrzeb wspólnot samorządowych*, red. A. Zalcewicz, Warszawa 2016.
Pęczak-Czerwińska J., *Prewspółczynnik odliczenia VAT naliczonego*, Warszawa 2016.
VAT w gminach, red. T. Bełdyga, Warszawa 2014.
VAT w jednostkach samorządu terytorialnego. Centralizacja wraz z pierwszą korektą prewspółczynnika, red. E. Sokołowska-Struk, Warszawa 2016.
Zubrzycki J., *Leksykon VAT 2019*, t. 1, Wrocław 2019.

Case Law Dilemmas Related to Taxation with Tax on Goods and Services for Activities Carried Out by Public Law Entities

Summary

Proper determination of the principles of VAT taxation of tasks performed by public law entities due to the principles of VAT neutrality and proportionality is fundamental for the correct determination of which services and to what extent are subject to VAT, and also when a public law entity acts as a taxpayer of this tax. The scope of activities performed by public law entities and tasks delegated by statute, which are at the interface between public law and private law, as well as the acquisition of goods and services that can be used both for the purposes of taxable economic activity and for purposes other than economic activity, are the reason why an attempt to qualify tasks performed by bodies of public law, undertaken by administrative courts and the Court of Justice of the European Union, due to the existing interpretation dilemmas, requires each time an in-depth analysis of the scope of services provided or goods purchased.

Keywords: public law entity, VAT taxpayer, VAT, economic activity, pre-coefficient.

PIOTR PRZYBYSZ

ORCID: 0000-0003-1273-424X

Uniwersytet Warszawski

p.przybysz@uw.edu.pl

Zaufanie a administracja publiczna. Aspekty prawno-administracyjne

Abstrakt: Wzrost zaufania w relacjach społecznych ma istotne znaczenie w społeczeństwach o wysoko rozwiniętej gospodarce, ponieważ jest przesłanką dalszego rozwoju. Rolą administracji publicznej jest więc stymulowanie wzrostu zaufania w społeczeństwie. Strategie rozwoju formalizowane w aktach prawnych i realizowane przez administrację publiczną wskazują zatem zaufanie społeczne jako jeden z czynników wymagających wzmocnienia.

Zaufanie jest potrzebne również administracji publicznej do efektywnego wykonywania jej zadań zarówno w skali makro, jak i w relacjach z poszczególnymi jednostkami. Nakaz działania w sposób zwiększający zaufanie do władzy publicznej jest wprost wyartykułowany w przepisach postępowania administracyjnego. W sferze spraw wykraczających poza te załatwiane w ramach postępowania administracyjnego nakaz ten można wywieść z zasad prakseologii oraz zasad etyki.

Słowa kluczowe: zaufanie, kapitał społeczny, administracja publiczna.

1.

Istnieje wiele definicji zaufania, co nie powinno dziwić, ponieważ termin ten jest używany do oznaczenia różnych bytów. Przez zaufanie rozumie się w związku z tym: cechę osobowości, wartość, swego rodzaju kalkulację dotyczącą uczciwości innych osób, zwłaszcza w sytuacjach niepewności, poleganie na innych oraz przejaw kapitału społecznego¹.

Najbardziej przydatne na potrzeby badań nad administracją publiczną i prawem administracyjnym wydaje się rozumienie zaufania jako przejawu kapitału

¹ I. Zychowicz, E. Halista-Telus, *Poczucie bezpieczeństwa i zaufania społecznego w obliczu pandemii*, „Bezpieczeństwo, Teoria i Praktyka” 2021, nr 2, s. 92.

społecznego. Jest on definiowany jako potencjał współdziałania osadzony w powiązaniach międzyludzkich i normach społecznych, który może przynieść korzyści osobom, grupom i społeczeństwom². Według Roberta Putnama, jednego z teoretyków mających największy wpływ na kształtowanie koncepcji kapitału społecznego, na kapitał społeczny składają się trzy główne elementy: 1. zaufanie — ułatwiające międzyludzką współpracę i wspomagające koordynację działań; 2. normy wzajemności — „dawać i brać”; oraz 3. sieci obywatelskiego zaangażowania — rodzące społeczne zaufanie i wspomnianą normę wzajemności³.

Nie wnikając głębiej w pojęcie kapitału społecznego⁴, należy stwierdzić, że jego powiększaniu sprzyja istnienie społeczeństwa obywatelskiego oraz że jest on postrzegany jako istotny czynnik przyspieszający rozwój gospodarczy. Z kolei niski poziom kapitału społecznego przyczynia się do pogorszenia warunków działania przedsiębiorców, przejawiającego się między innymi zwiększeniem kosztów transakcji, zwiększeniem ryzyka prowadzonej działalności (ryzyko oszustw, fałszerstw, zatajania informacji), wzrostem korupcji czy zwiększonymi kosztami potwierdzania zaufania (koszty kontroli, audytów, ratingów). Prorozwojowy charakter kapitału społecznego sprawia, że współcześnie staje się on przedmiotem regulacji prawnych wprowadzających strategie rozwoju społeczno-ekonomicznego. Rozwój ma następować poprzez wykorzystywanie tak zwanych miękkich elementów oddziaływania, to jest budowania relacji i wzrostu zaufania. Taki mechanizm rozwoju jest jednak efektywny w państwach, w których osiągnięto próg zamożności, powyżej którego dalsze inwestowanie w kapitał ludzki przestanie wystarczać do podtrzymania rozwoju.

2.

Poziom kapitału społecznego w Polsce jest niski w porównaniu z innymi państwami. Jak wynika z *Diagnozy Społecznej 2015*, wskaźnik zaufania społecznego w latach 1992–2015 wahał się w przedziale 8,4–15,1%, co oznacza, że pozosta-

² A. Klimczuk, *Kapitał społeczny Polaków a rozwój społeczno-ekonomiczny*, Warszawa 2009, s. 2.

³ *Kapitał społeczny*, [hasło w:] *Encyklopedia zarządzania*, https://mfiles.pl/pl/index.php/Kapitał_społeczny (dostęp: 1.01.2022).

⁴ Szerzej na temat kapitału społecznego zob. np. P. Sztompka, *Kapitał społeczny — teoria przestrzeni międzyludzkiej*, Kraków 2016; P. Szkudlarek, *Zaufanie jako komponent kapitału społecznego*, Wrocław 2015; M. Zakrzewska, *Uwarunkowania rozwoju kapitału społecznego w Polsce*, „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Szczecińskiego” 2013, nr 2 (32), s. 80 n.

wał w Polsce na poziomie dwu-, trzykrotnie niższym od średniej Unii Europejskiej, wynoszącej 38,1%⁵.

Negatywne skutki niskiego poziomu kapitału społecznego są już widoczne w postaci utraty znacznych korzyści. W raporcie z kwietnia 2015 roku, przygotowanym na zlecenie Krajowego Rejestru Długów i Rzetelnej Firmy, oszacowano wartość transakcji, które nie zostały zawarte z obawy przed nieuczciwością kontrahentów, na 145–215 miliardów złotych (około 10% PKB). Niewdrażanie działań zwiększających zaufanie do firmy oszacowano jako skutkujące utratą możliwości zawarcia umów o wartości 66,3 miliarda złotych (około 3% PKB)⁶. Ocenia się tymczasem, że możliwości rozwoju Polski opierającego się na inwestowaniu w kapitał ludzki prawdopodobnie wyczerpią się około roku 2023⁷. Dalszy rozwój ekonomiczny będzie wymagać istotnego zwiększenia kapitału społecznego.

Władze publiczne podjęły działania na rzecz zwiększenia kapitału społecznego w Polsce. Rada Ministrów w 2013 roku przyjęła Strategię Rozwoju Kapitału Społecznego, która miała być realizowana do 2020 roku⁸. W dokumencie tym zdefiniowano kapitał społeczny jako wynikającą z zaufania oraz obowiązujących norm i wzorów postępowania zdolność obywateli do mobilizacji i łączenia zasobów, która sprzyja kreatywności oraz wzmacnia wolę współpracy i porozumienia w osiąganiu wspólnych celów. Celem Strategii stało się tworzenie, utrzymywanie i doskonalenie warunków rozwoju kapitału społecznego w Polsce przez wspieranie działań na rzecz aktywności i kreatywności obywateli oraz ich współpracy dla dobra wspólnego. Strategia zarówno przedstawiała diagnozę, wyzwania i trendy rozwojowe dla kapitału społecznego, jak i określała cele, priorytety i kierunki działań oraz przewidywała system realizacji strategii, w tym wyznaczała ramy finansowe i określała system wskaźników realizacji strategii. Koordynowanie i nadzorowanie realizacji Strategii zostało powierzone ministrowi właściwemu do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego.

Strategia Rozwoju Kapitału Społecznego 2020 została w 2020 roku zastąpiona przez Strategię Rozwoju Kapitału Społecznego (współdziałanie, kultu-

⁵ *Diagnoza społeczna, raport*, red. J. Czapiński, T. Panek, 2015, s. 361, www.diagnoza.com (dostęp: 28.12.2021). Podobnie T. Sasińska-Klas, *Zaufanie społeczne w oczach polskiej opinii publicznej — oceniona wartość czy jej deficyt?*, [w:] *Zapisując świat. W dziennikarsko-literackim pejzażu form, tematów, gatunków: prace ofiarowane dr hab. Andrzejowi Kaliszewskiemu Profesorowi UJ*, red. E. Żyrek-Horodyska, Kraków 2021, s. 272.

⁶ *Kapitał społeczny i zaufanie w polskim biznesie 2015 r. Skrót raportu, kwiecień 2015 r.*, raport przygotowany przez zespół naukowców pod kierunkiem J. Fazlagicia, <https://krd.pl/getattachment/79fea362-e258-4b6d-9c3c-aa8d73bbb040> (dostęp: 1.01.2022).

⁷ *Diagnoza społeczna...*, s. 362.

⁸ Uchwała nr 61 Rady Ministrów z dnia 26 marca 2013 roku w sprawie przyjęcia „Strategii Rozwoju Kapitału Społecznego 2020” (M.P. z 2013 r. poz. 378).

ra, kreatywność) 2030⁹. Na nowo określono w niej obszary realizacji Strategii, wyodrębniając trzy obszary: 1. współdziałanie — społeczeństwo obywatelskie; 2. kultura — tożsamość i postawy obywatelskie; 3. kreatywność — potencjał kulturowy i kreatywny. Dostrzeżono jednocześnie braki wcześniejszej Strategii w dziedzinie określenia efektywnych instrumentów realizacyjnych. Planowane w ramach nowej Strategii działania są z jednej strony ukierunkowane na redukcję deficytów i wykorzystanie potencjałów w obszarach społeczeństwa obywatelskiego oraz uczestnictwa w kulturze, z drugiej zaś polegają na stymulowaniu rozwoju gospodarczo-kulturalnego przez wzrost efektywności funkcjonowania polskich branż kreatywnych. Dążono ponadto do ograniczenia opisu faktograficznego i poszerzenia elementów ocennych, diagnoz, propozycji naprawczych oraz rekomendacji.

Ocena Strategii Rozwoju Kapitału Społecznego z punktu widzenia nauki prawa administracyjnego jest o tyle utrudniona, że przedmiotem zainteresowania tej nauki jest sposób formalizacji norm społecznych. Nauka prawa administracyjnego nie ocenia zatem trafności ani koncepcji kapitału społecznego, ani instrumentów jej rozwoju, ale zajmuje się Strategią jako aktem normatywnym. Uznaje więc, że jest to dokument o charakterze programowym, który wyznacza ogólne ramy do dalszych działań o bardziej konkretnym charakterze. Jako akt prawa wewnętrznego Strategia ma charakter wiążący wyłącznie wobec podmiotów organizacyjnych podległych Radzie Ministrów i wyłącznie w tym zakresie można ją oceniać jako wyznaczającą działania administracji publicznej. Dla innych podmiotów jest ona jedynie manifestacją polityki publicznej, którą zamierza realizować Rada Ministrów. Odwoływanie się do pojęcia zaufania w tego rodzaju dokumencie jest zatem prawnie znaczące, nawet jeżeli problematyka zaufania nie jest eksponowana jako pierwszoplanowa.

3.

Poziom zaufania do poszczególnych instytucji publicznych w Polsce jest zróżnicowany. Z opublikowanych przez OECD badań poziomu zaufania do rządu w 2020 roku¹⁰ wynika, że jedynie 27,3% badanych Polaków ufa rządowi. Sytuuje to Polskę na 37 miejscu wśród 38 badanych państw. Warto przy tym odnotować spadek poziomu zaufania do rządu w Polsce w 2020 roku z poziomu 42,8–50,2% w latach 2017–2019. Najwyższe zaufanie do władz swego państwa w bada-

⁹ Uchwała nr 155 Rady Ministrów z dnia 27 października 2020 roku w sprawie przyjęcia „Strategii Rozwoju Kapitału Społecznego (współdziałanie, kultura, kreatywność) 2030” (M.P. poz. 1060).

¹⁰ OECD, *Trust in Government (Indicator)*, 2021, doi: 10.1787/1de9675e-en (dostęp: 28.12.2021).

nym roku mieli natomiast Szwajcarzy (84,6%), Norwedzy (82,9%) oraz Finowie (80,9%). O ile poziom zaufania Szwajcarów do rządu w okresie ostatnich pięciu lat jest stosunkowo stabilny (waha się w przedziale 79,9–85,0%), to poziom zaufania Norwegów i Finów do swoich rządów znacząco wzrósł w 2020 roku w porównaniu z rokiem 2019 — odpowiednio z 59,8% oraz z 63,9%.

Narzucającym się wyjaśnieniem istotnego spadku zaufania Polaków do rządu w 2020 roku wydaje się pandemia COVID-19, a właściwie wiążące się z nią takie zjawiska, jak złe zarządzanie ochroną zdrowia czy nieprzejrzystość wprowadzonych procedur. Wskazane niedostatki skłaniają do postrzegania jakości usług publicznych w tym zakresie jako niskiej, co przekłada się na zmniejszenie zaufania do rządu jako odpowiedzialnego za funkcjonowanie ochrony zdrowia¹¹.

Analiza aspektów prawnoadministracyjnych działań podejmowanych przez rząd w ramach walki z pandemią skłania przede wszystkim do stwierdzenia, że nie zadbano o należytą podstawę prawną podejmowanych działań. W sytuacjach nadzwyczajnych bardziej właściwe wydaje się wykorzystanie już obowiązujących przepisów, a tworzenie nowych wyłącznie w takim zakresie, jaki jest konieczny. W okresie pandemii COVID-19 w szerokim zakresie tworzono natomiast nowe, szczególne regulacje prawne, które z racji pośpiechu przy ich opracowywaniu były obciążone wieloma niedoskonałościami, jak na przykład nieproporcjonalność sankcji czy nieracjonalność zakazów. Przekonanie o konieczności jak najszybszego wejścia w życie nowych regulacji skutkowało rezygnacją z szerszych konsultacji, które mogłyby ujawnić niedoskonałości projektowanych przepisów. Powstawało „złe” prawo, którego stosowanie również nie przebiegało często we właściwy sposób. Funkcjonariusze nakładający sankcje na osoby nieprzestrzegające ograniczeń niejednokrotnie nie byli w stanie wytłumaczyć w zrozumiałym sposobie istnienia podstaw prawnych swoich czynności. Skłaniało to osoby karane do poszukiwania ochrony prawnej na drodze sądowej. Niewykazanie należytej dbałości o właściwą podstawę prawną nowych przepisów owocowało skutecznym kwestionowaniem przed sądami restrykcji nakładanych na obywateli oraz przedsiębiorców. W rezultacie pojawiło się przekonanie, że obiektywnie rzecz biorąc, restrykcje nie służą ograniczeniu pandemii. Zmienność regulacji prawnej również przyczyniła się do zwiększenia nieufności społeczeństwa do dalszych działań władz publicznych w tej dziedzinie. Tak więc władze publiczne w okresie niepewności spowodowanej pandemią wprowadziły dodatkowy czynnik potęgujący niepewność i zaburzający poczucie bezpieczeństwa.

Traktowanie prawa jako narzędzia reagowania na bieżące zdarzenia nie jest samo w sobie naganne. Nie można bowiem odmówić władzy publicznej możliwości reagowania poprzez tworzenie prawa na różnorakie zagrożenia dla bezpieczeństwa, zdrowia lub życia obywateli. Szybka reakcja prawodawcy jest wówczas

¹¹ P. Marczewski, *Epidemia nieufności. Zaufanie społeczne w czasie kryzysu zdrowotnego*, <https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2020/08/Epidemia-nieufnosci.pdf> (dostęp: 28.12.2021).

oceniana pozytywnie i powinna zwiększyć społeczne zaufanie do władzy. Tworzenie prawa w sposób nieudolny w tego rodzaju sytuacjach nieuchronnie prowadzi jednak do spadku zaufania do władz publicznych. Wymóg dążenia do zwiększenia zaufania do władzy publicznej nie ma waloru prawnego w tego rodzaju sytuacjach. Można go natomiast wywodzić z zasad prakseologii.

4.

Budzenie zaufania obywateli do władzy publicznej jest uznawane za oczywistą cechę demokratycznego państwa prawnego¹². Zarówno kodeks postępowania administracyjnego, jak i Ordynacja podatkowa statuuje odpowiednio w art. 8 § 1 i art. 121 § 1 zasadę ogólną prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej/organów podatkowych. Nakaz działania poza ramami postępowania administracyjnego w sposób uczciwy, przyzwoity, wiarygodny, zgodny z oczekiwaniami i wskazujący na dobre zamiary może być tymczasem wywodzony z zasad etyki urzędniczej.

Formalizacja postulatu budzenia zaufania przez administrację publiczną spowodowała konieczność nadania zaufaniu obiektywnego charakteru. Gdyby realizacja zasady budzenia zaufania miała być oceniana na podstawie subiektywnych ocen strony postępowania, to strona niezadowolona z rozstrzygnięcia zawsze mogłaby zarzucić, że postępowanie nie było prowadzone w sposób budzący jej zaufanie do władzy publicznej. Określenie „budzący zaufanie” odnosi się zatem nie tyle do odczuć i ocen strony postępowania, ile do sposobu procedowania przez organ administracji oraz do zasadności i prawidłowości rozstrzygnięcia.

W orzecznictwie sądów administracyjnych można odnaleźć wskazania, jakich zachowań należy unikać, a jakie preferować, aby postępowanie mogło zostać uznane za odpowiadające wymogom zasady budzenia zaufania. Nawet pobieżna lektura tez orzeczeń sądów administracyjnych skłania do stwierdzenia, że budzenie zaufania jest rezultatem przestrzegania przepisów postępowania, zwłaszcza zasady praworządności¹³. Nie każde naruszenie prawa oznacza jednak prowadzenie postępowania w sposób podważający zaufanie jego uczestników do władzy publicznej¹⁴. Musi pojawić się jakaś okoliczność powodująca, że naruszenie prawa nie może być akceptowane ze względu na szeroko rozumianą wiarygodność i autorytet organu administracji. Dla przykładu organy centralne powinny prowa-

¹² Zob. zwł. orzeczenie TK z dnia 30 listopada 1988 roku, sygn. K. 1/88, OTK 1988, poz. 6.

¹³ Zob. np. wyrok NSA z dnia 28 listopada 2018 roku, sygn. II OSK 318/18, LEX nr 2625304; wyrok NSA z dnia 9 kwietnia 2021 roku, sygn. II GSK 740/18, LEX nr 3162620; wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2018 roku, sygn. I GSK 742/18, LEX nr 2514229.

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 16 listopada 2017 roku, sygn. II OSK 474/16, LEX nr 2450682.

dzić postępowanie w sposób bardziej staranny od organów terenowych i popełniane przez nie naruszenia przepisów prawa mają destrukcyjny wpływ na poziom zaufania do władzy publicznej¹⁵. Podobnie oceniane jest wykorzystywanie przepisów prawa przez organ prowadzący postępowanie w sposób niezgodny z ich rolą zamierzoną przez ustawodawcę¹⁶.

Przewidywalność, jedna z przesłanek zaufania, również jest umocowana w przepisach postępowania. W odniesieniu do organów administracji przewidywalność oznacza konieczność podejmowania analogicznych rozstrzygnięć w odniesieniu do stanów faktycznych i prawnych nieróżniących się od siebie w istotny sposób. Organ powinien zatem prezentować stabilne stanowisko w sprawie jednostki, może zaś zmienić swoją ocenę pod warunkiem odpowiedniego jej uzasadnienia¹⁷. Organ administracji jest też związany utrwaloną praktyką załatwiania spraw. Przez utrwaloną praktykę należy rozumieć zgodne z prawem, akceptowane przez sądy, stabilne, jednolite, ustandaryzowane i wieloletnie oraz znane publicznie postępowanie organów administracji publicznej przy rozstrzyganiu spraw tego samego rodzaju w takich samych stanach faktycznych i prawnych¹⁸. Wprawdzie organ może odstąpić od utrwalonej praktyki, ale musi uzasadnić takie odstępstwo wynikające z odmienności stanu faktycznego lub prawnego sprawy¹⁹.

Można również wskazać zachowania, które oznaczają naruszenie zasady zaufania, jakkolwiek nie naruszają innych przepisów prawa. Dla przykładu pracownicy organu, dokonując czynności w toku postępowania, powinni powstrzymać się od formułowania opinii dezawuujących inne organy władz publicznych. Organ administracji nie może uzasadniać nieracjonalności swoich działań treścią przepisów prawa, podważając w ten sposób zaufanie obywateli do władzy ustawodawczej. Jeżeli interpretacja przepisów prawa prowadzi do rezultatów niemożliwych do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawa, to obowiązkiem organu jest poszukiwanie takiego sposobu interpretacji przepisów, który doprowadzi do rezultatów możliwych do przyjęcia²⁰.

¹⁵ Zob. wyrok NSA z dnia 14 listopada 2017 roku, sygn. II OSK 140/17, LEX nr 2409569, dotyczący naruszenia zasady szybkości postępowania.

¹⁶ Zob. wyrok NSA z dnia 17 października 2019 roku, sygn. I GSK 1406/18, LEX nr 2744614, uznający przerzucanie na stronę błędów lub uchybień popełnionych przez organ prowadzący postępowanie za stanowiące naruszenie zasady zaufania.

¹⁷ Zob. np. wyrok NSA z dnia 20 maja 2021 roku, sygn. II OSK 2429/18, LEX nr 3192404.

¹⁸ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 19 grudnia 2018 roku, sygn. IV SA/Gl 609/18, LEX nr 2603931.

¹⁹ Wyrok NSA z dnia 16 października 2020 roku, sygn. II OSK 2301/19, LEX nr 3180008.

²⁰ P.M. Przybysz, [w:] *idem*, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2021, LEX/el., art. 8.

Bibliografia

- Diagnoza społeczna, raport*, red. J. Czapiński, T. Panek, 2015, www.diagnoza.com.
- Kapitał społeczny*, [hasło w:] *Encyklopedia zarządzania*, https://mfiles.pl/pl/index.php/Kapitał_społeczny.
- Kapitał społeczny i zaufanie w polskim biznesie 2015 r. Skróty raportu, kwiecień 2015 r.*, raport przygotowany pod kierunkiem J. Fazlagicia, <https://krd.pl/getattachment/79fea362-e258-4b-6d-9c3c-aa8d73bbb040>.
- Klimczuk A., *Kapitał społeczny Polaków a rozwój społeczno-ekonomiczny*, Warszawa 2009.
- Marczewski P., *Epidemia nieufności. Zaufanie społeczne w czasie kryzysu zdrowotnego*, <https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2020/08/Epidemia-nieufnosci.pdf>.
- OECD, *Trust in Government (Indicator)*, 2021, doi: 10.1787/1de9675e-en.
- Przybysz P.M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2021, LEX/el.
- Sasińska-Klas T., *Zaufanie społeczne w oczach polskiej opinii publicznej — oceniona wartość czy jej deficyt?*, [w:] *Zapisując świat. W dziennikarsko-literackim pejzażu form, tematów, gatunków: prace ofiarowane dr hab. Andrzejowi Kaliszewskiemu Profesorowi UJ*, red. E. Żyrek-Horodyska, Kraków 2021.
- Szkudlarek P., *Zaufanie jako komponent kapitału społecznego*, Wrocław 2015.
- Sztopka P., *Kapitał społeczny — teoria przestrzeni międzyludzkiej*, Kraków 2016.
- Zakrzewska M., *Uwarunkowania rozwoju kapitału społecznego w Polsce*, „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Szczecińskiego” 2013, nr 2 (32).
- Zychowicz I., Halista-Telus E., *Poczucie bezpieczeństwa i zaufania społecznego w obliczu pandemii*, „Bezpieczeństwo, Teoria i Praktyka” 2021, nr 2.

Trust and Public Administration: Legal and Administrative Aspects

Summary

Increasing trust in social relations is essential in societies with a highly developed economy, as it is a prerequisite for further development. The role of public administration is therefore to stimulate the growth of trust in society. Development strategies formalized in legal acts and implemented by public administration indicate social trust as one of the factors requiring strengthening. Trust is also needed by public administration for the effective performance of its tasks, both on a macro scale and in relations with individual units. The order to act in a way that increases trust in public authority is directly articulated in the provisions of administrative proceedings. In the sphere of matters going beyond the issues dealt with within the administrative procedure, this order can be derived from the principles of praxeology and the principles of ethics.

Keywords: trust, social capital, public administration.

MICHAŁ RADUŁA

ORCID: 0000-0002-9527-966X

Uniwersytet Wrocławski
michal.radula@uwr.edu.pl

Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych a prawo do prywatności — konkurencja interesów na przykładzie znaków identyfikacyjnych pacjenta

Abstrakt: Najważniejszym prawem pacjenta jest prawo do świadczeń zdrowotnych. Ustanowione ustawą jego pozostałe prawa, w tym prawo do prywatności, mogą konkurować z prawem do świadczeń zdrowotnych. Aktualny kształt prawodawstwa nie gwarantuje prawidłowej realizacji prawa do ochrony zdrowia z uwagi na zbyt restrykcyjne uregulowanie prawa do prywatności. Zaopatrywanie pacjentów w zakodowane znaki identyfikacyjne powoduje równoległą realizację prawa do świadczeń zdrowotnych oraz prawa do prywatności.

Słowa kluczowe: prawa pacjenta, ochrona zdrowia, prawo do prywatności, znaki identyfikacyjne.

Pacjent jako beneficjent świadczeń z zakresu ochrony zdrowia jest adresatem norm prawnych stanowiących swoiste uprawnienia pacjenta. Esencjonalnym prawem pacjenta jest prawo do świadczeń zdrowotnych. Ponadto ma on zwłaszcza prawo do informacji o swoim stanie zdrowia, prawo do zachowania tajemnicy informacji z nim związanych, prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, prawo poszanowania intymności i godności pacjenta, prawo do dostępu do dokumentacji medycznej, prawo do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii lekarza, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a także do opieki duszpasterskiej.

Niniejszy artykuł podejmuje zagadnienie wpływu prawa do zachowania tajemnicy informacji związanych z pacjentem — w zakresie jego identyfikacji za pośrednictwem znaków identyfikacyjnych — na jego prawo do świadczeń zdro-

wotnych. Czy zakodowanie danych pacjenta w formie znaków identyfikacyjnych ma zatem istotny wpływ na udzielane mu świadczenia zdrowotne? Idzie wszak o relację między prawem do ochrony zdrowia a prawem do prywatności pacjenta. Należy bowiem zauważyć, że prawo do ochrony zdrowia i prawo do prywatności można rozumieć jako konkurujące z sobą interesy — poświęcenie sfery prywatnej (udzielenie przez pacjenta dotyczącej go poufnej informacji osobie wykonującej zawód medyczny) w celu uzyskania prawidłowego/pełniejszego świadczenia zdrowotnego. Natomiast w świetle regulacji prawnych odnoszących się do znaków identyfikacyjnych pacjenta wydaje się, że prawo do ochrony zdrowia i prawo do prywatności pacjenta realizowane są równolegle i w sposób wzajemnie się uzupełniający.

1. Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych

Źródłem prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych na poziomie konstytucyjnoprawnym jest art. 68 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹: „Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”. Prawo do ochrony zdrowia to publiczne prawo podmiotowe jednostki², które pozostaje w bezpośrednim związku z prawną ochroną życia (art. 39 Konstytucji RP) oraz ochroną godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Treścią prawa do ochrony zdrowia jest prawo jednostki (pacjenta) do dostępu do systemu opieki zdrowotnej zapewniającego efektywną ochronę zdrowia. Uprawnienie jednostki (pacjenta) jest sprzężone z obowiązkiem władz publicznych do utworzenia i gwarantowania funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej, ukierunkowanego na zapobieganie i zwalczanie chorób, urazów i niepełnosprawności. Regulacje konstytucyjnoprawne nie definiują jednak ostatecznego kształtu krajowego systemu ochrony zdrowia (również w kontekście jego finansowania, a także odpłatności za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej)³.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 roku, przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 roku, podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

² Szerzej zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 408–413.

³ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 września 2015 roku, sygn. K 14/14; art. 68 ust. 2–4 Konstytucji RP: „2. Obywatelom, niezależnie od sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa. 3. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku. 4. Władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska”.

Regulacją prawną rangi ustawowej, której treść determinuje prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych, jest art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴: „Pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej”. Idzie zatem o możliwość dostępu i korzystania z systemu ochrony zdrowia, za pośrednictwem którego udzielane są świadczenia zdrowotne zgodne ze standardami aktualnej wiedzy medycznej (pacjent jako beneficjent obiektywnie poprawnych świadczeń zdrowotnych)⁵. Pacjentem jest więc osobą zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą z takich świadczeń udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny⁶. Natomiast przez świadczenie zdrowotne należy rozumieć „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”⁷.

Uprawnienie pacjenta do dostępu do świadczeń zdrowotnych zgodnych z aktualnym stanem wiedzy medycznej stanowi gwarancję uzyskania świadczenia na odpowiednim poziomie, co równocześnie zmniejsza ryzyko wystąpienia negatywnych skutków zdrowotnych w związku z udzielanym świadczeniem. Prawo pacjenta w tym zakresie skorelowane jest z analogicznym obowiązkiem podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, przede wszystkim: „[l]ekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością”⁸, natomiast „[p]ielęgniarka i położna wykonują zawód, z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo, wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej oraz pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności”⁹.

⁴ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 849 ze zm.); dalej: u.pr.pacj.

⁵ L. Bosek, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 6.

⁶ Art. 3 ust. 1 pkt 4 u.pr.pacj.

⁷ Art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 711 ze zm.; dalej: u.d.l.) w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 6 u.pr.pacj.

⁸ Art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 790 ze zm.); dalej: u.lek.

⁹ Art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 roku o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 479 ze zm.); dalej: u.piel.

2. Prawo pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych

Przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta stanowią, że „Pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego”¹⁰. Analogicznie jak w wypadku prawa do świadczeń zdrowotnych również prawo do prywatności ma źródło w regulacjach konstytucyjnoprawnych: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym” i „Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby” (odpowiednio art. 49 i 51 Konstytucji RP). Jednostka jest zatem „właścicielem” informacji jej dotyczących — swobodnie nimi dysponuje i samodzielnie decyduje, czy zachowuje anonimowość, czy wiadomości z nią związane mogą zostać udostępnione osobom trzecim (prawo do prywatności realizowane jest w stosunku do państwa i w odniesieniu do innych jednostek)¹¹.

Pojęcie tajemnicy jest w systemie normatywnym utożsamiane z faktem poufnym. Idzie więc o informację, która jest znana określonym osobom, natomiast osoby spoza tego kręgu (uprawnionych do posiadania danej informacji) nie powinny mieć o niej wiedzy (informacja/wiadomość poufna). Poufność — oprócz ograniczonego kręgu osób będących dysponentami danej wiadomości — zakłada również obowiązek dyskrecji, czyli zakaz ujawniania informacji osobom niewtajemniczonym. W odniesieniu do omawianego uprawnienia pacjenta poufnymi informacjami będą wszelkie wiadomości dotyczące pacjenta (dane z nim związane), które zostały ujawnione podczas udzielania świadczenia zdrowotnego. Zakres przedmiotowy tajemnicy jest związany zarówno ze sferą prywatną pacjenta: informacje na temat życia osobistego, zawodowego i publicznego, jak i ze sferą tajemnicy zawodowej: wiadomości uzyskane w wyniku działania osób wykonujących zawód medyczny w ramach podjętych czynności zawodowych. Chodzi zatem o korelację prawa pacjenta do prywatności z obowiązkiem osoby wykonującej zawód medyczny do zachowania tajemnicy (zawodowej).

Zakres przedmiotowy prawa pacjenta do prywatności został wyznaczony przez prawodawcę poprzez kryterium formalne — dana informacja została uzyskana w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. Wiadomości (sfera prywatności pacjenta) obejmują więc wszelkie informacje związane z pacjentem (medyczne i pozamedyczne), o ile zostały one ujawnione (przez pacjenta,

¹⁰ Art. 13 u.pr.pacj.

¹¹ D. Karkowska, [w:] *Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz do art. 13.

osobę udzielającą świadczenia zdrowotnego, osobę trzecią) w związku z wykonywaniem zawodu medycznego (udzielaniem świadczenia zdrowotnego)¹². Zakres podmiotowy zobowiązanych do zachowania tajemnicy odnosi się do osób wykonujących zawód medyczny, a zatem do osób uprawnionych „na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz os[ób] legitymując[y]ch się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny”¹³.

Analogicznie jak w wypadku prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych również prawo pacjenta do prywatności znajduje odzwierciedlenie w obowiązkach zawodowych osób wykonujących zawód medyczny, zwłaszcza: „[l]ekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”¹⁴, a „[p]ielęgniarka i położna wykonują zlecenia lekarskie zapisane w dokumentacji medycznej”¹⁵.

Prawo pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych nie ma charakteru absolutnego. Przede wszystkim więc może zostać złamane, gdy zachowanie tajemnicy może być źródłem niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób, gdy pacjent wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, a także gdy przekazanie wiadomości o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innym osobom wykonującym zawód medyczny, uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń, zostało uznane za niezbędne¹⁶.

Doniosłe zarówno dla teorii, jak i dla praktyki stosowania przepisów dotyczących prawa pacjenta do prywatności są regulacje prawne związane z przetwarzaniem szczególnych kategorii danych osobowych. Dane dotyczące zdrowia to dane osobowe związane ze zdrowiem fizycznym lub psychicznym osoby fizycznej (wiadomości o stanie zdrowia pacjenta). W tym zakresie zawierają się również informacje o korzystaniu przez pacjenta z systemu opieki zdrowotnej¹⁷.

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.l. w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 3 u.pr.pacj.; szerzej o zakresie podmiotowym osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy pacjenta zob. R. Kubiak, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta...*, komentarz do art. 13.

¹⁴ Art. 40 ust. 1 u.lek.; szerzej, a także w kontekście wyjątków od obowiązywania tajemnicy lekarskiej zob. A. Dyszlewska-Tarnawska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015, s. 454–459.

¹⁵ Art. 15 ust. 1 u.piel.

¹⁶ Zob. ograniczenia prawa do zachowania prawa do prywatności pacjenta, a także warunki zastosowania omawianego wyłączenia lub ograniczenia — art. 14 u.pr.pacj.

¹⁷ Art. 4 pkt 15 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119 z 2016 r., s. 1; sprost. Dz.Urz. UE L 127 z 2018 r., s. 2); dalej: RODO. Zob. P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, [w:] *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2018, s. 239.

Dane osobowe szczególnych kategorii podlegają wzmożonej ochronie. Do tego katalogu oprócz danych dotyczących zdrowia należy zaliczyć między innymi dane ujawniające pochodzenie etniczne osoby, jej poglądy polityczne czy przekonania światopoglądowe. Zasadą jest zakaz przetwarzania¹⁸ danych osobowych tych kategorii¹⁹. Od tej zasady wprowadzono jednak wiele uzasadnionych wyjątków. W odniesieniu do problematyki niniejszego artykułu należy wskazać przede wszystkim, że zakaz ten jest uchylony, gdy przetwarzanie danych osobowych jest konieczne do celów profilaktyki zdrowotnej, zapewnienia opieki zdrowotnej, leczenia i zarządzania usługami systemu ochrony zdrowia²⁰. Przetwarzanie danych osobowych we wskazanym celu warunkowane jest przetwarzaniem ich

przez — lub na odpowiedzialność — pracownika podlegającego obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, lub przepisów ustanowionych przez właściwe organy krajowe lub przez inną osobę również podlegającą obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, lub przepisów ustanowionych przez właściwe organy krajowe²¹.

3. Zaopatrywanie pacjentów szpitala w znaki identyfikacyjne

Ochrona prawa pacjenta do prywatności została ustanowiona przez prawodawcę także w przepisach innych aktów normatywnych. Pacjenci szpitala²² są obligatoryjnie zaopatrywani w znaki identyfikacyjne, które zawierają dane dotyczące imienia i nazwiska oraz daty urodzenia pacjenta (w przypadku noworodka urodzonego w szpitalu znaki identyfikacyjne zawierają informacje w przedmiocie imienia i nazwiska matki, płci i daty urodzenia dziecka ze wskazaniem roku, miesiąca, dnia oraz godziny i minuty w systemie dwudziestoczegogodzinnym, a w przypadku noworodka urodzonego z ciąży mnogiej także cyfry wskazujące na kolejność rodzenia się). Co istotne dla omawianej materii, wskazane informacje są zapisane (zakodowane) w sposób, który ma uniemożliwić zidentyfikowanie określonego pacjenta przez osoby do tego nieuprawnione (uprawniony personel medyczny dekoduje dane za pomocą odpowiedniego urządzenia — skanera kodów). Minister właściwy do spraw zdrowia posiada kompetencje do określenia

¹⁸ Przetwarzanie danych osobowych oznacza podejmowanie czynności, wykonywanie operacji względem danych osobowych, takich jak na przykład ich zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, modyfikowanie i inne — zob. art. 4 pkt 2 RODO.

¹⁹ Art. 9 ust. 1 RODO.

²⁰ Art. 9 ust. 2 RODO; zob. M. Jagielski, [w:] K. Andres *et al.*, *Ochrona danych osobowych medycznych*, Warszawa 2018, s. 17–25.

²¹ Art. 9 ust. 3 RODO.

²² Szpital jest zakładem leczniczym, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju „świadczenia szpitalne” — zob. art. 2 ust. 1 pkt 9 u.d.l.

w drodze rozporządzenia szczegółowych regulacji prawnych w zakresie zaopatrywania pacjentów w znaki identyfikacyjne²³.

W ramach prac legislacyjnych Rady Ministrów procedowany jest projekt ustawy o jakości w opiece zdrowotnej i bezpieczeństwie pacjenta. Projektowana ustawa zmienia brzmienie przepisów stanowiących o znakach identyfikacyjnych pacjentów. Główna zmiana polega na rezygnacji z zakodowania danych osobowych pacjenta i zobowiązaniu do zaopatrywania pacjentów w znaki identyfikacyjne zawierające imię i nazwisko pacjenta, a także jego datę urodzenia (w sposób umożliwiający zapoznanie się z tymi danymi przez osoby trzecie). W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że w ramach aktualnie obowiązujących przepisów identyfikacja pacjenta często wymaga dłuższego czasu lub użycia odpowiednich urządzeń (skanera kodów), co może negatywnie wpłynąć na zdrowie pacjenta (niekorzystny wpływ na szybkość i sprawność udzielania świadczenia zdrowotnego). Uzasadnienie powołuje się także na zaistnienie błędów medycznych spowodowanych nieprawidłową identyfikacją pacjentów (na przykład podanie nieodpowiedniego leku), jednakże brakuje doprecyzowania co do przyczyn błędu. Zmiana brzmienia przepisów — według treści projektu — ma na celu poprawę bezpieczeństwa pacjentów²⁴.

Należy jednak podjąć polemikę z takim uzasadnieniem. Trzeba przede wszystkim wskazać, że automatyczna identyfikacja pacjenta ułatwia weryfikację jego tożsamości, a co ważniejsze — zwiększa jego bezpieczeństwo. Zakodowana informacja jest unikalna, co zmniejsza ryzyko wystąpienia błędu medycznego, na przykład gdy idzie o pacjentów na oddziale mających identyczne imię i nazwisko²⁵. Prowadzone w ramach nauk medycznych badania wykazują, że identyfikacja pacjenta za pośrednictwem zeskanowanego kodu (na czytniku pojawiają się informacje dotyczące pacjenta, w tym jego dane osobowe) jest efektywna i zmniejsza ryzyko zaistnienia błędu medycznego (w postaci błędnego zidentyfikowania pacjenta i na przykład przeprowadzenia nieodpowiedniego zabiegu medycznego)²⁶. Równocześnie należy jednak zwrócić uwagę, że opieranie się jedynie na identyfikacji pacjenta za pośrednictwem zakodowanej informacji może

²³ Art. 36 ust. 3, 5 i 6 u.d.l.; wyjątki od zaopatrywania pacjentów w znaki identyfikacyjne zostały ustanowione w art. 36 ust. 3a i 4 u.d.l. Zob. M. Dercz, [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, red. M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019, LEX/el., komentarz do art. 36.

²⁴ Art. 65 pkt 3 projektowanej ustawy o opiece zdrowotnej i bezpieczeństwie pacjenta; uzasadnienie projektowanej ustawy, s. 84, <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r214706,Projekt-ustawy-o-jakosci-w-opiece-zdrowotnej-i-bezpieczenstwie-pacjenta.html> (dostęp: 27.12.2021).

²⁵ J. Sielska *et al.*, *Realizacja obowiązku zaopatrywania pacjentów w znaki identyfikacyjne*, „Pielęgniarstwo Polskie” 2013, nr 3 (49), s. 218; podobnie I. Witczak, [w:] *Bezpieczeństwo pacjentów i personelu medycznego. Uwarunkowania ergonomiczne*, red. I. Witczak, Ł. Rypicz, Wrocław 2020, s. 42; zob. też M. Cohen, J. Smetzer, *Preventing Drug Administration Errors*, [w:] *Medication Errors*, red. M. Cohen, Washington D.C. 2006, s. 238.

²⁶ M. Eslahi, A. Kassani, M. Khammarnia, *The Efficacy of Patients Wristband Bar-Code on Prevention of Medical Errors*, „Applied Clinical Informatics” 6, 2015, nr 4, s. 716–727 — autorzy wskazują na obniżenie ryzyka wystąpienia błędu medycznego o 57%.

spowodować ryzyko dla bezpieczeństwa zdrowotnego pacjenta. W literaturze podnosi się kwestię — i w tym zakresie należy podzielić racje zawarte w uzasadnieniu przywołanego projektu ustawy — że wykorzystanie technologii (czytników kodów) może spowodować opóźnienie właściwej reakcji personelu medycznego (spowodowane awarią sprzętu lub brakiem dostatecznego doświadczenia osób posługujących się danym urządzeniem w jego obsłudze)²⁷.

Ze względu na podniesioną argumentację *de lege ferenda* należy postulować nowelizację przepisów ustawy o działalności leczniczej w omawianym zakresie w taki sposób, aby znak identyfikacyjny pacjenta zawierał imię, nazwisko oraz datę urodzenia zapisane w sposób umożliwiający odczytanie tych danych bez konieczności posługiwania się urządzeniem odczytującym dane (w sposób „czytelny”). Obok „czytelnych” danych znak identyfikacyjny także powinien być jednak zapisany w sposób zakodowany w celu dwukrotnej weryfikacji tożsamości pacjenta, a tym samym zwiększenia jego bezpieczeństwa.

Na wstępie zauważono, że prawo do ochrony zdrowia i prawo do prywatności można rozumieć jako konkurujące z sobą interesy. Jednakże w odniesieniu do omawianej kwestii prawo do prywatności pacjenta (zakodowanie jego danych za pomocą znaków identyfikacyjnych) uzupełnia i zwiększa jego prawo do ochrony zdrowia (prawo do świadczeń zdrowotnych).

Bibliografia

- Andres K., Bielak-Jomaa E., Jagielski M., Kawczyński P., Krasieńska M., Litwiński P., Sieradzka A., Wojsyk K., *Ochrona danych osobowych medycznych*, Warszawa 2018.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Bezpieczeństwo pacjentów i personelu medycznego. Uwarunkowania ergonomiczne*, red. I. Wiczak, Ł. Rypicz, Wrocław 2020.
- Eslahi M., Kassani A., Khamarnia M., *The Efficacy of Patients Wristband Bar-Code on Prevention of Medical Errors*, „Applied Clinical Informatics” 6, 2015, nr 4.
- Medication Errors*, red. M. Cohen, Washington D.C. 2006.
- Mocydlarz-Adamcewicz M., *Effective Communication between Hospital Staff and Patients in Compliance with Personal Data Protection Regulations*, „Reports of Practical Oncology and Radiotherapy” 2021, nr 6 (26).
- Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, Warszawa 2021.
- Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2018.
- Sielska J., Kwiatek-Markiewicz S., Dąbrowska E., Jakubek E., *Realizacja obowiązku zaopatrywania pacjentów w znaki identyfikacyjne*, „Pielęgniarstwo Polskie” 2013, nr 3 (49).
- Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, red. M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019.
- Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020.
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015.

²⁷ M. Mocylarz-Adamcewicz, *Effective Communication between Hospital Staff and Patients in Compliance with Personal Data Protection Regulations*, „Reports of Practical Oncology and Radiotherapy” 2021, nr 6 (26), s. 834.

Right to Healthcare and Right to Privacy: Competition of Interest Based on the Example of Patient Barcodes

Summary

The most important patient right is the right to healthcare. The other patient rights, including the right to privacy, could compete with the right to healthcare. In the current legislation there is no guarantee of the appropriate realization of the right to healthcare because of restricted regulations of the right to privacy. Wristbands with barcodes for patients allow for the parallel realization of the right to healthcare and the right to privacy.

Keywords: patients' rights, healthcare, right to privacy, barcode.

RENATA RASZEWSKA-SKAŁECKA

ORCID: 0000-0001-7467-5703

Uniwersytet Wrocławski

renata.raszewska-skalecka@uwr.edu.pl

Autonomiczny kontekst i wymiar szkoły wyższej w państwie — wybrane zagadnienia

Abstrakt: Właściwości konstrukcyjne szkoły wyższej pozwalają wskazać na wykorzystywanie atrybutów zarówno zakładowego administrowania (w ramach ich działalności podstawowej, a także stosunku zależności zakładowej), jak i korporacji prawa publicznego na poziomie ogólnouczelnianym (wspólnota uczelni, samorząd studencki, samorząd doktorantów) oraz autonomii.

Słowa kluczowe: szkoła wyższa, zakład administracyjny, decentralizacja, autonomia, korporacja.

Szkoły wyższe wykonują zadania publiczne, mające podstawę prawną w Konstytucji RP¹, poprzez wypełnianie podstawowych gwarancji realizacji prawa do nauki, do których należy zaliczyć zasadę autonomii szkół wyższych². Od strony prawnej działalność państwa w zakresie zapewnienia dostępu do wykształcenia przybiera formę zakładu administracyjnego, którego istotą jest przekazanie przez organy władzy państwowej części swego władztwa i mienia autonomicznym jednostkom organizacyjnym utworzonym w celu realizacji tego zadania publiczne-

¹ Zob. art. 70 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

² Zob. wyrok TK z dnia 18 grudnia 2008 roku, sygn. K19107, OTK-A 2008, nr 10, poz. 182; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 8 czerwca 2016 roku, sygn. II SAB/Bd 30/16, LEX Nr 2105428; L. Garlicki, *Komentarz do art. 70 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 9–12; wyrok TK z dnia 8 listopada 2000 roku, sygn. SK 18/99, OTK ZU 2000, Nr 7, poz. 258, s. 1266; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 94–95.

go³. Obowiązkiem władzy publicznej, co wynika z preambuły ustawy z dnia 20 lipca 2018 roku Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej: p.s.w.n.)⁴, jest tworzenie optymalnych warunków dla wolności badań naukowych i twórczości artystycznej, wolności nauczania oraz autonomii społeczności akademickiej, podstawowe zaś zadania uczelni wynikają z treści art. 11 p.s.w.n. Ustawa w art. 1 określa zasady funkcjonowania systemu szkolnictwa wyższego i nauki, przy czym określenie „funkcjonowanie” zostało użyte w znaczeniu obejmującym także organizację⁵. Ustawodawca w art. 2 p.s.w.n. posługuje się również zwrotem „misja”, której celem jest „prowadzenie najwyższej jakości kształcenia oraz działalności naukowej, kształtowanie postaw obywatelskich, a także uczestnictwo w rozwoju społecznym oraz tworzeniu gospodarki opartej na innowacjach”. W preambule wskazano też, że: „uczelnie oraz inne instytucje badawcze realizują misję o szczególnym znaczeniu dla państwa i narodu: wnoszą kluczowy wkład w innowacyjność gospodarki, przyczyniają się do rozwoju kultury, współkształtują standardy moralne obowiązujące w życiu publicznym”⁶. Co ważne, postanowienia tej ustawy mają zastosowanie do uczelni publicznych i niepublicznych (art. 13 p.s.w.n.).

Szkoła wyższa jest określana w nauce prawa jako zakład administracyjny (publiczny)⁷, podmiot administracji publicznej⁸ przyjmujący formę zakładu, któremu powierzono zadania administracji publicznej. Ta zaś musi działać na podstawie obowiązującego porządku prawnego, respektując przyznany jej zakres władztwa zakładowego i przysługujące użytkownikom prawa podmiotowe⁹. Pogląd ten został dość wyraźnie ugruntowany w orzecznictwie i doktrynie¹⁰.

³ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20 stycznia 2005 roku, sygn. II SAB/Gd 66/04, ONSA i WSA 2007, Nr 1, poz. 16.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 478.

⁵ H. Izdebski, J.M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.

⁶ W języku prawnym używa się terminów zamiennie, w związku z czym i tu pojawia się i „szkoła wyższa”, i „uczelnia”.

⁷ Zob. P. Lisowski, *Szkoła samorządowa jako zakład administracyjny*, niepublikowana praca doktorska, Wrocław 1997, s. 139; R. Raszewska-Skałeczka, *Statut i regulamin zakładu administracyjnego jako źródła prawa*, Wrocław 2007, s. 13–62; P. Chmielnicki, *Zakłady administracyjne w Polsce. Ustrój wewnętrzny*, Warszawa 2008, s. 42–70; Z. Czarnik, J. Połusznyski, *Zakład publiczny*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 440–458.

⁸ Zob. A. Bednarczyk-Płachta, *Status szkoły wyższej jako podmiotu administracji publicznej*, Warszawa 2016.

⁹ A. Bednarczyk, *Zależność zakładowa*, [w:] *Prawo administracyjne w mechanizmie prawa*, red. J. Filipek, Kraków 2012, s. 68.

¹⁰ Zob. E. Ochendowski, *Pojęcie i charakter prawny publicznej szkoły wyższej*, [w:] *Nowe prawo o szkolnictwie wyższym a podmiotowość studenta*, red. A. Szadok-Bratuń, Wrocław 2007, s. 33; P. Daniel, *Zakres sądowej kontroli decyzji podjętych w indywidualnych sprawach studentów i doktorantów*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 1, s. 75–96.

Analizując kwestie związane ze szkolnictwem wyższym, trzeba mieć na uwadze również zmiany ustroju społeczno-politycznego i te w regulacjach prawnych w zakresie szkół wyższych, a w ramach nich także zmianę określenia „zakład administracyjny” na „zakład publiczny”. Zdaniem Eugeniusza Ochendowskiego¹¹ zakład publiczny to

jednostka organizacyjna, niebędąca organem (urzędem) ani organem samorządu, która została powołana do wykonywania zadań publicznych i jest uprawniona do nawiązywania stosunków administracyjnych; jest ona wyposażona w zespół środków rzeczowych, realizuje zadania publiczne i korzysta z władztwa zakładowego, będącego częścią władztwa państwowego¹².

Autor postrzega zakłady publiczne jako podmioty o innym charakterze, przyjmując, że „szkoły wyższe są korporacjami prawa publicznego”¹³.

W niniejszym tekście używany jest termin „zakład administracyjny” (między innymi dlatego, że dzięki temu określenie „publiczny” można wykorzystywać jako wyznacznik pozwalający, co do zasady, odróżnić zakłady administracyjne publiczne od niepublicznych — a więc prowadzone przez publicznoprawne podmioty administracji publicznej od tych, w stosunku do których tę funkcję pełni innego rodzaju podmioty administracji publicznej)¹⁴.

Jan Boć zakład administracyjny określa jako „jednostkę organizacyjną powołaną do świadczenia usług niematerialnych na podstawie nawiązanego z użytkownikiem stosunku administracyjnoprawnego”¹⁵, podkreślając przy tym cechę usług (niematerialne), fakt regulacji ustawowej i administracyjny reżim świadczeń niezależnie od charakteru podmiotu realizującego to świadczenie. Zakład administracyjny widziany jest też w kontekście decentralistycznego modelu wykonywania zadań publicznych. Zakładowe administrowanie w nauce prawa administracyjnego kojarzone jest również z decentralizacją zakładową, to jest odnośnikiem decentralizacji do pewnej (pewnych) sfer aktywności zakładu¹⁶.

Z kolei według Piotra Lisowskiego zakład administracyjny jest

¹¹ E. Ochendowski, *Pojęcie...*, s. 33; *idem*, *Pozycja prawna studenta uniwersytetu — użytkownik zakładu publicznego czy członek korporacji publicznej*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003, s. 453–463.

¹² E. Ochendowski, *Pojęcie...*, s. 33.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Zob. J. Boć, *Zakłady administracyjne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007, s. 164; P. Lisowski, *Relacje strukturalne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wrocław 2013, s. 177 n.; L. Klat-Wertelecka, *Organy szkoły wyższej w postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Zarządzanie szkołą wyższą*, red. J. Blicharz, A. Chrisidu-Budnik, A. Sus, Wrocław 2014, s. 123–131; R. Raszewska-Skałecka, *Statut i regulamin zakładu...*; *eadem*, *Zakłady*, [w:] *Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym — refleksje wrocławskiej szkoły administratywistycznej*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020, s. 187–188.

¹⁵ J. Boć, *op. cit.*, s. 164.

¹⁶ R. Raszewska-Skałecka, *Szkoła publiczna jako zdecentralizowany podmiot administracji publicznej. Studium administracyjnoprawne*, Wrocław 2019, s. 176 n.

jednostką organizacyjną zorientowaną na świadczenie — w warunkach stosunku zależności zakładowej — usług niematerialnych z zakresu administracji publicznej, której związkiem macierzystym jest przeważnie podmiot administracji publicznej, wykazującą (prawnie sankcjonowaną) tendencję do zdecentralizowanego prowadzenia działalności podstawowej; wyeksponować należy wpływ specyfiki ustrojowej szkół wyższych (uczelni)¹⁷.

W terminie tym wskazuje się

na *stricte* administracyjne antecedencje zakładowego funkcjonowania. [...] sygnalizuje się już na płaszczyźnie terminologicznej ów docelowo administracyjny charakter zakładów. [...] konwencja terminologiczna nie gubi więc, lecz podkreśla związek między formą a treścią. [...] w aktualnym stanie normatywnym zwrot „publiczny” bywa czasami wykorzystywany do kategoryzowania zakładów. [...] Zaniechanie korzystania ze zwrotu „publiczny” na poziomie zakładu jako kategorii pojęciowej jest zatem prawnie wymuszoną koniecznością. Poza tym umożliwia wykorzystanie tego kwalifikatora na niższym — wewnątrzzakładowym — poziomie klasyfikacji¹⁸.

Istotę władztwa zakładowego stanowi tu

zakres upoważnień dla organów zakładu do jednostronnego kształtowania stosunków prawnych z użytkownikami zakładu, jak również z osobami, które znalazły się na terenie zakładu w innym charakterze. W zakładzie administracyjnym proces realizacji zadań publicznych przebiega w obrębie szeroko pojętej jego organizacji. Wynika to z faktu, że grupa społeczna złożona z użytkowników zakładu administracyjnego ma zawsze (w danym przedziale czasu) charakter mniej lub bardziej zamknięty¹⁹.

Jego użytkownicy korzystają z tych praw i wolności obywatelskich, które należą się wszystkim obywatelom, ale i przysługują im pewne szczególne prawa wynikające z autonomii przydanej instytucji edukacyjnej w kształtowaniu zakresu praw i obowiązków użytkowników — mające znaczenie w zależności zakład-użytkownik²⁰.

Jedną z najważniejszych cech organów administrujących jest nawiązanie między organami zakładu i jego użytkownikami stosunku administracyjnoprawnego, jak też stosunku władztwa zakładowego, którego odbiciem jest zależność zakładowa. Istotą zależności zakładowej jest niewątpliwie poddanie się użytkownika zakładu, na przykład studenta szkoły wyższej, szczególnemu reżimowi prawnemu, wiążącemu się z celem działania uczelni²¹. Dzięki temu student w relacjach z rektorem jako organem uczelni publicznej jest chroniony obowiązują-

¹⁷ P. Lisowski, *Szkola...*, s. 137–138 i 151; *idem*, *Prawo zakładowe* — in rebus angustis? (*wybrane problemy administracyjnoprawne*), „Przegląd Prawa i Administracji” 100, 2015, cz. 1, s. 208; *idem*, *Regulacje...*, s. 177.

¹⁸ P. Lisowski, *Regulacje...*, s. 179.

¹⁹ R. Raszevska-Skałeczka, *Wybrane źródła prawa zakładowego i rola władztwa zakładowego wobec użytkownika zakładu administracyjnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1, s. 530 n.

²⁰ P. Przybysz, *Sytuacja prawna jednostki w zakładzie oświatowym*, [w:] *Jednostka wobec działań administracji publicznej. Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Olszanica 21–23 maja 2001 r.*, red. E. Ura, Rzeszów 2001, s. 369.

²¹ Por. J. Homplewicz, *Tradycyjne a współczesne instytucje prawa szkolnego. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego*, Warszawa-Kraków 1985, s. 35 n.

cymi przepisami prawa. Dodać należy, że przepisy wewnątrzzakładowe powinny być zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi²². Wszelkie działania dziekana i rektora uczelni oraz innych organów uczelni muszą mieć podstawę prawną²³. W nauce prawa zaznacza się, że

oparcie relacji pomiędzy użytkownikami a organami zakładu na stosunku zależności zakładowej nie tylko wpływa na zakres sprawowania przez zakład władztwa administracyjnego, ale także na sposób udzielania świadczeń i ochrony praw podmiotowych użytkowników. Zakładom administracyjnym powierzane są zadania administracji publicznej, instytucje te muszą działać w oparciu o przepisy prawa, respektując przyznany im zakres władztwa zakładowego i przysługujące użytkownikom prawa podmiotowe²⁴.

Podlegając władztwu zakładowemu, student jest związany obowiązkami wynikającymi z aktów wewnątrzzakładowych, na przykład regulaminu studiów²⁵. Stosownie do art. 107 p.s.w.n. w ramach podstawowych obowiązków studenta leży postępowanie zgodnie z treścią ślubowania i przepisami obowiązującymi w uczelni. Naruszenie norm regulaminu studiów może skutkować skreśleniem z listy studentów. W art. 108 p.s.w.n. przewidziano w tej materii przesłanki obligatoryjne i fakultatywne skreślenia z listy studentów²⁶.

Przykładem aktów zewnętrznych wydawanych przez organy uczelni są decyzje w sprawie przyjęcia na studia, skreślenia z listy studentów czy nadania tytułu zawodowego licencjata lub magistra. Z kolei aktami wewnątrzzakładowymi są między innymi decyzja o niedopuszczeniu studenta do sesji egzaminacyjnej, decyzja w sprawie przedłużenia sesji egzaminacyjnej czy udzielenia studentowi urlopu.

Sytuację administracyjnoprawną użytkownika zakładu administracyjnego określają zarówno normy prawa zakładowego, jak i normy prawa administracyjnego materialnego, należące do układu prawa powszechnego²⁷. Zakres sądowej kontroli decyzji podjętych w indywidualnych sprawach studentów nie jest jednolity.

Podleganie kognicji sądu nie jest ograniczone jedynie do sfery stosunków, w jakich dane rozstrzygnięcie wywołuje skutki prawne, lecz wymaga określenia, czy dana decyzja jest podejmowana na podstawie przepisów ustawy. W ramach sądowej kontroli sąd jest uprawniony do badania legalności wewnątrzzakładowych aktów generalnych, na podstawie których wydawane są rozstrzygnięcia indywidualne, nie może natomiast kontrolować wewnątrzzakładowych aktów indywidualnych, stanowiących niekiedy podstawę wydawania decyzji. Nie jest więc on uprawniony do kontrolowania, w ramach wniesionych skarg, rozstrzygnięć podjętych na podstawie aktów wewnątrzzakła-

²² R. Raszewska-Skałecka, *Statut i regulamin...*

²³ L. Klat-Wertelecka, *op. cit.*, s. 129.

²⁴ A. Bednarczyk, *op. cit.*, s. 68.

²⁵ Zgodnie z art. 75 ust. 1 p.s.w.n.

²⁶ Zob. art. 108 ust. 1 i 2 p.s.w.n.

²⁷ M. Brzeski, D. Tykwińska-Rutkowska, *Zakład administracyjny*, [w:] *Leksykon prawa administracyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. E. Bojanowski, K. Żukowski, Warszawa 2009, s. 536–537.

dowych, które nie wywołują skutków na zewnątrz, a więc niemających bezpośrednio wpływu na stosunek administracyjnoprawny łączący studenta z uczelnią²⁸.

Należy dodać, że stosunki prawne między zakładem a użytkownikiem nie mają charakteru wyłącznie administracyjnoprawnego, a co za tym idzie — również czynności organów zakładu podejmowane w stosunku do użytkownika mogą mieć charakter cywilnoprawny lub administracyjnoprawny²⁹.

W literaturze wskazuje się, że szkoła wyższa może mieć charakter korporacji prawa publicznego³⁰. Pojawiają się tezy, że przy dużej samodzielności prawnej zakładów (tak zwane zakłady samoistne) mogą mieć one strukturę i istotę działania bardzo zbliżoną do korporacji i że wówczas przestają być w istocie zakładami administracyjnymi³¹. Proponuje się umieszczenie szkół wyższych wśród korporacji prawa publicznego, albowiem

szkoły wyższe ciągle wydają się wspólnotami osób nauczających, uczących się oraz pracowników pomocniczych. Tak zresztą są zbudowane statuty szkół wyższych i takie warunki zostały wprowadzone ustawą [...]. Powrót do korporacji publicznoprawnej w odniesieniu do uniwersytetów zauważalny jest w prawie niemieckim³².

Zakład publiczny od korporacji różni się jednak tym, że

nie jest on prowadzony przez członków, a może mieć tylko użytkowników; działa w interesie publicznym, a korporacja, nazywana „mikrodemokracją”, realizuje zwłaszcza własne interesy. Jeżeli więc w jakiejś kategorii zakładów administracyjnych zachodzi możliwość zarządzania nim przez użytkowników i istnieje wspólnota interesów użytkowników i pracowników tego zakładu, można już mówić o korporacji, a nie o zakładzie. [...] przykładem takiej sytuacji jest uniwersytet, w którym studenci mają czynne prawo wyborcze i inne uprawnienia oraz istnieje założenie wspólnoty nauczanych i nauczających (*universitas*), którzy powinni tworzyć rzeczywistą wspólnotę, czyli [...] mikrodemokrację³³.

To, czym jest organizacja — korporacją czy zakładem — zależy od tego, „czy podmiot tworzący działa w funkcji pierwotnego organu głównego (kreacyjnego), czy jedynie występuje w funkcji wtórnego reprezentatywnego”³⁴.

W nauce zauważa się, że szkoła wyższa jest zakładem administracyjnym (publicznym), że ma charakter mieszany; przeważają te z koncepcji, które uznają szkołę wyższą za zakład administracyjny³⁵. Nie brakuje też głosów, że „publiczna

²⁸ P. Daniel, *op. cit.*

²⁹ P. Przybysz, *op. cit.*, s. 368 n.

³⁰ E. Ochendowski, *Pozycja prawna studenta...*, s. 455, 457.

³¹ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 188–189.

³² S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2005, s. 73.

³³ J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 189.

³⁴ S. Fundowicz, *op. cit.*, s. 43.

³⁵ Z. Janku, *Publiczna szkoła wyższa — korporacja czy zakład administracyjny*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 234–242.

szkoła wyższa, nie będąc jeszcze korporacją, nie jest też już zakładem administracyjnym³⁶ oraz że zastosowanie mają obie wskazane formy organizacyjno-prawne.

Autonomia szkół wyższych jest przynależnym jej prawem instytucjonalnym, wartością konstytucyjną³⁷. Zasada ta odnosi się do szkół publicznych i niepublicznych, przy czym tym drugim

przysługuje niezależność od władz publicznych także z racji ich usytuowania poza *dominium* państwa czy samorządu lokalnego. Autonomia kojarzy się tu przede wszystkim z systemem państwowych szkół wyższych. Stanowi *differentia specifica* systemu szkolnictwa wyższego, bo nie odnosi się do szkół innych szczebli. Także zresztą w ramach szkół wyższych dopuszczalne wydaje się różnicowanie zakresu tej autonomii w zależności od rangi, wielkości i stabilizacji poszczególnych szkół³⁸.

Autonomia oznacza tu „daleko posuniętą samorządność tych szkół”³⁹ w zakresie: ustalania przez władze szkoły treści i form nauczania; określania tematyki i metod badań naukowych; opracowywania toku nauczania — regulaminów studiów; wybierania przez nauczycieli, studentów i pracowników niebędących nauczycielami władz stanowiących i wykonawczych szkoły; istnienia systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej pracowników i studentów przed organami własnej szkoły; prowadzenia przez szkołę działalności zarobkowej, której celem jest pokrywanie jej wydatków; powoływania przez szkoły wyższe, nauczycieli i studentów instytucji oraz organizacji reprezentujących ich interesy wobec władz publicznych; prawa studentów do tworzenia własnych stowarzyszeń i powoływania organów samorządowych; prawa tworzenia statutów tych szkół, przy czym szczegółowe upoważnienie do tworzenia statutów i innych aktów normatywnych przez organy szkół wyższych powinno wynikać z ustawy zwykłej⁴⁰.

Ustawa powinna zapewnić szkołom samodzielność statutową⁴¹ — jest to „konstytucyjnie chroniona sfera wolności prowadzenia badań naukowych i kształcenia w ramach obowiązującego porządku prawnego”⁴². Przyjmuje się, że

władzom szkół wyższym musi być pozostawiona sfera swobodnego decydowania o sprawach nauki i nauczania, z czym wiązać się też musi sfera swobodnego (samorządnego) decydowania o sprawach organizacji wewnętrznej i składu władz, toku nauczania, przyjmowania i promowania studentów, a także określania niektórych ich praw i obowiązków. [...] Stąd państwowe ustawodawstwo nie

³⁶ *Ibidem*, s. 242.

³⁷ K. Zaradkiewicz, *Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el., s. 1598–1599.

³⁸ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 11–12; por. M. Masternak-Kubiak, *Autonomia szkół wyższych na gruncie Konstytucji RP*, [w:] *Nowe prawo o szkolnictwie wyższym...*, s. 15.

³⁹ P. Winczorek, *op. cit.*, s. 94–95.

⁴⁰ E. Ochendowski, *Pojęcie...*, s. 31.

⁴¹ E. Ochendowski, *Pozycja prawna studenta...*, s. 456.

⁴² Wyrok TK z dnia 8 listopada 2000 roku, sygn. SK 18/99...

może znosić istoty tej autonomii poprzez zupełne i wyczerpujące unormowanie wszystkich spraw, które określają pozycję studenta w szkole wyższej⁴³.

Podkreśla się, że „uznanie autonomii za prawo uczelni nadaje jej charakter prawa wolnościowego — które ustawodawca nie tyle określa (czyli w pewnym sensie treściowo przyznaje), ile ogranicza w granicach wynikających z Konstytucji”⁴⁴.

W nauce prawa podnosi się, że

organy władzy publicznej mogą podejmować rozstrzygnięcia dotyczące uczelni tylko w przypadkach przewidzianych ustawą. Przepisy ustawy określają różne aspekty autonomii uczelni od strony pozytywnej (np. uchwalanie regulaminu studiów — art. 75), a z kolei podstawowe przepisy dotyczące ograniczenia autonomii znajdują się w rozdziale XIII poświęconym nadzorowi nad systemem szkolnictwa wyższego i nauki. Minister właściwy dla danego typu uczelni (czyli, w stosunku do znacznej większości szkół wyższych, w tym do uniwersytetów, obecnie Minister Edukacji i Nauki) sprawuje nadzór nad uczelniami jedynie w zakresie zgodności z przepisami prawa [...] oraz prawidłowości wydatkowania środków publicznych (art. 426 ust. 1) i przysługuje mu (art. 427) kompetencja stwierdzenia nieważności aktu wydanego przez organy uczelni (a uczelnia może zaskarżyć taki akt ministra do sądu administracyjnego) oraz wezwania do zaprzestania działalności naruszającej przepisy prawa i usunięcia naruszenia, jak również (art. 432) kompetencja żądania odwołania rektora przez organ, który go powołał, oraz kompetencja odwołania, po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury, rektora, który rażąco lub uporczywie narusza przepisy prawa. Finansowanie i proces nauczania nie jest pod kontrolą ministra. Ustawa nie zawiera przy tym jakiegokolwiek upoważnienia do powiązania przez ministra podejmowania czynności nadzorczych ze wstrzymywaniem wykonywania przepisów o finansowaniu systemu szkolnictwa wyższego i nauki, zawartych w rozdziale XII ustawy. [...] organizacja procesu studiowania należy do autonomicznej sfery regulacji uczelni — w granicach wynikających z ustawy i rozporządzenia w sprawie studiów. Wobec braku unormowania w ustawie i braku podstawy do unormowania w rozporządzeniu do tej sfery należy ogłaszanie przez odpowiednie organy uczelni dni lub godzin wolnych od zajęć dydaktycznych (tzw. dni i godziny rektorskie lub godziny dziekańskie). W większości uczelni o takim uprawnieniu organów uczelni mowa jest w regulaminie studiów, przy czym zasadą jest, że nie wskazuje się okoliczności uzasadniających skorzystanie z takiej możliwości. Korzystanie z tego — wyrastającego z autonomii uczelni, a nieuregulowanego przez przepisy prawa — uprawnienia znajduje się poza zakresem nadzoru ministra [...]⁴⁵.

Na gruncie autonomii szkół wyższych, jak pisze RPO:

Zapewnienie szkołom wyższym autonomii finansowej oznacza potrzebę zagwarantowania im niezbędnych środków umożliwiających realizację ich celów, ale również możliwość samodzielnego dysponowania posiadanymi środkami. Przepisy precyzyjnie określają kryteria, jakimi należy się kierować podczas podziału środków publicznych, i nie dopuszczają odmowy finansowania z uwagi na krytyczną ocenę mieszczących się w granicach autonomii szkół wyższych działań władz uczelni⁴⁶.

⁴³ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 12.

⁴⁴ H. Izdebski, *Minister nie może ograniczać autonomii uczelni*, <https://www.prawo.pl/student/autonomia-uczelni-w-konstytucji-i-ustawie-20-prof-izdebski,504235.html> (dostęp: 20.10.2021).

⁴⁵ H. Izdebski, *op. cit.*; por. H. Izdebski, J.M. Zieliński, *op. cit.*

⁴⁶ A. Bodnar, *O bezprawnej ingerencji ministra w autonomię uczelni. RPO broni też praw uczniów*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-bezprawna-ingerencja-ministra-w-autonomie-uczelni-po-protestach> (dostęp: 20.11.2021).

Z jednej strony „państwo powinno podejmować aktywne działania służące stworzeniu ram prawnych dla autonomicznej działalności uczelni. Z drugiej autonomii umożliwi nieskrępowany rozwój badań naukowych i twórczości artystycznej oraz realizację prawa do nauki. [...]”⁴⁷.

Mając na uwadze cele, jakim służy istnienie autonomii szkół wyższych, prawo gwarantuje im autonomię instytucjonalną, dydaktyczno-naukową oraz finansową⁴⁸. W zakresie autonomii instytucjonalnej szkoły wyższe mają prawo do: uchwalenia statutu; wyboru, powoływania i odwoływania organów jednoosobowych i kolegialnych uczelni; określania struktury organizacyjnej; ustalania zasad polityki kadrowej, trybu i sposobu kształcenia kadry oraz wprowadzania własnych systemów wynagradzania, a także podejmowania współpracy z zagranicznymi instytucjami naukowymi⁴⁹. W ocenie RPO

[d]opuszczalność kreowania przez uczelnię polityki kadrowej pozostaje w bezpośrednim związku z wolnością prowadzenia badań naukowych i ich rzetelnością. [...] niezgodnym z prawem jest wywieranie wpływu przez podmioty zewnętrzne względem uczelni, w tym też przez organy nadzoru nad uczelnią, na to, kto winien być jej pracownikiem. Autonomia [...] oznacza również prawo do samodzielnego kształtowania zasad funkcjonowania, m.in. poprzez wydawanie aktów wewnętrznych regulujących prawa i obowiązki studentów, takich jak zarządzenia rektora⁵⁰.

[Z] autonomią dydaktyczno-naukową szkoły wyższej wiąże się prawo do: samodzielnego określania misji uczelni; prowadzenia badań naukowych (wolność nauki); tworzenia kierunków studiów; wyboru formy studiów i określania ich regulaminu; kształcenia na podstawie uchwalonych przez rady podstawowych jednostek organizacyjnych uczelni planów studiów i programów kształcenia (wolność nauczania); określania szczegółowych zasad i trybu przyjmowania na studia; wydawania państwowych dyplomów ukończenia studiów; nadawania stopni naukowych doktora i doktora habilitowanego oraz występowania o nadanie tytułu naukowego profesora⁵¹.

Autonomia dydaktyczno-naukowa to między innymi wolność prowadzenia badań naukowych, samodzielne określanie misji uczelni czy tworzenie kierunków studiów⁵². W zakresie autonomii finansowej szkoły wyższe mogą „podejmować działalność gospodarczą, dysponować majątkiem, zaciągać zobowiązania oraz pobierać opłaty za usługi edukacyjne”⁵³.

Jednym z autonomicznych uprawnień szkoły wyższej jest prawo do kształtowania warunków przyjęć na organizowane przez nią studia, ale może to czynić

⁴⁷ Rzecznik Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji i Nauki, nr pisma VII.7033.86.2020. AMB z dnia 30.10.2020 roku, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/RPO%20do%20MEiN%2C%2030.10.2020%20.pdf> (dostęp: 20.11.2021); por. M. Borysiak, M. Królikowski, K. Szczucki, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1...

⁴⁸ M. Stachowiak-Kudła, *Autonomia szkół wyższych a instytucjonalne mechanizmy zapewnienia jakości w Polsce i w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2012, s. 242.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 241.

⁵⁰ Rzecznik Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji i Nauki...; por. wyrok TK z dnia 8 listopada 2000 roku, sygn. SK 18/99...

⁵¹ M. Stachowiak-Kudła, *op. cit.*, s. 242.

⁵² Rzecznik Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji i Nauki...

⁵³ M. Stachowiak-Kudła, *op. cit.*, s. 242.

jedynie z zachowaniem zasad i trybu określonego w ustawie. Wynika to też ze specyfiki jej funkcjonowania i zasad działania⁵⁴.

Nie może w sposób zupełnie nieskrępowany kształtować praw i obowiązków osób ubiegających się o przyjęcie na uczelnię. [...] wszystkie regulacje, które mogą mieć wpływ na dopuszczenie do odbywania studiów, muszą być uchwalone nie tylko przez odpowiedni organ uczelni, ale także w stosownym czasie i muszą mieć umocowanie w obowiązujących przepisach prawnych⁵⁵.

Kandydatowi nie przysługuje prawo do studiowania, a jedynie prawo ubiegania się na równych warunkach o przyjęcie do szkoły. Szkoły określają swoje wymagania wobec kandydatów i przyjmują w poczet użytkowników zakładu tych, którzy je spełniają⁵⁶.

W orzecznictwie⁵⁷ podkreśla się, że wszystkie regulacje, które mogą mieć wpływ na dopuszczenie do odbywania studiów, muszą być uchwalone nie tylko przez odpowiedni organ uczelni, lecz także w stosownym czasie. Terminu „warunki rekrutacji” nie można przy tym sprowadzać jedynie do wymogów, jakim musi odpowiadać kandydat, gdyż pojęcie to obejmuje też ograniczenia co do możliwości ubiegania się o przyjęcie na kierunek studiów, w określeniu zaś „tryb rekrutacji” mieszczą się również dopuszczalny sposób zgłoszenia kandydatury oraz skutki niedochowania tego terminu.

W szkołach wyższych znajdują zastosowanie rozwiązania właściwe zarówno dla zakładu administracyjnego (w ramach ich działalności podstawowej), jak i dla korporacji (na poziomie ogólnouczelnianym — art. 10 ust. 1 p.w.s.n.; w zakresie dotyczącym studentów i doktorantów — art. 110 i art. 215 p.w.s.n.). Perspektywa materialnoprawna sprzyja tu formom zakładowym. W tym kontekście sytuacja prawna studentów i doktorantów wpisuje się w status użytkownika zakładu. Kontekst ustrojowy eksponuje już ich status jako członków korporacji (ze wszystkimi tego konsekwencjami związanymi ze współadministrowaniem)⁵⁸. Właściwości konstrukcyjne szkół wyższych dodatkowo wzmacnia decentralizacja autonomiczna (oprócz decentralizacji zakładowej i samorządowej) — zarówno w wymiarze wolności akademickiej, jak i autonomii administracyjnej⁵⁹.

⁵⁴ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 28 kwietnia 2021 roku, sygn. III SA/Gd 1221/20, LEX nr 3188194.

⁵⁵ Wyrok NSA z dnia 22 stycznia 2019 roku, sygn. I OSK 1172/17, LEX nr 2617498.

⁵⁶ P. Przybysz, *op. cit.*, s. 366 n.

⁵⁷ Zob. wyrok NSA z dnia 12 lipca 2011 roku, sygn. I OSK 683/11, LEX nr 1082799.

⁵⁸ P. Lisowski, *Regulacje...*, s. 179–182.

⁵⁹ P. Lisowski, *Fenomen autonomii uczelni jako aksjomat administracji publicznej*, [w:] *Fenomen prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*, red. W. Jaki-mowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2019, s. 576–591.

Bibliografia

- Bednarczyk A., *Zależność zakładowa*, [w:] *Prawo administracyjne w mechanizmie prawa*, red. J. Filipek, Kraków 2012.
- Bednarczyk-Płachta A., *Status szkoły wyższej jako podmiotu administracji publicznej*, Warszawa 2016.
- Boć J. *Zakłady administracyjne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007.
- Bodnar A., *O bezprawnej ingerencji ministra w autonomię uczelni. RPO broni też praw uczniów*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-bezprawna-ingerencja-ministra-w-autonomie-uczelni-poprotestach>.
- Borysiak M., Królikowski M., Szczucki K., [w:] *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el.
- Brzeski M., Tykwińska-Rutkowska D., *Zakład administracyjny*, [w:] *Leksykon prawa administracyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. E. Bojanowski, K. Żukowski, Warszawa 2009.
- Chmielnicki P., *Zakłady administracyjne w Polsce. Ustrój wewnętrzny*, Warszawa 2008.
- Czarnik Z., Posłuszny J., *Zakład publiczny*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 6. *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011.
- Daniel P., *Zakres sądowej kontroli decyzji podjętych w indywidualnych sprawach studentów i doktorantów*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 1.
- Fundowicz S., *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2005.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 70 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003.
- Homplewicz J., *Tradycyjne a współczesne instytucje prawa szkolnego. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego*, Warszawa-Kraków 1985.
- Izdebski H., *Minister nie może ograniczać autonomii uczelni*, <https://www.prawo.pl/student/autonomia-uczelni-w-konstytucji-i-ustawie-20-prof. izdebski,504235.html>.
- Izdebski H., Zieliński J.M., *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.
- Janku Z., *Publiczna szkoła wyższa — korporacja czy zakład administracyjny*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009.
- Klat-Wertelecka L., *Organy szkoły wyższej w postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Zarządzanie szkołą wyższą*, red. J. Blicharz, A. Chrisidu-Budnik, A. Sus, Wrocław 2014.
- Lisowski P., *Fenomen autonomii uczelni jako aksjomat administracji publicznej*, [w:] *Fenomen prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*, red. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2019.
- Lisowski P., *Prawo zakładowe — in rebus angustis? (wybrane problemy administracyjnoprawne)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 100, 2015, cz. 1.
- Lisowski P., *Relacje strukturalne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wrocław 2013.
- Lisowski P., *Szkoła samorządowa jako zakład administracyjny*, niepublikowana praca doktorska, Wrocław 1997.
- Masternak-Kubiak M., *Autonomia szkół wyższych na gruncie Konstytucji RP*, [w:] *Nowe prawo o szkolnictwie wyższym a podmiotowość studenta*, red. A. Szadok-Bratuń, Wrocław 2007.
- Ochendowski E., *Pojęcie i charakter prawny publicznej szkoły wyższej*, [w:] *Nowe prawo o szkolnictwie wyższym a podmiotowość studenta*, red. A. Szadok-Bratuń, Wrocław 2007.
- Ochendowski E., *Pozycja prawna studenta uniwersytetu — użytkownik zakładu publicznego czy członek korporacji publicznej*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003.

- Przybysz P., *Sytuacja prawna jednostki w zakładzie oświatowym*, [w:] *Jednostka wobec działań administracji publicznej. Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Olszanica 21–23 maja 2001 r.*, red. E. Ura, Rzeszów 2001.
- Raszewska-Skałeczka R., *Statut i regulamin zakładu administracyjnego jako źródła prawa*, Wrocław 2007.
- Raszewska-Skałeczka R., *Szkoła publiczna jako zdecentralizowany podmiot administracji publicznej. Studium administracyjnoprawne*, Wrocław 2019.
- Raszewska-Skałeczka R., *Wybrane źródła prawa zakładowego i rola władztwa zakładowego wobec użytkownika zakładu administracyjnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1.
- Raszewska-Skałeczka R., *Zakłady*, [w:] *Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym — refleksje wrocławskiej szkoły administratywistycznej*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Pańlicki, Wrocław 2020.
- Rzecznik Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji i Nauki, nr pisma VII.7033.86.2020.AMB z dnia 30.10.2020 roku, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/RPO%20do%20MEiN%20C%2030.10.2020%20.pdf>.
- Stachowiak-Kudła M., *Autonomia szkół wyższych a instytucjonalne mechanizmy zapewnienia jakości w Polsce i w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2012.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000.
- Zaradkiewicz K., *Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1. *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020.

The Autonomous Context and Dimension of Higher Education Institutions in the State: Selected Aspects

Summary

The characteristics of higher education institutions indicate the use of attributes of an administrative institution (as part of their fundamental activity and their administrative dependency relationship), as well as a public law corporation at the university-wide level (university community, student government, doctoral student government) and autonomy.

Keywords: higher education institution, administrative institution, decentralization, autonomy, corporation.

KRZYSZTOF SOBIERALSKI

ORCID: 0000-0002-2412-6674

Uniwersytet Wrocławski

krzysztof.sobieralski@uwr.edu.pl

Reglamentacja dostępu do pasa drogowego a koszty przełożenia sieci na drogach publicznych

Abstrakt: Pas drogowy jako jeden ze składników majątku publicznego podlega szczególnej ochronie, która wyraża się w reglamentacji wykorzystywania go na cele inne niż potrzeby zarządzania drogą lub potrzeby ruchu drogowego. Wyrazem tej reglamentacji jest konieczność uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, a więc uchylecia generalnego zakazu w indywidualnym przypadku. Przy tym podmiot posiadający stosowne zezwolenie na zajęcie pasa drogowego nie ma pełni praw do tego składnika majątku publicznego, a jedynie tak zwane prawo na rzeczy cudzej. Wynika z tego wiele konsekwencji praktycznych.

Słowa kluczowe: pas drogowy, reglamentacja, zezwolenie na zajęcie pasa drogowego.

Określenie „reglamentacja” ma rozmaite znaczenia. W nauce powszechnego prawa administracyjnego i prawa publicznego gospodarczego pojęcie to używane było i wciąż jest do określenia różnego rodzaju działań, głównie władczych, podejmowanych przez organy publiczne, a mających na celu ograniczenie wolności (swobody) jednostki, w sferze zaś gospodarczej — ograniczenie samodzielności podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, czyli wolności gospodarczej, inspirowane koniecznością zapewnienia dobra wspólnego¹. Reglamentacja oznacza objęcie regulacją prawną danego obszaru życia społecznego lub gospodarczego w celu ograniczenia praw podmiotów, w tym podmiotów wykonujących

¹ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009; *idem*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 679 n.

i podejmujących działalność gospodarczą². Współcześnie pojęcia tego używa się także jako określenia ogółu regulacji prawnych (uwarunkowań prawnych) wyznaczających zasady dostępu i korzystania z poszczególnych składników majątku publicznego. Wyodrębnienie w nauce kategorii majątku publicznego było związane ze sposobem urzeczywistniania własności tego majątku przez państwo i podmioty publicznoprawne³. Urzeczywistnianie majątku publicznego musi mieścić się w celach publicznych, które są wykonywane przez dzierżycieli tego majątku, czyli głównie szeroko rozumiane podmioty administracji publicznej. Dlatego też urzeczywistnianie własności majątku publicznego musi być przede wszystkim zgodne z celami i treścią działalności administracji publicznej.

Majątek publiczny, z którego państwo lub związek publicznoprawny korzystają w celu wykonania swoich zadań, to majątek skarbowo-fiskalny, administracyjny oraz użytku publicznego. Ten ostatni składnik majątku publicznego to rzeczy, z których wszyscy mogą korzystać albo z powodu cech naturalnych rzeczy, albo przez ich przeznaczenie prawne (na przykład drogi publiczne).

Pas drogi publicznej, jako jeden ze składników majątku publicznego, podlega szczególnej ochronie prawnej⁴. Zasadę ochrony pasa drogowego formułuje art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (dalej: u.d.p.)⁵. Wynika z niej generalny zakaz dokonywania w pasie drogowym czynności, które mogłyby powodować niszczenie lub uszkodzenie drogi i jej urządzeń albo zmniejszać jej trwałość oraz zagrażać bezpieczeństwu ruchu drogowego. We wskazanym przepisie wymieniono, jakie formy ingerencji w pas drogowy są zabronione, przy czym wyliczenie to ma charakter przykładowy i otwarty. Z za-

² T. Kocowski, *Reglamentacja...*; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 155.

³ T. Dybowski, *Mienie komunalne*, „Samorząd Terytorialny” (dalej: ST) 1991, nr 1–2; P. Goldfrin, *Droit administratif des biens*, Paris 1987; F. Longchamps, *Ograniczenia własności nieruchomości w polskim prawie administracyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1939, nr 1; W. Pańko, *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, ST 1991, nr 1–2; B. Wasiutyński, *Własność dróg publicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1938, nr 3.

⁴ Spośród najważniejszych publikacji dotyczących tej problematyki należy wskazać między innymi: Z. Czarnik, *Korzystanie z pasa drogowego jako urządzenia publicznego*, „Administracja” 2016, nr 1; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Drogi publiczne. Komentarz*, Warszawa 2004, LEX/el.; W. Kręcisz, *Kary i opłaty za zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z użytkowaniem dróg w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, z. 2; W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010; *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012; R.A. Rychter, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX/el.; K. Sobieralski, *Umieszczanie urządzenia w pasie drogi publicznej*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2015, nr 2; *idem*, *Zezwolenie na zajęcie pasa drogowego i naliczanie opłat z tego tytułu przed nadaniem drodze stosownej kategorii drogi publicznej*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2015, nr 4; P. Zaborniak, *Glosa do wyroku WSA z dnia 30 października 2008 r., II SA/GI 498/08*, ST 2009, nr 5.

⁵ Dz.U. z 2021 r. poz. 1376 ze zm.

sady tej wynika zatem generalny zakaz wykorzystywania przestrzeni publicznej pasa drogowego na tak zwane cele niedrogowe (w tym różne formy komercyjnego wykorzystania pasa drogowego). Zakaz ten nie jest bezwzględny, ponieważ w art. 40 ust. 1 u.d.p. dopuszczono jego uchylenie w indywidualnym przypadku. Ustawa dopuszcza bowiem korzystanie z pasa drogowego poprzez jego zajęcie na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg. Wymaga ono jednak uchylenia tego zakazu w indywidualnym przypadku w formie wydanego w drodze decyzji zezwolenia zarządcy drogi albo zawarcia umowy, o której mowa w art. 22 ust. 2, 2a lub 2c oraz art. 40 ust. 1 ustawy. Zezwolenie to dotyczy działań i czynności polegających na: 1. prowadzeniu robót w pasie drogowym; 2. umieszczaniu w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego; 3. umieszczaniu w pasie drogowym obiektów budowlanych niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego oraz reklam; 4. zajęciu pasa drogowego na prawach wyłączności w celach innych niż wymienione w pkt 1–3 (art. 40 ust. 2 ustawy). Kompetencja zarządcy drogi w tym zakresie ma charakter reglamentacyjny. Dlatego zasada ta każdorazowo musi być punktem wyjścia dla zarządcy drogi, ilekroć ocenia on, czy zachodzą okoliczności przemawiające za uchyleniem zakazu i wydaniem zezwolenia (zawarciem umowy) lub za odmową jego uchylenia i wydania zezwolenia (zawarcia umowy).

Właściciele obiektów budowlanych, sieci i innych urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospodarką drogową lub obsługą ruchu drogowego (tak zwanych niedrogowych), usytuowanych w pasie drogi publicznej, znajdują się w sytuacji dysponowania prawem na rzeczy cudzej. Drogi publiczne są bowiem z mocy prawa — w zależności od kategorii — własnością Skarbu Państwa albo właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy (art. 2a, art. 4 i art. 22 u.d.p.). Reszta obszaru pasa drogowego poza samą drogą, jeżeli nie stanowi własności wskazanych publicznych osób prawnych, pozostaje w trwałym zarządzie zarządców dróg, będących *de facto* najczęściej organami lub jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy (ewentualnie miasta na prawach powiatu). Dlatego właściciele (użytkownicy, posiadacze) obiektów i urządzeń „niedrogowych” muszą znosić ciężary związane z koniecznością ich przełożenia lub usunięcia w przypadku, gdy ich dalsze pozostawianie w pasie drogi publicznej w dotychczasowym miejscu jest niemożliwe z uwagi na zagrożenie i utrudnienie ruchu drogowego lub zakłócanie wykonywania zadań zarządu drogi, a w szczególności przy budowie, przebudowie lub remoncie drogi, a więc ciężary związane z realizacją tych celów, dla których wyodrębniono składnik majątku publicznego, jakim jest pas drogowy.

Punktem wyjścia do analizy szczegółowej musi być treść art. 38 ust. 1 u.d.p. Przepis ten formułuje bowiem klauzulę generalną dopuszczającą możliwość pozostawiania w pasie drogowym w dotychczasowym stanie istniejących tam obiektów

tów budowlanych i urządzeń niezwiązanych z gospodarką drogową i obsługą ruchu pod warunkiem niepowodowania przez te obiekty lub urządzenia zagrożeń i utrudnień ruchu drogowego oraz zakłóceń wykonywania zadań zarządu drogi. Powołany przepis obowiązuje od dnia wejścia w życie u.d.p., to jest od 1 października 1985 roku.

Sformułowanie, że obiekty i urządzenia „mogą pozostać”, wskazuje na to, iż omawiany przepis reguluje sytuację prawną podmiotów, które zlokalizowały urządzenia lub obiekty budowlane w pasie drogowym pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów. Niemniej art. 38 ust. 1 u.d.p. nie ma charakteru przepisu przejściowego. Dotyczy zatem wszelkich obiektów i urządzeń istniejących w pasie drogowym zarówno przed 1 października 1985 roku, jak i tych, które znalazły się tam później, w szczególności w latach 1985–2003, gdy umieszczanie urządzeń i obiektów odbywało się po uzyskaniu stosownego zezwolenia zarządcy drogi z obowiązkiem uiszczenia z tego tytułu opłaty jednorazowej, oraz tych, które zostały tam umieszczone na podstawie zezwoleń udzielonych po 2003 roku (także obecnie). Unormowanie to warunkowo gwarantuje właścicielom (posiadaczom) urządzeń i obiektów zlokalizowanych w pasie drogowym utrzymanie *status quo*, stanowiąc swego rodzaju ustawowe (*ex lege*) zezwolenie na zajmowanie pasa drogowego przez opisane w nim elementy „niedrogowe”. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że przepis art. 38 ust. 1 u.d.p. należy odczytywać w kontekście przywołanej wcześniej ogólnej zasady ochrony pasa drogowego (art. 39 ust. 1 u.d.p.), która ustanawia priorytet. Właściciele (posiadacze) „niedrogowych” urządzeń i obiektów umieszczonych w pasie drogowym, dysponując w istocie prawem na rzeczy cudzej — na majątku publicznym, muszą się liczyć z ryzykiem wywłaszczenia tego prawa w przypadkach określonych *a contrario* w art. 38 ust. 1 u.d.p. Innymi słowy, stan faktyczny tych urządzeń i obiektów umieszczonych w pasie drogowym będzie niezmienny, o ile nie będzie to sprzeczne z zasadą ochrony pasa drogowego przed zagrożeniami i utrudnieniami ruchu drogowego oraz zakłócaniem wykonywania zadań zarządu drogi.

Taka formuła art. 38 ust. 1 u.d.p. nie zwalnia zarządcy drogi od dokonywania oceny (okresowych ocen), czy w konkretnym, indywidualnym przypadku nastąpił stan, o którym mowa w tym przepisie, a więc czy istniejący obecnie, a umieszczony poprzednio w pasie drogowym „niedrogowy” obiekt budowlany lub urządzenie infrastruktury technicznej nie powoduje zagrożenia lub utrudnienia ruchu drogowego oraz zakłócenia realizacji zadań zarządu drogi. Należy podkreślić, że organ w tym przypadku nie ocenia możliwości zlokalizowania w pasie drogowym tego obiektu lub urządzenia, lecz możliwość jego dalszego pozostawiania w pasie drogowym w niezmiennym stanie. W następstwie pozytywnej oceny możliwości ich dalszego pozostawiania w pasie drogowym nie podejmuje żadnych działań (wskazuje na to formuła „mogą pozostać”). Ocena negatywna zaś obliguje zarządcę drogi do nałożenia na konkretny podmiot w indywidualnym przypadku obowiązku usunięcia (przeniesienia) tego obiektu lub urządzenia z pasa drogowe-

go. Nałożenie tego obowiązku musi nastąpić w formie decyzji administracyjnej, wydanej w postępowaniu prowadzonym z pełnym poszanowaniem reguł określonych w przepisach ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.)⁶ i zawierającej szczegółowe uzasadnienie prawne i faktyczne. Przyjęcie tej formy konkretyzacji obowiązku, poprzez przysługujący od decyzji system środków prawnych, gwarantuje jednostce prawo poddania oceny zarządcy drogi weryfikacji w toku instancji administracyjnych oraz na drodze postępowania sądownoadministracyjnego. Zarazem jednak jeśli właściciel (użytkownik) „niedrogowego” urządzenia lub obiektu nie zastosuje się do obowiązku ostatecznie określonego w takiej decyzji, wówczas będzie ona podstawą prawną do egzekucji administracyjnej tego obowiązku o charakterze niepieniężnym.

W myśl art. 39 ust. 5 u.d.p. jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymaga przełożenia urządzenia lub obiektu, o którym mowa w ust. 3, koszt tego przełożenia ponosi jego właściciel. Przepis ten został znowelizowany przez art. 62 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych⁷, która obowiązuje od 17 lipca 2010 roku. Treść przywołanego przepisu u.d.p. z pozoru wydaje się jasna: koszty przełożenia obiektów i urządzeń „niedrogowych” ponosi ich właściciel. Kwestia ta nie jest jednak tak jednoznaczna i oczywista. Przepis ten należy bowiem odczytywać w szerszym kontekście normatywnym, jako że ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie zawiera przepisów przejściowych odnoszących się do jej art. 62. Oznacza to, że wszelkie zmiany w u.d.p. spowodowane tym przepisem (w tym kwestia kosztów przełożenia obiektów i urządzeń) obowiązują dopiero od 17 lipca 2010 roku. Niewątpliwie właściciele (posiadacze) obiektów, sieci i innych urządzeń infrastruktury technicznej, którzy umieszczają „niedrogowe” elementy w pasie drogi publicznej na podstawie ważnych zezwoleń zarządców dróg, wydanych po 17 lipca 2010 roku, muszą się zawsze i bezwzględnie liczyć z obowiązkiem poniesienia kosztów ich przełożenia wynikającym — jak już wskazano — także z nakazu ich usunięcia lub przełożenia wydawanego w trybie art. 38 ust. 1 u.d.p. Pojawia się jednak problem statusu prawnego „niedrogowych” obiektów i urządzeń infrastruktury technicznej umieszczonych w pasie drogi publicznej jeszcze przed wejściem w życie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Przepis art. 39 ust. 5 u.d.p. przed zmianą dokonaną mocą ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych przyjmował zasadę rozdziału kosztów przełożenia obiektu lub urządzenia „niedrogowego” między zarządcę drogi oraz właściciela tych urządzeń i obiektów. Stosownie do tej regulacji jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymaga przełożenia urządzenia lub obiektu niezwiązanego z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego,

⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 735.

⁷ Dz.U. z 2021 r. poz. 777 ze zm.

koszt tego przełożenia ponosi zarządca drogi, gdy okres umieszczenia urządzenia lub obiektu w pasie drogowym jest krótszy lub równy cztery lata, licząc od dnia wydania zezwolenia przez zarządcę drogi, pod warunkiem zachowania dotychczasowych właściwości użytkowych oraz parametrów technicznych urządzenia lub obiektu. Koszt ten ponosi natomiast właściciel urządzenia lub obiektu, gdy okres umieszczenia urządzenia lub obiektu w pasie drogowym jest dłuższy niż cztery lata, licząc od dnia wydania zezwolenia przez zarządcę drogi, albo jeżeli na żądanie właściciela wprowadzono ulepszenia w urządzeniu lub obiekcie. Wcześniejsza wersja art. 39 ust. 5 u.d.p. nie obowiązywała jednak od uchwalenia tej ustawy. Została bowiem dodana do niej mocą art. 1 ustawy z dnia 14 listopada 2003 roku o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁸. Ta sama ustawa zmieniająca w art. 7 stanowi, że jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymaga przełożenia urządzenia lub obiektu niezwiązanego z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego, umieszczonego w pasie drogowym na podstawie zezwolenia wydanego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy zmieniającej (to jest przed 9 grudnia 2003 roku), koszt tego przełożenia ponosi zarządca drogi pod warunkiem zachowania dotychczasowych właściwości użytkowych oraz parametrów technicznych tego urządzenia lub obiektu. Dla rozważanego zagadnienia niezwykle istotne jest, że art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 roku nigdy nie uchylono i nadal on obowiązuje, wywołując skutki prawne do stanów faktycznych nim objętych.

Skoro więc ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie wprowadza przepisów przejściowych odnoszących się do stanów faktycznych z przeszłości, w których doszło do umieszczenia w pasie drogi publicznej obiektów budowlanych lub urządzeń infrastruktury technicznej przed zmianą zasad obciążania kosztami ich przełożenia, należy stosować dotychczasowe zasady rozdziału obowiązku ponoszenia tych kosztów. Tym bardziej że art. 38 ust. 1 u.d.p. sankcjonuje istnienie w pasie drogowym zarówno obiektów budowlanych oraz urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospodarką drogową lub obsługą ruchu drogowego, które znalazły się tam w różny sposób przed wejściem w życie u.d.p., jak i tych, które znalazły się tam później (po wejściu w życie u.d.p.) na podstawie zezwoleń zarządców dróg (początkowo nawet bez konieczności uiszczania stosownej opłaty). Odmienne interpretacja podważałaby nie tylko zasadę zaufania inwestora do państwa i jego regulacji, ale i fundamentalną regułę niedziałania prawa wstecz (*lex retro non agit*).

W praktyce obciążenie kosztami przełożenia obiektu budowlanego lub urządzenia infrastruktury technicznej z uwagi na budowę, przebudowę, remont drogi lub realizację innych zadań zarządcy drogi uzależnione jest od momentu, w którym owe elementy „niedrogowe” znalazły się w pasie drogi publicznej. Do obiektów budowlanych i urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospo-

⁸ Dz.U. z 2003 r. poz. 1953.

darką drogową lub obsługą ruchu drogowego, które istniały w pasie drogowym w dniu 9 grudnia 2003 roku, to jest w momencie wejścia w życie ustawy zmieniającej z 2003 roku, a przy tym ich istnienie miało oparcie w wydanym przed tą datą zezwoleniu zarządcy drogi, stosuje się art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 roku. Koszty przełożenia ponosi wówczas zarządca drogi. Do obiektów budowlanych i urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospodarką drogową lub obsługą ruchu drogowego, które istniały w pasie drogowym w dniu 9 grudnia 2003 roku, to jest w chwili wejścia w życie ustawy zmieniającej z 2003 roku, ale były to elementy istniejące w pasie drogowym historycznie i ich istnienie nie miało oparcia w wydanym przed tą datą zezwoleniu zarządcy drogi, nie stosuje się art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 roku, lecz art. 39 ust. 5 u.d.p. w obecnym brzmieniu. Koszty przełożenia ponosi w takim wypadku właściciel urządzenia lub obiektu. Obciążenie kosztami przełożenia obiektów i urządzeń umieszczonych w pasie drogowym na podstawie ważnych zezwoleń zarządcy drogi wydanych w okresie od 9 grudnia 2003 do 16 lipca 2010 roku odbywa się na zasadach określonych w art. 39 ust. 5 u.d.p. w wersji sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Będzie więc ono uzależnione od tego, czy obiekt lub urządzenie znajduje się w pasie drogowym krócej lub dłużej (obecnie w praktyce już tylko dłużej) niż cztery lata, licząc od dnia wydania zezwolenia przez zarządcę drogi. Obciążony będzie zatem albo właściciel obiektów lub urządzeń (umieszczenie na czas powyżej czterech lat), albo zarządca drogi (umieszczenie na czas do czterech lat). Koszty przełożenia obiektów lub urządzeń „niedrogowych” umieszczonych w pasie drogowym (pasie drogi publicznej) po 17 lipca 2010 roku obciążają natomiast tylko ich właściciela.

Pojawia się teraz pytanie o wzajemną relację między art. 39 ust. 5 i art. 32 ust. 1, 3–4 u.d.p., a właściwie szerzej — między wskazanymi zasadami ponoszenia kosztów przełożenia „niedrogowych” obiektów i urządzeń umieszczonych w pasie drogowym wywołanych „potrzebą drogową” a treścią art. 32 ust. 1, 3–4 u.d.p. Stosownie do art. 32 ust. 1, 3–4 u.d.p. w przypadku gdy budowa lub przebudowa drogi w miejscu jej przecięcia się z inną drogą transportu lądowego — z wyjątkiem skrzyżowania z linią kolejową w poziomie szyn, o którym mowa w art. 28 ust. 1 — korytarzem powietrznym w strefie lotniska lub urządzeniem typu liniowego (w szczególności linią energetyczną lub telekomunikacyjną, rurociągiem, taśmociągami) powoduje naruszenie tych obiektów lub urządzeń albo konieczność zmian dotychczasowego ich stanu, przywrócenie poprzedniego stanu lub dokonanie zmiany należy do zarządcy drogi, z zastrzeżeniem ust. 2–4 (ust. 1). Koszty przełożenia urządzeń liniowych w pasie drogowym wynikające z naruszenia lub konieczności zmian stanu dotychczasowego urządzenia liniowego, w wysokości odpowiadającej wartości tych urządzeń i przy zachowaniu dotychczasowych właściwości użytkowych i parametrów technicznych, z zastrzeżeniem ust. 4, pokrywa zarządca drogi (ust. 3). Jeżeli w wyniku uzgodnień zarządcy drogi

z zainteresowaną stroną zostaną wprowadzone ulepszenia urządzeń, koszty tych ulepszeń pokrywa odpowiednio ich właściciel lub użytkownik (ust. 4).

Z uwagi na wynikające z zasady ochrony pasa drogowego, uzasadnione szczególnym przeznaczeniem tego składnika majątku publicznego, ograniczone — w myśl art. 38 ust. 1 i art. 39 ust. 1 u.d.p. — prawo na rzeczy cudzej właściciela urządzeń i obiektów „niedrogowych” interpretacja art. 32 u.d.p. musi mieć charakter restryktywny (ograniczający) ze szczególnym uwzględnieniem wykładni językowej. Dlatego zdaniem opiniującego należy przychylić się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 30 listopada 2015 roku (sygn. I ACa 570/15). SA wskazał w nim, że analizowany przepis odnosi się jedynie do przypadku, w którym przy budowie drogi dochodzi do sytuacji kolizyjnej, to jest przecięcia się biegu linii drogi i linii kablowej powodującego naruszenie urządzeń energetycznych albo konieczność zmiany ich dotychczasowego stanu. Sytuacja taka nie następuje, gdy „podlegające przełożeniu linie kablowe przebiegają wzdłuż linii pasa drogowego i w żadnym miejscu linie te nie przecinają się ze sobą”, a przepis art. 32 u.d.p. nie znajduje zastosowania, gdy inwestycja wiąże się z „przełożeniem istniejącej linii kablowej rozumianym jako jej równoległe przesunięcie, bez przecięcia się tej linii z przebiegiem drogi”.

Ponadto treść art. 32 ust. 1 oraz art. 39 ust. 5 u.d.p. wskazuje, że dotyczą one odmiennych sytuacji (stanów faktycznych) i nie znajdują jednoczesnego zastosowania. W art. 32 ust. 1 u.d.p. ustawodawca wskazał, że znajduje on zastosowanie w przypadku, gdy budowa lub przebudowa drogi (inwestycja drogowa) „powoduje” naruszenie obiektów lub urządzeń albo konieczność zmian ich dotychczasowego stanu. Natomiast art. 39 ust. 5 u.d.p. znajduje zastosowanie, gdy drogowe zamierzenie inwestycyjne zarządcy drogi „wymaga przełożenia” urządzenia lub obiektu. Artykuł 32 ust. 1 u.d.p. dotyczy skutków powstałych *ad hoc* w następstwie prowadzonej już budowy (inwestycji). Natomiast art. 39 ust. 5 u.d.p. odnosi się do konsekwencji planowanej w przyszłości inwestycji drogowej (budowy, przebudowy itp.). Innymi słowy, art. 32 ust. 1 u.d.p. wiąże się z takim stanem faktycznym, gdy potrzeba przywrócenia stanu poprzedniego lub dokonania zmian w przebiegu linii (sieci) lub istnienia obiektu wynika z uszkodzenia lub konieczności uszkodzenia urządzenia liniowego lub obiektu albo konieczności ich wymiany w związku z budową lub przebudową drogi (inwestycji drogowej), która to okoliczność nie została uwzględniona przy projektowaniu tej inwestycji i pojawiła się dopiero w trakcie jej realizacji. Koszt przywrócenia stanu poprzedniego bądź dokonania zmian, przy zachowaniu dotychczasowych parametrów technicznych, spoczywa wówczas na zarządcy drogi. Natomiast w przypadku ustalenia uprzednio na etapie prac projektowych potrzeby zmiany przebiegu urządzenia liniowego (miejsca istnienia obiektu) w związku z planowaną budową lub przebudową drogi publicznej (inwestycją drogową) koszt takiego przełożenia zobowiązany jest ponieść właściciel urządzenia lub obiektu, gdy w pełni znajduje zastosowanie art. 39 ust. 5 u.d.p., o ile elementy „niedrogowe” zostały umieszczone w pasie drogowym po

17 lipca 2010 roku. Jeżeli zostały umieszczone tam przed tą datą, należy powrócić do ustaleń zaprezentowanych wcześniej — do obiektów budowlanych i urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospodarką drogową lub obsługą ruchu drogowego, które istniały w pasie drogowym w dniu 9 grudnia 2003 roku, to jest w chwili wejścia w życie ustawy zmieniającej z 2003 roku, a przy tym ich istnienie miało oparcie w wydanym przed tą datą zezwoleniu zarządcy drogi, stosuje się zatem art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 roku. Koszty przełożenia ponosi wówczas zarządca drogi. Do obiektów budowlanych i urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z gospodarką drogową lub obsługą ruchu drogowego, które istniały w pasie drogowym w dniu 9 grudnia 2003 roku, to jest w momencie wejścia w życie ustawy zmieniającej z 2003 roku, ale były to elementy istniejące w pasie drogowym historycznie i ich istnienie nie miało oparcia w wydanym przed tą datą zezwoleniu zarządcy drogi, nie stosuje się art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 roku, lecz art. 39 ust. 5 u.d.p. w obecnym brzmieniu, a koszty przełożenia ponosi właściciel tego urządzenia lub obiektu. Jak już wspomniano, obciążenie kosztami przełożenia obiektów i urządzeń umieszczonych w pasie drogowym na podstawie ważnych zezwoleń zarządcy drogi wydanych w okresie od 9 grudnia 2003 do 16 lipca 2010 roku odbywa się na zasadach określonych w art. 39 ust. 5 u.d.p. w wersji sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Będzie więc ono uzależnione od tego, czy obiekt lub urządzenie znajduje się w pasie drogowym krócej lub dłużej (obecnie w praktyce już tylko dłużej) niż cztery lata, licząc od dnia wydania zezwolenia przez zarządcę drogi. Obciążony będzie zatem albo właściciel obiektów lub urządzeń, albo zarządca drogi.

Na koniec należy zauważyć, że ze sformułowanej w art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny⁹ zasady swobody umów wynika, że 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. Na podstawie zasady swobody umów nie może dochodzić do modyfikacji postanowień ustawowych, w szczególności gdy są to regulacje z zakresu prawa publicznego (u.d.p. i ustawy zmieniające), wyznaczające elementy stosunku publicznoprawnego (administracyjnoprawnego). Cechą charakterystyczną norm należących do prawa publicznego jest bowiem ich charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*). Dlatego nawet gdyby w umowie cywilnej znalazły się zapisy modyfikujące obowiązki stron wynikające z norm ustawowych prawa publicznego, to takie postanowienia umowne są nieważne.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

Bibliografia

- Czarnik Z., *Korzystanie z pasa drogowego jako urzędzenia publicznego*, „Administracja” 2016, nr 1.
- Dybowski T., *Mienie komunalne*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1–2.
- Goldfrin P., *Droit administratif des biens*, Paris 1987.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kotowski W., Kurzępa B., *Drogi publiczne. Komentarz*, Warszawa 2004, LEX/el.
- Kręcisz W., *Kary i opłaty za zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z użytkowaniem dróg w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, z. 2.
- Longchamps F., *Ograniczenia własności nieruchomości w polskim prawie administracyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1939, nr 1.
- Maciejko W., Zaborniak P., *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Pańko W., *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1–2.
- Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012.
- Rychter R.A., *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX/el.
- Sobieralski K., *Umieszczanie urzędzenia w pasie drogi publicznej*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2015, nr 2.
- Sobieralski K., *Zezwolenie na zajęcie pasa drogowego i naliczanie opłat z tego tytułu przed nadaniem drodze stosownej kategorii drogi publicznej*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2015, nr 4.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Wasiutyński B., *Własność dróg publicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1938, nr 3.
- Zaborniak P., *Glosa do wyroku WSA z dnia 30 października 2008 r., II SA/GI 498/08*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 5.

Regulation of Access to Traffic Lanes and the Costs of Relocating Networks on Public Roads

Summary

Traffic lanes, as one of the components of public property, are subject to special protection, which is expressed in the regulation of their use for purposes other than road management or road traffic. An example of this regulation is the need to obtain a permit to occupy a traffic lane, that is, to repeal the general prohibition in an individual case. However, an entity with the appropriate permit to occupy a traffic lane does not have full rights to this public asset, but only the so-called right to someone else's thing. This has a number of practical consequences.

Keywords: traffic lane, regulation, permit to occupy a traffic lane.

ROMAN SOWIŃSKI

ORCID: 0000-0001-9234-0675

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie

romanwyszogotasowinski@gmail.com

O konieczności stałego ustalania pojęć w naukach administracyjnych

Abstrakt: Pojęcia w naukach administracyjnych, a szerzej — w naukach prawnych, powinny być stale rewidowane. Utrzymywanie przebrzmiałych terminów oderwanych od rzeczywistości utrudnia bowiem postęp i unowocześnianie instytucji prawa administracyjnego, zwłaszcza prawa administracyjnego gospodarczego. Jednocześnie definiowanie kategorii prawnych wedle tego, co jest, a nie tego, co winno być, prowadzi jednak do deformacji i demoralizacji pojęć oderwanych od naczelných zasad i wartości prawa.

Stan globalizacji wymaga sięgnięcia przy tworzeniu pojęć prawnych do dorobku innych kultur; odległych — jak kultury Wschodu i zapomnianych lub pomijanych — jak kultura judaistyczna. Konieczne jest do tego przewyciężenie barier poznawczych i percepcyjno-mentalnych. Przy tworzeniu filozofii prawa administracyjnego istotne jest sięganie do dokonań Emmanuela Lévinasa, Ferdinanda Ebnera i Martina Bubera.

Słowa kluczowe: pojęcia prawne, idea prawa, definiowanie kategorii prawa administracyjnego, filozofia prawa.

Rozważania nad tytułowym problemem wypływają z kilku punktów (wyrażenie „źródła” byłoby nadto zobowiązujące, choć lepiej może oddaje moje intencje). Pierwszym jest znane stwierdzenie Friedricha Wilhelma Nietzschego, skłaniające filozofów do tworzenia i przedstawiania pojęć, a następnie do przekonywania o ich użyteczności. „Filozofowie — twierdzi Nietzsche — nie powinni zadowalać się pojęciami zastanymi. Powinni je nie tylko oczyszczać i rozjaśniać, lecz przede wszystkim wytwarzać”¹. Odwołując się do tego stanowiska, Gilles Deleuze i Felix

¹ Zob. F. Nietzsche, *Werke*, t. 3. *Aus dem Nachlass der Achtziger Jahre*, München 1969, s. 844; jeśli nie podano inaczej, przeł. R.S. Te stwierdzenia należy moim zdaniem analizować w kontekście wywodów Nietzschego odwołujących się do metaforyczności języka, zawartych między inny-

Guattari stawiają sprawę jeszcze bardziej kategorycznie: „Filozofia polega na tworzeniu pojęć”². Po czym dodają — co stało się drugim bodźcem (punktem), z którego wypływał postulat stałego analizowania pojęć w naukach administracyjnych — że „pojęcia”, jakkolwiek by były datowane, sygnowane i chrzczone, charakteryzują się własnym rodzajem nieśmiertelności. Podlegają bowiem przymusowi odnawiania się, zastępowania, zmieniania³. Jeśli przyjmiemy, że pojęcia budują świadomość prawną administracji, a ta opierając się na obowiązujących normach i standardach, staje się ważnym czynnikiem kształtującym prawo (przyszłe normy prawa) i postawy (aktualne i przyszłe), to przyjmować musimy zarazem jako wiążący postulat formułowania w sposób należyty (więc między innymi adekwatny do stanu rzeczywistego) określeń, definicji, charakterystyk czy — ogólnie — pojęć podstawowych administracji. To zaś wymusza ciągłe badania nad coraz to nowszymi sposobami jej pojmowania i zgłębiania jej istoty jako kategorii ontologicznej i zjawiska społeczno-politycznego regulowanego prawem.

Kolejnym punktem, przenoszącym rozważania terminologiczne w przestrzeń prawną, jest konstatacja Ludwika Krzywickiego, także dziś oczywista i stale inspirowana, wyrażona przezeń w obrazowy sposób, że: „instytucje prawne nie spadły z nieba niespodziewanie pewnego pięknego poranku”⁴. Nauka — jego zdaniem — już w XVIII wieku zrzuciła ustawodawców z piedestału samodzielnej twórczości, wyznaczając im rolę podrzędniejszą — formułowania żądań ze strony już istniejących stosunków społecznych⁵. Przemyślenia Krzywickiego zawierają — prócz motywacji — też argumenty mogące służyć odparciu zarzutów o niecelowości badań nad źródłami, przesłankami, ewolucją itd. pojęć prawnych i opisujących je definicji. Był to wyraz nie tylko odrzucenia ciasnej specjalizacji naukowej, ale przede wszystkim niechęci do schematycznych uproszczeń i „mętnego myślenia”, bo — jak twierdził — „przeważającym typem umysłowości w Polsce jest *Konfusionskopf*”⁶.

Taka postawa badawcza, wyraźnie nasycona elementami metodologii marksistowskiej (nie tracącej wiele ze swej aktualności — w odróżnieniu od wskazań dotyczących nakazu przeobrażeń społeczno-ustrojowych), nie powinna być kwestionowana. Nie musi być ona jednak wyłącznie obowiązującą, czego przykładem są dokonania Leopolda Jaworskiego⁷, a przynajmniej przyjmowane przez niego założenia badawcze.

mi w jego pracy *Teoriopoznawcze wprowadzenie o prawdzie i kłamstwie w sensie pozamoralnym*, „Teksty: Teoria literatury, krytyka, interpretacja” 1980, nr 3, s. 165–184.

² G. Deleuze, F. Guattari, *Co to jest filozofia*, przeł. P. Pieniążek, Gdańsk 2000, s. 12.

³ *Ibidem*, s. 15.

⁴ L. Krzywicki, *Embriologia prawa*, „Prawda” nr 46/1887, [w:] *idem*, *Dziela*, t. 3, Warszawa 1959, s. 426.

⁵ *Ibidem*. Krzywickiemu rzecz jasna nie przychodziły do głowy totalitarne systemy państwowe i radykalna instrumentalizacja prawa dla celów ideologiczno-politycznych, jakie pojawiły się w XX wieku.

⁶ Zob. I. Krzywicka, *Wielcy i niewielcy*, Warszawa 2009, s. 11.

⁷ Zob. L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924.

Dodatkową, niebagatelną dla mnie — jeśli nawet nie jedną z głównych — przesłanką podejmowania rozważań nad pojęciami administracji (administrowania) czy zarządzania (zarządu) jest głęboko zakorzenione w poznańskiej szkole prawniczej poczucie obowiązku rozstrzygnięcia kwestii rudymenarnych. Narasta ono, gdy poszukujemy odpowiedzi na pytanie, które — w nieco innej postaci — zadał swego czasu Maciej Zieliński⁸. Mianowicie: do kogo należy stosowanie uniwersalnych koncepcji wypracowanych w ramach tak zwanej ogólnej teorii prawa — czy do teoretyka prawa, czy któregoś z przedstawicieli dyscypliny szczegółowej? Pomijając wcale niebłahą kwestię: kiedy uprawiający „dyscyplinę szczegółową” staje się „teoretykiem prawa” (i odwrotnie)?

Nie kontentując się propozycją „polubowną” („koncyliacyjną”) proponowaną przez Zielińskiego⁹, stoję na niezmiennym stanowisku¹⁰, że o ile ustalenie treści pojęć podstawowych dla szczegółowych dyscyplin prawa i weryfikowanie prawidłowości ich definiowania przez teoretyków prawa jest rzeczą pożądaną i godną uznania, o tyle dla przedstawicieli szczegółowych dyscyplin prawa¹¹ jest to podstawowy obowiązek¹². Zawsze twierdziłem, że „nie przestaje nim być, nawet jeśli część środowiska administratywistów nie ma takiego poczucia”¹³. Ma to także uzasadnienie praktyczne. Kończąc swoje rozważania o dogmatyce prawa, Aleksander Peczenik stawia pytanie: „Czy jesteśmy świadkami jej schyłku?” i odpowiada: „Być może tak, jeżeli pozostaniemy beczynni”¹⁴.

Z ubolewaniem stwierdzić trzeba, że doktryna za przedmiot swych badań najczęściej wybiera ocenę obowiązujących przepisów niż przesłanek (w tym aksjologicznych) ich produkcji przez normodawcę. Stan ten pogłębia brak impulsów zewnętrznych (na przykład politycznych) do podejmowania przez prawników kwestii dla prawa (teorii prawa, filozofii prawa czy polityki prawa, a głębiej —

⁸ M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji”*, [w:] *Gospodarka, administracja, samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1997, s. 607.

⁹ Według Macieja Zielińskiego: „Najkorzystniejsze byłoby połączenie wysiłków przedstawicieli obu tych środowisk” — *ibidem*.

¹⁰ Wyrażałem je wielokrotnie w różnych miejscach; zob. np. R. Sowiński, *O definiowaniu „nadzoru” w prawie administracyjnym i prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*, Szczecin 2004, s. 512.

¹¹ Takich choćby jak: prawo administracyjne, prawo gospodarcze publiczne, prawo konstytucyjne czy nauka administracji, uprawiana przez prawników.

¹² Uprawianie nauki (teoretycznie) z obowiązku może być dla niektórych postulatem nadto wymagającym. Dla mnie jest „naturalne”, a to z racji uznawania wolności za „obszar wypełniony obowiązkami”. Zob. R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007.

¹³ R. Sowiński, *O definiowaniu „nadzoru”...*

¹⁴ A. Peczenik, *W obronie dogmatyki prawa*, [w:] *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga Jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina*, red. M. Zieliński, Szczecin 2005, s. 90. Przypomnijmy, że według Aleksandra Peczenika głównym zadaniem dogmatyki prawa jest ustalanie i definiowanie pojęć. Zob. *idem*, *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966.

teorii norm prawnych, teorii zjawisk prawnych między innymi prawa administracyjnego) najistotniejszych¹⁵. Nie prowadzi się też głębokich rozważań i ożywionych polemik na temat „idei administracji”. Być może dobrym punktem wyjścia do badań w tym zakresie byłoby przeniesienie na grunt naszych zainteresowań — to jest prawa administracyjnego i nauki prawa administracyjnego — określenia „idea prawa”, sformułowanego przez Ignacego Koschembahra-Łysowskiego, według którego jest nią „idea, którą pod taką czy inną formą znajduje się wszędzie, gdzie prawo istnieje, i do której każde prawo dąży zbliżyć się jak najbardziej”¹⁶. Można by też rozważyć, czy nie postępować tak, jak to czynił Szymon Rundstein, który podejmował próby formułowania tez filozoficznych, opierając się na judykatach, poszukując w nich odpowiedzi na pytania o „istotę prawa”¹⁷, co zresztą jest metodą także współcześnie stosowaną.

Postawa badawcza (czy szerzej — mentalna) oparta na dyrektywie (a może nawet przymusie) nazywania, definiowania i precyzowania znaczeń otaczających nas obiektów, stanów, zdarzeń, instytucji itd. jest głęboko zakorzeniona w europejskiej tradycji intelektualnej, wywodzącej się z greckiej myśli antycznej¹⁸. Bazowała ona na wielu, dziś trudno już rozpoznawalnych źródłach, z których czerpali filozofowie greccy, nie troszcząc się o ich wskazanie i deklarując, że są ich własne. Ta hellenistyczna postawa nie była — i nie jest — jedyną, choć Europejczykom niełatwo sobie wyobrazić lepszą¹⁹. Wystarczy jednak sięgnąć do tradycji (kultury) dalekiego Wschodu²⁰ czy bliższej nam kultury judaistycznej²¹,

¹⁵ Zob. klasyczną literaturę w tym obszarze: J. Wróblewski, *Prawo i płaszczyzny jego badania*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 6; K. Opalek, *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 6; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

¹⁶ I. Koschembahr-Łyskowski, *Przepisy ustawy a prawo w prawie cywilnym. Studium z dziedziny prawa porównawczego*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 7, 1935, s. 16. Por. W. Wołodkiewicz, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski 1864–1945*, [w:] *W kręgu Wielkich Humanistów. Kultura antyczna w Uniwersytecie Warszawskim po I wojnie światowej*, red. I. Bieżun-Małowist, Warszawa 1991.

¹⁷ Zob. S. Rundstein, *Zagadnienia teorii prawa w orzecznictwie cywilnym Sądu Najwyższego*, Warszawa 1938.

¹⁸ Główne tropy wiodą do starożytnego Egiptu, a ujawnia je między innymi analiza języka (pisma), którego dźwięki (znaki) ewoluowały od określenia pojęć do pełnienia funkcji liter.

¹⁹ Określenie „lepsza” jest oczywiście i wieloznaczne, i warunkowe, i relatywne, ale w tym miejscu wystarczające do wyrażenia zamiaru ocennego autora.

²⁰ Prezentuję ją przy okazji analizy normodawstwa (prawa notarialnego) Chin; zob. R. Sowiński, *Notariat a rozwój gospodarczy Chin*, cz. 1, „Rejent” 2003, nr 4, s. 194 n.; cz. 2, „Rejent” 2003, nr 5, s. 214 n.

²¹ Jak się wydaje, nie była ona nigdy nastawiona na wynajdywanie pojęć, a na odkrywanie sensu. Słuszna zatem (ale tylko z punktu widzenia „hellenistycznego”) jest krytyka współczesnej myśli żydowskiej, zarzucająca jej brak zdecydowanych pojęć, pomijanie istotnych dla kultury europejskiej standardów metodologicznych i stosowanie niejasnych (poza judaizm) zasad rozstrzygania. Zob. bez zastosowanych przeze mnie identyfikacji W. Szczerbiński, *Egzystencjalizm i esencjalizm żydowski*, „Colloquia Theologica Adalbertina. Systematica” 5, 2004, s. 149.

by zwątpić w wyższość postawy metodologicznej, a szerzej — kulturowej²², wymagającej nazwania dla zaistnienia; pisma dla utrwalenia myśli; norm dla ich konkretyzacji i wykładni dla ich zrozumienia²³.

Przywołanie judaistycznych (a szerzej — żydowskich) nastawień do problematyki ontologii (czy ogólniej — zrozumienia świata) miało na celu nie tylko zwrócenie uwagi na wielość źródeł „myśli śródziemnomorskiej”, kojarzonej zazwyczaj (tradycyjnie) z filozofią grecką²⁴. Daje to również asumpt do wskazania dorobku i żywotności myśli (mniemań, nastawień badawczych, metodologii ocen faktów i wnioskowań), które — przez analogię do innych tego rodzaju systemów — można nazwać „filozofią judaistyczną”. Szersze wywody na ten temat nie są to możliwe i są w tym miejscu zbędne²⁵.

Niewątpliwie jednak zasługi myślicieli żydowskich w kształtowaniu myśli antycznej, w tym poglądów na władze, wspólnoty państwowe, systemy decyzyjne czy metody (też procedury) administrowania, są — zwłaszcza w naszym kręgu kulturowym — niedoceniane, a czasem wręcz niedostrzegane. Wskazywanie Starego Testamentu i jego żydowskich komentarzy jako inspiracji myśli pita-gorejskiej i platońskiej (jak to czyni na przykład Arystobul) czy też uznawanie zdecydowanego wpływu Majmonidesa na Akwinatę uważam za przesadne eksponowanie wpływów judaistycznych na filozofię grecką²⁶. Tym niemniej warto o wpływach tych pamiętać²⁷, gdy szukamy głębokich źródeł (a przez to sensu)

²² Powstaje tu oczywiście pytanie o treść pojęcia kultury, w tym filozofii żydowskiej, przeciwstawianej (zestawianej z) kulturze (filozofią) hellenistycznej. Zwłaszcza gdy zważymy, że obie długo trwały w zespoleniu, a o filozofii żydowskiej starożytnej mawia się, że powstała w Aleksandrii pod wpływem myśli helleńskiej. Ta zaś — jak twierdzą — miała swój wkład w rozwój kultury aleksandryjsko-hellenistycznej. Zob. m.in. dorobek Filona z Aleksandrii (Filona Judejczyka); na ten temat zob. m.in. T. Zieliński, *Hellenizm a judaizm*, Toruń 2010; D. Winston, *Hellenistic Jewish Philosophy*, [w:] *History of Jewish Philosophy*, red. D.H. Frank, O. Leaman, New York 1977, s. 30 n. Zob. też H. Simon, M. Simon, *Filozofia żydowska*, przeł. T.G. Pszczołkowski, Warszawa 1990, s. 19; D.H. Frank, *What is Jewish Philosophy. Foundations and First Principles*, [w:] *History of Jewish Philosophy...*, s. 1–9.

²³ W tym miejscu nieodparcie narzuca się przywołanie dokonań Mojżesza Mendelssohna i jego mniemań o fetyszyczności pisma. Zob. *idem*, *Gesamelte Schriften. Jubiläumsausgabe*, t. 14. *Hebräische Schriften*, red. H. Borodianski, Stuttgart 1972.

²⁴ To pojęcie szersze niż „filozofia Greków”.

²⁵ Prowadzone są one od wieków. Zob. opracowanie dzieł Filona z Aleksandrii, *Turnèbe Libri Singulares, Ex Bibliotheca Regia*, Paris 1552.

²⁶ Zob. D. Novak, *The Talmud as a Source for Philosophical Reflection*, [w:] *History of Jewish Philosophy...*, s. 49 n. Stoję na tym stanowisku, znając opinię, że „La Monumentale Somme Théologique de Saint Thomas dénote connaissance approfondie de la philosophie juive, et Particulièrement des idées Maïmonide”. Zob. *La Philosophie Juive*, [hasło w:] *Jewish Encyclopedia i Bibliothèque et Archives, Canada*, www.bac-lac.gc.ca (dostęp: 1.03.2022).

²⁷ Pamięć tę utrudnia niedostępność translatorska źródeł hebrajskich, nieprzygotowanie do ich pogłębionego zrozumienia, a także (w inny sposób i w innym zakresie) niechęć wywoływana stosunkiem do judaizmu i semityzmu, często wzmocniana nachalnym eksponowaniem ich wyjątkowości, posuniętym do granic ekskluzywizmu nieetycznego i wysuwaniem na plan pierwszy osób,

koncepcji współczesnych władzy, państwa i jego administracji. Dostrzegając niewątpliwe wpływy myśli talmudycznej na instytucje: władzy, obowiązku, prawa, zwierzchności itd. — a więc kategorii istotnych dla pojmowania i opisywania relacji między jednostką a sprawującymi rządy — nie należy popadać w przesadę. Niewątpliwie jednak fakt, iż Talmud jest swoistym *corpus iuris* — „encyklopedią prawa cywilnego, karnego, kościelnego, międzynarodowego, prawa ludzkiego i Boskiego”²⁸, daje mu szczególne miejsce w historii rozumienia tego, co dziś gotowi jesteśmy uznawać za państwo, politykę i administrację²⁹.

Zagadnieniem odmiennym, ale równie interesującym jest wpływ doświadczeń diaspory żydowskiej na jej relacje z władzą (zwłaszcza administracją) państwa pobytu. Badanie mechanizmów ochrony i współdziałania, samorządności i samopomocy, reakcji na opresję, wykluczenie itd. może być inspirujące przy ocenie współczesnych postaw względem administracji państwowej i jej pojmowania³⁰. Dobrym przykładem korelacji wiedzy talmudycznej i współczesności są prace Martina Bubera³¹, a do pewnego stopnia wcześniejszego odeń Franza Rosenzweiga³². Przywoływanie Bubera czy innych przedstawicieli współtworzonego przezeń nurtu filozoficznego³³ ma sens o tyle, o ile budując teorie administracji i prawa administracyjnego (a także ustalając treść, cechy, determinanty itd. pojęcia administracji publicznej), sięgać będziemy do założeń „filozofii dialogowej”. To znaczy — o ile uznawać będziemy przy rozważaniach tego rodzaju możliwość istnienia korzeni sięgających do założeń tej filozofii; a w aspekcie praktycznym — możliwość istnienia administracji dialogującej, opartej na założeniu jej „rzeźwistego wyjścia ku człowiekowi i bycia z nim”³⁴.

a nie dokonań. O niechęci tego typu zob. m.in. J. Woleński, *Because He Admitted to Being a Jew*, Kraków 2007, s. 7 n.

²⁸ *Talmud*, przeł. i objaśnieniami uzupełnił I. Kramstück, Warszawa 1869, s. 13. Chodzi o pracę pierwotnie publikowaną przez British Museum, a następnie powtórzoną w „Revue Britannique”, przypisywaną Emmanuelowi Deutschowi.

²⁹ Ociera się o przesadę autor tego tekstu, gdy stwierdza zasadniczy wpływ (a nawet przeniesienie) metafizyki i filozofii Talmudu na „Platona, Arystotelesa, Pitagorejczyków, Nowo Platonistów i Gnostyków, nie mówiąc już o Spinozach i Schellingach naszych czasów” — *ibidem*, s. 12.

³⁰ Spośród wielu opracowań wskażmy tylko jedno: *The Jew in the Modern World. A Documentary History*, red. P.R. Mendes-Flohr, J. Rainharz, New York 1995.

³¹ Zob. np. M. Buber, *Ja i Ty. Wybór pism filozoficznych*, przeł. J. Doktor, Warszawa 1993.

³² Z jego prac przełożono na polski w zasadzie jedynie *Gwiazdę zbawienia* (przeł. T. Gadacz, Kraków 1998), choć interesujące nas poglądy Rosenzweiga dotyczące relacji człowieka z instytucjami społecznymi (publicznymi) odnajdujemy w większym stopniu w jego listach i *Dzienniku*; zob. F. Rosenzweig, *Gesammelte Schriften*, t. 2. *Briefe und Tagebücher*, Dordrecht 1979, zwł. cz. 1. Zob. też N.N. Glatzer, *Franz Rosenzweig: His Life and Thought*, New York 1961.

³³ Na przykład Ferdinanda Ebnera czy Emmanuela Lévinasa — oczywiście z dostrzeganiem istniejących między nimi odmierności.

³⁴ Jest to trawestacja — być może nieuprawniona — wypowiedzi Bubera na temat „dialogistyki”. Por. *idem*, *op. cit.*, s. 228.

Ustalenia tego typu można by traktować jako wstęp do rozważań nad typami relacji w stosunkach człowiek–władza, obywatel–administracja, interes indywidualny–interes zbiorowy, *privatum–publicum* itd. Narzuca się tu nieodparcie odniesienie do przemyśleń Emmanuela Lévinasa, na co tu nie ma miejsca³⁵. Zwróćmy tylko uwagę, że w opisywanych przez niego relacjach (ja ↔ ty i Toż-samy ↔ Inny) spotkanie stron tych relacji zawsze odbywa się w przestrzeni etycznej³⁶.

Pozwalam sobie przywołać — jako dowód słuszności przekonania o znaczeniu wpływów judaistycznych na kreowanie pojęć i sposobów ich wyrażania³⁷ — wyjątkowo inspirującą pracę Jerzego Leszczyńskiego³⁸, który odwołując się do poglądów Waltera Benjamina i Gershoma Scholema³⁹, a zwłaszcza powstałego między nimi dyskursu⁴⁰ (i na tym tle stanowiska interpretacyjnego Jacques’a Derridy⁴¹), wykazuje możliwe konsekwencje, niemożliwości odróżnienia „zewnątrznego” i „wewnętrznego”, „sytuacji faktycznej” i „prawa”. A to są przecież kwestie fundamentalne przy budowaniu pojęć z zakresu prawa administracyjnego. Zwłaszcza gdy podejmujemy próbę opisu filozofii tego prawa.

Bibliografia

- Buber M., *Ja i Ty. Wybór pism filozoficznych*, przeł. J. Doktor, Warszawa 1993.
Deleuze G., Guattari F., *Co to jest filozofia*, przeł. P. Pieniążek, Gdańsk 2000.
Derrida J., *De la grammatologie*, Paris 1967.
Derrida J., *O grammatologii*, przeł. B. Banasiak, Łódź 2011.
Frank D.H., *What is Jewish Philosophy. Foundations and First Principles*, [w:] *History of Jewish Philosophy*, red. D.H. Frank, O. Leaman, New York 1977.

³⁵ Piszę o tym w R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda...*

³⁶ U Lévinasa relacje te są oceniane w perspektywie metafizycznej. W mojej optyce należy je osądzać także w perspektywie aksjologicznej.

³⁷ Bibliografia prac z tego zakresu jest znacząca. Nie wychodząc poza ramy naszych analiz, zob. C. Hilfrich, *Les écrits de Mendelssohn sur le langage et sur l’écriture: commencement oubliés d’un discours judéo-allemand moderne sur le langage*, „Revue Germanique Internationale” 2002, nr 17, s. 41–53; eadem, *Lebendige Schrift Repräsentation und Idolatrie in Moses Mendelssohn Philosophie und Exegese des Judentums*, München 2000.

³⁸ J. Leszczyński, *Problem odróżnienia prawa od życia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga Jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 913 n.

³⁹ Zob. G. Scholem, *Żydzi i Niemcy. Eseje, listy, rozmowa*, przeł. M. Zawadowska, A. Lipszyc, wybór, oprac. i przedmowa A. Lipszyc, Sejny 2006.

⁴⁰ Odnosił się on do czynionego przez Franza Kafkę parabolicznego zrównania Prawa (pisma) Tory z prawem. Tego typu ocenom na temat symbolistyki Kafki sprzeciwia się Hermann Hesse, *Kafka–Deutungen*, [w:] *idem, Über Literatur*, Berlin–Weimar 1978, s. 480–481.

⁴¹ Stwierdzenia te przenoszę z pracy J. Leszczyńskiego, *op. cit.*, s. 914–916. Wskażmy jeszcze główne dzieło Derridy: *De la grammatologie*, Paris 1967, zob. zwł. pkt *Le signifiant de la vérité*; wydanie polskie: *O grammatologii*, przeł. B. Banasiak, Łódź 2011.

- Glatzer N.N., *Franz Rosenzweig: His Life and Thought*, New York 1961.
- Hesse H., *Kafka — Deutungen*, [w:] *idem, Über Literatur*, Berlin-Weimar 1978.
- Hilfrich C., *Les écrits de Mendelssohn sur le langage et sur l'écriture: commencemenc oubliés d'un discours judéo-allemand moderne sur le langage*, „Revue Germanique Internationale” 2002, nr 17.
- Hilfrich C., *Lebendige Schrift Repräsentation und Idolatrie in Moses Mendelssohn Philosophie und Exegese des Judentums*, München 2000.
- Jaworski L., *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924.
- The Jew in the Modern World. A Documentary History*, red. P.R. Mendes-Flohr, J. Rainharz, New York 1995.
- Koschembahr-Lyskowski I., *Przepisy ustawy a prawo w prawie cywilnym. Studium z dziedziny prawa porównawczego*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 7, 1935.
- Krzywicka I., *Wielcy i niewielcy*, Warszawa 2009.
- Krzywicki L., *Embriologia prawa*, „Prawda” nr 46/1887, [w:] *idem, Dzieła*, t. 3, Warszawa 1959.
- Leszczyński J., *Problem odróżnienia prawa od życia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga Jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Mendelssohn M., *Gesamelte schriften. Jubiläumsausgabe*, t. 14. *Hebräische schriften*, red. H. Borodianski, Stuttgart 1972.
- Nietzsche F., *Teoriopoznawcze wprowadzenie o prawdzie i kłamstwie w sensie pozamoralnym*, „Teksty: Teoria literatury, krytyka, interpretacja” 1980, nr 3.
- Nietzsche F., *Werke*, t. 3. *Aus dem Nachlass der Achtziger Jahre*, München 1969.
- Novak D., *The Talmud as a Source for Philosophical Reflection*, [w:] *History of Jewish Philosophy*, red. D.H. Frank, O. Leaman, New York 1977.
- Opalek K., *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 6.
- Peczenik A., *W obronie dogmatyki prawa*, [w:] *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga Jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina*, red. M. Zieliński, Szczecin 2005.
- Peczenik A., *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966.
- La Philosophie Juive*, [hasło w:] *Jewish Encyclopedia i Bibliothèque et Archives, Canada*, www.bac-lac.gc.ca.
- Rosenzweig F., *Gesammelte Schriften*, t. 2. *Briefe und Tagebücher*, Dordrecht 1979.
- Rosenzweig F., *Gwiazda zbawienia*, przeł. T. Gadacz, Kraków 1998.
- Rundstein S., *Zagadnienia teorii prawa w orzecznictwie cywilnym Sądu Najwyższego*, Warszawa 1938.
- Scholem G., *Żydzi i Niemcy. Eseje, listy, rozmowa*, przeł. M. Zawadowska, A. Lipszyc, wybór, oprac. i przedmowa A. Lipszyc, Sejny 2006.
- Simon H., Simon M., *Filozofia żydowska*, przeł. T.G. Pszczołkowski, Warszawa 1990.
- Sowiński R., *Notariat a rozwój gospodarczy Chin*, cz. 1, „Rejent” 2003, nr 4.
- Sowiński R., *Notariat a rozwój gospodarczy Chin*, cz. 2, „Rejent” 2003, nr 5.
- Sowiński R., *O definiowaniu „nadzoru” w prawie administracyjnym i prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*, Szczecin 2004.
- Sowiński R., *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007.
- Szczerbiński W., *Egzystencjalizm i esencjalizm żydowski*, „Colloquia Theologica Adalbertina. Systematica” 5, 2004.
- Talmud*, przeł. i objaśnieniami uzupełnił I. Kramstück, Warszawa 1869.
- Turnèbe Libri Singulares, Ex Bibliotheca Regia*, Paris 1552.
- Winston D., *Hellenistic Jewish philosophy*, [w:] *History of Jewish Philosophy*, red. D.H. Frank, O. Leaman, New York 1977.

- Woleński J., *Because He Admitted to Being a Jew*, Kraków 2007.
- Wołodkiewicz W., *Ignacy Koschimbahr-Lyskowski 1864–1945*, [w:] *W kręgu Wielkich Humanistów. Kultura antyczna w Uniwersytecie Warszawskim po I wojnie światowej*, red. I. Bieżun-Małowist, Warszawa 1991.
- Wróblewski J., *Prawo i płaszczyzny jego badania*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 6.
- Zieliński M., *Dwa nurty pojmowania „kompetencji”*, [w:] *Gospodarka, administracja, samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1997.
- Zieliński T., *Hellenizm a judaizm*, Toruń 2010.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

About the Necessity of Constant Determination of Concepts in Administrative Studies

Summary

Concepts in administrative studies, and more broadly in legal sciences, should be constantly revised. Maintaining outdated concepts detached from reality hampers progress and modernization of the institution of administrative law, especially economic administrative law. On the other hand, defining legal categories according to what is, and not what should be, leads to the deformation and demoralization of concepts detached from the guiding principles and values of law. Globalization requires those creating legal concepts to refer to the achievements of other cultures; distant — like Eastern cultures — and forgotten or overlooked — like the Judaic culture. It is necessary to overcome cognitive and perceptual-mental barriers. When creating the philosophy of administrative law, it is important to refer to the achievements of Emmanuel Lévinas.

Keywords: legal concepts, the idea of law, defining the categories of administrative law, philosophy of law.

JERZY SUPERNAT

ORCID: 0000-0002-4590-0980

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

jerzy.supernat@uwr.edu.pl

Kilka uwag o pojęciu i funkcjach państwa

Abstrakt: Ewolucja funkcji państwa, w tym wobec gospodarki, utrudnia zdefiniowanie terminu „państwo” z uwzględnieniem jego zmieniających się funkcji. Możliwym rozwiązaniem jest przyjęcie podejścia hybrydowego, polegającego na połączeniu definiowania pojęcia państwa z charakterystyką jego elementów konstytutywnych, w tym funkcji.

Słowa kluczowe: państwo, funkcje państwa, administracja publiczna, prawo administracyjne.

Szanowny Jubilat, prof. Tadeusz Kocowski, od studenckich czasów zajmuje się funkcjami państwa wobec gospodarki¹. Jego bogaty dorobek w tym zakresie inspiruje do sformułowania kilku uwag na temat pojęcia państwa i jego funkcji, zwłaszcza że liczne zmiany i modyfikacje funkcji państwa, w tym wobec gospodarki, stawiają pod znakiem zapytania możliwość sformułowania uniwersalnej, pojemnej definicji państwa, nieograniczonej do ustaleń na wysokim poziomie abstrakcji z kilkoma jedynie rudymenarnymi elementami konstrukcyjnymi². W tych okolicznościach warto się zastanowić nad już przyjętymi, ale i możliwymi innymi sposobami definiowania istoty tego dynamicznego zjawiska, jakim jest państwo z jego zmieniającymi się funkcjami.

¹ Zob. m.in. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009; *idem*, *Policja gospodarcza*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018, s. 691 n.; *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a, s. 711 n.

² Różnorodne procesy i zmiany zachodzące w państwie powodują, że Christopher C. Hood opisuje rząd i jego administrację nie poprzez analizę niezliczonych heterogenicznych celów i funkcji, lecz analizę narzędzi opartych na kilku fundamentalnych zasobach, którymi dysponuje ze swej istoty każdy rząd i każda administracja; zob. *idem*, *The Tools of Government*, London 1983.

Przedział czasowy dla sformułowania uwag o pojęciu i funkcjach państwa nie jest wbrew pozorom zbyt rozległy, jako że „państwo” jako pojęcie prawne i przedmiot badań naukowych jest relatywnie nowym zjawiskiem³. Terminem „państwo” we współczesnym znaczeniu terytorialnie zorientowanej władzy suwerennej i bytu geopolitycznego o względnie jednolitej strukturze społecznej i gospodarczej posłużył się dopiero Niccolò Machiavelli (1469–1527)⁴. Na studiach administracyjnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego, które Jubilat odbył w latach 1969–1974, a tak się składa, że byłem z nim na jednym roku, państwo było przedmiotem zwłaszcza prawa państwowego (dzisiaj prawa konstytucyjnego), prawa międzynarodowego publicznego, historii doktryn politycznych i prawnych, a także wykładanych w Instytucie Nauk Administracyjnych: prawa administracyjnego, prawa finansowego, nauki administracji i zarządzania gospodarką narodową. Natomiast z powodów metodologicznych państwem, będącym przecież bez żadnej wątpliwości organizacją — suwerenną, polityczną, instytucjonalną, racjonalną, ciągłą, terytorialną itd. — nie zajmowała się wykładana w Instytucie teoria organizacji i zarządzania⁵. Państwowe odniesienia na zajęciach ze wskazanych przedmiotów niewątpliwie gruntowały rozumienie państwa i jego doniosłość w młodych głowach studentów administracji.

„Państwo” jako pojęcie prawne zyskało szczególne znaczenie w obszarze prawa międzynarodowego publicznego w XIX wieku. Wówczas państwo było już pierwotnym podmiotem prawnym, którym zajmowało się prawo międzynarodowe publiczne, i sytuacja taka ma miejsce praktycznie do dzisiaj, jako że pojawienie się obdarzonych podmiotowością wtórną dużych organizacji międzynarodowych niewiele zmieniło. Wystarczy wskazać, że członkostwo w takich organizacjach, jak Organizacja Narodów Zjednoczonych, Unia Europejska i Rada Europy, wymaga posiadania statusu państwa (rzecz jasna, nie jest to warunek jedyny czy wystarczający).

W tym kontekście doktrynalną pomoc orientacyjną odnośnie do rozumienia państwa przyniosła na początku XX wieku trójelementowa koncepcja państwa Georga Jellinka, zgodnie z którą o władzy suwerennej można mówić jako o państwie, jeżeli mamy do czynienia z jednością trzech elementów konstytutywnych:

³ O konieczności istnienia państwa zob. m.in. R.G. Holcombe, *Government — Unnecessary but Inevitable*, „The Independent Review” 8, 2004, nr 3, s. 325 n. oraz F. Fukuyama, *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy w XXI wieku*, Poznań 2005. Szczególnym przypadkiem kraju bez państwa jest Zjednoczone Królestwo, jako że prawo angielskie nie zna pojęcia państwa, a najbliższym jego ekwiwalentem jest pojęcie korony (*the Crown*). Szerzej zob. M. Loughlin, *Evolution and Gestalt of the State in the United Kingdom*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017, s. 451 n.

⁴ Zob. N. Machiavelli, *Księżę*, Warszawa 2017.

⁵ Pomost między teorią organizacji i zarządzania a państwem budował między innymi Wacław Dawidowicz. Zob. *idem, Zagadnienia teorii organizacji i kierowania w administracji państwowej*, Warszawa 1972.

terytorium (*Staatsgebiet*), narodu (*Staatsvolk*) i władzy zwierzchniej (*Staatsgewalt*)⁶. Koncepcja ta znalazła normatywny wyraz w regionalnej konwencji o prawach i obowiązkach państw przyjętej przez Siódmą Międzynarodową Konferencję Państw Amerykańskich w Montevideo 26 grudnia 1933 roku, której art. 1 stanowi: „Państwo jako podmiot prawa międzynarodowego powinno mieć następujące elementy: a) stałą ludność [*a permanent population*], b) określone terytorium, c) suwerenną władzę [*government*] i d) zdolność wchodzenia w stosunki z innymi państwami”⁷.

Wskazane doktrynalne i normatywne elementy konstytutywne państwa z czasem ulegały pewnym modyfikacjom, aby wskazać fakt powierzenia (przyznania) przez państwa członkowskie Unii Europejskiej części ich suwerenności na rzecz Unii, w tym w dziedzinie gospodarczej⁸, czy determinowaną tym powierzeniem deterytorializację ich administracji w UE⁹. Wyszczególnione modyfikacje nie przyniosły jednak realnego zagrożenia dla państw członkowskich Unii Europejskiej w kategoriach ich faktycznej władzy i państwowego statusu, co pozwala mówić o stabilności tradycyjnego pojęcia państwa. Stabilność ta jest istotna, jako że odzwierciedla fundamentalną potrzebę wspólnoty państw w celu zapewnienia solidnych podstaw w dynamicznym świecie. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że trójelementowa czy czteroelementowa koncepcja państwa jest niewystarczająca do analizy i konceptualizacji zmian funkcji państwa, w tym funkcji państwa wobec gospodarki, determinowanych wieloma czynnikami: społecznymi, politycznymi, naukowymi, technicznymi i innymi, zarówno krajowymi, jak i międzynarodowymi. W tych okolicznościach uwzględnienie różnorodności i zmian funkcji państwa wymaga wzięcia pod uwagę zmian koncepcji i modeli państwa oraz państwowości.

Początkowo typowe funkcje wczesnonowożytnego państwa były grupowane i omawiane w ramach pojęcia policji. Tak było w szczególności w Niemczech¹⁰.

⁶ Zob. *opus magnum* Geogra Jellinka, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914, zwłaszcza jego część 3. *Allgemeine Staatsrechtslehre*, a także J. Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen 2000 oraz J. Kostrubiec, *Nauka o państwie w myśli Georga Jellinka*, Lublin 2015.

⁷ <https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=0800000280166aef> (dostęp: 30.12.2021).

⁸ Zob. E.A. Young, *A Comparative Perspective*, [w:] *Oxford Principles of European Union Law. The European Union Legal Order*, t. 1, red. R. Schütze, T. Tridimas, Oxford 2018, s. 150 n. oraz zniuansowany tekst Jacka Czaputowicza, *Suwerenność państwa w Unii Europejskiej*, [w:] *Administracja publiczna. Wyzwania w dobie integracji europejskiej*, red. J. Czaputowicz, Warszawa 2008, s. 3 n.

⁹ Zob. B. Kowalczyk, *Deterytorializacja administracji publicznej w europejskiej przestrzeni prawnej*, Wrocław 2021. Autorka definiuje deterytorializację administracji publicznej w ujęciu dynamicznym jako „proces wykonywania zadań i kompetencji administracji publicznej, w zakresie powierzonym uprzednio Unii Europejskiej przez państwa, przez organ administracji jednego państwa członkowskiego UE na terytorium innego państwa członkowskiego, na podstawie prawa UE i służący zapewnieniu temu prawu efektywności” — *ibidem*, s. 224–225.

¹⁰ Zob. F. Longchamps, *Założenia nauki administracji*, Wrocław 1949.

Nowo powstała nauka o policji (*Policey-Wissenschaft*) miała tam za zadanie analizować stopniowo rozwijające się państwo policyjne¹¹. Państwo to, które można ujmować jako wczesny przejaw państwa dobrobytu (*the welfare state*), jest zasadniczo prusko-hegłowskim państwem autorytarnym czy państwem zwierzchności (*der Obrigkeitstaat*), czyli takim, które postrzega jednostki na swoim terytorium raczej jako poddanych pozbawionych ochrony prawnej (sędziowskiej) aniżeli jako jednostki wyposażone w prawa względem władzy panującego¹².

Modelem państwa przeciwnym do monarchistycznego państwa autorytarnego, którego egzemplifikacją we Francji był absolutyzm Ludwika XIV, a w niemieckiej tradycji idea *Machtstaat*¹³, będąca syntezą nowożytnych sposobów prowadzenia ekspansywnej *Realpolitik*, stał się w wiekach XVIII i XIX ideał liberalnego państwa prawa (*Rechtstaat*), z czasem przyjmujący także postać realną¹⁴. Koncepcja państwa prawa, czyli państwa rządzonego przez prawo, a nie przez ludzi, ma wiele punktów zbieżnych z angielską koncepcją rządów prawa (*the rule of law*), ale nie są to zamysły identyczne. Ujmując rzecz najogólniej, należałoby wskazać, że zasada rządów prawa w Anglii w sytuacji braku wyraźnej dystynkcji między prawem publicznym a prawem prywatnym (między prawem administracyjnym a *common law*) oraz podporządkowania administracji prawu powszechnemu (*ordinary law*) oznacza *de facto* nie tyle rządy prawa, ile rządy judykatury¹⁵.

Przejęcie przez państwo liberalne funkcji socjalnych spowodowało jego ewolucję w kierunku państwa dobrobytu (*the welfare state*, *Wohlfahrtsstaat*), który to proces nie przebiegał wszędzie z tą samą prędkością i intensywnością. To samo można powiedzieć o procesie demokratyzacji państw, czego efektem jest to, że dzisiaj praktycznie wszystkie państwa na świecie określają się jako demokratyczne, choć ich praktyka polityczna nie zawsze odzwierciedla zasady demokratyczne¹⁶.

¹¹ Później naukę o policji zastąpiły nauki o państwie: *Staatslehre* i *Staatswissenschaft*, zajmujące się badaniem istoty państwa.

¹² Przekształcenie poddanego w obywatela i przełamanie tradycyjnej administracji było zadaniem prawa administracyjnego (*Verwaltungsrecht*). Prawo administracyjne było zatem instrumentem transformacji administracji i walki o emancypację jednostek. W obszarze państwa policyjnego wyłoniło się zatem prawo administracyjne, którego krytycznym elementem była zasada państwa prawa. Jak zauważył Otto Mayer: „Państwo prawa jest państwem dobrze uporządkowanego prawa administracyjnego” — *idem*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 1, Berlin 1924, s. 58; jeśli nie podano inaczej, przeł. J.S.

¹³ Na temat państwa władzy (*Machtstaat*) w pracach Maxa Webera zob. A. Anter, *Max Weber's Theory of the Modern State. Origins, Structure and Significance*, Basingstoke 2014, s. 124 n.

¹⁴ W Austrii nastąpiło to w drodze regulacji z lat 1867 i 1875, oddzielających wymiar sprawiedliwości od administracji i wprowadzających sądową kontrolę administracji. Zob. L. Rathmanner, *Administrative Procedure in Austria — from the Monarchy to the Republic*, [w:] *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries*, red. Z. Kmieciak, Łódź-Warszawa 2021, s. 54 n.

¹⁵ Zob. M. Loughlin, *op. cit.*, s. 468.

¹⁶ Zob. raporty krajowe w: *An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, red. D. Davis, A. Richter, C. Saunders, Oregon 2015.

W czasie wojen i kryzysów w XX wieku rozwinęło się państwo interwencjonistyczne (interwencyjne) (*the interventionist state*), wkraczające coraz bardziej w dziedzinę gospodarki. Notabene, oprócz centralizacji (ale też antycentralizacji i decentralizacji¹⁷) oraz idei państwa narodowego, wkraczanie państwa w szeroko rozumiane sprawy gospodarcze (w tym pobór podatków), a także wojskowe zawsze było istotnym czynnikiem kształtowania państwa. Takie potężne kolonialne państwa jak Francja i Anglia były *de facto* militarnymi państwami fiskalnymi — obydwie posiadały i utrzymywały olbrzymie armie, co wymagało gromadzenia ogromnych sum z nakładanych podatków.

W każdym razie w drugiej połowie XX wieku akceptację zaczął zdobywać wspólny model dobrego państwa (*good state*) z dobrą administracją (*good administration*), zorientowany na idee rządów prawa, państwa socjalnego (socjalnego państwa dobrobytu) i demokracji¹⁸. Należy tutaj podkreślić, że modele są istotne i są wykorzystywane zarówno w praktycznym funkcjonowaniu państwa, jak i w domenie teorii państwa. Modele, które pojawiły się w ostatnim czasie, służą głównie charakterystyce nowych lub nowo odkrytych wymiarów i funkcji państwa, a nie samej państwowości¹⁹. Mianowicie dyskutuje się dzisiaj o modelach państwa tworzącego możliwości (*Gewährleistungsstaat, the warranty state*), państwa regulacyjnego (*the regulatory state*) czy państwa ekologicznego (*the ecological state*), bez żadnej intencji dezawuowania osiągnięć demokratycznego socjalnego państwa dobrobytu. Co więcej, wyłonienie się innych współczesnych modeli państwa, na przykład państwa kooperacyjnego (*the cooperative state*), eksponuje przesunięcia akcentów, a nie fundamentalną zmianę paradygmatu państwowości²⁰. Jednocześnie te „przesunięcia akcentów” wywarły poważny wpływ na tradycyjną budowę administracji i prawa administracyjnego — dla przykładu warto wskazać, że administracja nie tylko nakłada obowiązki, ale także świadczy usługi²¹; że administracja nie jest już definiowana wyłącznie przez jej pierwotną cechę władczości²², lecz także przez dialog z obywatelami i ich organizacjami; że istnienie niezależnych organów regulacyjnych przyczyniło się do fragmentyza-

¹⁷ Zob. J. Supernat, *W Anglii, [w:] Samorząd terytorialny i administracja w wybranych krajach. Gmina w państwach Europy Zachodniej*, red. J. Jeżewski, Wrocław 1999, s. 17 n.

¹⁸ Na temat ewolucji i tendencji do ujednoczenia modeli administracji publicznej z perspektywy izomorfizmu instytucjonalnego zob. A. Chrisidu-Budnik, *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019.

¹⁹ Zob. M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.

²⁰ Zob. G. Biaggini, *Legal Conceptions of Statehood, [w:] The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 557 n.

²¹ Zob. T. Kuta, *Aspekty prawne działań administracji publicznej w organizowaniu usług*, Wrocław 1969.

²² Zob. Z. Niewiadomski, *Pojęcie administracji publicznej, [w:] System Prawa Administracyjnego*, t. 1. *Instytucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 60.

cji administracji i podważyło jej unitarność²³; że liberalizacja, prywatyzacja i *outsourcing* zmniejszyły różnicę między sferami publiczną a prywatną itd. Innymi słowy, doszło do zmiany paradygmatów państwa administracyjnego²⁴.

W obszarze zainteresowań Jubilata, czyli funkcji państwa wobec gospodarki, wskazane zmiany można określić jako zmniejszanie wpływu państwa na gospodarkę na rzecz rynku²⁵. To zmniejszenie wpływu państwa zostało zapoczątkowane i znalazło najpełniejszy wyraz w zjawiskach prywatyzacji, liberalizacji i deregulacji, rozpoczętych w latach siedemdziesiątych XX wieku, najpierw w Zjednoczonym Królestwie i Nowej Zelandii²⁶.

Prywatyzacja miała wiele postaci, zwłaszcza outsourcingu funkcji publicznych przez powierzanie ich wykonywania sektorowi prywatnemu w procesie kontraktowania (*contracting out*) oraz wycofywania pewnych działań z obszaru interwencji publicznej i ich transferu do sektora komercyjnego poddanego nowym formom regulacji²⁷. Liberalizacja (deregulacja) towarzyszyła prywatyzacji o tyle, o ile państwo zmniejszało ramy ustawodawcze i regulacyjne prywatnej działalności gospodarczej, zmniejszając lub eliminując regulacje dotyczące cen, różnych koncesji i pozwoleń administracyjnych itd. Zjawiska te notabene wpłynęły na przepisy prawa administracyjnego, powodując regresję interwencji publicznej. Jednocześnie zjawiska outsourcingu i kontraktowania przyniosły ważne i trudne pytania dla prawa administracyjnego, dotyczące praw obywatela w sytuacji urynkowienia usług publicznych, monitorowania implementacji wcześniej państwowych, a obecnie powierzonych sektorowi prywatnemu zadań, a także zapewnienia szacunku dla wartości interesu publicznego przez podmioty, które przejęły odpowiedzialność za te zadania²⁸.

Zarazem jednak prywatyzacja i liberalizacja wymagały od prawa administracyjnego zapewnienia nadzoru prawnego nad nowymi formami działalności prywat-

²³ Zob. M. Szydło, *Relacje pomiędzy Komisją Europejską a krajowymi organami regulacyjnymi. Czy nowy model administracji europejskiej?*, [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku *et al.*, Wrocław 2005, s. 209 n.

²⁴ Na temat pojęcia państwa administracyjnego zob. teksty zamieszczone w: *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, a także J. Supernat, *Państwo administracyjne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1, s. 575 n.

²⁵ Zob. J.B. Auby, *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 613.

²⁶ Zob. M. Swora, *Państwo kontraktujące. Reforma sektora państwowego w Nowej Zelandii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 67, 2005, nr 4, s. 149 n.

²⁷ Zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa 1994. Krytycznie na temat prywatyzacji wykonywania zadań z zakresu nadzoru policyjnego zob. T. Kocowski, W. Małecki, *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020, s. 129 n.

²⁸ Zob. D. Sześciło, *Rynek, prywatyzacja, interes publiczny. Wyzwania urynkowienia usług publicznych*, Warszawa 2014 oraz B. Jaworski, *Prawo administracyjne w kontekście public-private divide*, [w:] *Pogranicze prawa administracyjnego. IX Krakowsko-Wrocławskie Spotkanie Naukowe Administratywistów*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019, s. 135 n.

nej, dla których utworowało ono drogę. Odpowiedzią strukturalną było wypracowanie konstrukcji prawnej niezależnych organów administracyjnych, tak zwanych agencji regulacyjnych. Natomiast odpowiedzią funkcjonalną było wypracowanie instrumentów prawnych, które zastąpiły tradycyjne sposoby regulacji gospodarki, zwłaszcza uprawnień prawodawczych i sankcjonujących, w które wyposażono niezależne organy administracyjne²⁹.

Podsumowując, można skonkludować, że pojęcie państwa nie jest łatwe do uchwycenia, co nie jest zaskakujące, jeżeli uświadomimy sobie, że przywołane koncepcje i modele państwa kładą nacisk na procesy, a co, swoją drogą, jest jak najbardziej słuszne, jako że wszystkie złożone struktury są następstwem procesów selektywnej ewolucji i mogą być wyjaśniane tylko przez analizę tych procesów³⁰. W przypadku państwa prawa nie było orientacji na państwo prawa jako ustalony, jasno zdefiniowany cel czy model, a raczej na proces w kierunku zbudowania państwa prawa, na stopniowe, narastające nasycenie władzy państwowej rządami prawa. Także „demokratyzacja” i „centralizacja” czy „decentralizacja” są pojęciami, które kładą nacisk na procesy.

Nacisk ten odnosi się również do najnowszych zjawisk europeizacji i globalizacji, wpływających na poszczególne państwa. Przy tym interesująca możliwość bardziej dokładnego określenia tych procesów leży w przyjęciu nieco innego spojrzenia na państwo od tych zarysowanych w niniejszym artykule. Ta inna perspektywa wyrasta z oczywistej konstatacji, że każde współczesne państwo jest państwem administracyjnym³¹, co znaczy, że administracja jako organizacja jest jednym z konstytutywnych elementów każdego państwa. Stosunek między administracją a pozostałymi kluczowymi aktorami w obrębie państwa, zwłaszcza rządem, parlamentem i wymiarem sprawiedliwości, jest istotną cechą ustrojową każdego państwa. To samo można powiedzieć o stosunku między centralną administracją rządową a samorządem terytorialnym, a także o stosunku między scentralizowaną administracją rządową a zdecentralizowanymi samodzielnymi agencjami regulacyjnymi. Oznacza to, że każdy zainteresowany tym, jak dalece procesy europeizacji i globalizacji zmieniają strukturę państwa oraz podstawowe koncepcje i modele państwa, zyska wiele, badając administrację i jej relacje z innymi kluczowymi aktorami w obrębie państwa.

Zmiany powodowane przez umiędzynarodowienie widoczne są przede wszystkim w obrębie poszczególnych tradycyjnych władz państwa i powiązaniach między nimi, czyli w ramach ustrojowego prawa administracyjnego, choć taka

²⁹ Zob. W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.

³⁰ Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3. *The Political Order of a Free People*, Chicago 1979, s. 158.

³¹ Jak zauważa Sabino Cassese: „[t]am, gdzie jest państwo, jest administracja, i odwrotnie” — *idem*, *The Administrative State in Europe*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 58.

konstatacja nie powinna eliminować z pola widzenia skutków europeizacji i globalizacji dla materialnego i proceduralnego prawa administracyjnego³².

Posługiwanie się określonymi terminami służącymi definiowaniu pojęcia państwa i jego funkcji nie zawsze znajduje potwierdzenie w rzeczywistości. Przykładów tej prawidłowości jest wiele, a być może najbardziej oczywisty jest przypadek szeroko używanego w polemikach politycznych terminu z 1862 roku, autorstwa Ferdinanda Lassalle'a, „państwo stróż nocny” (*Nachtwachterstaat*)³³, który to termin odnosi się do takiego liberalnego państwa minimalnego, jakie w rzeczywistości nigdy w XIX wieku ani później nie istniało. Nie oznacza to jednak, że należy rezygnować z definiowania pojęcia państwa. Oznaczałoby to bowiem uprawianie teorii państwa bez odpowiedniej terminologii.

Ekwifinalizm podpowiada istnienie jeszcze innych podejść do wyjaśnienia istoty państwa, z których notabene korzysta nauka prawa administracyjnego, zarówno definiująca kluczowe pojęcia administracji i prawa administracyjnego, jak i wyjaśniająca je poprzez analizę kanonu zagadnień konstytucyjnych dla tych pojęć³⁴. Taka hybrydowość jest także rozwiązaniem w teorii państwa w odniesieniu do wyjaśnienia pojęcia państwa z uwzględnieniem zmienności jego funkcji.

Bibliografia

- Anter A., *Max Weber's Theory of the Modern State. Origins, Structure and Significance*, Basingstoke 2014.
- Auby J.B., *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017, s. 601–630.
- Biaggini G., *Legal Conceptions of Statehood*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017, s. 557–578.
- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa 1994.
- Cassese S., *The Administrative State in Europe*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017, s. 57–97.
- Chrisidu-Budnik A., *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019.
- Czaputowicz J., *Suverenność państwa w Unii Europejskiej*, [w:] *Administracja publiczna. Wyzwania w dobie integracji europejskiej*, red. J. Czaputowicz, Warszawa 2008, s. 3–22.

³² Zob. M. Wilbrandt-Gotowicz, *Zintegrowane z prawem Unii Europejskiej postępowania administracyjne*, Warszawa 2017; H.C.H. Hofmann, *Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law*, [w:] *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, red. H.C.H. Hofmann, A.H. Türk, Cheltenham 2009, s. 136 n. oraz M. Kruś, *Akt transnarodowy w systemie europejskich aktów administracyjnych*, Poznań 2021.

³³ Zob. L. von Mises, *Liberalizm w tradycji klasycznej*, Kraków 2001.

³⁴ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 27 n.

- Dawidowicz W., *Zagadnienia teorii organizacji i kierowania w administracji państwowej*, Warszawa 1972.
- Fukuyama F., *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy w XXI wieku*, Poznań 2005.
- Hayek F.A., *Law, Legislation and Liberty*, t. 3. *The Political Order of a Free People*, Chicago 1979.
- Hoff W., *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.
- Hofmann H.C.H., *Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law*, [w:] *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, red. H.C.H. Hofmann, A.H. Türk, Cheltenham 2009, s. 136–167.
- Holcombe R.G., *Government — Unnecessary but Inevitable*, „The Independent Review” 8, 2004, nr 3, s. 325–342.
- Hood Ch.C., *The Tools of Government*, London 1983.
- An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, red. D. Davis, A. Richter, C. Saunders, Oregon 2015.
- Jaworski B., *Prawo administracyjne w kontekście public–private divide*, [w:] *Pogranicze prawa administracyjnego. IX Krakowsko-Wrocławskie Spotkanie Naukowe Administratywistów*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019, s. 135–147.
- Jellinek G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914.
- Kersten J., *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen 2000.
- Kocowski T., *Policja gospodarcza*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018, s. 691–710.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018, s. 711–732.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kocowski T., Małecki W., *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020, s. 129–146.
- Kostrubiec J., *Nauka o państwie w myśli Georga Jellinka*, Lublin 2015.
- Kowalczyk B., *Deterytorializacja administracji publicznej w europejskiej przestrzeni prawnej*, Wrocław 2021.
- Kruś M., *Akt transnarodowy w systemie europejskich aktów administracyjnych*, Poznań 2021.
- Kuta T., *Aspekty prawne działań administracji publicznej w organizowaniu usług*, Wrocław 1969.
- Longchamps F., *Założenia nauki administracji*, Wrocław 1949.
- Loughlin M., *Evolution and Gestalt of the State in the United Kingdom*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017, s. 451–492.
- Machiavelli N., *Książę*, Warszawa 2017.
- The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 1, Berlin 1924.
- Mises L. von, *Liberalizm w tradycji klasycznej*, Kraków 2001.
- Niewiadomski Z., *Pojęcie administracji publicznej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 1. *Institucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 1–60.
- Rathmanner L., *Administrative Procedure in Austria — from the Monarchy to the Republic*, [w:] *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries*, red. Z. Kmiciek, Łódź-Warszawa 2021, s. 53–70.
- Supernat J., *Państwo administracyjne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120, 2020, cz. 1, s. 575–585.
- Supernat J., *W Anglii*, [w:] *Samorząd terytorialny i administracja w wybranych krajach. Gmina w państwach Europy Zachodniej*, red. J. Jeżewski, Wrocław 1999, s. 17–73.

- Swora M., *Państwo kontraktujące. Reforma sektora państwowego w Nowej Zelandii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 67, 2005, nr 4, s. 149–166.
- Sześciło D., *Rynek, prywatyzacja, interes publiczny. Wyzwania urynkowania usług publicznych*, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Relacje pomiędzy Komisją Europejską a krajowymi organami regulacyjnymi. Czy nowy model administracji europejskiej?*, [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak, Wrocław 2005, s. 209–214.
- Wilbrandt-Gotowicz M., *Zintegrowane z prawem Unii Europejskiej postępowania administracyjne*, Warszawa 2017.
- Young E.A., *A Comparative Perspective*, [w:] *Oxford Principles of European Union Law. The European Union Legal Order*, t. 1, red. R. Schütze, T. Tridimas, Oxford 2018, s. 142–188.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020.

Some Remarks on the Concept and Functions of the State

Summary

The evolution of the state's functions, including the ones in the field of economy, makes it difficult to define the concept of the state together with its changing functions. The possible solution lies in the application of a hybrid approach, which entails both defining the concept of the state and characterizing its constitutive elements, including its functions.

Keywords: state, state's functions, public administration, administrative law.

PAŃSTWO I GOSPODARKA WOBEC WYZWAŃ
PRZYSZŁOŚCI I WSPÓŁCZESNOŚCI

JERZY JACYSZYN

ORCID: 0000-0003-1732-7678

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.)

jerzy.jacyszyn@interia.pl

Wolne zawody w przyszłości

Abstrakt: Nikt nie jest w stanie powiedzieć, jak będzie wyglądało wykonywanie wolnego zawodu w odległych czasach, kto będzie zaliczany do grupy osób wykonujących wolne zawody, jakie nowe profesje się pojawią, a jakie znikną. Dlatego tak ważne jest, by zastanowić nad przyszłością osób wykonujących wolne zawody.

Słowa kluczowe: wolne zawody, nowe wolne zawody, przyszłość.

O ile przeszłość wolnych zawodów jest stosunkowo dobrze znana¹, o tyle przyszłość tych profesji wydaje się nieco enigmatyczna. Nikt nie jest bowiem w stanie powiedzieć, jak będzie wyglądało wykonywanie wolnego zawodu w odległych czasach, kto będzie zaliczany do grupy osób wykonujących wolny zawód, jakie nowe profesje się pojawią, a jakie znikną. Jak można przewidywać, wiele tradycyjnych zawodów straci rację bytu z powodu braku zainteresowania nimi ze strony klientów. Trzeba też podkreślić, że zjawisko powstawania nowych zawodów jest nieodwracalnie związane ze schyłkiem lub zanikaniem bądź przekształcaniem niektórych obecnych profesji. Jedno wydaje się oczywiste — na znaczeniu będą traciły zawody, w których wymagana jest jedynie siła fizyczna. Ta specyfika pracy nie jest jednak znana osobom wykonującym wolne zawody, opierające się na specjalistycznym wykształceniu, intelekcie oraz wysokich kompetencjach.

Taki proces będzie się odbywał w najważniejszych sektorach gospodarczych: od sztuki po opiekę medyczną, i często będzie równoważony przez tworzenie nowych miejsc pracy. Świat się zmienia. Zawody, które gwarantowały dobrobyt,

¹ Szerzej na temat historii wolnych zawodów zob. *Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneza, funkcjonowanie, aktualne problemy. Opracowania tematyczne*, OT-624, Kancelaria Senatu, Biuro Analiz i Dokumentacji, listopad 2013.

spokój i pracę, powoli znikają z rynku. Niekiedy nazw przyszłych zawodów jeszcze nie znamy. Łatwiej określić branże, w której się pojawią, niż konkretnie nazwać profesję. Można też w przybliżeniu określać kompetencje i specjalności, do jakich zawody w przyszłości będą oczekiwane społecznie i gospodarczo. Nie to jest jednak ważne; istotne jest, że proces transformacji zawodów trwa i w dużej mierze dotyczy też osób wykonujących wolne zawody.

Czy o wolnych zawodach można mówić, że są to zawody przyszłości? W pewnym sensie na pewno tak, ale też nie do końca, gdyż one aktualnie istnieją. Natomiast „zawody przyszłości” to takie, które według prognoz pojawią się niebawem na rynku lub powoli się już na nim umiejscawiają.

Według prognoz niektóre wolne zawody będą znikać, takie jak na przykład księgowy, doradca podatkowy czy makler giełdowy. Ich miejsce zajmą komputery i określone systemy zaprogramowane przez specjalistów i informatyków. Chociaż według raportu Instytutu Pracy i Spraw Socjalnych, w którym wymienione są zawody przyszłości 2020 roku, za pięć lat branża finansowa będzie zatrudniać o 43% więcej osób, niż było to w 2012 roku². Poszukiwani będą: doradcy kredytowi i inwestycyjni, analitycy kredytowi i inwestycyjni, księgowi i sprzedawcy produktów finansowych. W dużej mierze popyt na te zawody jest podyktowany zapotrzebowaniem gospodarczym, które w miarę upływu lat się zmienia.

Lista nowych zawodów, jakie kształtują się współcześnie, jest długa. Według prognoz w ciągu najbliższych dziesięciu lat ma powstać około 300 zawodów, które wygenerują nowoczesna gospodarka oraz potrzeby społeczne. Proces kształtowania się tych zawodów jest już obecnie dostrzegalny. Trwają też transformacje w grupie wolnych zawodów, wśród których następuje wyraźna specjalizacja, pogłębianie wiedzy i umiejętności. Pojawia się zatem pytanie, czy jesteśmy do tego przygotowani, czy nastąpił proces nowego kształcenia specjalistów wykonujących wolny zawód, czy wdrażane są nowe technologie i informatyzacja wykonawców wolnego zawodu. Musimy przy tym pamiętać, że regulacje prawne mogą skutecznie blokować nowe rozwiązania techniczne, nawet jeżeli są one opłacalne pod kątem ekonomicznym.

Mówiąc o zawodach przyszłości, często słowo „zawód” zastępuje się zestawem różnych kompetencji niezbędnych do ich wykonywania. Sugeruje to, że zmienia się tradycyjne pojmowanie zawodu na rzecz zestawu umiejętności o różnym charakterze. Niekiedy podkreśla się, że chodzi o tak zwane miękkie umiejętności na oznaczenie takich kwalifikacji, które mogą być łączone z innymi kompetencjami. Zawody przyszłości to takie profesje, które za pięć czy piętnaście lat staną się niezwykle popularne na rynku. Są one związane z obsługą komputerów, sztuczną inteligencją i nawigowaniem po wirtualnym świecie. Warto zatem postawić pytanie, czy wolne zawody są do tego przygotowane, czy

² Zob. <https://www.wsb.pl/poznaj-wsb/dzielimy-sie-wiedza/jakie-studia-wybrac> (dostęp: 1.03.2022).

rozwijają się zgodnie z obecnymi trendami, czy znajdą swoje miejsce w zbliżających się czasach.

Już teraz wykaz wolnych zawodów jest w pewnym stopniu prawnie limitowany przepisami prawa, które na przykład w art. 88 kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.)³ wymieniają, kto może być osobą uprawnioną do wykonywania następujących zawodów: adwokata⁴, aptekarza⁵, architekta, inżyniera budownictwa⁶, biegłego rewidenta⁷, brokera ubezpieczeniowego⁸, doradcy podatkowego⁹, maklera papierów wartościowych¹⁰, doradcy inwestycyjnego, księgowego¹¹, lekarza, lekarza dentystry¹², lekarza weterynarii¹³, notariusza¹⁴, pielęgniarki, położnej¹⁵, radcy prawnego¹⁶, rzecznika patentowego¹⁷, rzeczoznawcy majątkowego¹⁸ i tłumacza przysięgłego¹⁹. Katalog ten nie jest zamknięty, gdyż wykonywanie

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 roku Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz.1030 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 26 maja 1982 roku o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1513 ze zm.).

⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 roku o izbach aptekarskich (tekst jedn. Dz.U. 2019 r. poz. 1419).

⁶ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 roku o samorządzie zawodowym architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1117).

⁷ Ustawa z dnia 11 maja 2017 roku o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1421 ze zm.).

⁸ Ustawa z dnia 15 grudnia 2017 roku o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1881).

⁹ Ustawa z dnia 5 lipca 1996 roku o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 283 ze zm.).

¹⁰ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2286 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.).

¹² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.).

¹³ Ustawa z dnia 21 grudnia 1990 roku o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1140 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 roku — Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 540 ze zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 roku o zawodzie pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 576 ze zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 16 lipca 1982 roku o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2115 ze zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 roku o rzecznikach patentowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1861 ze zm.).

¹⁸ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 25 listopada 2004 roku o tłumaczu przysięgłym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1326 ze zm.).

wolnego zawodu w spółce partnerskiej²⁰ może być uzależnione od spełnienia dodatkowych wymagań przewidzianych w odrębnej ustawie (art. 87 § 2 k.s.h.).

Przewidywane rozwinięcie tego katalogu rzeczywiście nastąpiło — pojawiła się ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym²¹, ta grupa zawodowa została zakwalifikowana do osób wykonujących wolne zawody. Wkrótce do osób wykonujących wolne zawody dołączyli fizjoterapeuci²². Do wolnych zawodów standardowo zalicza się także grafików i fotografików. Jest też wiele innych zawodów, które aspirują do grupy wolnych, na przykład dziennikarze. Trwają ponadto prace legislacyjne odnoszące się do artystów.

Zgodnie z nowym brzmieniem (od 1 stycznia 2022 roku) art. 4 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 20 listopada 1998 roku o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne²³, wprowadzonym przez ustawę z dnia 29 października 2021 roku o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw²⁴, wolny zawód oznacza:

pozarolniczą działalność gospodarczą wykonywaną osobiście przez tłumaczy, adwokatów, notariuszy, radców prawnych, biegłych rewidentów, księgowych, agentów ubezpieczeniowych, agentów oferujących ubezpieczenia uzupełniające, brokerów reasekuracyjnych, brokerów ubezpieczeniowych, doradców podatkowych, doradców restrukturyzacyjnych, maklerów papierów wartościowych, doradców inwestycyjnych, agentów firm inwestycyjnych oraz rzeczników patentowych, z tym że za osobiste wykonywanie wolnego zawodu uważa się wykonywanie działalności bez zatrudniania na podstawie umów o pracę, umów zlecenia, umów o dzieło oraz innych umów o podobnym charakterze osób, które wykonują czynności związane z istotą danego zawodu.

²⁰ M. Aslanowicz, *Spółka partnerska*, Warszawa 2004; J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001; J. Jacyszyn, *Spółka partnerska według przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Bielsko-Biała 2000; A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, Warszawa 2013; *idem*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2015; *Prawo spółek handlowych*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2015; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska w systemie prawa niemieckiego i prawa amerykańskiego*, Kraków 2003; *idem*, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002; E.J. Krześniak, J. Jacyszyn, [w:] *Meritum. Prawo spółek*, t. 1, red. A. Kidyba, Warszawa 2020, s. 651 n.; P. Matysiak, *Odpowiedzialność za zobowiązania spółki partnerskiej*, Warszawa 2015; *Prawo handlowe*, red. M. Modrzejewska, J. Okolski, Warszawa 2015; D. Nowak, *Wadliwa spółka partnerska*, Warszawa 2010; U. Promińska, *Spółka partnerska*, red. A. Kidyba, Warszawa 2013; S. Sołtyński, *Kodeks spółek handlowych (podstawowe założenia)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 11; S. Sołtyński *et al.*, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1. *Komentarz do art. 1–150*, Warszawa 2012; *System Prawa Prywatnego*, t. 16. *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016.

²¹ Ustawa z dnia 8 czerwca 2001 roku o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1026).

²² Ustawa z dnia 25 września 2015 roku o zawodzie fizjoterapeuty (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 952 ze zm.).

²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1993 ze zm.

²⁴ Dz.U. z 2021 r. poz. 1993 ze zm.

Skoro ustawodawca dość szeroko ujmuje grupę osób wykonujących wolne zawody, to może warto się zastanowić, czy mają one przed sobą jakąś przyszłość, czy też wolne zawody to swoistego rodzaju *mit*²⁵ bądź *anachronizm*²⁶, niemający racji bytu we współczesnym świecie. Już teraz słyszy się opinie, że wolny zawód to profesja z ubiegłej epoki, której czas minął, zwłaszcza że do tej pory nie doczekał się w naszym systemie prawnym definicji normatywnej²⁷. Tak jak gdyby ustawodawcy nie zależało, aby jego wyraźny kształt prawny był w miarę jednoznacznie określony w postaci normy prawnej. Co więcej, formułowane są opinie, że termin ten jest potocznie zrozumiały i nie ma potrzeby, by tworzyć definicję prawną wolnego zawodu.

Trzeba przyznać, że opisanie takiego terminu prawnego nie jest zabiegiem prostym, na co od lat wskazuje doktryna prawna²⁸ wspierania orzecznictwem sądowym²⁹. Najczęściej uważa się, że pojęcie wolnego zawodu używane w języku prawnym i prawniczym oraz w praktyce gospodarczej nie ma definicji normatywnej, która identyfikowałaby wyczerpująco niektóre zawody. Poważną barierą są cechy, jakie charakteryzują osoby wykonujące wolne zawody, które — zgrupowane w formie listy — są stosunkowo liczne, a każda z nich wymaga odrębnego ustosunkowania się doń. Gdyby przytoczyć tylko te podstawowe, byłyby to:

1. kwalifikowane, szczególne wykształcenie;
2. osobiste wykonywanie zawodu;
3. niezależność zawodowa — jest ona rozumiana jako brak jakichkolwiek ingerencji w tok działań związanych z wykonywaniem zawodu, w metody tych działań, prawnie nieskrepowane wykonywanie zawodu; chodzi o uniezależnienie się zarówno od administracji publicznej, jak i od osoby kierującej firmą prywatnie;
4. etos i misja wykonywania zawodu;
5. sposób i stan zorganizowania — dotyczy to właściwego wyposażenia miejsca wykonywania czynności, których wyrazem jest na przykład kancelaria, biuro, gabinet czy pracownia; miejsca te powinny być odpowiednio oznaczone i udostępnione klientom;
6. etyka zawodowa;

²⁵ A. Kidyba, *Wolny zawód w Kodeksie spółek handlowych. Prawda czy mit?*, „Rejent” 2014, numer specjalny.

²⁶ J. Jacyszyn, „*Wolny zawód*” — *anachronizm czy istotne pojęcie prawne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11, s. 14 n.

²⁷ J. Jacyszyn, *Czy potrzebna jest definicja normatywna wolnego zawodu*, „Rejent” 2014, numer specjalny, s. 130 n.

²⁸ J. Jacyszyn, [w:] *Meritum. Prawo spółek*, t. 1, s. 571 n.; M. Szydło, *Nabywanie uprawnień do wykonywania wolnych zawodów*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7, s. 51 n.; *idem*, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Prawo Spółek” 2004, nr 2, s. 17 n.

²⁹ Zob. np. wyrok NSA w Warszawie z dnia 2 lipca 2009 roku, sygn. IFSK 876/08, LEX nr 607695: „Wniesienie tytułem wkładu świadczenia, do jakiego wspólnicy się zobowiązują, a więc wykonywania w ramach spółki partnerskiej wolnego zawodu doradcy podatkowego, nie może być zarazem przedmiotem świadczenia przez partnerów usług na rzecz spółki”.

7. wynagrodzenie osób wykonujących wolny zawód ma odmienny charakter od typowej zapłaty, niekiedy to wynagrodzenie zamieszczone jest w odpowiednich taryfach wydawanych przez organ administracji rządowej (na przykład taryfa opłat za czynności notarialne);

8. tajemnica zawodowa;

9. specyficzna odpowiedzialność cywilna, a także porządkowa czy korporacyjna;

10. obowiązkowa przynależność do samorządu zawodowego;

11. regulacja prawna, co sprawia, że wolny zawód należy do tak zwanych zawodów regulowanych³⁰;

12. w większości wolne zawody mają cechę zawodów zaufania publicznego³¹.

Liczni przedstawiciele doktryny podają także inne cechy typowe dla wolnego zawodu lub powtarzają te wymienione właśnie elementy charakteryzujące wolny zawód. Nie jest jednak moim zadaniem bliżej zastanawiać się nad pełną listą cech wolnego zawodu ani też analiza treści poszczególnych komponentów składających się na opisanie wolnego zawodu. Chodzi mi raczej spojrzenie na wolny zawód jako profesję szczególną i ważną dla każdego społeczeństwa, która odgrywa określoną rolę i funkcję gospodarczą we współczesnym świecie. Z tego też powodu odpowiedź na pytanie, czy wolne zawody mają swoją przyszłość, jest ważne i perspektywiczne, gdyż zmusza do rozważań nad tym, kto może aspirować do przynależności do tejże grupy zawodowej, a także jak miałyby wyglądać wykonywanie tychże zawodów w warunkach pojawiających się nowych technologii. Wyzwania, jakie niesie technika, są bowiem niesłychane³² i dostrzegane na każdym kroku, trudno zatem, by nie odnosiły się do osób wykonujących wolne zawody.

Jedno wydaje się pewne — musimy poprawić obecne formy i sposoby wykonywania wolnego zawodu, gdyż dotychczasowe wydają się niewystarczające i trącą przeszłością. Wraz z nowymi technologiami pojawia się pytanie, jakie nowe umiejętności będą potrzebne, aby wykonywanie wolnego zawodu stało się skuteczne i odpowiadało potrzebom i aspiracjom stawianym przez osoby korzystające z usług wykonujących te zawody. Pojawiające się coraz częściej nowe technologie stawiają coraz większe wyzwania. Warto więc zadać pytanie, czy osoby wykonujące wolne zawody im sprostają, czy też z barku odpowiednich umiejętności i kwalifikacji nie zadowolą swoich klientów, którzy staną się coraz bardziej wymagający

³⁰ Pojęcie zawodu regulowanego wywodzi się z prawa unijnego, definiującego nim działalność, której warunki podjęcia i wykonywania są bezpośrednio lub pośrednio objęte przepisami ustawodawczymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, nakładającymi obowiązek posiadania na przykład specjalnych kwalifikacji zawodowych.

³¹ Pojęcie, a także znaczenie zawodów zaufania publicznego zostało gruntownie zbadane i opisane w rozprawie doktorskiej Pawła Kłuska, *Zawody zaufania publicznego w społecznej gospodarce rynkowej*, napisanej pod kierownictwem prof. Tadeusza Kocowskiego, której miałem przyjemność być recenzentem.

³² Y.N. Harari, *21 lekcji na XXI wiek*, Kraków 2018.

wobec osób świadczących swoje usługi. Na szczęście w obecnym społeczeństwie dostrzegana jest umiejętność rozwijania się niezależnie od rodzaju pracy, zawodu i stanowiska poprzez pozyskiwanie nowych kompetencji.

Najważniejsze będą te zawody, w których człowiek będzie mógł pracować z komputerem. Trudno sobie wyobrazić, by osoby wykonujące wolne zawody obywateli się w swojej pracy bez sprzętu komputerowego, kserokopiarek, telefonów komórkowych i tym podobnych urządzeń. Pojawią się poszukiwania wysokiej klasy pracowników obsługi biurowej czy też pracowników opieki osobistej, zwłaszcza opieka nad osobami starszymi będzie prawdopodobnie jednym z najszybciej rozwijających się sektorów na rynku pracy. Połączona ona zostanie z zarządzaniem majątkiem osób znajdujących się pod opieką wyspecjalizowanych menadżerów medycznych. Jak wynika z badań, w Polsce, ale i na całym świecie, obserwuje się bowiem proces starzenia się społeczeństw. Długość życia ludzkiego rośnie, wzrasta liczba seniorów, a rozwój medycyny sprawia, że wzrasta również liczba osób wymagających opieki. Według prognoz w latach 2010–2030 przyspieszy przybywanie ludzi starszych, a tym samym nastąpi spadek osób aktywnych zawodowo, w efekcie wzrośnie liczba ludzi na emeryturach. Tak więc zawody szeroko rozumianej branży medycznej, opiekuńczej i technologii medycznej będą się rozwijały i generowały miejsca pracy. Potrzebni zatem będą pielęgniarze i pielęgniarki oraz fizjoterapeuci i rehabilitanci, którzy będą w pełni obsługiwać ludzi starszych, chorych i wymagających opieki medycznej. Popularny stanie się towarzysz (opiekun) osób starszych, czyli swoisty powiernik interesów i spraw osobistych klienta. Szczególną rolę dla tych osób odegrają różnego typu doradcy medyczni, emerytalni, ubezpieczeniowi i inwestycyjni. Duża rola w tym zakresie przypadnie też notariuszom, zwłaszcza przy porządkowaniu sfery materialnej, chociażby w postaci sporządzania testamentów i innych zapisów notarialnych na wypadek śmierci. W tym celu powinny zostać przygotowane odpowiednie programy edukacji prawnej. Można też rozważyć projekt, dzięki któremu sporządzeniem dokumentów spadkowych zajmowałiby się także adwokaci i radcowie prawni jako osoby zaufania publicznego i wysoko wykwalifikowani prawnicy. Pojawi się „terapeuta końca życia” czy też „menedżer śmierci cyfrowej”. Znajdzie się też miejsce dla technika opieki zdrowotnej wykorzystującego sztuczną inteligencję, czyli pielęgniarza z XXI wieku, który w cięższych przypadkach zapewni zdatną diagnostykę i opiekę medyczną wspomaganą nowoczesną aparaturą komputerową.

Również kosmetologia i medycyna estetyczna rozwijają się w zawrotnym tempie. Powstają nowe sposoby i techniki dbania o wizerunek, redukcji różnych mankamentów urody i figury, które są mniej inwazyjne, pozwalające szybko wrócić do pełnej sprawności. Coraz powszechniej korzysta się z porad dietetyków i specjalistów od zdrowego żywienia. Nie zabraknie też miejsc pracy dla psychoterapeutów, psychologów i coachów, czyli konsultantów (trenerów) do spraw edukacji, rozwoju i kariery. Znaczne miejsce zajmą ponadto osoby, które będą

organizowały czas wolny, szczególnie dla ludzi starszych. Taka wizja zawodów przyszłości gwarantuje, że także wolne zawody znajdą swoje miejsce we współczesnym świecie.

Lekarze też nie powinni narzekać na brak zajęć. Ich obecną pracę w postaci stawiania diagnoz znanych chorób i stosowania standardowych sposobów leczenia prawdopodobnie przejmą lekarze zrobotyzowani — działający, opierając się na sztucznej inteligencji i nowoczesnych metodach leczenia z wykorzystaniem odpowiedniej aparatury medycznej. Już teraz wprowadza się bowiem elektroniczne systemy monitorowania chorych, by na odległość śledzić efekty leczenia. Wykształca się przez to zawód telemedyka, podobnie jak zawód e-chirurga, wykonującego zabiegi na odległość z użyciem specjalistycznego sprzętu medycznego. Pojawia się też pomysł lekarza-cybernetyka, czyli takiego, który transdyscyplinarnie podchodzi do systemu sterowania pacjentem oraz związanego z nim przekazu informacji w człowieku i komputerze. Wprowadzanie nowych technologii leczenia i zabiegów chirurgicznych rodzi również pomysły tworzenia nowego typu człowieka, wyposażonego w sztuczną inteligencję, co powoduje, że wiek życia ludzi zostanie znacznie wydłużony. Skoro człowiek to biologiczna maszyna, to można nią sterować. To oczywiście fantazje, ale już teraz piszą o tym wizjonerzy przyszłości³³. Wymaga to jednak skierowania odpowiednio wysokich środków finansowych do lekarzy, którzy będą zajmować się przełomowymi badaniami i opracowywaniem nowych leków oraz procedur leczenia. Dość szybko potrzebny będzie doradca medyczny mający odpowiednią wiedzę o lekach produkowanych przez poszczególne firmy farmaceutyczne, którego głównym zadaniem będzie prezentowanie danych medycznych, badań klinicznych oraz pokazywanie skuteczności preparatów i produkowanych leków. Taka osoba będzie musiała łączyć wiedzę z biologii, chemii, matematyki, medycyny, biotechnologii i farmacji — to nowy obszar dla osób z wykształceniem medycznym.

Sektor biotechnologiczny będzie uznawany za przodujący w najbliższej przyszłości. Wiodące staną się zwłaszcza takie sektory gospodarcze, jak nanotechnologia, ekologia i energetyka, która będzie poszukiwała odpowiednio przygotowanych do pracy, wykwalifikowanych osób. Prognozowany jest też rozwój branż hybrydowych na styku IT i finansów, a tym samym znacząco wzrośnie rola różnego rodzaju doradców finansowych, specjalistów obrotu nieruchomościami oraz maklerów inwestycyjnych, podatkowych i giełdowych,

Wydaje się, że zaniknie idea „pracy na całe życie”, a wytworzy się reguła „zawodu na życie”. Świat pracy będzie doceniał te osoby, które będą potrafiły zmieniać branże, uczyć się, ale też wykorzystywać nadarzające się okazje. Wydaje się, że nowe wolne zawody będą ewoluowały w miarę dynamicznie w warunkach rozwijających się społeczeństw, informatyzacji i globalizacji. Już teraz w sferze usług pojawiają się nowe zajęcia, które niedawno nie były jeszcze znane.

³³ Y.N. Harari, *Homo deus. Krótka historia jutra*, Kraków 2018.

Warto przytoczyć diagnozę stawianą obecnej gospodarce i społeczeństwu XXI wieku przez Petera Druckera, znany autorytet międzynarodowy i wizjonera przemian cywilizacyjnych³⁴. Twierdzi on, że rozwijają się usługi wymagające specjalnych umiejętności i wysokich kwalifikacji, poszukuje się specjalistów i fachowców, do których bez wątpienia należą: prawnicy, ekonomiści, pracownicy opieki społecznej, informatycy, technicy i menadżerowie. Lista tych specjalności jest długa i obejmuje wszystkie dziedziny życia gospodarczego i społecznego. Ich miejscem pracy nie są firmy państwowe, lecz placówki świadczące szeroko rozumiane usługi w zakresie: prawa, zdrowia, opieki, nauki, edukacji, technologii zaawansowanych i informatyki. Osoby te nie potrzebują pracodawców, mogą być sami dla siebie firmą, oferując i sprzedając swoją wiedzę, kwalifikację i usługi. Warto też wskazać, że coraz częściej zawody są podejmowane i wykonywane w formie outsourcingu, polegającego na wykonywaniu określonych czynności zawodowych na podstawie odrębnych kontraktów. Osoby te nie muszą być pracownikami, a nawet członkami samorządów zawodowych, by z powodzeniem funkcjonować na rynku gospodarczym. Jest dla nich coraz więcej miejsca we współczesnym życiu gospodarczym.

Tendencje indywidualizacji wykonywania określonych zawodów są wyraźnie widoczne. W ramach tych profesji mieszczą się również wolne zawody. Prowadzi to do tezy, że wytwarza się grupa osób coraz lepiej potrafiących wykonywać swój zawód w różnych formach organizacyjno-prawnych, szybko reagujących na potrzeby społeczne, dobrze poruszających się we współczesnym życiu społecznym. Osoby o specjalnych umiejętnościach nie będą już zmuszone do tradycyjnego wykonywania wolnego zawodu w ustalonych prawnie strukturach organizacyjno-prawnych, ale będą tworzyć coraz potężniejszą grupę zawodową działającą w warunkach gospodarki rynkowej. To osoby wykonujące swoje profesje natychmiast i na żądanie klienta.

Pojawia się jednak zagrożenie nadmierną komercjalizacją tychże zawodów. Prawnicy, zwłaszcza osoby związane z obsługą prawną, a więc adwokaci i radcowie prawni, będą mieli sporo zleceń w związku z rozwojem Internetu, szczególnie z przeniesieniem do sieci wielu usług, typu porady prawne, konsultacje, doradztwo prawne czy pomoc przy sporządzaniu umów. Już teraz nie ma problemu, by skorzystać z gotowych wzorów umów, pism procesowych czy też odpowiednich dokumentów wymaganych przez wymiar sprawiedliwości i instytucje bądź urzędy państwowe i samorządowe. I to nawet bez udziału prawników. Pojawią się wirtualne kancelarie prawne i kontakty online. W miarę upływu czasu upowszechnią się e-prawnicy (a może nawet cyberprawnicy), a także prawnicy-mediatorzy czy negocjatorzy, stali partnerzy przy zawieraniu poważnych kontraktów gospodarczych.

³⁴ Ekspert od zarządzania, wykładowca akademicki, badacz procesów organizacji i zarządzania w korporacjach i organizacjach non profit. Uważany za jednego z najwybitniejszych myślicieli i teoretyków zarządzania XX wieku.

Olbrzymie szanse rozwojowe stoją równocześnie przed sądownictwem polubownym czy arbitrażem gospodarczym, tak niedocenianym obecnie. Unikanie sporów sądowych to sztuka, której trzeba się stale uczyć. W większym stopniu powinny się zatem wykształcać tak zwane kolegia prawnicze, świadczące usługi non profit w sferze edukacji i pomocy prawnej, a nawet świadczący usługi *pro publico bono*. Znajomość podstawowych praw obywatelskich i konstytucyjnych okazała się bowiem współcześnie wyjątkowo potrzebna. Dlatego też zawód prawnika-edukatora to profesja niezwykle aktualna. Poszukiwani staną się więc wirtualni prawnicy i specjaliści w poszczególnych dziedzinach obsługi prawnej. Może też pojawić się zawód antywindykatora, czyli kogoś, kto pomoże osobom z problemami ze spłatą długów porozumieć się z bankiem, wierzycielami i firmami windykacyjnymi — będzie negocjował w imieniu klienta, pomoże przeprowadzić restrukturyzację długów. Taka osoba wydaje się szczególnie pożądana przy upadłościach przedsiębiorców, a także w przypadku upadłości konsumenckiej.

Podobnie powinien wyłonić się zawód prawnika-ekologa, który będzie się specjalizował w ochronie przyrody i zagadnieniach prawnych w tym zakresie. Tu jednak poważna rola przypadnie edukacji ekologicznej i odpowiednim programom nauczania w oświacie i szkolnictwie wyższym. Pojawi się również zawód prawnika-informatyka, który będzie sprawnie poruszał się po zbiorach aktów prawnych, orzecznictwie sądowym czy literaturze prawniczej już teraz przeniesionej do Internetu. Z czasem zaniknie bowiem forma drukowana tych źródeł prawa, orzecznictwa sądowego i doktryny prawniczej.

Wyłoni się też propozycja wykreowania zawodu doradcy prawnego, który byłby swoistego rodzaju prawnikiem rodziny, służącym radami i pomocą w sprawach domowych i majątkowych.

Wszystko to powoduje, że przed prawnikami otwierają się ciekawe perspektywy. Interesująca przyszłość rysuje się też w innych wolnych zawodach, takich jak: e-inżynierowie, e-rzecznicy patentowi, e-biegli rewidenci czy e-brokerzy ubezpieczeniowi. Już teraz kontakty z nimi odbywają się dzięki komunikacji elektronicznej i nic nie wskazuje na to, by miałyby się to zmienić. Coraz popularniejsze stanie się udzielanie porad wirtualnie, pomoc prawna przez Internet, kontakty prawne na smartfony i inne urządzenia elektroniczne. Niewykluczone, że będą się musiały zmienić też czynności notarialne, zwłaszcza akty notarialne sporządzane z udziałem klientów. Być może trzeba by było przygotować się na pojawienie się formy aktu notarialnego sporządzanego bez koniecznej obecności osoby zainteresowanej. I tak mógłby powstać elektroniczny akt notarialny, który posługiwałby się podpisem elektronicznym, przewidywanym przez obecne prawo³⁵. Aktualnie kwalifikowany podpis elektroniczny służy do cyfrowego podpisywania dokumentów. Wywołuje takie same skutki co podpis odręczny. Jak się słusznie podkreśla,

³⁵ Ustawa z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1797).

kwalifikowany podpis elektroniczny to rozwiązanie na miarę pracy online, mogące posłużyć do podpisania każdego cyfrowego dokumentu, którego autorstwo chcemy potwierdzić naszym imieniem i nazwiskiem, w konsekwencji biorąc za taką zawartość odpowiedzialność. Warto jednak zauważyć, że do tej pory nie ma możliwości podpisywania dokumentów notarialnych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Może więc warto się zastanowić, czy nie nadszedł czas, aby i to uległo zmianie? Należałoby odważyć się wdrożyć idee powierzenia notariuszom kompetencji quasi-sądowych w sprawach drobnych, a uciążliwych dla społeczeństwa. Udrożniłoby to obecnie mocno zatłoczony wymiar sprawiedliwości, a także poszerzyłoby grupę zawodową osób rozstrzygających sprawy sądowe.

W tej sferze istnieje wiele rzeczy do zrobienia i zaprojektowania. Konieczne będzie wypracowanie nowych rozwiązań prawnych, kodyfikacje aktów prawnych i stworzenie odpowiedniej infrastruktury prawnej i technicznej. Rozwój tej technologii sprawi, że liczne kwestie będą wymagały nowych uregulowań prawnych. Być może teksty ustaw nie będą już publikowane, a wystarczy wersja elektroniczna? Połączenie wiedzy prawniczej oraz znajomości wirtualnego świata na pewno się przyda. A ci prawnicy, ale także inne grupy wolnych zawodów, którzy zainwestują w swoją przyszłość, bez wątplenia znajdą dla siebie miejsce pracy. Na potrzeby doskonalenia zawodowego można zastanowić się jedynie nad utworzeniem Centrum Szkolenia i Innowacji, które mogłoby być finansowane ze środków korporacji zawodowych. Jego celem byłaby nowoczesna edukacja w obszarze rozwojowym poszczególnych wolnych zawodów, a także inicjowanie nowych rozwiązań prawnych, technicznych i informacyjnych w sferze kompetencji osób wykonujących wolne zawody. Przyszłość będzie bowiem należała do tych, którzy oprócz opanowania jakiejś dziedziny wiedzy będą posiadali odpowiednie kompetencje cenione w przyszłości oraz nie będą obawiali się nowych technologii, które coraz częściej opanowują poszczególne zawody.

Od osób wykonujących wolne zawody bez wątplenia trzeba będzie oczekiwać większej kreatywności i otwierania się na niestandardowe podejście i sytuacje. Dużo bardziej realne szanse na utrzymanie na rynku pracy będą miały zawody kreatywne, a do takich w dużym stopniu należą wolne zawody, wymagające stałego wytwarzania nowych rozwiązań i nieszablonowego myślenia. Tego też trzeba będzie się nauczyć, chcąc nadać lub wyprzedzić procesy społeczne i gospodarcze — by znaleźć swoje miejsce w przyszłości. Bez względu na to, czy wykonujemy już teraz zawód przyszłości, czy przygotowujemy się do przyszłych zmian, potrzebujemy ciągle doskonalić swoje kompetencje, zdobywać doświadczenie, stawać się coraz bardziej kreatywnymi i uczyć się każdego dnia. Bez wątplenia osoby wykonujące wolne zawody należą do takiej grupy zawodowej, odpowiednio przygotowanej do tego, by aspirować do miana zawodów przyszłości.

Bibliografia

- Aślanowicz M., *Spółka partnerska*, Warszawa 2004.
- Dumkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2015.
- Harari Y.N., *21 lekcji na XXI wiek*, Kraków 2018.
- Harari Y.N., *Homo deus. Krótka historia jutra*, Kraków 2018.
- Jacyszyn J., *Czy potrzebna jest definicja normatywna wolnego zawodu*, „Rejent” 2014, numer specjalny.
- Jacyszyn J., *Spółka partnerska według przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Bielsko-Biała 2000.
- Jacyszyn J., „*Wolny zawód*” — *anachronizm czy istotne pojęcie prawne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11.
- Jacyszyn J., Krześ S., Marszałkowska-Krześ E., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001.
- Kidyba A., *Handlowe spółki osobowe*, Warszawa 2013.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2015.
- Kidyba A., *Wolny zawód w Kodeksie spółek handlowych. Prawda czy mit?*, „Rejent” 2014, numer specjalny.
- Krześniak E.J., *Spółka partnerska w systemie prawa niemieckiego i prawa amerykańskiego*, Kraków 2003.
- Krześniak E.J., *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002.
- Matysiak P., *Odpowiedzialność za zobowiązania spółki partnerskiej*, Warszawa 2015.
- Meritum. Prawo spółek*, t. 1, red. A. Kidyba, Warszawa 2020.
- Nowak D., *Wadliwa spółka partnerska*, Warszawa 2010.
- Prawo handlowe*, red. M. Modrzejewska, J. Okolski, Warszawa 2015.
- Prawo spółek handlowych*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2015.
- Promińska U., *Spółka partnerska*, red. A. Kidyba, Warszawa 2013.
- Sołtysiński S., *Kodeks spółek handlowych (podstawowe założenia)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 11.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. 1. *Komentarz do art. 1–150*, Warszawa 2012.
- System Prawa Prywatnego*, t. 16. *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Nabywanie uprawnień do wykonywania wolnych zawodów*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7.
- Szydło M., *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Prawo Spółek” 2004, nr 2.

Freelance Occupations in the Future

Summary

No one is in a position to say what it will be like to practise a freelance profession in far-off scenarios, who will be included in the group of freelancers, what new freelance professions will appear and which will disappear. That is why it is so important to reflect on the future of freelance work.

Keywords: freelance occupations, new freelance professions, future.

PIOTR JANIAK

ORCID: 0000-0002-6364-2217

Uniwersytet Wrocławski

piotr.janiak@uwr.edu.pl

Zakres regulacji instytucji przywrócenia terminu w prawie administracyjnym w dobie pandemii COVID-19

Abstrakt: Instytucja przywrócenia terminu została uregulowana w przepisach o postępowaniu administracyjnym. W dobie pandemii COVID-19 ustawodawca modyfikuje jednak zakres regulacji wskazanej instytucji. Przedmiotem analizy jest kształt instytucji przywrócenia przewidzianego przez przepisy prawa administracyjnego terminu, ze szczególnym uwzględnieniem zakresu wprowadzonej regulacji. Autor podejmuje się oceny jej skutków dla praktyki stosowania prawa.

Słowa kluczowe: przywrócenie terminu, postępowanie administracyjne, regulacja epizodyczna.

Jubileusz siedemdziesięciolecia urodzin Dyrektora Instytutu Nauk Administracyjnych na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, prof. Tadeusza Kocowskiego, przypada w szczególnym czasie, którego wyjątkowości nie tylko Szanowny Jubilat, ale również nikt inny jeszcze w niedalekiej przeszłości nie mógł przewidzieć. Mowa tu oczywiście o pandemii COVID-19, którą należy uznać za zjawisko bezprecedensowe we współczesnej historii ludzkości. Zjawisko to stanowi wyzwanie nie tylko dla prawodawcy, od którego oczekuje się przyjmowania rozwiązań adekwatnych do ekstraordynaryjnej sytuacji, z jaką obecnie zmagają się Rzeczpospolita Polska, ale też dla nauki prawa, która powinna ze szczególną uwagą monitorować zmiany w systemie normatywnym — nie tylko po to, aby wskazywać pożądany kierunek interpretacji wprowadzanych, nie zawsze starannie przemyślanych, rozwiązań prawnych, lecz również by za pomocą postulatów *de lege ferenda* wpłynąć na ich zmianę.

Przykładem instytucji prawnej, której konstrukcja uległa zmianie w dobie pandemii, jest instytucja przywrócenia terminu. Dalsze rozważania poświęcone będą kształtowi tej instytucji nadanemu jej na mocy ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹.

Zgodnie z art. 15zzzzzn² ust. 1 uCOVID²:

W przypadku stwierdzenia uchybienia przez stronę w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów:

1) od zachowania których jest uzależnione udzielenie ochrony prawnej przed organem administracji publicznej,

2) do dokonania przez stronę czynności kształtujących jej prawa i obowiązki,

3) przedawnienia,

4) których niezachowanie powoduje wygaśnięcie lub zmianę praw rzeczowych oraz roszczeń i wierzytelności, a także popadnięcie w opóźnienie,

5) zawitych, z niezachowaniem których ustawa wiąże ujemne skutki dla strony,

6) do dokonania przez podmioty lub jednostki organizacyjne podlegające wpisowi do właściwego rejestru czynności, które powodują obowiązek zgłoszenia do tego rejestru, a także terminów na wykonanie przez te podmioty obowiązków wynikających z przepisów o ich ustroju — organ administracji publicznej zawiadamia stronę o uchybieniu terminu.

W zawiadomieniu organ wyznacza stronie termin 30 dni na złożenie wniosku o przywrócenie terminu (art. 15zzzzzn² ust. 2 uCOVID). W przypadku, o którym mowa w art. 58 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego³, prośbę o przywrócenie terminu należy wnieść w terminie 30 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi (art. 15zzzzzn² ust. 3 uCOVID).

Komentowany przepis ma charakter epizodyczny, o czym świadczy zamieszczenie w jego treści zastrzeżenia, że odnosi się do uchybienia terminowi „w okresie obowiązywania epidemii z powodu COVID-19”⁴. Instytucja przywrócenia terminu, którą reguluje, jest tymczasem znana procedurze administracyjnej. Na gruncie administracyjnego postępowania ogólnego jej kształt wyznaczają regulacje art. 58–60 k.p.a.⁵, w postępowaniu zaś podatkowym — art. 162–164 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku — Ordynacja podatkowa⁶.

¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 2095; dalej: uCOVID.

² Przepis dodany do uCOVID na mocy art. 1 pkt 24 ustawy z dnia 9 grudnia 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 2255) wszedł w życie 16 grudnia 2020 roku.

³ Dz.U. z 2021 r. poz. 735; dalej: k.p.a.

⁴ Stan epidemii został zniesiony z dniem 16 maja 2022 roku.

⁵ Zob. P. Wajda, *Instytucja przywrócenia uchybionego terminu w Kodeksie postępowania administracyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 6, s. 32–48.

⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 1540; dalej: o.p.

W przywołanym art. 15 ust. 1 zzzzzn² uCOVID ustawodawca precyzuje w pkt 1–6, do jakich terminów znajduje on zastosowanie. Technika ta jest obca zarówno regulacji kodeksowej, jak i o.p., w której stanowi się o przywróceniu terminu, nie dookreślając, o jaki termin chodzi. Mimo to za ugruntowany należy uznać pogląd, że instytucja przywrócenia terminu odnosi się wyłącznie do terminów procesowych, a zatem nie można jej stosować do terminów materialnoprawnych⁷. Termin materialnoprawny to okres, w którym może nastąpić ukształtowanie prawa lub obowiązku jednostki w ramach administracyjnego stosunku materialnego. Natomiast za termin procesowy należy uznać okres do dokonania czynności procesowej przez podmioty postępowania administracyjnego⁸.

Pomocne w próbie klasyfikacji określonego w przepisach prawa administracyjnego terminu do jednej spośród sześciu wyróżnionych przez ustawodawcę w art. 15 ust. 1 zzzzzn² uCOVID kategorii terminów może być dotychczasowe orzecznictwo sądów administracyjnych, powstałe nie tylko na gruncie komentowanego przepisu, lecz także na kanwie uchylonego z dniem 16 maja 2021 roku⁹ art. 15zrr uCOVID. Przepis ten blokował rozpoczęcie oraz zawieszał bieg już rozpoczętych terminów przewidzianych przepisami prawa administracyjnego w sześciu kategoriach, które pokrywały się z tymi, o których mowa w pkt 1–6 art. 15zzzzzn² ust. 1 uCOVID. Istotna różnica w konstrukcji obu przepisów dotyczy tego, że hipoteza normy art. 15zzzzzn² ust. 1 uCOVID odnosi się wyłącznie do tych terminów wskazanych w pkt 1–6, którym strona może uchybić. Takiego ograniczenia nie przewidywał art. 15zrr uCOVID, przez co katalog terminów, do których znajdował on zastosowanie, był szerszy zakresowo. Pomijając terminy, którym strona nie może uchybić, a więc te nieobjęte hipotezą art. 15zzzzzn² ust. 1 uCOVID, za spełniające warunki określone w pkt 1–6 w orzecznictwie uznawano między innymi terminy na:

— wniesienie zwyczajnych środków zaskarżenia od decyzji administracyjnej (odwołania¹⁰, wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy¹¹);

⁷ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 360–361; J. Wegner, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warszawa 2019, s. 366; A. Gołęba, [w:] *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2017, s. 278.

⁸ B. Adamiak, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 sierpnia 1999 r., V SA 708/99*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, nr 9, s. 451.

⁹ Dzień wejścia w życie art. 46 pkt 20 ustawy z dnia 14 maja 2020 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 875).

¹⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej: WSA) w Gdańsku z dnia 25 sierpnia 2021 roku, sygn. II SA/Gd 192/21, LEX nr 3219628; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 15 września 2020 roku, sygn. I SA/Bd 286/20, LEX nr 3100499.

¹¹ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 7 września 2021 roku, sygn. I SA/Bd 347/21, LEX nr 3241166.

— złożenie wniosku o zwolnienie z obowiązku opłacania składek z tytułu ubezpieczenia społecznego, zdrowotnego oraz Funduszu Pracy, Funduszu Solidarnościowego, Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych lub Funduszu Emerytur Pomostowych¹²;

— złożenie przez pracodawcę wniosku, o którym mowa w art. 122 ust. 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 roku — Prawo oświatowe¹³, na dofinansowanie kosztów kształcenia młodocianego pracownika¹⁴;

— przekazanie wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta) przez podmiot prowadzący działalność w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych kwartalnych sprawozdań¹⁵, o których mowa w art. 9o ust. 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach¹⁶;

— złożenie wniosku o zwrot wywłaszczonej nieruchomości lub udziału w tej nieruchomości albo części wywłaszczonej nieruchomości lub udziału w tej części, o którym mowa w art. 136 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami¹⁷, w sytuacji objętej hipotezą normy art. 2 ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 roku o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami¹⁸.

Mimo dotychczasowego dorobku orzeczniczego klasyfikacja określonego w przepisach prawa terminu jako przywracalnego albo nieprzywracalnego na podstawie komentowanego przepisu nie jest wolna od rozterek interpretacyjnych. Wątpliwości, i to dwojakiej natury, może budzić ponadto posłużenie się przez ustawodawcę w hipotezie normy art. 15zzzzzn² uCOVID pojęciem „strona”, które — jak zaznacza Tadeusz Woś — występuje tylko w postępowaniu administracyjnym, a zatem wyłącznie w jednym z wielu obszarów działalności administracji publicznej¹⁹. Prowokuje to pytanie, czy omawiany przepis znajdował zastosowanie jedynie w sprawach administracyjnych, dla których załatwienia ustawodawca zastrzega formę decyzji administracyjnej, ewentualnie milczącego załatwienia sprawy, czy też można go stosować w przypadku pozostałych prawnych form działania organów administracji.

Argumentów przemawiających za szerszym zakresem zastosowania wskazanego przepisu i nieograniczaniem jego ram do spraw rozstrzyganych w postępo-

¹² Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 26 maja 2021 roku, sygn. I SA/Sz 328/21, LEX nr 3195045.

¹³ Dz.U. z 2021 r. poz. 1082.

¹⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 września 2021 roku, sygn. II SA/Po 880/20, LEX nr 3239988.

¹⁵ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 1 kwietnia 2021 roku, sygn. II SA/Sz 1074/20, LEX nr 3176130.

¹⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 888.

¹⁷ Dz.U. z 2021 r. poz. 1899.

¹⁸ Dz.U. z 2019 r. poz. 801; wyrok WSA w Lublinie z dnia 23 marca 2021 roku, sygn. II SA/Lu 739/20, LEX nr 3188485.

¹⁹ T. Woś, [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2016, s. 402.

waniu administracyjnym może być kilka. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na dostrzeganą niefrasobliwość ustawodawcy w posługiwaniu się pojęciem strony postępowania w przepisach prawa administracyjnego. Dla przykładu termin ten występuje choćby w art. 14r § 2 o.p. na określenie zainteresowanego wskazanego we wniosku wspólnym o wydanie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie, mimo że postępowanie interpretacyjne nie jest postępowaniem jurysdykcyjnym. Wydaje się zatem, że w razie uchybienia terminowi na wniesienie zażalenia na postanowienie wydane na podstawie art. 14b § 5e o.p. obowiązkiem organu było zastosowanie regulacji art. 15zzzzzn² uCOVID.

Ponadto należy zwrócić uwagę na funkcję, której miało służyć wprowadzone rozwiązanie. Bez wątplenia jest nią ochrona praw jednostki. Różnicuje to cel regulacji art. 15zzzzzn² uCOVID w porównaniu z tym wynikającym z uchylonego art. 15zzr, który zabezpieczał nie tylko interesy administrowanego, ale również samej administracji. Odnosił się on między innymi do terminu przedawnienia z art. 146 § 1 k.p.a., którego upływ jest z założenia korzystny dla jednostki będącej adresatem wadliwej decyzji przyznającej jej uprawnienie.

Mając na względzie, że decyzyjna prawna forma działania administracji jest na tle innych prawnych form jej ingerencji w sytuację prawną jednostki najkorzystniejsza z perspektywy samej jednostki dotkniętej w skutkach tą ingerencją, trudno byłoby znaleźć argumenty przemawiające za celowością ograniczenia dobrodziejstw wynikających z analizowanego przepisu tylko do spraw załatwianych na drodze postępowania administracyjnego.

Posłużenie się pojęciem „strona” nie wydaje się trafne także w sytuacjach spraw procedowanych na podstawie przepisów k.p.a. czy też działu IV o.p. Zgodnie z art. 96 k.p.a.:

„Za niewłaściwe zachowanie się w czasie rozprawy strony, świadkowie, biegli i inne osoby uczestniczące w rozprawie mogą być, po uprzednim ostrzeżeniu, wydalone z miejsca rozprawy przez kierującego rozprawą oraz ukarane grzywną do 100 zł. Na postanowienie o ukaraniu grzywną służy zażalenie.

Kodeksowy siedmiodniowy termin na wniesienie zażalenia należy uznać za termin, od zachowania którego jest uzależnione udzielenie ochrony prawnej przed organem administracji publicznej w rozumieniu art. 15zzzzzn² uCOVID. Literalna wykładnia przywołanego przepisu, który w swej hipotezie odnosi się do strony, prowadziłaby do przyjęcia, że uchybienie terminowi na wniesienie zażalenia wobec postanowienia, o którym mowa, przez stronę przesądzałoby o obowiązku stosowania regulacji epizodycznej, niedochowanie zaś tożsamesgo terminu przez świadka, biegłego lub inne osoby już nie²⁰. Trudno szukać racjonalnych argumentów za takim zróżnicowaniem sytuacji prawnej jednostek, co uzasadnia szeroką interpretację pojęcia „strona” na gruncie art. 15zzzzzn² ust. 1 uCOVID. Argumentem przemawiającym za takim sposobem wykładni może być również fakt,

²⁰ W art. 58 k.p.a. oraz art. 162 o.p. nieprzypadkowo mowa o zainteresowanym, a nie o stronie.

że choć art. 141 § 1 k.p.a. legitymację zażaleniovą przypisuje stronie, to prawo zażalenia w ujęciu podmiotowym jest interpretowane znacznie szerzej²¹.

Oceniając zakres regulacji art. 15zzzzzn² uCOVID, należy wspomnieć o przepisach, które wyłączają jego zastosowanie. Przykładowo zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy z dnia 5 lutego 2015 roku o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego²² art. 15zzzzzn² uCOVID nie stosuje się w odniesieniu do uchybienia terminowi złożenia wniosku o przyznanie płatności bezpośrednich i płatności niezwiązanej do tytoniu, zgłoszenia zmian we wnioskach o przyznanie płatności bezpośrednich i płatności niezwiązanej do tytoniu, terminów do dokonania określonych czynności w toku postępowań oraz terminów, w jakich należy spełnić określone warunki przyznania lub wypłaty płatności bezpośrednich oraz płatności niezwiązanej do tytoniu. Podobne wyłączenia wynikają z art. 67c ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020²³.

Kluczowe dla wykładni art. 15zzzzzn² uCOVID jest znaczenie pojęcia „uchybiecie terminowi”. Sformułowanie to jest wpisane w hipotezę przywołanej normy prawnej i stanowi warunek *sine qua non* zastosowania instytucji, którą kształtuje. W słowniku języka polskiego wskazuje się, że jeśli dana osoba lub na przykład warunki panujące gdzieś uchybiły jakimś normom lub przepisom, to je naruszyły²⁴. Uchybienie terminowi należy więc utożsamiać z jego naruszeniem. Nie uchybia natomiast terminowi ten, kto celowo go nie dochowuje. Dopiero zatem podjęcie przez jednostkę czynności, dla której termin był przewidziany, po uprzednim jego przekroczeniu pozwala na stwierdzenie, że uchybiono terminowi, a w konsekwencji zaktualizowały się okoliczności objęte hipotezą normy art. 15zzzzzn² uCOVID.

Co warte odnotowania, ustawodawca w przywołanym przepisie kształtuje dwa terminy na złożenie wniosku o przywrócenie terminu. Jeden z nich ma charakter ustawowy i wynosi 30 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi (art. 15zzzzzn² ust. 3 uCOVID). Z uwagi na odesłanie do art. 58 § 2 k.p.a. należy przyjąć, że dotyczy on wyłącznie terminów procesowych, które podlegają przywróceniu na podstawie norm k.p.a. Przepis art. 15zzzzzn² ust. 3 uCOVID ma charakter *lex specialis* względem art. 58 § 2 k.p.a. i jako taki wyłącza jego zastosowanie.

Wydłużenie terminu na złożenie wniosku o przywrócenie uchybionego terminu z 7 do 30 dni mogło się okazać w niektórych sytuacjach iluzoryczne z punk-

²¹ Zob. G. Łaszczycza, [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego*, t. 2, cz. 5. *Weryfikacja rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, red. B. Adamiak, Warszawa 2019, s. 261–268.

²² Dz.U. z 2021 r. poz. 2114.

²³ Dz.U. z 2021 r. poz. 2137.

²⁴ *Słownik języka polskiego*, t. 5. *S–Wde*, red. M. Bańko, Warszawa 2007, s. 430.

tu widzenia ochrony interesów jednostki. Dla przykładu gdyby strona uchybiła terminowi na wniesienie odwołania od decyzji, wnosząc wskazany środek zażalenia po terminie, co — jak wspomniano — warunkuje realizację przesłanki „uchybiecia terminowi”, organ był zobligowany zawiadomić ją o uchybieniu terminowi. Modyfikuje to generalną regułę, zgodnie z którą w tej sytuacji organ odwoławczy wydaje postanowienie o uchybieniu terminowi do wniesienia odwołania na podstawie art. 134 k.p.a. O uchybieniu terminowi strona poweźmie informację z treści zawiadomienia, jednakże termin na złożenie wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania rozpocznie swój bieg nie w chwili doręczenia tego zawiadomienia, lecz już w momencie ustania przyczyny uchybienia terminowi. Skoro strona wniosła odwołanie, oznacza to, że przyczyna uchybienia terminowi ustała i rozpoczął swój bieg termin na złożenie wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania. Uwzględniając czas potrzebny na dotarcie do organu odwołania, wnoszonego najczęściej za pośrednictwem operatora pocztowego, a następnie doręczenia stronie zawiadomienia o uchybieniu terminowi, istniało ryzyko, że w chwili powzięcia informacji o uchybieniu terminowi możliwość jego przywrócenia ulegnie dezaktualizacji.

Problem powstanie wówczas, gdy strona wniosła odwołanie po terminie wraz z wnioskiem o jego przywrócenie. Czy organ powinien w tej sytuacji rozpoznać wniosek o przywrócenie terminu na podstawie trybu zwykłego (kodeksowego), czy też stosując regulację epizodyczną, powinien wyznaczyć stronie termin na złożenie wniosku o przywrócenie terminu? To drugie rozwiązanie wydaje się mało racjonalne, albowiem taki wniosek w opisaney sytuacji został już przecież złożony. W przypadku gdy strona uchybiła siedmiodniowemu terminowi na jego wniesienie, organ odmówi przywrócenia terminu. Paradoksalnie może się zatem okazać, że korzystniejsze dla strony byłoby wniesienie odwołania bez wniosku o przywrócenie terminu do jego wniesienia. W takiej bowiem sytuacji organ wyznaczyłby termin i byłby on dłuższy niż ustawowy termin na złożenie wniosku o przywrócenie terminu, któremu strona uchybiła.

Drugi termin na złożenie wniosku o przywrócenie terminu, wynikający z art. 15^{zzzzzn} ust. 2 uCOVID, trudno zakwalifikować do określonej kategorii. W prawie procesowym wyróżnia się terminy ustawowe oraz terminy wyznaczone przez organ prowadzący postępowanie. Ustawowe wynikają wprost z przepisów prawa i są określone przez ustawodawcę. Z kolei wyznaczone przez organ prowadzący postępowanie mogą być przez niego przedłużane lub skracane stosownie do okoliczności²⁵. Ustawodawca w przywołanym przepisie zakłada, że termin na złożenie wniosku wyznacza organ administracji publicznej. Jednocześnie ustawodawca doprecyzowuje jego długość, ustalając, że wynosi on 30 dni.

²⁵ M. Kowalski, *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, Wrocław 2013, s. 76.

Opisane rozwiązanie mogło w niekorzystny sposób wpłynąć na trwałość stosunków materialnoprawnych. Dla przykładu wskazana procedura obejmowała sytuację, w której strona wniosła odwołanie od decyzji podatkowej po upływie ustawowego terminu. Organ był zobligowany przywrócić ten termin po spełnieniu warunków określonych w art. 162 § 1 i 2 o.p. i dochowaniu wyznaczonego przez organ na podstawie art. 15zzzzn² ust. 2 uCOVID terminu. Warunki, o których mowa, to: uprawdopodobnienie braku winy w uchybieniu terminowi²⁶ oraz dopełnienie czynności, dla której był on przewidziany. W sytuacji gdyby strona, która nie ponosi winy w uchybieniu terminowi, wniosła odwołanie po upływie znacznego okresu od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi, uprawdopodobniając brak winy, organ byłby zobligowany przywrócić termin do wniesienia odwołania. Takie rozwiązanie godzi jednak w trwałość decyzji ostatecznych i rodzi niebezpieczeństwo dla stabilizacji stosunków prawnych nimi ukształtowanych. Ryzyko negatywnych skutków tego rozwiązania było tym większe, że choć art. 15zzzzn² uCOVID wszedł w życie 16 grudnia 2020 roku, to przyjmuje się, że terminy, którym uchybiono wcześniej, ale w okresie stanu epidemii, mogły być przywrócone na podstawie omawianego przepisu²⁷.

Kolejne wątpliwości pojawiają się w sytuacji przywracania terminów dla czynności podejmowanych poza ramami postępowania administracyjnego (ogólnego i szczególnego), przede wszystkim przy niewystępowaniu regulacji procesowych pozwalających na odpowiednie stosowanie przepisów procedur jurysdykcyjnych w zakresie przywracania terminów. Nie wiadomo wówczas, po pierwsze, w jakiej formie organ miałby orzekać w przedmiocie przywrócenia terminu oraz, po drugie, w jakie instrumenty procesowe byłaby wyposażona jednostka na wypadek podjęcia negatywnego, z perspektywy jej interesów, rozstrzygnięcia.

Podjęte rozważania prowadzą do wniosku, że instytucja przywrócenia terminu w kształcie wyznaczonym treścią normy art. 15 zzzzn² uCOVID, choć niekiedy spełniała pokładane w niej nadzieje na ochronę jednostki, która w okresie epidemii uchybiła przewidzianym przez przepisy prawa administracyjnego terminom, daleka jest od doskonałości. Jak mawia przysłowie — „diabeł tkwi w szczegółach”, a tych ewidentnie nie dopracowano. Efektem tego jest przepis, który budzi nie tylko liczne wątpliwości interpretacyjne, ale niekiedy wręcz prowadzi do konsekwencji, które trudno zaakceptować i z których — jak należy przypuszczać — legislator nie zdawał sobie sprawy. Całościowa ocena wprowadzonej regulacji nie może być zatem inna jak tylko krytyczna.

²⁶ Zob. Z.R. Kmieciak, *Brak winy w uchybieniu terminowi jako przesłanka przywrócenia terminu w postępowaniu administracyjnym*, „Studia Iuridica Lublinsia” 2008, nr 11, s. 51–68.

²⁷ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 27 maja 2021, sygn. III SA/Łd 117/21, LEX nr 3194853.

Bibliografia

- Adamiak B., *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 sierpnia 1999 r., V SA 708/99*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, nr 9.
- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Kmieciak Z.R., *Brak winy w uchybieniu terminowi jako przesłanka przywrócenia terminu w postępowaniu administracyjnym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2008, nr 11.
- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warszawa 2019.
- Kowalski M., *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, Wrocław 2013.
- Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2017.
- Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2016.
- Słownik języka polskiego*, t. 5. *S–Wde*, red. M. Bańko, Warszawa 2007.
- System Prawa Administracyjnego Procesowego*, t. 2, cz. 5. *Weryfikacja rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, red. B. Adamiak, Warszawa 2019.
- Wajda P., *Instytucja przywrócenia uchybionego terminu w Kodeksie postępowania administracyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 6.

The Scope of Regulation of the Institution of Resetting Time Limits in Administrative Law in the Time of the COVID-19 Pandemic

Summary

The institution of resetting time limits is regulated by the provisions on administrative proceedings. However, in the time of the COVID-19 pandemic, the legislator has modified the scope of the regulations of the indicated institution. The subject of the analysis is the shape of the institution of resetting time limits provided for by the provisions of administrative law, with particular emphasis on the scope of the introduced regulation. The author undertakes to assess its effects on the practice of applying the law.

Keywords: resetting a time limit, administrative proceedings, episodic regulation.

KAROL KICZKA

ORCID: 0000-0002-3056-024X

Uniwersytet Wrocławski

karol.kiczka@uwr.edu.pl

Reglamentacja gospodarcza w Polskim Ładzie

Abstrakt: Reglamentacja gospodarcza, ograniczająca wolność działalności gospodarczej, jest jedną z funkcji państwa w społecznej gospodarce rynkowej. Przeprowadzone rozważania pozwalają stwierdzić, że jest ona urzeczywistniana również obecnie — przez regulacje prawne wynikające z Polskiego Ładu. Następstwa wywołane przez COVID-19 stały się podstawą zmian prawa podatkowego oraz publicznego prawa gospodarczego. Obowiązki o charakterze reglamentacyjnym ustanowione po stronie zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów potwierdzają charakterystyczny dla prawa publicznego prymat interesu publicznego nad indywidualnym. Odnotowania wymaga rozwijająca się w publicznym prawie gospodarczym tendencja do wprowadzania w jego zakresie regulacji prawnych mniej lub bardziej powiązanych z prawem podatkowym. W następstwie tego nieprzestrzeganie między innymi norm reglamentacyjnych ograniczających stronom transakcji biznesowych swobodę wyboru formy dokonywania płatności za zrealizowane transakcje skutkuje zwiększoną ingerencją państwa we własność przedsiębiorców w postaci odpowiednich podatków i ostatecznie wpływa na uzyskiwany wynik z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. W celu ochrony interesów przedsiębiorców należy zapewnić w społecznej gospodarce rynkowej istnienie właściwej, niezależnej, bezstronnej, niezawisłej i sprawnej władzy sądowniczej.

Słowa kluczowe: reglamentacja gospodarcza, społeczna gospodarka rynkowa, Polski Ład.

Wprowadzenie

Stosunek władzy publicznej do gospodarki (gospodarowania) może być rozważany z perspektywy różnych dziedzin nauki oraz dyscyplin naukowych¹. Na gruncie nauk prawnych kwestia ta jest przede wszystkim badana z punktu widzenia szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa, mimo że konkretne zjawiska

¹ Zob. rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 20 września 2018 roku w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych oraz dyscyplin artystycznych (Dz.U. poz. 1818).

gospodarcze są zazwyczaj przedmiotem jednoczesnej regulacji norm jurystycznych różnej natury. Tym samym składowe obroty gospodarczego są równocześnie normowane przepisami prawnymi, które w tradycyjnej systematyce lokują się między innymi w domenę prawa cywilnego, handlowego, podatkowego, karnego czy publicznego gospodarczego. Nie budzi wątpliwości pogląd, że rolę norm prawnych w relacji do gospodarowania determinuje panujący ustroj gospodarczo-społeczno-polityczny. Natomiast u podstaw kreowania wypowiedzi normatywnych adresowanych do uczestników gospodarowania znajduje się odpowiedzialność władzy publicznej za właściwy stan gospodarki.

Ustrojodawca przyjmuje między innymi, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych tworzy podstawę ustroju gospodarczego RP. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny². Pojęcie społecznej gospodarki rynkowej na gruncie unijnym (wspólnotowym) zawierał uprzednio art. I-3 projektu traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy³. Obecnie zgodnie z art. 3 ust. 3 TUE Unia Europejska opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne dla państw członkowskich w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i mężczyzn. Unia ustanawia rynek wewnętrzny. Działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawę tworzą zrównoważony wzrost gospodarczy i stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego⁴.

Z powszechnie znanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że użycie w art. 20 Konstytucji RP kwantyfikatora „społeczny” w szczególności:

1. wyklucza wprowadzenie „czysto liberalnego pojmowania ustroju gospodarczego, które odrzucało jakąkolwiek ingerencję państwa w funkcjonowanie mechanizmów rynkowych i oparte było na maksymalizowaniu własnych korzyści przez pracodawcę”;

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483, sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319 z późn. zm.); dalej: Konstytucja RP, Konstytucja. Zob. S. Jarosz-Żukowska, *Zasady ustroju społeczno-gospodarczego w Konstytucji RP*, [w:] R. Balicki *et al.*, *Konstytucja i prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021, s. 148–168.

³ Art. I-3 traktatu, ustanawiający Konstytucję dla Europy. Zob. www.ukie.gov.pl.

⁴ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE z 7.06.2016, C 202/13); dalej: TUE. Por. *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2010, s. 1.

2. upoważnia państwo do podejmowania „działań łagodzących społeczne skutki funkcjonowania praw rynku, ale jednocześnie dokonywanych z poszanowaniem tych praw”;

3. upoważnia państwo do podejmowania działań ingerujących w mechanizm wolnorynkowy, o ile nie są one dokonywane w formie bezpośrednio skutecznych władczych rozstrzygnięć kształtujących status rynkowy podmiotów prawa prywatnego;

4. wymaga, aby „państwo i inne instytucje publiczne w stosunkach z podmiotami z sektora prywatnego (w stosunkach zewnętrznych z punktu widzenia instytucji publicznych) działały w formach i na zasadach rynkowych”⁵.

Na płaszczyźnie oddziaływania władzy publicznej na gospodarkę w obrębie publicznego prawa gospodarczego wydzielane są funkcje administracji gospodarczej (publicznej): policji gospodarczej, reglamentacji gospodarczej, regulacji gospodarczej, zarządu mieniem publicznym, planowania gospodarczego i wspierania gospodarki⁶. Celem niniejszego opracowania jest wskazanie i analiza wybranych aspektów reglamentacji gospodarczej, która była przedmiotem badań Jubilata — prof. Tadeusza Kocowskiego. W związku z tym wykorzystany zostanie właściwy materiał źródłowy, w tym akty normatywne, literatura przedmiotu i orzecznictwo. W polu zainteresowania pozostaną zwłaszcza niektóre normy charakterystyczne dla reglamentacji gospodarczej powiązane z rządowym programem⁷ Polskiego Ładu w zakresie rozwiązań podatkowych, który to program został zapowiedziany 15 maja 2021 roku, a którego celem według wnioskodawcy było stworzenie — oczekiwanego przez większość społeczeństwa — sprawiedliwego systemu podatkowego⁸.

O wybranych przejawach reglamentacji gospodarczej

Cezary Kosikowski trafnie stwierdza, że „nocne stróżowanie” państwa w gospodarce należy już do przeszłości. Dzisiaj dba się o sprawną gospodarkę i finanse

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) z dnia 16 października 2014 roku, sygn. SK 20/12, OTK ZU 2014, Nr 9, poz. 102.

⁶ Por. J. Grabowski *et al.*, *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 695 n. Por. J. Gola, *Gospodarność i efektywność w działaniach organów administracji gospodarczej wobec przedsiębiorców publicznych*, Wrocław 2021, s. 249–262.

⁷ Zob. S. Gajewski, *Programy rządowe. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2017, s. 217.

⁸ Uzasadnienie przedstawionego Sejmowi przez Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji RP projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 1532 z dnia 8 września 2021 roku. Do prezentowania stanowiska rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych został upoważniony minister finansów, funduszy i polityki regionalnej.

publiczne, ponieważ służą one osiągnięciu celów społecznych o charakterze cywilizacyjnym, wytyczonych w formie wzorców i standardów oraz prawa w ramach interwencjonizmu realizowanego w skali międzynarodowej i unijnej. Wynika to wyraźnie, jak pisze dalej wskazany autor, z zadań i celów, jakie stawiają sobie organizacje międzynarodowe i UE, interweniując w funkcjonowanie współczesnych społeczeństw i państw. Uzasadnia to zatem postawę polegającą na postrzeganiu współczesnego interwencjonizmu szczerzej oraz inaczej niż dotychczas. Jednocześnie nie zaprzecza konieczności oddziaływania na gospodarkę i finanse państwa, skoro stanowią one materialną gwarancję rozwoju cywilizacyjnego społeczeństwa⁹.

Wyrazem takiego zjawiska jest w szczególności reglamentacja gospodarcza, przez którą należy rozumieć — jak zasadnie wskazuje T. Kocowski — taką sferę restrykcyjnej działalności organów państwa (interwencjonizmu państwowego), której celami w obszarze gospodarki są preferencja i ochrona interesów gospodarczych pewnych zbiorowości (także interesu gospodarczego, a niekiedy i politycznego państwa) w przeciwstawieniu do indywidualnych interesów podmiotów gospodarujących (przedsiębiorców). W pewnym sensie jej celem jest też ochrona producentów, konsumentów przed antykonkurencyjnymi działaniami innych podmiotów, a także — w określonym zakresie — zasobów naturalnych kraju. W opinii T. Kocowskiego polega ona — podobnie jak policja gospodarcza czy regulacja gospodarcza — na ustanawianiu przez organy państwa warunków (w formie nakazów i zakazów zawartych w aktach generalnych czy indywidualnych), od których spełnienia przez podmioty gospodarujące uzależniona jest możliwość skutecznej realizacji zarówno ich publicznych praw podmiotowych, jak i praw podmiotowych zwanych wolnościami. W sensie bezpośrednim reglamentacja gospodarcza ogranicza swobodę działania podmiotów gospodarczych w realizacji wolności podmiotowych, w szczególności zaś wolności działalności gospodarczej, związanych ze:

- swobodą wykonywania prawa własności,
- swobodą kształtowania stosunków umownych,
- swobodą organizacji (tworzenia i przekształcania) struktur gospodarczych¹⁰.

Przeprowadzony ogląd praktyki ustanawiania norm z zakresu reglamentacji gospodarczej wskazuje, że nakaz szanowania autonomii woli w stosunkach prywatnoprawnych wraz z zasadą swobody umów znajdują oparcie ustrojowe. Można go poszukiwać z jednej strony w konstytucyjnej zasadzie wolności kaźde-

⁹ C. Kosikowski, *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018, s. 19–20. Zob. W. Małecki, *Policja gospodarcza w prawie gospodarczym. Ujęcie teoretyczne*, Warszawa 2019, s. 1–73.

¹⁰ T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski et al., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 489 n. Zob. *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009; por. D. Chaba, *Reglamentacja jako funkcja państwa*, Kraków 2018, s. 11–95, 123–125.

go człowieka, z drugiej — jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny — w zasadzie wolności gospodarczej. Oba podejścia są w stosunku do siebie komplementarne i każde z osobna samodzielnie nie wystarcza do oddania znaczenia i istoty tej sfery aktywności uczestników obrotu prawnego. O ile bowiem fundament aksjologiczny zasady swobody umów mocno wspiera się na zasadzie wolności, o tyle zasada swobody gospodarczej bardzo wyraźnie wyznacza konieczną konstytucyjnie sferę zastosowania zasady wolności umów, obejmując nią stosunki gospodarcze. Ograniczenia wolności gospodarczej mogą nastąpić tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Komplementarność obu zasad wynika z jeszcze innych racji. Wolność jednostki, przejawiająca się w wolności umów, na gruncie stosunków gospodarczych będzie zawsze dalece determinowana przez przyjęty w danym systemie model gospodarczy. Gwarancje konstytucyjne udzielane modelowi społecznej gospodarki rynkowej oraz wolności gospodarczej są więc tym samym naturalnym zabezpieczeniem wolności umów realizowanej w ramach stosunków prywatnoprawnych. Nie istnieje bowiem możliwość urzeczywistnienia wolności gospodarczej bez wolności umów. Zasada swobody umów, w polskim ustawodawstwie wyrażona *expressis verbis* w art. 353¹¹ kodeksu cywilnego¹¹, jest istotnym elementem funkcjonowania społecznej gospodarki rynkowej. Bez jej istnienia nie byłoby możliwe prowadzenie nieskrępowanej, swobodnej działalności gospodarczej¹².

Zdaniem T. Kocowskiego ograniczenia wynikające z reglamentacji gospodarczej wprowadzane są bowiem w celu ochrony pewnych interesów ogólnych (publicznych) oraz dóbr istotnych z perspektywy ważnego interesu publicznego (nadrzędnego interesu publicznego), a mających znaczenie dla pewnych większych zbiorowości, niekiedy zaś znaczących dla całego państwa takich dóbr, jak:

- interesy zewnętrzne (polityczne) państwa, różnego rodzaju embarga i ograniczenia obrotu towarowego z zagranicą, wynikające z celów politycznych kraju;

- prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego oraz wspólnotowego (zakazy, kontyngenty, plafony i ich zamknięcia, automatyczna rejestracja obrotu, nieautomatyczna rejestracja obrotu, ceny, ograniczenia antymonopolowe);

- wyczerpywalne zasoby naturalne kraju, ograniczenia rybołówstwa czy kontyngenty upraw;

- zasady współżycia społecznego oraz interesy producentów i konsumentów, ograniczenia w publicznym obrocie papierami wartościowymi, ceny, normalizacja, certyfikacja, a także ograniczenia antymonopolowe, ograniczenia

¹¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.).

¹² Wyrok TK z dnia 13 września 2005 roku, sygn. K 38/04, OTK ZU 2005, Nr 8, poz. 92. Por. M. Raduła, *Prywatyzacja podmiotów leczniczych a prawo do ochrony zdrowia*, Wrocław 2021, s. 291–313.

w działalności ubezpieczeniowej, bankowej, maklerskiej, turystycznej, obrotu nieruchomościami itp.;

— interesy gospodarcze państwa, wprowadzanie monopolu prawnego, zakazy transferu technologii, ograniczenia w publicznym obrocie papierami wartościowymi, ograniczenia w nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców;

— wolna konkurencja, zakazy koncentracji kapitałowej i organizacyjnej, zakazy działań antykonkurencyjnych, ograniczenia antymonopolowe, ograniczenia w możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne¹³.

W opinii Adama Chełmońskiego realizację jednej ze swoistych zasad publicznego prawa gospodarczego — zasady ochrony prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej — zapewnia właśnie reglamentacja gospodarcza jako ogół środków podobnych do środków policji gospodarczej urzeczywistnianych na różnych, często bardzo odległych od siebie obszarach. Zarówno cele reglamentacji gospodarczej, jak i środki prawne do nich wiodące są bardzo zróżnicowane i zmienne, zależnie od bieżących potrzeb wynikających z sytuacji ekonomicznej, polityki gospodarczej czy wreszcie przyjętej koncepcji zasad funkcjonowania rynku. Toteż zdaniem wskazanego autora — inaczej niż prawo policji gospodarczej — prawo reglamentacji gospodarczej ulega ustawicznym zmianom, a pewne jego obszary bądź podlegają zasadniczym ograniczeniom, bądź wręcz zanikają. By zilustrować to zjawisko, autor wymienia między innymi będące już w zaniku prawo dotyczące reglamentacji cen, ograniczeń administracyjnoprawnych obrotu ziemią czy obrotu zagranicznego¹⁴.

Normy o charakterze reglamentacyjnym są od dawna badane w piśmiennictwie. Jak na przykład pisze Cecylian Ptański:

„Postanowienie Księcia Namiestnika Królewskiego, urządzające zgromadzenia rzemieślnicze” z dnia 31 grudnia 1816 r. wprowadziło głęboko sięgające reformy w całokształcie stosunków rzemieślniczych, w podstawach swych jest znacznie bliższe współczesnemu prawu niż prawu średniowiecznemu. [...]. Co do wykonywania rzemiosła postanowienie mówi o tem, że obowiązkiem urzędu starszych będzie „przestrzeganie porządku rzemiosła i spokojności warsztatów”, jednocześnie zastrzega, że „pod karą surową umawiać nie mają majstry między sobą ceny wyrabianych przez siebie szczegółów” oraz że „sprzedaż gotowej roboty nikomu ani w żadnym miejscu bronioną być nie może” [...]; postanowienie Księcia Namiestnika „nie przyznaje majstrom wyłączności zarobkowania, czyli robienia na swoją rękę”, oraz że „każdy niewykwalifikowany na majstra, jakkolwiek sposobu zarobkowania wzbraniać mu nie należy, chcąc prowadzić warsztat, lub jakie rzemiosło na własną rękę, może to uczynić jedynie za konsensem” właściwych władz miejskich lub większych [...]; ze średniowiecznej zasady, że tylko członek cechu mógł samoistnie wykonywać rzemiosło, nie pozostało ani śladu¹⁵.

¹³ T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza...*, s. 491. Por. M. Guziński, T. Kocowski, *Regulacja prawna gospodarowania mieniem publicznym*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 311.

¹⁴ A. Chełmoński, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego. Materiały konferencyjne*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999, s. 50–51.

¹⁵ C. Ptański, *Prawo rzemieślnicze*, Lublin 1931, s. 73–74.

Wprowadzone zasadniczo od 1 stycznia 2022 roku zmiany do naszego porządku prawnego — w następstwie urzeczywistniania rządowego programu Polskiego Ładu — potwierdzają aktualność przywoływanych przez doktrynę publicznego prawa gospodarczego ustaleń dotyczących reglamentacji gospodarczej¹⁶. Już w początkowej części uzasadnienia do Polskiego Ładu projektodawca podkreśla, że celem projektowanej ustawy jest stworzenie przyjaznego i sprawiedliwego systemu podatkowego, który pozwoli Polsce na zajęcie dominującej pozycji w wyścigu o inwestycje, będącego efektem zmiany globalnych łańcuchów dostaw. Zwraca się też uwagę, że kryzys związany z pandemią COVID-19 przekłada się nie tylko na zmniejszenie wpływów budżetowych, ale także na zwiększone wydatki, w tym na obsługę zadłużenia i świadczenia społeczne. Z tego względu państwo jest zmuszone do szukania nowych rozwiązań wspierających wzrost oraz stabilizację nadwyżonych wpływów budżetowych. Jest to konieczne ze względu na coraz większe wyzwania, jakie przynosi przedłużająca się walka z pandemią COVID-19 oraz jej długofalowymi, dotkliwymi dla społeczeństwa skutkami.

W związku z tym między innymi w ustawie Prawo przedsiębiorców zwiększono zakres obowiązywania istniejącego dotąd obowiązku odnoszącego się do tak zwanych płatności bezgotówkowych pomiędzy przedsiębiorcami w rezultacie zmiany wartości z 15 tysięcy złotych do 8 tysięcy złotych¹⁷, która uprzednio w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej wynosiła 15 tysięcy euro¹⁸. Dodano ponadto nowe regulacje prawne o charakterze reglamentacyjnym, które zobowiązują przedsiębiorców do zapewniania możliwości dokonywania zapłaty w każdym miejscu, w którym działalność gospodarcza jest faktycznie wykonywana, w szczególności w lokalu, poza lokalem przedsiębiorstwa lub w pojeździe wykorzystywanym do świadczenia usług transportu pasażerskiego, przy użyciu instrumentu płatniczego w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych¹⁹. Z tego nowego obowiązku wyłączono przedsiębiorców, którzy nie mają obowiązku prowadzenia ewidencji sprzedaży przy zastosowaniu kas rejestrujących przewidzia-

¹⁶ Ustawa z dnia 29 października 2021 roku o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2105). Por. A. Cwiakała-Małys, I. Piotrowska, *Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce. Ewolucja działań i mechanizmów ograniczających*, Wrocław 2021, s. 61 n. oraz podsumowanie na s. 185–186.

¹⁷ Art. 19 pkt 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.); dalej: p.p.

¹⁸ Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807).

¹⁹ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 roku o usługach płatniczych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 z późn. zm.). Zob. A.P. Szajna, *Transakcja zbliżeniowa cudzą kartą płatniczą do kwoty niewymagającej autoryzacji kodem PIN — kradzież (art. 278 § 1 k.k., art. 119 § 1 k.w.) czy kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2022, z. 1, s. 7–26.

nych w ustawie o podatku od towarów i usług²⁰. Przedsiębiorca, który zapewnia możliwość przyjmowania płatności przy użyciu terminala płatniczego i prowadzi ewidencję sprzedaży przy zastosowaniu kas rejestrujących, umożliwiającym połączenie i przesyłanie danych między kasą rejestrującą a Centralnym Repozytorium Kas, ma również zapewnić współpracę kasy rejestrującej z terminalem płatniczym zgodnie z wymaganiami technicznymi dla kas rejestrujących, określonymi w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług. Jednocześnie ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, działającemu w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych, ustanowiono kompetencję do zwalniania — w drodze rozporządzenia — na czas określony niektórych przedsiębiorców z obowiązku zapewnienia możliwości dokonywania zapłaty w każdym miejscu, w którym działalność gospodarcza jest faktycznie wykonywana, zwłaszcza w lokalu, poza lokalem przedsiębiorstwa lub w pojeździe wykorzystywanym do świadczenia usług transportu pasażerskiego, przy użyciu instrumentu płatniczego w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych²¹.

W ramach Polskiego Ładu wprowadzono także między innymi nieznanym wcześniej obowiązek po stronie konsumentów. Konsument jest teraz zobowiązany do dokonywania płatności za pośrednictwem rachunku płatniczego, jeżeli jednorazowa wartość transakcji z przedsiębiorcą, bez względu na liczbę wynikających z niej płatności, przekracza 20 tysięcy złotych lub równowartość tej kwoty, przy czym transakcje w walutach obcych przelicza się na złote według średniego kursu walut obcych, ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski, z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień dokonania transakcji²².

Wnioski

Przeprowadzone rozważania pozwalają stwierdzić, że funkcja reglamentacji gospodarczej w społecznej gospodarce rynkowej jest urzeczywistniana w sposób ciągły, co potwierdzają w szczególności obecne unormowania wynikające z Polskiego Ładu. Następstwa wywołane w życiu gospodarczym i społecznym przez COVID-19 stały się podstawą nie tylko zmian w prawie podatkowym, ale również w obszarze publicznego prawa gospodarczego. Zmodyfikowane oraz nowe powinności o charakterze reglamentacyjnym ustanowione po stronie zarówno

²⁰ Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.).

²¹ Art. 19a p.p.

²² Art. 7b ustawy z dnia 30 maja 2014 roku o prawach konsumenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 287 z późn. zm.). Por. R. Majewska, *Łatanie dziur w Polskim Ładzie — Minister Finansów przedłużył terminy poboru i zapłaty zaliczek PIT*, „Rachunkowość” 2022, nr 2, s. 22–25.

przedsiębiorców, jak i konsumentów — motywowane zwłaszcza koniecznością „szukania nowych rozwiązań wspierających wzrost oraz stabilizację nadwyrężonych wpływów budżetowych” — potwierdzają charakterystyczny dla prawa publicznego prymat zbiorowego interesu (ważnego interesu publicznego) nad indywidualnym (partykularnym) interesem jednostki. Zakres, zasięg i formy reglamentacji gospodarczej ulegają przeobrażeniom w związku z koniecznością ochrony określonej treści ważnego interesu publicznego. Odnotowania wymaga rozwijająca się w publicznym prawie gospodarczym tendencja do wprowadzania w jego domenę regulacji prawnych mniej lub bardziej powiązanych z prawem podatkowym. Przestrzeganie przez podmioty gospodarcze (przedsiębiorców) między innymi wynikającego z ustawy Prawo przedsiębiorców wskazywanego obowiązku realizowania płatności bezgotówkowych bezpośrednio kształtuje ich obowiązek podatkowy oraz zobowiązanie na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych i podatku dochodowego od osób prawnych. W następstwie tego nieprzestrzeganie norm reglamentacyjnych ograniczających stronom transakcji biznesowych swobodę wyboru formy dokonywania płatności za zrealizowane transakcje skutkuje zwiększoną ingerencją państwa we własność przedsiębiorców w postaci dodatkowych zobowiązań podatkowych i ostatecznie wpływa na uzyskiwany wynik z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. W związku z tym, aby zapewnić niezbędną ochronę wolnościom i prawom przysługującym przedsiębiorcom, aplikowanie reglamentacji gospodarczej w demokratycznym państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, wymaga konieczności istnienia: właściwej, niezależnej, bezstronnej, niezawisłej i sprawnej władzy sądowniczej²³.

Bibliografia

- Chaba D., *Reglamentacja jako funkcja państwa*, Kraków 2018.
- Chelmoński A., *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego. Materiały konferencyjne*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999.
- Ćwiąkała-Małys A., Piotrowska I., *Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce. Ewolucja działań i mechanizmów ograniczających*, Wrocław 2021.
- Gajewski S., *Programy rządowe. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2017.
- Gola J., *Gospodarność i efektywność w działaniach organów administracji gospodarczej wobec przedsiębiorców publicznych*, Wrocław 2021.
- Grabowski J., Kieres L., Wałaszek-Pyziół A., Biliński M., Blicharz R., Długosz T., Horubski K., Kiczka K., Kocowski T., Szydło M., Żurawik A., *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.

²³ Zob. R. Piotrowski, *Rola sądów najwyższych w ustroju demokratycznym*, [w:] *Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej. Historia i współczesność 2007–2017. Suplement do Księgi Jubileuszowej 90-lecia Sądu Najwyższego*, Warszawa 2017, s. 105–115.

- Guziński M., Kocowski T., *Regulacja prawna gospodarowania mieniem publicznym*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Jarosz-Żukowska S., *Zasady ustroju społeczno-gospodarczego w Konstytucji RP*, [w:] R. Balicki, M. Bernaczyk, O. Hałub-Kowalczyk, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, M. Kłopocka-Jasińska, A. Ławniczak, M. Masternak-Kubiak, A. Sledzińska-Simon, J. Wegrzyn, K. Wygoda, *Konstytucja i prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021.
- Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2010.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018.
- Majewska R., *Łatanie dziur w Polskim Ładzie — Minister Finansów przedłużył terminy poboru i zapłaty zaliczek PIT, „Rachunkowość” 2022, nr 2.*
- Małecki W., *Policja gospodarcza w prawie gospodarczym. Ujęcie teoretyczne*, Warszawa 2019.
- Piotrowski R., *Rola sądów najwyższych w ustroju demokratycznym*, [w:] *Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej. Historia i współczesność 2007–2017. Suplement do Księgi Jubileuszowej 90-lecia Sądu Najwyższego*, Warszawa 2017.
- Ptasiński C., *Prawo rzemieślnicze*, Lublin 1931.
- Raduła M., *Prywatyzacja podmiotów leczniczych a prawo do ochrony zdrowia*, Wrocław 2021.
- Szajna A.P., *Transakcja zblizeniowa cudzą kartą płatniczą do kwoty niewymagającej autoryzacji kodem PIN — kradzież (art. 278 § 1 k.k., art. 119 § 1 k.w.) czy kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2022, z. 1.

Economic Regulation in the Polish Deal

Summary

Regulation of the economy is one of the state's functions in the social market economy which limits the freedom of economic activity. This article analyzes this function, and the conclusion is reached that it is currently fulfilled by the legislation of the so-called Polish Deal. Regulatory obligations imposed on entrepreneurs and consumers by the Polish Deal give public interest primacy over individual interest which is specific for public law. One can also point to a developing trend of introducing in the scope of economic public law provisions which are more or less interconnected with tax law. As a result, in business transactions, non-observing the legal rules confining entrepreneurs' freedom of choosing the form of payment for concluded transactions increases the state's intervention into the property of entrepreneurs via relevant taxes which bear in on their yield from economic activity. Under the circumstances, the protection of interests of entrepreneurs in the social market economy requires a proper independent, unbiased and efficient judicial authority.

Keywords: economic regulation, social market economy, Polish Deal.

ELŻBIETA KOCOWSKA-SIEKIERKA

ORCID: 0000-0001-6386-5579

Uniwersytet Wrocławski
elakocowska@gmail.com

Elastyczny model transferu technologii — niwelowanie barier organizacyjnych i prawnych komercjalizacji wiedzy na uczelniach

Abstrakt: Artykuł porusza problem niwelowania organizacyjnych i systemowych barier transferu technologii do gospodarki. Opisuje działania jednostek zajmujących się komercjalizacją związane z elastycznym podejściem do przedmiotu komercjalizacji, kształtowaniem systemu wewnętrznych i zewnętrznych relacji oraz inicjowania zmian prawnych w kierunku niwelowania barier transferu wiedzy.

Słowa kluczowe: transfer technologii, likwidacja barier organizacyjnych i prawnych, innowacje społeczne.

Chociaż komercjalizacja wiedzy skupia się na czynnościach o merkantylnym charakterze, sam proces zaczyna się na długo przed oferowaniem na rynek gotowych produktów i usług opartych na badaniach naukowych. Wymaga także wdrożenia rozwiązań o charakterze systemowym. I o ile ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym w sposób szczegółowy reguluje zasady podziału środków z komercjalizacji oraz podejmowania przez uczelnię decyzji o dokonywaniu bądź niedokonywaniu komercjalizacji¹, o tyle pozostałe etapy dotyczące zasad i trybu komercjalizacji uczelnie regulują w sposób swobodny (z uwzględnieniem obowiązujących

¹ Na temat etapów procesu komercjalizacji zob. zwł. *Komercjalizacja i transfer wyników badań naukowych i prac rozwojowych z uczelni do gospodarki: komentarz — nowe regulacje*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, Warszawa 2019; I. Pietrzak-Abucewicz, *Proces komercjalizacji wyników B+R: wybrane zagadnienia prawne*, Poznań 2018.

przepisów prawa) w regulaminie zarządzania prawami autorskimi, prawami pokrewnymi i prawami własności przemysłowej oraz zasad komercjalizacji.

Model innowacyjności reprezentowany przez uczelniane Centra Transferu Technologii (dalej: CTT) jest ściśle związany z naukowym potencjałem uczelni macierzystej. Wynika ze sposobu angażowania się jednostki w ekonomiczny, cywilizacyjny, ale też etyczny rozwój społeczeństwa. W przypadku uczelni ściśle technicznych nie ma wątpliwości, że transfer technologii będzie przybierał „modelowy” charakter, adekwatny do założeń ustawowych. Centra Transferu Technologii powstają jednak również na uczelniach, w których badania naukowe nie koncentrują się na dyscyplinach technicznych, przynoszących podaż wyników, na które można uzyskać prawo ochronne, i mających bezpośrednią wartość rynkową. Umożliwiają komercjalizację bezpośrednią² istotnego, często niedocenianego potencjału innowacji społecznych³, wspierając i promując unikalne działania, których celem jest rozwój czynności opartych na odpowiedzialności społecznej, projektowaniu przyszłości społecznej i ekonomicznej. Dlatego jednostki transferu technologii coraz częściej angażują się w procesy kształtowania organizacyjnych i systemowych zmian modelu komercjalizacji, co wiąże się z elastycznym podejściem do przedmiotu komercjalizacji, kształtowaniem systemu wewnętrznych i zewnętrznych relacji oraz inicjowaniem zmian prawnych w kierunku niwelowania barier transferu wiedzy.

1. Rozszerzanie przedmiotu komercjalizacji

Zgodnie z art. 148 ust. 4 u.p.s.w.n. przedmiotem komercjalizacji są „wyniki działalności naukowej lub *know-how* związany z tymi wynikami”, przy czym ustawodawca nie definiuje pojęcia wyników⁴. Natomiast uregulowane w art. 153 szczególnie tryb komercjalizacji (obowiązek informowania o wynikach, możliwość przeniesienia praw do wyników na pracownika) oraz zasady podziału zysków z komercjalizacji wyników powstałych w ramach wykonywania przez pracownika uczelni publicznej obowiązków ze stosunku pracy dotyczą wyłącz-

² Sprzedaż wyników działalności naukowej lub *know-how* związanego z tymi wynikami albo oddawanie do używania wyników lub *know-how*, w szczególności na podstawie umowy licencyjnej, najmu oraz dzierżawy — art. 148 ust. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2018 roku Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2021 r. poz. 478 z późn. zm.); dalej: u.p.s.w.n.

³ Na temat definiowania innowacji społecznych zob. W. Kwaśnicki, *Innowacje społeczne — nowy paradygmat czy kolejny etap w rozwoju kreatywności człowieka?*, [w:] *Obywatele wobec kryzysu: uspiewni czy innowatorzy?*, red. G. Chimiak, A. Kościański, W. Misztal, Warszawa 2015, s. 23–57.

⁴ W u.p.s.w.n. zastąpiono zwrot „wyników badań naukowych, prac rozwojowych” pojęciem „wyników działalności naukowej”, co wiąże się ze zdefiniowaniem w art. 4 ust. 1 działalności naukowej; zob. I. Pietrzak-Abucewicz, *op. cit.*, s. 15.

nie wyników badań naukowych będących: wynalazkiem, wzorem użytkowym, wzorem przemysłowym lub topografią układu scalonego, wyhodowaną lub odkrytą i wyprowadzoną odmianą rośliny, a także wyników prac rozwojowych⁵ i od 2018 roku wyników twórczości artystycznej. Początkowo interpretowano te postanowienia wprost, uznając katalog za zamknięty⁶; również pierwsze regulaminy ograniczały się do enumeratywnego wskazania wyników z katalogu ustawowego, lecz z czasem takie rozwiązanie przestało być wystarczające⁷. Praktyka jednostek transferu technologii dość szybko udowodniła, że tak określony przedmiot komercjalizacji ogranicza działania jednostek, zwłaszcza tam, gdzie liczba uzyskiwanych praw ochronnych do przedmiotów własności przemysłowych jest niewielka. Aktualizacja regulaminów do zmian wprowadzanych w ustawie ustrojowej sprzyjała rozszerzaniu przedmiotu komercjalizacji, inicjowanemu przez coraz bardziej doświadczone jednostki dostrzegające ograniczenie rozwiązań systemowych. Jednakże bardzo długo silne było przekonanie, że tworzenie Centrum Transferu Technologii jest zbędne, o czym świadczy przykład jednej z wiodących polskich uczelni — Uniwersytetu Wrocławskiego, na której CTT powołano dopiero w 2019 roku (faktycznie zaczęło funkcjonować w 2020 roku)⁸. Otwarcie się komercjalizacji na szersze spektrum wyników rozpoczęło od rozszerzania przedmiotu zainteresowania o wyniki spoza zakresu, takie jak oprogramowanie komputerowe oraz bazy danych.

Ze względu na to, że ustawodawca nie posługuje się pojęciami „opatentowany wynalazek” ani „zgłoszony do opatentowania wynalazek”, lecz samym „wynalazek”, pozostawił on szerokie pole do interpretacji zakresu przedmiotowego podczas tworzenia regulaminów⁹ (zwłaszcza przed nowelizacją ustawy Prawo własności przemysłowej z 16 października 2019 roku, która zwiększyła szanse uzyskania ochrony dla tak zwanych wynalazków wspomaganych komputerowo)¹⁰.

⁵ W u.p.s.w.n. wprowadzono definicję prac rozwojowych — art. 4 ust. 3.

⁶ J. Ożegalska-Trybalska, *Zakres podmiotowy i przedmiotowy przepisów PSW określających model zarządzania i komercjalizacji wyników badań naukowych i prac rozwojowych*, [w:] *Regulaminy zarządzania własnością intelektualną w szkołach wyższych w świetle znowelizowanej ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym: poradnik*, red. J. Ożegalska-Trybalska, Warszawa 2015, s. 13–14.

⁷ Por. m.in. zakres przedmiotowy regulaminów: uchwała nr 88/2017 Senatu Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 28 czerwca 2017 roku w sprawie regulaminu zarządzania prawami własności intelektualnej oraz zasad ich komercjalizacji; uchwała nr 137/2019 Senatu Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 25 września 2019 roku w sprawie regulaminu zarządzania prawami autorskimi, prawami pokrewnymi i prawami własności przemysłowej oraz zasad komercjalizacji w Uniwersytecie Wrocławskim.

⁸ Uchwała nr 148/2019 Senatu Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 23 października 2019 roku w sprawie regulaminu organizacyjnego Centrum Transferu Technologii Uniwersytetu Wrocławskiego.

⁹ I. Pietrzak-Abucewicz, *op. cit.*, s. 35.

¹⁰ Zmiana art. 33 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 roku Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 324).

Zgodnie ze stanowiskiem MNiSW w każdym przypadku, gdy mamy do czynienia z którymś z tych dóbr intelektualnych, należy przeanalizować, czy ich wytworzenie mieści się w zakresie prac rozwojowych, ponieważ w zależności od celu oraz etapu, w którym powstały, dobra te mogą być zakwalifikowane jako wyniki prac rozwojowych¹¹.

Programy komputerowe kwalifikowane są również jako „wynalazki” wspomagane programem komputerowym, gdy program komputerowy opiera się na samodzielnym technicznym rozwiązaniu problemu¹². Taka kwalifikacja pozwala ominąć lukę w regulaminach i umożliwić komercjalizację programów w trybie ustawowym oraz wynagrodzić pracowników naukowych zgodnie z zasadami przewidzianymi w ustawie. Podobna sytuacja dotyczy baz danych wraz z narzędziami do ich obsługi¹³. W regulaminach zaczęto zamieszczać szczegółowe uregulowania nie tylko procedur zgłaszania baz danych, lecz również zasad korzystania z bazy, pobierania danych i rozporządzania nią. Biorąc pod uwagę potencjał przeważających dyscyplin, inaczej zaczęto spoglądać też na problem *know-how* — informacji technologicznych i technicznych mających wartość gospodarczą i zachowywanych w poufności. Powiązanie *know-how* z wynikami badań naukowych i prac rozwojowych wskazuje, że same w sobie nie stanowią one odrębnego przedmiotu komercjalizacji. Można je jednak tak traktować, interpretując zasady w sposób analogiczny jak w przypadku programów komputerowych¹⁴. W wielu sytuacjach to właśnie samo *know-how* może bowiem stanowić podstawę innowacji.

Zasadniczo ich sukces komercjalizacyjny jest zależny od świadomości twórców wyników. W tej puli mieszczą się zwłaszcza wyniki powstałe w jednostkach o profilu humanistycznym i społecznym, a mające charakter interdyscyplinarny (od działań wykorzystujących oprogramowanie komputerowe w celu tworzenia oryginalnych sposobów pomiaru oraz zbierania i przetwarzania danych do scenariuszy gier, słowników, koncepcji utrwalania relacji społecznych). Przy zbieraniu informacji od naukowców o powstaniu wymienionych wyników wyzwaniem jest dostosowanie tego procesu do specyfiki prowadzonych w jednostce badań. Zasadniczo opiera się to na systemie zachęt dla naukowców, niż wprowadza sztywne obowiązki. Ma się wówczas na uwadze, aby wprowadzając obowiązek zgłaszania, „nie wylać dziecka z kąpielą” — obowiązek zgłoszenia każdego utworu, nawet wyłącznie programu komputerowego czy bazy danych powstałej w jednost-

¹¹ J. Ożegalska-Trybalska, *op. cit.*, s. 14.

¹² I. Pietrzak-Abucewicz, *op. cit.*, s. 36.

¹³ „[P]rzeoczeniem w niektórych regulaminach jest brak w katalogu przedmiotowym odniesienia do baz danych. Ze względu na to, że różnego rodzaju dane są gromadzone i systematyzowane w zasadzie w każdej szkole wyższej, a bazy danych mogą mieć istotną wartość majątkową i użytkową, dobrą praktyką wydaje się zamieszczanie także tego rodzaju dobra intelektualnego w przepisach określających zakres przedmiotowy regulaminu” — M. Pacuska, A. Wiśniewski, *Zarządzanie prawami własności intelektualnej w świetle analizy regulaminów uczelnianych: raport Fundacji Rektorów Polskich*, Warszawa 2015, s. 36.

¹⁴ I. Pietrzak-Abucewicz, *op. cit.*, s. 35.

ce, może być bezcelowy i zniechęcać naukowców¹⁵. Należy również pamiętać, że znaczna liczba takich wyników powstaje podczas prowadzenia badań podstawowych, których finałem są publikacje naukowe oraz dane udostępniane w repozytoriach otwartych danych badawczych, dlatego wybór ścieżki postępowania z wynikami powinien spoczywać w rękach kierowników prac badawczych¹⁶.

Także poza murami uczelni dostrzeżono, że innowacyjność nie wiąże się tylko z pracami badawczymi i rozwojowymi o ścisłym charakterze. „Badania związane z innowacjami kojarzone są głównie z innowacjami technicznymi i technologicznymi — nowymi produktami i usługami. Na uwagę jednak zasługują również innowacje pozwalające na kreatywne reagowanie na wyzwania społeczne”¹⁷ — informowało Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, uruchamiając w 2013 roku program Innowacje Społeczne, adresowany do konsorcjów, w skład których wchodzi co najmniej jedna jednostka naukowa oraz co najmniej jeden przedsiębiorca albo co najmniej dwie jednostki naukowe, z obowiązkowym udziałem organizacji pozarządowej.

W listopadzie 2017 roku 23 uczelnie podpisały zainicjowaną przez środowisko akademickie i Ministerstwo Rozwoju Deklarację społecznej odpowiedzialności uczelni¹⁸, składającą się z dwunastu zasad społecznej odpowiedzialności we wszystkich obszarach działalności uczelni oraz upowszechniania tych zasad wśród jej interesariuszy. Szósta z zasad dotyczy podejmowania badań naukowych i prac wdrożeniowych, „które w ramach partnerstwa z innymi ośrodkami akademickimi z całego świata, sektorem przedsiębiorstw, administracją publiczną i organizacjami pozarządowymi przyczyniać się mogą do rozwiązywania istotnych problemów społecznych”¹⁹. Społeczna odpowiedzialność uczelni to nie tylko realizacja trzeciej misji poprzez organizację w jej murach Festiwalu Nauki, Uniwersytetów Trzeciego Wieku czy Uniwersytetów Dzieci, lecz także transfer technologii zorientowanej na potrzeby społeczne. Transfer innowacji społecznych wymaga jednak strategicznego podejścia i rozwinięcia spójnego systemu zarzą-

¹⁵ Aby zapobiec takim problemom, regulamin Uniwersytetu Wrocławskiego z 2019 roku wprowadził obowiązek zgłaszania takich wyników niezwłocznie po otrzymaniu polecenia kierownika właściwej jednostki uczelni — § 15 ust. 2 pkt 2 regulaminu.

¹⁶ Ograniczeniu ryzyka związanego z utratą praw do własności intelektualnej w trakcie prowadzenia prac badawczych i rozwojowych już na etapie prowadzenia badań służą postanowienia regulaminów zobowiązujące kierowników projektów badawczych do monitorowania i właściwego reagowania, gdy w pracach biorą udział osoby, które nie są pracownikami, oraz do analizowania treści umów zawieranych ze współpracownikami.

¹⁷ Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Program INNOWACJE SPOŁECZNE. Diagnoza sytuacji w obszarze nauki i gospodarki objętym Programem*, s. 1, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/opis_programu_is_1.pdf (dostęp: 1.01.2022).

¹⁸ Ministerstwo Edukacji i Nauki, Grupa robocza do spraw Społecznej Odpowiedzialności Uczelni, *Deklaracja Społecznej Odpowiedzialności Uczelni*, <https://www.gov.pl/web/edukacja-i-nauka/grupa-robocza-do-spraw-spolecznej-odpowiedzialnosci-uczelni> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁹ *Ibidem*.

dzania wynikami. W relacjach zewnętrznych — tworzenia relacji z interesariuszami²⁰, w wewnętrznych — warunków umożliwiających współpracę i komunikację poszczególnych podmiotów działających w jej strukturze, przede wszystkim poprzez szerokie spojrzenie na rolę jednostek powołanych do komercjalizacji.

2. Systemy relacji na rzecz innowacji

Jednostki transferu technologii funkcjonujące w ramach struktur lub w powiązaniu ze strukturą szkół wyższych podejmują zadania związane z zarządzaniem zasobami własności intelektualnej powstającej na uczelniach, utrzymywaniem kontaktów z otoczeniem społeczno-gospodarczym oraz inicjowaniem transferu wyników do biznesu. Niejednokrotnie same pośredniczą lub prowadzą działalność naukową o charakterze przedwdrozeniowym. Tym samym realizują model przedsiębiorczego uniwersytetu, który oprócz prowadzenia badań podstawowych podejmuje się zaawansowanych badań przedwdrozeniowych i wdrożeniowych w celu tworzenia przełomowych innowacji produktowych i usługowych. W szerokim stopniu pojęcie „transfer technologii” zawiera się również w czynnościach wykraczających poza klasycznie rozumianą komercjalizację — dotyczy także działań mających pośredni wpływ na jej rozwój, w tym koordynacji kontaktów z otoczeniem społeczno-gospodarczym w obrębie całej uczelni.

Kształtowanie uczelnianego modelu współpracy z otoczeniem jest zdeterminowane specyficzną strukturą szkół wyższych. Jednostki uczelni podejmują działania na poziomie lokalnym, krajowym i międzynarodowym, przy czym charakter i intensywność tych działań są związane zarówno ze sprawnością samych jednostek, jak i dojrzałością otoczenia, zwłaszcza funkcjonowaniem mechanizmów wsparcia i koordynacji inicjowanych odgórnie (na poziomie samorządowym, krajowym, ponadnarodowym) lub oddolnie poprzez dobrowolne zrzeszenia czy porozumienia, inspirowane przez jednostki oraz ich interesariuszy. Ponieważ jednostki transferu technologii są bardzo często *novum* w strukturach uczelni, system ich zewnętrznych relacji w przedmiocie komercjalizacji zazwyczaj jest ograniczony i zasadniczo przybiera trójdzielny (przypominający trójkąt) charakter: uczelniane jednostki transferu technologii–biznes–instytucje otoczenia biznesu. Daleko mu do optymalnego modelu sferycznego, w którym panuje przepływ informacji i współpraca na poziomie licznych interesariuszy. W niektórych ośrodkach na poziomie lokalnym taka koordynacja powoli się kształtuje (na przykład okręg wrocławski)²¹

²⁰ Zob. A. Losa-Jonczyk, *Rola interesariuszy uczelni — jak ich angażować?*, [w:] *Spoleczna odpowiedzialność: znaczenie dla uczelni i sposoby wdrażania*, red. E. Jastrzębska, M. Przybysz, M. Wróbel, Warszawa 2019, s. 31–33.

²¹ Liczne jednostki transferu technologii zrzeszone są w ramach porozumienia jako członkowie Dolnośląskiego Akademickiego Inkubatora Przedsiębiorczości, powołanego przy Wrocław-

— są to relacje budowane przez wiele lat i rozwijane jako inicjatywa własna, które tworzą podstawę do kształtowania spójnego modelu wzajemnych relacji.

Jako wzorcowe można natomiast wskazać horyzontalne kształtowanie relacji pomiędzy jednostkami transferu technologii oraz między jednostkami a Ministerstwem Nauki. Powołanie dobrowolnego zrzeszenia jednostek transferu technologii — Porozumienia Akademickich Centrów Transferu Technologii (dalej: PACTT) — uaktywniło wymianę wzajemnych doświadczeń i dobrych wzorców pomiędzy poszczególnymi podmiotami transferu technologii, a także umożliwiło kształtowanie wspólnego stanowiska w relacjach z ministerstwem²². To te działania mają największy wpływ na zmiany systemowe, mające na celu dostosowanie modelu komercjalizacji do warunków lokalnych.

Dobrowolne zrzeszenie PACTT funkcjonuje od 2015 roku²³ i z roku na rok rozwija swoją działalność, inicjując zmiany organizacyjno-prawne oraz dążąc do stworzenia pomostu na poziomie krajowym i międzynarodowym, nie tylko w relacjach z administracją centralną i poszczególnymi partnerami między sobą, lecz również w relacjach z biznesem (z czasem ma szansę zaistnieć jako „pierwsze okno” do takiego kontaktu)²⁴.

Słabszy węzeł relacji wciąż funkcjonuje pomiędzy reprezentantami sektora transferu technologii a otoczeniem społecznym. Często ogranicza się do aspektu misyjnego oraz promocji nauki. Ten kierunek odzwierciedlony jest także w działaniach ministerstwa i adresowanych do uczelni programach. Misyjny charakter jednostek zajmujących się na uczelniach zadaniami z zakresu społecznej odpowiedzialności często ogranicza się do kształtowania relacji między uczelniami a interesariuszami, wymagającymi bezpośredniego i bezwzględniego wsparcia. Dlatego szczególnie warta uwagi jest ciekawa struktura powołanego w 2019 roku Centrum Współpracy i Dialogu Uniwersytetu Warszawskiego, które skupia się na współdziałaniu wielu jednostek w przedmiocie społecznej odpowiedzialności, między innymi jednostek transferu technologii²⁵. Jednym z głównych zadań Cen-

skim Parku Technologicznym. Głównym akcjonariuszem Wrocławskiego Parku Technologicznego jest gmina (95%), pozostałymi akcjonariuszami — największe wrocławskie uczelnie. Z inicjatywy samorządu województwa w 2012 roku powstał Dolnośląski Fundusz Rozwoju — regionalna instytucja finansowa, której celem jest zbudowanie na Dolnym Śląsku trwałego wieloletniego systemu finansowania mikro, małych i średnich przedsiębiorstw.

²² Zob. Porozumienie Akademickich Centrów Transferu Technologii, <https://pactt.pl/> (dostęp: 1.01.2022). Spółki celowe reprezentuje Porozumienie Spółek Celowych (PSC), które ma nieco mniejszą skalę oddziaływania. Dodatkowo powiązanie między spółkami a PSC jest słabsze niż w przypadku PACTT (co wiąże się z większą konkurencyjnością między tymi podmiotami, wynikającą z ich charakteru prawnego).

²³ Dla usprawnienia realizacji działań PACTT w 2019 roku została powołana Fundacja PACTT.

²⁴ Przykładem współpracy jest Akademia efektywnej współpracy PACTT — PFIZER, <https://pactt.pl/akademia> (dostęp: 1.01.2022).

²⁵ Zob. zarządzenie nr 148 Rektora Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 1 lipca 2020 roku w sprawie Regulaminu Centrum Współpracy i Dialogu Uniwersytetu Warszawskiego.

trum jest promowanie idei przedsiębiorczości oraz praktycznego wykorzystania wyników prac naukowych powstających na uniwersytecie w środowisku akademickim, społecznym i gospodarczym. Członkami Rady Programowej (organem doradczym dyrektora) są dyrektor Uniwersyteckiego Ośrodka Transferu Technologii oraz członek zarządu spółki celowej UWRC sp. z o.o., a jednym z ich zadań jest opiniowanie planów centrum oraz doradzanie jego dyrektorowi w zakresie realizowanych programów.

Jak wskazują badania organizacji pozarządowych prowadzone przez Stowarzyszenie Klon/Jawor, warszawskie organizacje dużo wcześniej i częściej niż pozostałe utrzymywały kontakty ze środowiskiem naukowym i ekspertami — trwałe i regularne kontakty w 2015 roku utrzymywało 49% warszawskich NGO przy ogólnopolskiej średniej wynoszącej 12%. Również dużo więcej organizacji w Warszawie prowadziło projekty w dziedzinie „badania naukowe i działalność badawczo-rozwojowa” — 21% przy ogólnopolskiej średniej w wysokości 10%²⁶. Słaby węzeł funkcjonujący między reprezentantami sektora transferu technologii (środowisko twórców) a otoczeniem społecznym (środowisko odbiorców) ma związek z pomijaniem NGO w roli równorzędnego partnera wspierającego proces kształtowania innowacji. Nie służyły tej współpracy ograniczenia prawne wprowadzające ustawowy model transferu technologii.

3. Powolne niwelowanie barier prawnych

Technokratyczny charakter przepisów ustanawiających zasady komercjalizacji wiedzy uzewnętrzniał się w szczególności w regulacjach dotyczących komercjalizacji pośredniej. Artykuł 86a ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 roku Prawo o szkolnictwie wyższym (w brzmieniu obowiązującym od 2011 do 31 grudnia 2016 roku, z kosmetycznymi zmianami od 1 października 2014 roku) stanowił, że uczelnia w celu komercjalizacji pośredniej wyników badań naukowych i prac rozwojowych mogła utworzyć spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółkę akcyjną, zwaną spółką celową²⁷. Rektor w drodze umowy mógł powierzyć spółce celowej zarządzanie prawami własności przemysłowej uczelni w zakresie jej komercjalizacji (art. 86a ust. 2 u.p.s.w.n.)²⁸. Nowelizacja przepisów na obo-

²⁶ Zob. P. Adamiak, B. Charycka, M. Gumkowska, *Kondycja warszawskiego sektora pozarządowego 2015. Raport z badań*, Warszawa 2015, s. 7, 15, <https://api.ngo.pl/media/get/91233> (dostęp: 1.01.2022).

²⁷ Obejmowanie lub nabywanie udziałów lub akcji w spółkach bądź obejmowanie warrantów subskrypcyjnych uprawniających do zapisu lub objęcia akcji w spółkach w celu wdrożenia lub przygotowania do wdrożenia wyników działalności naukowej lub *know-how* związanego z tymi wynikami (art. 149 ust. 1 u.p.s.w.n.).

²⁸ Spółka celowa, na podstawie umowy ramowej, zarządza własnością intelektualną uczelni, zazwyczaj w sytuacji gdy uczelnia nie posiada Centrum Transferu Technologii.

wiązujące od 1 stycznia 2017 roku dopuściła możliwość utworzenia więcej niż jednej spółki celowej, jednak dopiero w związku z nową ustawą (od 1 października 2018 roku) istnieje możliwość utworzenia spółki celowej przez kilka uczelni lub przystąpienia do spółki utworzonej przez inną uczelnię (publiczną).

Należy stwierdzić, że nastąpiło to jednak zdecydowanie za późno. Wiele spółek jednostek badawczych (27, w tym 14 na uniwersytetach i politechnikach) powstało w 2014 roku w ramach programu NCBIR SPIN-TECH (projekt „Spin Starter”, faza A), adresowanego do państwowych jednostek badawczych lub ich konsorcjów, które założyły lub dopiero zamierzają utworzyć spółkę celową. Spółki te, najczęściej o niskim kapitale zakładowym, miały bowiem problemy z osiągnięciem zadeklarowanych celów — ewaluacja przeprowadzona w 2016 roku wykazała, że „Program SPIN-TECH okazał się użyteczny w ograniczonym zakresie, głównie ze względu na ograniczoną podaż w Państwowych Jednostkach Badawczych (PJB) projektów nadających się do komercjalizacji”²⁹. Sceptyczny w stosunku do przyszłości spółek celowych był również raport NIK, który miał odpowiedzieć na pytanie, czy działalność spółek celowych jest skuteczną metodą wdrażania wyników prac naukowych do gospodarki³⁰. Ogólna niska ocena skuteczności transferu wiedzy przez spółki jednostek naukowych została opatrzona w skrócie wymownym prasowym tytułem *Spółki celowe — bez celu*³¹. Wnioski z ewaluacji NCBIR, raportu NIK oraz stanowiska Porozumienia Spółek Celowych w sprawie raportu³² wyraźnie wskazują na główną przyczynę niskiej efektywności komercjalizacji — były to mała liczba technologii nadających się do wdrożenia, na które było rzeczywiste zapotrzebowanie gospodarcze, i/lub wysokie koszty badań przedwdrożeniowych. W krótkim czasie powstało bowiem wiele spółek, które nie miały możliwości wykazać się efektami, nawet biorąc pod uwagę, że komercjalizacja pośrednia jest procesem długotrwałym.

Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że wiele uczelni, które powołały spółki celowe, stało się ofiarami programu SPIN-TECH oraz obowiązujących przepisów. Powołanie — zamiast kilkudziesięciu — kilku spółek, których udziałowcami byłyby uczelnie współpracujące, pozwoliłoby na stworzenie profesjonalnych podmiotów eksperckich, korzystających z doświadczenia jednostek o różnorodnych profilach, również społecznych. Taki sposób postrzegania spółek

²⁹ *Diagnoza stanu transferu technologii za pośrednictwem spółek celowych wykorzystująca dotychczasowe doświadczenia z realizacji programu SPIN-TECH: ewaluacja*, ekspertyza wykonana na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, Warszawa 2016, s. 6, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/pUBLIKACJE/Ewaluacje/spintech_ewaluacja.pdf (dostęp: 1.01.2022).

³⁰ *Transfer wiedzy i technologii poprzez spółki jednostek naukowych*, Informacja o wynikach kontroli, KNO.410.003.00.2018, Warszawa 2018, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/18/0223/> (dostęp: 1.01.2022).

³¹ Najwyższa Izba Kontroli, *Spółki celowe — bez celu*, 11.01.2019, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/spolki-celowe-bez-celu.html> (dostęp: 1.01.2022).

³² *Stanowisko Porozumienia Spółek Celowych z dnia 21.01.2019*, https://spinus.pl/wp-content/uploads/2019/01/odpowiedz_PSC_raport_NIK_final-1.pdf (dostęp: 1.01.2022).

celowych mógłby być powrotem do idei będącej istotą ich powstania — ściągnięcia z uczelni ryzyka finansowego w obszarze komercjalizacji wyników badań naukowych oraz odsunięcia na bok wymogu ich konkurencyjności i osiągnięcia wysokich efektów finansowych.

Nie ma wątpliwości, że komercjalizacja stała się działaniem, które zasadniczo jest mierzone wynikiem finansowym. Nawet ewentualne korzyści związane z uwzględnieniem jej w kryterium II ewaluacji nie są tak znaczące, aby mobilizowały do komercjalizacji, zwłaszcza że punkty przyznawane są za osiągnięcie konkretnej sumy przychodów³³. Organy uczelni podlegają dyscyplinie finansów publicznych i są zobowiązane do zarządzania mieniem, w tym wynikami badań naukowych, z zachowaniem szczególnej ostrożności, nie dziwi więc niski poziom zaufania uczelni do przedsięwzięć niemających mierzalnej wartości w momencie podejmowania decyzji o komercjalizacji oraz ostrożność w stosunku do komercjalizacji pośredniej³⁴. Przyczyna tkwi w specyfice prowadzonych badań w ośrodkach naukowych — innowacyjność popytowa wyników nie stanowi wszak celu prowadzenia prac badawczych, gdyż uczelnie to nie przedsiębiorstwa. Również sam etap prowadzenia badań naukowych i przemysłowych obciążony jest największym ryzykiem niepowodzenia. Mimo dostępności znacznych środków finansowych na tworzenie innowacji wiele projektów, także prowadzonych wyłącznie przez przedsiębiorców, kończy się systemowym niepowodzeniem³⁵. W przypadku projektów uczelnianych luka systemowa pojawia się już w momencie badania rynku — bardzo często bezpośrednim, a nawet jedynym nabywcą innowacji uczelnianej jest... nabywca publiczny.

Unia Europejska od 2007 roku promuje zamówienia na innowacje i zmierza do wzrostu ich znaczenia w systemie prawa³⁶. W Polsce jednak wciąż niska jest świadomość zamawiających związana z potrzebą stosowania zamówień na innowacje, chociaż brakuje w tym zakresie blokady prawnej. Biorąc pod uwagę osobiste doświadczenie autorki, za szczególnie problem należy uznać nabywanie przez

³³ § 22 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 22 lutego 2019 roku w sprawie ewaluacji jakości działalności naukowej (Dz.U. 2019 r. poz. 392 z późn. zm.).

³⁴ W celu zapobiegania „unikaniu” odpowiedzialności uczelnie chętnie wprowadzają do regulaminów podmioty pomocnicze do spraw komercjalizacji. Przykładowo na Uniwersytecie Wrocławskim są to: koordynator (§ 27 regulaminu), który w obrębie wydziału czuwa nad przebiegiem przeprowadzania zgłoszeń, wspiera proces komercjalizacji, obieg dokumentów, udziela informacji twórcom oraz dostarcza dane do CTT; Komisja ds. własności intelektualnej (§ 26 regulaminu) — wydaje opinie o przeznaczeniu wyników pracy intelektualnej do komercjalizacji, sposobie komercjalizacji lub o niedokonywaniu komercjalizacji oraz rekomenduje warunki i decyzje odnośnie do zawierania umów.

³⁵ Zob. *Wykorzystanie przez przedsiębiorców środków publicznych na innowacje i prace badawczo-rozwojowe*, Informacja o wynikach kontroli, KGP.430.017.2017, Warszawa 2018, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/016/> (dostęp: 1.01.2022).

³⁶ Zob. A. Wójtowicz-Dawid, *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8), s. 67–94.

publicznych zamawiających innowacji już gotowych, o wysokim poziomie gotowości technicznej (nawet w sytuacji gdy dochodziło do współpracy badawczej pomiędzy podmiotami, która udowodniła, że cel technologii został osiągnięty). Zmiany w tym kierunku ma przynieść nowa ustawa Prawo zamówień publicznych³⁷ (weszła w życie 1 stycznia 2021 roku), która „dodatkowo wspiera zamówienia publiczne na innowacje, wdrażając kolejne nowe rozwiązania w tym obszarze”³⁸. Nowe przepisy mają na celu bezpośrednie powiązanie zamawiania innowacji z szerszą perspektywą krajowej polityki — z ustawy wynika konieczność opracowania polityki zakupowej państwa, która obejmuje przede wszystkim zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług, z uwzględnieniem między innymi społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców oraz stosowania aspektów społecznych³⁹. Celem zmian jest przełamanie dominacji trybu przetargowego, jest więc szansa na zacieśnienie współpracy z jednostkami naukowymi.

Uczelnie coraz częściej zaczynają dostrzegać konieczność systemowego podejścia do innowacyjności i postrzegania procesów komercjalizacji w bardzo szerokim zakresie. Istotnym elementem systemowego zarządzania innowacjami jest proces budowania modelowych relacji lokalnych i ponadlokalnych między innowacyjnymi uczelniami, ich otoczeniem społeczno-gospodarczym oraz interesariuszami. Procesom przełamywania barier na poziomie organizacyjnym towarzyszy jednak problem mierzenia się z barierami systemowymi, które w istotny sposób ograniczają możliwości komercjalizacji. Powolne zmiany przepisów regulujących proces komercjalizacji to w szczególności efekt tworzenia sieci wzajemnych powiązań pomiędzy jednostkami transferu technologii oraz ich mrówczej pracy nad próbą dostosowania modelu komercjalizacji do warunków lokalnych.

Bibliografia

- Adamiak P., Charycka B., Gumkowska M., *Kondycja warszawskiego sektora pozarządowego 2015. Raport z badań*, Warszawa 2015.
- Diagnoza stanu transferu technologii za pośrednictwem spółek celowych wykorzystująca dotychczasowe doświadczenia z realizacji programu SPIN-TECH: ewaluacja, ekspertyza wykonana na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju*, Warszawa 2016, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/pUBLIKACJE/Ewaluacje/spintech_ewaluacja.pdf.
- Komercjalizacja i transfer wyników badań naukowych i prac rozwojowych z uczelni do gospodarki: komentarz — nowe regulacje*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, Warszawa 2019.

³⁷ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

³⁸ H. Nowak, *Wstęp*, [w:] *Zamówienia publiczne na innowacje*, red. M. Olejarz, J. Pożarowska, Warszawa 2020, s. 3, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0016/45502/Zamowienia_publiczne_na_innowacje_PL_WCAG-2021-01-08.pdf (dostęp: 1.01.2022).

³⁹ J. Pożarowska, *Zamówienia publiczne na innowacje a nowe Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne...*, s. 6–19.

- Kwaśnicki W., *Innowacje społeczne — nowy paradygmat czy kolejny etap w rozwoju kreatywności człowieka?*, [w:] *Obywatele wobec kryzysu: uśpieni czy innowatorzy?*, red. G. Chimiak, A. Kościński, W. Misztal, Warszawa 2015.
- Losa-Jonczyk A., *Rola interesariuszy uczelni — jak ich angażować?*, [w:] *Spoleczna odpowiedzialność: znaczenie dla uczelni i sposoby wdrażania*, red. E. Jastrzębska, M. Przybysz, M. Wróbel, Warszawa 2019.
- Najwyższa Izba Kontroli, *Spółki celowe — bez celu*, 11.01.2019, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/spolki-celowe-bez-celu.html>.
- Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Program INNOWACJE SPOŁECZNE. Diagnoza sytuacji w obszarze nauki i gospodarki objętym Programem*, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/opis_programu_is_1.pdf.
- Pacuska M., Wiśniewski A., *Zarządzanie prawami własności intelektualnej w świetle analizy regulaminów uczelnianych: raport Fundacji Rektorów Polskich*, Warszawa 2015.
- Pietrzak-Abucewicz I., *Proces komercjalizacji wyników B+R: wybrane zagadnienia prawne*, Poznań 2018.
- Regulaminy zarządzania własnością intelektualną w szkołach wyższych w świetle znowelizowanej ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym: poradnik*, red. J. Ożegalska-Trybalska, Warszawa 2015.
- Transfer wiedzy i technologii poprzez spółki jednostek naukowych*, Informacja o wynikach kontroli, KNO.410.003.00.2018, Warszawa 2018, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/18/023/>.
- Wójtowicz-Dawid A., *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8).
- Wykorzystanie przez przedsiębiorców środków publicznych na innowacje i prace badawczo-rozwojowe*, Informacja o wynikach kontroli, KGP.430.017.2017, Warszawa 2018, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/016/>.
- Zamówienia publiczne na innowacje*, red. M. Olejarz, J. Pożarowska, Warszawa 2020, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0016/45502/Zamowienia_publiczne_na_innowacje_PL_WCAG-2021-01-08.pdf.

A Flexible Model of Technology Transfer — Reducing Organizational and Legislative Obstacles Related to the Commercialization of Knowledge at Universities

Summary

The article addresses the problem of reducing organizational and systemic obstacles of transferring technology into the economy. It describes the actions of entities involved in the commercialization related to a flexible approach to the subject of commercialization, shaping of the internal system and external relations, as well as initiating legislative changes towards removal of the obstacles related to the transfer of knowledge.

Keywords: technology transfer, reducing legal and organizational obstacles, social innovation.

ADAM KONIECZNY

Państwowa Straż Pożarna

adam.wojciech.konieczny@gmail.com

Nowy rozdział w rozwoju ochotniczych straży pożarnych

Abstrakt: W grudniu 2021 roku Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX kadencji uchwalił ustawę o ochotniczych strażach pożarnych. Wskazany akt prawny wpisuje się w ciąg trwających i planowanych zmian dotyczących organizacji bezpieczeństwa powszechnego, którego celem jest zapewnianie ochrony ludności, a które wymaga niezbędnych działań ze strony administracji publicznej. Dzięki takim czynnikom, jak zwiększone dofinansowanie OSP, poprawa regulacji prawnych oraz wprowadzenie nowych świadczeń dla druhów, ochrona przeciwpożarowa osiągnie wyższy poziom organizacyjny.

Słowa kluczowe: ochotnicza straż pożarna, ochrona przeciwpożarowa, bezpieczeństwo powszechne, ochrona ludności.

Grudzień 2021 roku przejdzie do historii porządku prawnego regulującego ochronę przeciwpożarową w Polsce. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX kadencji uchwalił wówczas ustawę o ochotniczych strażach pożarnych. Wkomponowuje się to w jubileusz trzydziestolecia uchwalenia w 1991 roku ustaw o ochronie przeciwpożarowej i o Państwowej Straży Pożarnej. Należy przy tej okazji przybliżyć znaczenie tego wydarzenia i wyjaśnić, dlaczego jest to tak istotne dla zasłużonego i oddanego lokalnej społeczności ruchu społecznego. Trzeba przy tym pamiętać, że gmina to dla tych stowarzyszeń najważniejszy poziom gwarantujący ich rozwój.

Od chwili powstania ochotnicze straże pożarne (dalej: OSP) zrzeszają członków reprezentujących cały przekrój lokalnych społeczności, zarówno kobiety i mężczyzn, jak i dzieci oraz młodzież. Do dzisiaj pozostają one otwarte dla każdego, kto bezinteresownie chce nieść pomoc drugiemu człowiekowi. Swoją działalnością obejmują wszystkie sfery życia społecznego, począwszy od ratownictwa, przez szeroko pojętą pomoc lokalnej społeczności, ochronę środowiska, działalność kulturalną, edukację, sport, po wsparcie instytucji i organizacji pozarządowych na rzecz rozwoju lokalnego w wymiarze społecznym i ekonomicznym.

Spoleczne zaangażowanie w działania mające na celu zapobieganie i walkę z pożarami czy innymi zagrożeniami wynikało z potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa. Rozwój cywilizacyjny zmieniał technikę i technologię działań ratowniczych oraz wpływał na powstanie jednostek zawodowych, w tym specjalistycznych. Co ciekawe, uzawodowienie ochrony przeciwpożarowej nie doprowadziło do zaniku społecznego ruchu ochrony i walki z pożarami. Było to spowodowane tym, że aktywność społeczna zyskała formę organizacyjno-prawną pozwalającą na realizację celów w sposób podobny do jednostek wyspecjalizowanych¹.

Nowe podejście do OSP, zwrócenie uwagi na obecny stan prawny i wyciągnięcie daleko idących wniosków, na których podstawie przygotowano pakiet projektów zmian w systemie bezpieczeństwa, nie byłoby możliwe bez zaangażowania pracowników naukowych Uniwersytetu Wrocławskiego, z ogromnym wsparciem prof. Tadeusza Kocowskiego, którzy od wielu lat uczestniczyli w redagowaniu norm prawnych i badaniach prowadzonych z udziałem środowiska pożarniczego. W owym czasie powstało wiele publikacji naukowych, które ukierunkowały dzisiejsze działania na nowe rozwiązania systemowe i prawne. Niniejszy artykuł też jest tego dowodem.

Trochę historii

Historia ochotniczych straży pożarnych w Polsce ma długoletnią tradycję, sięgającą minionych wieków. Stan prawny odnoszący się do OSP ulegał jednak nieprzerwanym zmianom, zwłaszcza w okresie powojennym, to jest po roku 1945. Ustawy z lat 1950, 1960 i 1975 coraz bardziej podporządkowywały je administracji rządowej. Diametralna zmiana nastąpiła po roku 1989, kiedy w naszym państwie zmieniono ustrój oraz strukturę samej administracji publicznej. Reaktywowany został wówczas samorząd terytorialny oraz stworzono realną możliwość niezależnego od państwa zrzeszania się obywateli w stowarzyszenia.

Uchwalone przez Sejm X kadencji w 1991 roku ustawy o Państwowej Straży Pożarnej i o ochronie przeciwpożarowej zasadniczo zmieniły system prawny odnoszący się nie tylko do samej ochrony przeciwpożarowej, ale też wielu innych dziedzin, jak ochrona ludności, obrona cywilna, zarządzanie kryzysowe itp. Wskażmy, że w czasie procesu legislacyjnego w latach 1990–1991 w Sejmie można było usłyszeć różnorodne uwagi i opinie komentujące dokonujące się zmiany, jak na przykład:

¹ Szerzej na ten temat zob. T. Kocowski, *Ochotnicza Straż Pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018, s. 23–24.

1. „w świetle ustawy o PSP obrona cywilna nie ma szans istnienia”,
2. „ustawa o ochronie przeciwpożarowej powinna być ustawą ustrojową, a nie ustawą o strażach pożarnych”,
3. „ZOSP i OSP dzielimy jako stowarzyszenia ze swoimi statutami”,
4. „OSP winno mieć odrębną ustawę”,
5. „OSP spełniają wiele innych funkcji poza gaszeniem i ratowaniem”.

Słowa „proponowano dawno ustawę o OSP” padły wtedy również z ust Anatoła Adamskiego, ówczesnego Prezesa Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP, uczestniczącego w posiedzeniu podkomisji i komisji.

Wraz z wejściem w życie ustawy o ochronie przeciwpożarowej obowiązywały już między innymi ustawy: o samorządzie terytorialnym, obecnie samorządzie gminnym, oraz prawo o stowarzyszeniach. Przepisami ustawy z 24 lipca 1998 roku o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa z dniem 1 stycznia 1999 roku wprowadzono podział terytorialny państwa na gminy, powiaty i województwa. Dokonano równocześnie reformy administracji publicznej. Obok gmin powstały powiaty i województwa samorządowe.

Ochrona przeciwpożarowa stała się jednym z zadań własnych gminy i powiatu. Przed wejściem w życie wskazanych ustaw zadania z zakresu ochrony przeciwpożarowej realizowały zatem jednostki organizacyjne Państwowej Straży Pożarnej (dalej: PSP) i inne jednostki ochrony przeciwpożarowej. Największy problem w ochronie przeciwpożarowej stwarzały relacje zachodzące między dwoma prawnie niezależnymi podmiotami, czyli gminą a ochotniczą strażą pożarną, która z mocy ustawy stała się dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem, z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego uzyskującym osobowość prawną. Osobowość prawną była bardzo mocnym atutem w sytuacji nieporozumień wynikłych w relacji gmina–OSP, w tym marginalizowaniu roli takiego stowarzyszenia.

Dzięki ogromnemu wysiłkowi i determinacji druhów działających z dużym poświęceniem stowarzyszenia te utrzymały swoją pozycję w ochronie przeciwpożarowej, a nowa ustawa o ochotniczych strażach pożarnych powinna wzmocnić ich rolę w tym systemie.

Można uznać, że konieczność dokonania zmian była już dostrzegana dużo wcześniej, a rozwój cywilizacyjny ostatnich lat, w tym nowe zagrożenia, z którymi się zmagamy, zdecydowanie przyspieszyły przygotowania niezbędnych i oczekiwanych systemowych rozwiązań.

OSP jako stowarzyszenie

Formą organizacyjno-prawną ochotniczych straży pożarnych jest stowarzyszenie. Forma ta ma ponad stuletnią tradycję i zapewnia pełną dobrowolność zrze-

szania się grup o celach niezarobkowych, z samodzielnym określaniem ich celów, programów działania, struktury organizacyjnej oraz uchwalaniem wewnętrznych aktów dotyczących własnej działalności. Przyjęta forma organizacyjno-prawna to podstawa ich dalszego funkcjonowania. Jednak nowa, uchwalona dopiero co ustawa, przy zachowaniu formy organizacyjno-prawnej, odnosi się do ochotniczych straży pożarnych, traktując poziom lokalny administracji samorządowej jako podstawowy w realizacji zadań własnych samorządu terytorialnego. Samorządu, którego mieszkańcy zrzeszają się do wykonywania zadań w ramach jednostek ochrony przeciwpożarowej, jakimi są ochotnicze straże pożarne.

Właśnie ten drugi charakter stowarzyszeń czyni ochotnicze straże pożarne stowarzyszeniami wyjątkowymi, realizującymi zadania na coraz wyższym, profesjonalnym poziomie, w pełnej kooperacji z Państwową Strażą Pożarną. Profesjonalizację wymusza rozwój cywilizacyjny i wzrost poziomu zagrożeń dla bezpieczeństwa powszechnego. Co najistotniejsze, sytuacja demograficzna i urbanistyczna w Polsce oraz w innych krajach sprawiają, że należy podejmować działania wyprzedzające, gwarantujące rozwój i impuls do dalszej ewolucji tych społecznych organizacji, wykonujących najważniejsze zadania publiczne. Jest to tym bardziej uzasadnione, że nowe rozwiązania, oprócz pewnego uporządkowania prawnego, obejmują długo oczekiwane świadczenia dla strażaków ratowników OSP. Ustawa oznacza więc podniesienie rangi tych stowarzyszeń, ale też uproszczenie systemu prawnego, z którego korzysta między innymi samorząd terytorialny, a także weryfikuje dotychczasowe rozwiązania zawarte w ustawie o ochronie przeciwpożarowej (poprawia je, anuluje martwe, niesprawdzone rozwiązania oraz wprowadza nowe, wynikające z doświadczeń i konsultacji).

OSP jako jednostka ochrony przeciwpożarowej

Ochotnicze straże pożarne jako stowarzyszenia są jednocześnie jednostkami ochrony przeciwpożarowej, usadowionymi na równi z jednostkami organizacyjnymi Państwowej Straży Pożarnej, której jednostki tworzy się jako formacje umundurowane i wyposażone w specjalistyczny sprzęt, przeznaczone do walki z pożarami, klęskami żywiołowymi lub innymi miejscowymi zagrożeniami. Funkcjonariusze PSP podlegają szczególnym obowiązkom wynikającym z charakteru pracy oraz posiadają niezbędne kwalifikacje i warunki psychofizyczne wymagane do wykonywania zawodu strażaka, technika pożarnictwa lub inżyniera pożarnictwa. Natomiast w przypadku OSP, aby móc uczestniczyć w działaniach ratowniczych, należy spełniać kryteria wiekowe (18–65 lat), mieć aktualne badania lekarskie, a także przejść szkolenie podstawowe strażaków ratowników OSP. Oznacza to, iż celem ochotniczych straży pożarnych jest działalność wykraczająca daleko poza zadania realizowane przez pozostałe stowarzyszenia, polegające

na umożliwieniu członkom udziału w życiu publicznym i wyrażania zróżnicowanych poglądów oraz realizacji indywidualnych zainteresowań. Cel funkcjonowania OSP w wielu elementach jest bowiem zbieżny z tymi stawianymi przed profesjonalnymi jednostkami organizacyjnymi zawodowo wykonującymi działania należące do zadań publicznych organów administracji publicznej.

OSP są więc podmiotami ratowniczymi, których organizacja i cele będą w określonym stopniu odbiegały od tych przewidzianych przez przepisy prawa o stowarzyszeniach. Dodatkowo wykonywanie zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej będzie wymagało wyposażania OSP w specjalistyczny, skomplikowany sprzęt oraz pomieszczenia do jego prawidłowego przechowywania. Uważam, że podejście do ochotniczych straży pożarnych w sposób profesjonalny to konieczność i nakaz chwili, jak również ukłon w stronę mieszkańców małych miejscowości, którym należy w końcu zapewnić bezpieczeństwo na poziomie XXI wieku².

Konieczność uregulowania wzajemnych relacji

Centralnym organem administracji rządowej w sprawach ochrony przeciwpożarowej i krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego (dalej: KSRG) jest Komendant Główny PSP³. Kieruje on między innymi KSRG, organizuje centralny odwód operacyjny, analizuje działania ratowniczo-gaśnicze KSRG, prowadzi inspekcje gotowości operacyjnej i opracowuje programy szkolenia jednostek ochrony przeciwpożarowej⁴. Zadania i kompetencje PSP na obszarze województwa wykonuje wojewoda przy pomocy komendanta wojewódzkiego⁵, w postępowaniu administracyjnym zaś, w sprawach związanych z wykonywaniem tych zadań, organem właściwym jest komendant powiatowy (miejski) PSP. Wykonywanie zadań ochrony przeciwpożarowej jest więc realizowane przy zachowaniu ustalonej struktury i hierarchii przez Państwową Straż Pożarną. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy o samorządzie gminnym⁶ i art. 4 ust. 1 pkt 16 ustawy o samorządzie powiatu⁷ ochrona przeciwpożarowa jest odpowiednio zadaniem własnym gminy/powiatu.

² Szerzej na ten temat zob. *Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania — Samorząd — Bezpieczeństwo. Raport z badań*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, Wrocław 2018, s. 15–16.

³ Art. 9 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1940); dalej: ustawa o PSP.

⁴ Art. 10 ust. 1 ustawy o PSP.

⁵ Art. 11 ustawy o PSP.

⁶ Ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1372, 1834).

⁷ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatu (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1038, 1834).

W ustawie o ochronie przeciwpożarowej wskazano, że OSP są częścią ochrony przeciwpożarowej i uczestniczą bezpośrednio w działaniach ratowniczych⁸. W przypadku OSP mamy do czynienia z przekazaniem zadań publicznych (zadań państwa) w drodze ustawy, przy czym ich udział w wykonywaniu przekazanych zadań publicznych odbywa się na podstawie przepisów ustrojowych oraz kompetencyjnych, zawartych w ustawie o ochronie przeciwpożarowej. Prawodawca przesądził, że OSP mają działać na podstawie przepisów ustawy o stowarzyszeniach. Niezależnie od statusu prawnego OSP jako stowarzyszenia został utrzymany obowiązek uczestniczenia w systemie ochrony przeciwpożarowej i poddania tych jednostek działaniom władczym PSP, która może dysponować te jednostki do działań ratowniczych poza terenem swojego działania. Należy również podkreślić, że powierzone zadania należą do najważniejszych zadań publicznych — zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego państwa⁹. Jest ono określone przepisami Konstytucji, a za jego realizację odpowiedzialna jest Rada Ministrów¹⁰. Takie umiejscowienie polityki bezpieczeństwa wskazuje na istotę i rangę zadań realizowanych przez OSP. Wykonywanie ich przez OSP w ramach KSRG lub poza tym systemem to zawsze zadania publiczne, skierowane do określonych społeczności lokalnych lub szerzej — do społeczności regionalnych. Dlatego wszystkie OSP powinny być jednakowo traktowane przez właściwe organy administracji publicznej¹¹.

Zapewnienie ochrony przeciwpożarowej obejmuje między innymi stosunki prawne pomiędzy gminą, która powinna zapewnić środki finansowe, a strażakami ratownikami ochotniczych straży pożarnych, którzy bezpośrednio podejmują czynności związane z ochroną przeciwpożarową. Gmina, wykonując zadanie własne ochrony przeciwpożarowej, podejmuje działania wobec strażaków ratowników OSP w sposób bezpośredni i pośredni. Bezpośrednie zapewnienie tego udziału ma miejsce, gdy gmina przekazuje środki finansowe na działania skierowane do konkretnego członka OSP, tak jak w przypadku wypłaty ekwiwalentu, pokrycia kosztów ubezpieczenia oraz kosztów badań lekarskich. Pośrednie zapewnienie obejmuje działania wobec członków ochotniczych straży pożarnych podejmowane za jej pośrednictwem, które zakładają między innymi zapewnienie umundurowania, udziału w szkoleniu, a także utrzymania niezbędnej infrastruktury¹².

⁸ Art. 15 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 869); dalej: ustawa o ochronie p.poż.

⁹ Art. 2 pkt 4 ustawy o ochronie p.poż.

¹⁰ Art. 146 ust. 4 pkt 7 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹¹ Szerzej na ten temat zob. H. Nowicki, *Ochotnicza straż pożarna jednostką ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018, s. 41–45.

¹² Szerzej na ten temat zob. M. Błażewski, *Obowiązki gminy wobec członka Ochotniczej Straży Pożarnej*, [w:] *Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania...*, s. 115–121.

Poziom gminy to najważniejszy poziom dotyczący organizacji ochrony przeciwpożarowej, a także rozwoju tych stowarzyszeń przy oczywistym udziale administracji rządowej i samorządowej poziomu regionalnego i krajowego. Ochrona przeciwpożarowa w Polsce realizowana jest zatem przez Państwową Straż Pożarną i samorząd terytorialny, w imieniu którego ochotnicze straże pożarne biorą na siebie większość obowiązków, przygotowania do działań ratowniczych i ich prowadzenie, a także propagowanie ochrony przeciwpożarowej jako działanie prewencyjne. Wymaga to właściwej kooperacji — współdziałania w relacji samorząd terytorialny–OSP–PSP, a także pewnego zbliżenia i uregulowania tych struktur administracji publicznej w realizacji wspólnego i najważniejszego zadania.

Skutki wprowadzenia ustawy

Ustawa zachowuje wszystkie wcześniejsze założenia w sprawie stowarzyszeń, a więc ich dobrowolność i niezależność. Wpisuje się również w ciąg trwających i planowanych zmian dotyczących organizacji bezpieczeństwa powszechnego, którego celem jest zapewnianie ochrony ludności, a które wymaga niezbędnych działań ze strony administracji publicznej.

Konsultacje przeprowadzone wśród OSP z udziałem samorządu terytorialnego, a także badania i ankiety w ramach prac badawczych potwierdziły konieczność zmiany podejścia do ustawy o ochronie przeciwpożarowej. Każde nowoczesne państwo musi bowiem reagować dynamicznie na zmieniające się zagrożenia i wyzwania, a obecna ustawa o ochronie przeciwpożarowej swoją konstrukcją odbiega nieco od kierunków, jakie powinny zostać przyjęte. Przede wszystkim jej celem nie powinno być regulowanie funkcjonowania jednostek ochrony przeciwpożarowej. Inną kwestią, a zarazem wartością dodaną konsultacji jest to, że wreszcie wszyscy, zarówno druhowie, jak i samorząd terytorialny, przeanalizowali na wskroś obecne prawodawstwo. Niestety ilość zawartych w nim martwych, niekiedy niezrozumiałych do dzisiaj zapisów jest ewidentna i oczywista. Myślę, że kolejny kierunek prac legislacyjnych — ochrona ludności, z pewnymi modyfikacjami w ochronie przeciwpożarowej — wprowadzi nas we współczesność. Inną wartością dodaną są materiały publikowane na temat ustawy w miesięczniku ZG ZOSP RP „Strażak”, obrazujące pewien pogląd i stan wiedzy o rozwiązaniach w systemie bezpieczeństwa. Powinny być i będą one wykorzystywane do edukacji kadr z dziedziny nauk prawnych i nauk o bezpieczeństwie, do wyciągania adekwatnych wniosków, a jednocześnie są one odpowiedzią na konieczność wprowadzanych obecnie, dla dobra OSP, rozwiązań. To też ogromny materiał, na którym Uniwersytet Wrocławski powinien prowadzić badania.

Poza uporządkowaniem systemu prawnego druhowie otrzymają długo oczekiwane świadczenia jako dodatki do emerytur. Ustawa w tym i innych zakresach

zrównuje uprawnienia wszystkich druhów. OSP, włączone lub niewłączone do KSRG, wpisują się w kwestie ochrony ludności, organizacji ochrony przeciwpożarowej na poziomie ponadlokalnym. Wreszcie specjalistyczna ustawa podniesie rangę OSP — i to bardzo. Omawiany akt prawny wprowadza ponadto liczne innowacyjne rozwiązania i zasady w funkcjonowaniu OSP. Mam na myśli między innymi umowy, które przecież wynikały już wcześniej chociażby z art. 2 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie przeciwpożarowej. To korzyść dla obu stron i gwarancja bezpieczeństwa dla OSP. Poza tym mowa tu o szkoleniach, które w szerszym zakresie przejmują na siebie Państwowa Straż Pożarna. Możemy tego dokonać, ponieważ otrzymamy środki finansowe na ich realizację. Zasadniczo kwestia szkoleń powinna pozytywnie wpłynąć na zainteresowanie ochotniczymi strażakami i ich zasobami ratowniczymi, na co liczymy. Przez szersze możliwości szkoleniowe zwiększy się również gotowość operacyjna OSP. Wreszcie funkcjonowanie młodzieżowych drużyn pożarniczych otrzyma konkretne uregulowania, które można powiedzieć, wprowadziliśmy już w 2020 roku.

Biorąc pod uwagę zwiększone dofinansowanie OSP, poprawę regulacji prawnych z ich uproszczeniem, a także wprowadzenie nowych świadczeń dla druhów, uważam, że nie tylko ochrona przeciwpożarowa zostanie wyniesiona na wyższy poziom organizacyjny, ale również widzę wspaniały okres niezakłóconego rozwoju przed OSP, bez względu na położenie, potencjał i specjalizację ratowniczą, która w ostatnich latach znacząco się rozwija. Nawiązując do wydarzeń sprzed 30 lat, uzasadnione jest stwierdzenie, że to wielki dzień dla strażackiego ruchu, który został uhonorowany własną ustawą. Przed Państwową Strażą Pożarną stawiane jest jednak duże wyzwanie organizacyjne, kadrowe i finansowe. Pierwsze dziewięć miesięcy funkcjonowania ustawy będzie kluczowe w zapewnieniu właściwego procesu wypłat świadczeń druhom seniorom, które są absolutną nowością nie tylko dla nas, ale dla całego resortu spraw wewnętrznych i administracji.

Bibliografia

- Kocowski T., *Ochotnicza Straż Pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.
- Nowicki H., *Ochotnicza straż pożarna jednostką ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.
- Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania — Samorząd — Bezpieczeństwo. Raport z badań*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, Wrocław 2018.

A New Chapter in the Development of Volunteer Fire Brigades

Summary

In December 2021, the Sejm of the Republic of Poland of the 9th term passed the Act on Volunteer Fire Brigades. The Act is part of a series of ongoing and planned changes to the organization of public safety, the purpose of which is to ensure protection of the population, and which requires the necessary actions on the part of public administration. Thanks to factors such as increased co-financing of Volunteer Fire Brigades, improvement of legal regulations and the introduction of new benefits for volunteer firefighters, fire protection will reach a higher organizational level.

Keywords: Volunteer Fire Brigade, fire protection, public safety, protection of the population.

PIOTR LISOWSKI

ORCID: 0000-0002-8154-3167

Uniwersytet Wrocławski
piotr.lisowski@uwr.edu.pl

Prawo i (nie)sprawiedliwość — kilka refleksji na kanwie ustawy covidowej

Abstrakt: Systemowość i czytelność języka prawnego nie jest mocną stroną regulacji ustawy covidowej. W artykule na trzech przykładach wykazano zatem problemy inspirowane wadliwie konstruowanym prawem. Pierwszy dotyczy dostępności pomocy w ramach tak zwanych tarcz antykryzysowych dla przedsiębiorców zagranicznych; drugi — zasadności niuansowania przesłanek przyznania działań osłonowych państwa w trakcie epidemii SARS-CoV-2 (zwłaszcza w kontekście używania zwrotów „te same”, „takie same”); trzeci jest natomiast związany z identyfikacją form działania administracji publicznej w kontekście wskazania drogi sądowej ochrony praw przedsiębiorcy.

Słowa kluczowe: stan epidemii, pomoc dla przedsiębiorców, prawo do dobrej legislacji, zakaz dyskryminacji, przesłanki pozytywne/negatywne, inne akty lub czynności z zakresu administracji publicznej.

Wprowadzenie

Prawo powinno służyć realizowaniu wartości. Warunkiem *sine qua non* jest ich właściwe zidentyfikowanie i podporządkowanie im regulacji prawnych. Trudno to jednak osiągnąć, jeżeli język prawny jest — jakby to powiedział prof. Jan Boć — mętny. Wątpliwości co do intencji prawodawcy niewątpliwie nie sprzyjają bowiem sprawiedliwemu aplikowaniu porządku prawnego.

Praktyka prawodawcza ostatnich lat dostarcza niestety wielu — często wręcz zatrważających — przykładów normatywnego inspirowania problemów z praworządnością. Jubileuszowe przeznaczenie niniejszej publikacji sprzyja egemplifikowaniu tej tezy na bardziej stonowanych przykładach. *Summa summarum* wybór padł na trzy kwestie znajdujące „umocowanie” w ustawie z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sy-

tuacji kryzysowych (dalej: ustawa covidowa)¹. Pierwsza z nich dotyczy aspektów podmiotowych (*in concreto* — w kontekście art. 15g ust. 1 ustawy covidowej); druga lokowana już jest w płaszczyźnie przedmiotowej stosunku prawnego (tym razem w kontekście niuansowania przesłanek przyznania pomocy — na wybranych przepisach ustawy covidowej); trzecia zaś jest związana z identyfikacją form działania administracji publicznej (na przykładzie art. 15g ust. 17 ustawy covidowej w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 11 października 2003 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z ochroną miejsc pracy²). Wymóg przeprowadzenia syntetycznej analizy przesądził o skoncentrowaniu uwagi na zarysowaniu problemów, co dało zarazem asumpt do ułokowania ich ocen w podsumowaniu.

Na wyborze ustawy covidowej zaważyły przede wszystkim dwa argumenty: po pierwsze — poziom zamieszczanych w niej regulacji (w istocie prowokujący do licznych kontestacji) oraz ich wyjątkowa labilność³; po drugie — co szczególnie warte podkreślenia — rozmowy prowadzone z Jubilatem na temat problemów interpretacyjnych aplikowanych przez tę ustawę (między innymi co do niektórych z wybranych do docelowej analizy). W ten sposób doszedł dodatkowy argument do sformułowania rozważań o takim przeznaczeniu w niniejszej *liber amicorum*.

1. „Chodzi mi o to, aby język giętki / Powiedział wszystko, co pomyśli głowa”⁴, czyli czy art. 15g ust. 1 ustawy covidowej dotyczy przedsiębiorców zagranicznych?

Problemy z wyznaczeniem zakresu podmiotowego hipotezy wskazanej normy prawnej dość szybko spolaryzowały rodzimą praktykę orzeczniczą (zarówno na forum administracyjnym, jak i w ramach postępowań sędowoadministracyjnych). Z jednej bowiem strony prędko dało o sobie znać stanowisko opierające się na *stricte* literalnie wyznaczonych konsekwencjach zastosowanego w tym przepisie odesłania zewnętrznego (co nie bez znaczenia — takie podejście jest preferowane w wyjaśnieniach Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej⁵). Potwierdzają to następujące konstatacje:

¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 z późn. zm.; w cytowanym później wyroku WSA w Poznaniu określana też jako specustawa-2020.

² Dz.U. z 2019 r. poz. 669; dalej: ustawa z 2003 roku, w wyroku WSA w Poznaniu określana też jako specustawa-2003.

³ Do końca 2021 roku zmieniona 38 razy (*sic!*).

⁴ J. Słowacki, *Beniowski*, pieśń V, s. 74, <http://wolnelektury.pl/katalog/lektura/beniowski> (dostęp: 1.01.2022).

⁵ Na przykład z dnia 30 kwietnia 2020 roku (DF.III.058.22.2020.PG).

organy realizujące zadania z zakresu art. 15g ustawy COVID-19 prezentują stanowisko, że osoby zagraniczne (w tym osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami) pozostają poza zakresem przedmiotowej regulacji. Jego podstawą jest wykładnia tekstualna komentowanego przepisu [...] zawiera bowiem odesłanie jedynie do art. 4 ust. 1 i 2 pr. przeds.⁶, tj. z pominięciem ust. 3 tego przepisu. Nadto warto podkreślić, że ustawodawca, wprowadzając pakiet ustaw w ramach tzw. konstytucji dla biznesu, wydzielił regulacje dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do odrębnego (od pr. przeds.) aktu prawnego, co podkreśla istniejący dualizm prawny w odniesieniu do podmiotów krajowych i zagranicznych⁷;

Sąd zgadza się z organem, że odniesienie art. 15g ust. 1 specustawy do art. 4 ust. 1 i 2 P.p. miało na celu wskazanie, iż z „wnioskiem o przyznanie świadczeń na rzecz ochrony miejsc pracy” mogą występować polscy przedsiębiorcy [...]. Co prawda [...] nie ma w tym przepisie zastrzeżenia, że chodzi o przedsiębiorcę z siedzibą w Polsce, to jednak jest w nim pośrednie powiązanie z podmiotami ukonstytuowanymi w polskim obszarze prawnym. W art. 4 ust. 1 P.p. mowa jest bowiem między innymi o jednostkach organizacyjnych, którym „odrębna ustawa” [...] przyznaje zdolność prawną. Są także inne argumenty świadczące o tym, że ustawodawca — odwołując się tylko do art. 4 ust. 1 i 2 P.p. w z art. 15g ust. 1 specustawy-2020 — chciał odróżnić „przedsiębiorców” od „przedsiębiorców zagranicznych”. Przemawia za tym siatka pojęciowa P.p. i u.z.u.p.zagr.⁸, gdzie podmioty z siedzibą za granicą określane są „osobami zagranicznymi”, ale gdy wykonują też działalność gospodarczą za granicą, określane są „przedsiębiorcami zagranicznymi” [...]. Podsumowując więc, przyjmując należy, że — w warstwie językowej — odesłanie z art. 15g ust. 1 specustawy-2020 do art. 4 ust. 1 i 2 P.p. poczytywać należy jako odesłanie do polskich „przedsiębiorców”, przeciwstawianych osobom zagranicznym i zwłaszcza „przedsiębiorcom zagranicznym”, których aktywność reguluje u.z.u.p.zagr. (art. 4 ust. 3 P.p.)⁹.

Z drugiej jednak strony artykułowane są też następujące stanowiska w tej kwestii:

Jednocześnie podnosi się argumenty, że wskazana wyżej interpretacja art. 15g ustawy COVID-19 jest zbyt uproszczona i prowadzi do nieuzasadnionego wyłączenia osób zagranicznych będących przedsiębiorcami z kręgu podmiotów uprawnionych do świadczeń w nim przewidzianych, w stopniu graniczącym z naruszeniem art. 32 Konstytucji RP. Dalszym skutkiem jej zastosowania jest nieakceptowalna dyferencjacja ochrony miejsc pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym sytuacji pracowników jako pośrednich beneficjentów świadczeń przewidzianych w komentowanej ustawie. W świetle powyższych argumentów jedynie przyznanie prymatu wykładni rozszerzającej (systemowej, teleologicznej, funkcjonalnej, prowsłpólnotowej) pozwala na prawidłowe zdekodowanie zakresu podmiotowego art. 15g ustawy COVID-19. W konsekwencji zawarte w komentowanym przepisie odwołanie do pojęcia przedsiębiorcy nie wyklucza wyżej wskazanej kategorii podmiotów, w szczególności wobec ciężącego na organach państwowych obowiązku wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym oraz *ratio legis* art. 15g ustawy COVID-19 (którym jest m.in. ochrona miejsc pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Wykluczenie osób zagra-

⁶ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.), w cytowanych fragmentach oznaczana też skrótem P.p.

⁷ K.W. Baran *et al.*, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (art. 15g)*, [w:] *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0, ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje jako szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2020/el., nb 1.22.

⁸ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej (Dz.U. z 2021 r. poz. 994 z późn. zm.).

⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 4 listopada 2020 roku, sygn. II SA/Po 711/20, LEX nr 3124763; dalej: wyrok WSA w Poznaniu.

nicznych będących przedsiębiorcami z kręgu adresatów analizowanej regulacji stałoby w sprzeczności z celem komentowanego przepisu i nie ma podstaw aksjologicznych do różnicowania zakresu wsparcia udzielanego podmiotowi krajowemu lub zagranicznemu (z zastrzeżeniem, że przyznane świadczenia mają być przeznaczone na ochronę miejsc pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Co więcej, w myśl przepisów u.z.u.p.zagr. przedsiębiorców zagranicznych z państw członkowskich UE i państw członkowskich [...] EFTA obowiązują tożsame zasady prowadzenia działalności gospodarczej z zasadami dotyczącymi polskich przedsiębiorców. Wnioskowanie *a fortiori* pozwala również wywieść tezę, że skoro ustawodawca nałożył na część osób zagranicznych obowiązek opłacania składek na rzecz FGŚP, to podmioty te powinny korzystać z rozwiązań służących ochronie miejsc pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej finansowanych z tego funduszu¹⁰;

W ocenie Sądu językowy rezultat wykładni art. 15g specustawy-2020 [...] jest nie do zaakceptowania w świetle prawa unijnego. [...] art. 49 TFUE oczywiście sprzeciwia się takiej regulacji krajowego prawa polskiego, wedle której publiczne dofinansowanie przedsiębiorcy w celu ochrony miejsc pracy jego pracowników nie może być przyznane tylko dlatego, że przedsiębiorca, który się o nie ubiega, ma siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Polskie prawo [...] stawia bowiem polskiego przedsiębiorcę w znacznie lepszej sytuacji aniżeli przedsiębiorcę zagranicznego, a kryterium dyskryminacji opiera się na przynależności państwowej. Zdaniem Sądu należy więc w niniejszej sprawie bezpośrednio zastosować przepis Traktatu (art. 49 TFUE) w zakresie, w jakim stanowi on o obowiązku traktowania przedsiębiorcy mającego siedzibę terytorium jednego państwa członkowskiego, a wykonującego działalność gospodarczą na terytorium innego państwa członkowskiego (także z uwzględnieniem swobody wtórnej — zakładania oddziałów) „na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli”¹¹.

Nie ulega więc wątpliwości, że praktykę interpretacyjną w analizowanym zakresie trudno uznać za zachodzącą w warunkach stosowania prawa respektującego standardy dobrej legislacji — bezspornie bliżej tym procesom do stanu w typie *per aspera ad astra*.

2. „Dużo łatwiej napisać dobrą sztukę, niż ustanowić dobre prawo”¹², czyli o zasadności niuansowania przesłanek przyznania działań osłonowych państwa w trakcie epidemii SARS-CoV-2 (na wybranych przykładach z ustawy covidowej)

Spśród przepisów ustawy covidowej wprowadzających przesłanki przyznania pomocy poprzez odwołanie się do wcześniej udzielonego na jej podstawie wsparcia do przeprowadzenia zamierzonej w tym przypadku analizy wybrano dwa:

¹⁰ K.W. Baran, *op. cit.*

¹¹ Wyrok WSA w Poznaniu.

¹² Słowa George’a Bernarda Shawa.

— formułujący przesłankę negatywną: „Przedsiębiorca nie może otrzymać dofinansowania w części, w której te same koszty zostały albo zostaną sfinansowane z innych środków publicznych” (art. 15zbb ust. 12¹³);

— konstytuujący przesłankę pozytywną: „Podmiot, o którym mowa w ust. 1, może otrzymać pomoc z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wyłącznie w przypadku, jeśli nie uzyskał pomocy w odniesieniu do tych samych pracowników w zakresie takich samych tytułów wypłat na rzecz ochrony miejsc pracy” (art. 15gg ust. 7).

Mechanizm nawiązywania do konsekwencji wcześniej udzielonego wsparcia bywa więc różnie wektorowany (w formule przesłanki negatywnej lub pozytywnej), korzystając przy tym z pojęć o niuansowo różnej semantyce. Trudno więc się dziwić, że w praktyce pojawiły się w tym względzie wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne — dotyczące przede wszystkim użycia określeń „te same”, „takich samych” (w stosunku do wskazanych kosztów/wypłat). Dobrze ilustrują to dwa stanowiska judykatury:

Ust. 12 art. 15zbb wskazuje wprawdzie, że przedsiębiorca nie może otrzymać dofinansowania w części, w której te same koszty zostały albo zostaną sfinansowane z innych środków publicznych, jednak dokonana przez organ wykładnia tego przepisu w badanych w sprawie realiach jest zdaniem Sądu wadliwa. Ustawodawca posłużył się w tym względzie we wskazanej wyżej normie prawnej pojęciem „te same”, a nie „takie same”, „tozsame”, podczas gdy np. w art. 15gg ust. 7 ustawy wskazano już, że podmiot może otrzymać pomoc z FGŚP wyłącznie w przypadku, jeśli nie uzyskał pomocy w odniesieniu do tych samych pracowników w zakresie takich samych tytułów wypłat na rzecz ochrony miejsc pracy. Obydwa przepisy brzmią zasadniczo odmiennie, a i wnioski z nich wypływające są odmiennie. [...] Przepis art. 15 zbb ust. 12 nie zawiera wyłączenia dofinansowania wynagrodzeń i składek ubezpieczeniowych dla tych samych pracowników. Stanowi jedynie, że „te same koszty” nie mogą być niejako dwukrotnie współfinansowane ze środków publicznych. „Te same koszty” to — według znaczenia leksykalnego — nie takie same rodzajowo wydatki przedsiębiorcy (wynagrodzenie określonych pracowników i składki ubezpieczeniowe), jak interpretuje przepis organ, ale wydatki tożsame co do podmiotu, przedmiotu, podstawy, wysokości i okresu, za który przysługują (a zatem dokładnie te, które już uprzednio sfinansowano). Nie oznacza to tym samym, że wydatki przedsiębiorcy na podstawowy cel związany z utrzymaniem miejsca pracy, a więc na wynagrodzenie pracowników i należne składki, obciążające go w innym niż dotychczas sfinansowany z tarczy antykryzysowej, nie mogą być objęte dofinansowaniem z art. 15zbb¹⁴ [...].

W ocenie Sądu „taki sam tytuł wypłat” oznacza wynagrodzenie oraz składki na ubezpieczenia społeczne od tych wynagrodzeń na rzecz ochrony miejsc pracy w sensie generalnym, tj. przykładowo wynagrodzenie za listopad nie jest innym tytułem w rozumieniu art. 15gg ust. 7 ustawy COVID niż wynagrodzenie za grudzień. [...] W ocenie spółki otrzymane dofinansowanie na podstawie art. 15gg ustawy COVID na tych samych pracowników nie stoi na przeszkodzie otrzymania dofinansowania na mocy art. 15zbb ustawy COVID za inne 3 miesiące niż dofinansowanie otrzymane wcześniej. W niniejszej sprawie Sąd przyznał rację organowi i uznał, że dofinansowanie w ramach ww. przepisów za tych samych pracowników i na podstawie takich samych tytułów jest

¹³ Podobne sformułowania znalazły zastosowanie w kilku innych przepisach tej ustawy: art. 15zbc ust. 10, art. 15zee ust. 11, art. 15zze² ust. 12.

¹⁴ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 października 2021 roku, sygn. I SA/Gd 1082/21, LEX nr 3256748; dalej: wyrok WSA w Gdańsku.

możliwe maksymalnie za 3 miesiące, co należy wywieść wprost z art. 15gg ust. 6 ustawy COVID. [...] W ocenie Sądu zatem pojęcie „te same koszty” należy utożsamić z pojęciem „taki sam tytuł wypłat” z art. 15gg ust. 7 ustawy COVID¹⁵.

Co więcej, niezależnie od rozbieżności interpretacyjnych dotyczących kazuśów opierających się na podobnej sekwencji uwarunkowań (najpierw udzielono pomocy na podstawie art. 15gg ust. 1, potem starano się o wsparcie z powołaniem się na art. 15zzb — a więc zakładających zastosowanie art. 15zzb ust. 12 ustawy covidowej) dochodzi potrzeba uwzględniania innego ukierunkowania warunków przyznania pomocy w ramach tak zwanych tarcz antykryzysowych w sytuacjach, w których wnioskodawca w drugiej kolejności występuje o pomoc na podstawie art. 15gg ust. 1 ustawy covidowej¹⁶.

3. *Leges ab omnibus intellegi debent*¹⁷, czyli o czytelności intencji ustawodawcy co do identyfikowania formy działania administracji publicznej (na przykładzie art. 15g ust. 17 ustawy covidowej w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z 2003 roku)

Wskazany przepis ustawy covidowej odsyła między innymi do art. 9 ust. 2 ustawy z 2003 roku, przewidującego (na wypadek stwierdzenia niespełnienia przez przedsiębiorcę warunków przyznania pomocy) kompetencję do odmówienia — w formie pisemnej — „zawarcia z przedsiębiorcą umowy o wypłatę świadczeń”. Problem jednak w tym, że temu odesłaniu nie towarzyszy identyfikacja znajdującej w tym przypadku zastosowanie formy działania administracji. Trafną diagnozę (z uwzględnieniem perspektywy historycznej) zamieszczono w przywoływanym już wyroku WSA w Poznaniu:

Powiązanie kolejnych specustaw kryzysowych z Funduszem rodzi poważne wątpliwości co do tego, jak rozumieć charakter dokonywanych z tego Funduszu wypłat. Otóż te akty prawne nie przewidują już wypłat kwot będących, jak w przypadku u.ochr.prac.¹⁸, prostym substratem wyn-

¹⁵ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 21 października 2021 roku, sygn. I SA/Sz 513/21, LEX nr 3256507.

¹⁶ Zob. np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 15 października 2021 roku, sygn. I SA/Kr 905/21, LEX nr 3253503.

¹⁷ Prawo powinno być zrozumiałe dla wszystkich.

¹⁸ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 roku o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 7 z późn. zm.).

grodzenia ze sfery prawa pracy, ale przewidują wypłatę „świadczeń” (specustawa-2009¹⁹, specustawa-2013²⁰) czy „dofinansowania” (obecna specustawa-2020). Chodzi więc o coś jakościowo innego: wsparcie, za pośrednictwem i przy wykorzystaniu Funduszu, pracodawców i przedsiębiorców specjalnie na ten cel przeznaczonymi środkami publicznymi.

Specustawa-2009 była najbardziej czytelna, jeśli chodzi o formy rozstrzygnięcia o „świadczeniach” za czas przestoju ekonomicznego i na zrekomensowanie przestoju ekonomicznego. [...] W przypadku niespełnienia przez przedsiębiorcę warunków określonych w ustawie wydawało się „decyzję o odmowie wydania zaświadczenia”. [...]

W specustawach z 2013 i 2020 (istotna jest ta pierwsza, gdyż najnowsza się do niej odwołuje — zob. wspomniany art. 15g ust. 17 specustawy-2020) zabrakło przepisu, który nakreślałby, jak kwalifikować i rozumieć formę działania organu, który odmawia uwzględnienia wniosku zainteresowanego podmiotu.

W związku z tym pojawiły się problemy interpretacyjne, sprowadzające się do rozstrzygnięcia, czy wskazana pisemna odmowa jest „innym aktem lub czynnością z zakresu administracji publicznej dotycząc[ą] uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa” w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej: p.p.s.a.)²¹. W niektórych przypadkach sądy administracyjne odmawiały takiej kwalifikacji²². Z czasem zaczęły jednak przeważać — i słusznie — orzeczenia uznające skargi na tego rodzaju formy działania administracji za dopuszczalne (na podstawie wymienionego przepisu p.p.s.a.)²³ — *in concreto* w typie „innego aktu” z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. (w tym kontekście zwraca się uwagę na: hybrydowy charakter tego rodzaju postępowania, administracyjnoprawne podstawy zawarcia umowy o dofinansowanie oraz rozstrzygnięcie w warunkach władztwa administracyjnego).

Podsumowanie

Trzy wybrane do analizy zakresy stosowania ustawy covidowej to ledwie wycinek praktyki towarzyszącej jej aplikowaniu do porządku prawnego. Już na zaprezentowanych przykładach widać jednak jej „potencjał” problemowy — wy-

¹⁹ Ustawa z dnia 1 lipca 2009 roku o łagodzeniu skutków kryzysu ekonomicznego dla pracowników i przedsiębiorców (Dz.U. Nr 125, poz. 1035 z późn. zm.).

²⁰ Ustawa z dnia 11 października 2013 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z ochroną miejsc pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 669 z późn. zm.).

²¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 z późn. zm.

²² Np. postanowienie WSA w Warszawie z dnia 26 listopada 2020 roku, sygn. V SA/Wa 1549/20, LEX nr 3157270; postanowienie WSA w Gdańsku z dnia 15 lutego 2021 roku, sygn. I SA/Gd 93/21, LEX nr 3120817.

²³ Np. wyrok WSA w Poznaniu; postanowienie NSA z dnia 22 września 2021 roku, sygn. I GSK 1049/21, CBOSA; postanowienie NSA z dnia 29 września 2021 roku, sygn. I GSK 1091/21, LEX nr 3258068; wyrok WSA w Gdańsku.

rażnie niekorespondujący z przeznaczeniem (wręcz misją) tej regulacji, którą trafnie scharakteryzowano następująco:

Specustawa-2020, jak powszechnie wiadomo, jest aktem prawnym o charakterze interwencyjnym i ma w realiach epidemii zapoczątkowanej w 2020 r. zapewnić instrumenty prawne, jak zresztą stanowi sam tytuł ustawy, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19. Ustawa ma także przeciwdziałać wywołanym chorobą sytuacjom kryzysowym²⁴.

Powodów takiego stanu jest wiele, w tym miejscu zaś wystarczy odwołać się do diagnozy niektórych przyczyn patologii „dobrej zmiany”:

— „elementem państwa prawa jest nie tylko jego prymat nad polityką, ale i pewność prawa”;

— „państwo prawa powinno charakteryzować się stabilnością i powtarzalnością stosowania prawa. Reagować tak samo w podobnych sytuacjach. A my mamy teraz interesowną wybiórczość”²⁵.

Prawnik, w dodatku będący nauczycielem akademickim, nie może nie reagować na takie sytuacje. Pozostaje nam zatem, Panie Profesorze, wytrwale diagnozowanie tego rodzaju uchybień i podejmowanie starań o sanowanie porządku prawnego. W tym kontekście życzę Jubilatowi wytrwałości i skuteczności w realizowaniu naszej akademickiej misji! Mam przy tym nadzieję, że sprowadzi się to nie tylko do Szwejkowej mądrości, że „Jakoś to będzie, bo jeszcze tak nie było, żeby jakoś nie było”, ale że prognozy są już takie, iż „Skoro można pomyśleć, że może być lepiej, to znaczy, że jest już lepiej”²⁶.

Ad multos annos, Drogi Tadeuszu!

Bibliografia

O wygaszaniu państwa prawa — wywiad R. Kalukina z prof. Ewą Łętowską i prof. Jerzym Zajadło, Palestra 26.10.2020, <https://palestra.pl/pl/aktualnosci/artukul/o-wygaszaniu-panstwa-prawa-wywiad-z-prof.-ewa-letowska-i-prof.-jerzym-zajadlo-rafala-kalukina>.

Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0, ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje jako szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz, red. K.W. Baran, Warszawa 2020/el.

²⁴ Wyrok WSA w Poznaniu.

²⁵ Fragmenty wypowiedzi prof. E. Łętowskiej — *O wygaszaniu państwa prawa — wywiad R. Kalukina z prof. Ewą Łętowską i prof. Jerzym Zajadło*, Palestra 26.10.2020, <https://palestra.pl/pl/aktualnosci/artukul/o-wygaszaniu-panstwa-prawa-wywiad-z-prof.-ewa-letowska-i-prof.-jerzym-zajadlo-rafala-kalukina> (dostęp: 1.01.2022).

²⁶ O. Tokarczuk, *Moment niedźwiedzia*, Warszawa 2012, s. 30.

Law and (In)Justice — a Few Reflections on the Covid Act

Summary

The provisions of the Covid Act cannot be applauded for their systemic nature and the comprehensibility of the legal language. In the paper, three examples are discussed: first, the accessibility of the aid guaranteed by the so-called anti-crisis shields to foreign entrepreneurs; second, the justifiability of nuancing the premises of granting state protective benefits during the Covid epidemic (especially in the context of the usage of the expressions “identical” and “the same”); third, an example related to the identification of the forms of the activities of public administration, in the context of the recourse to the law as a means of protecting the rights of an entrepreneur. These examples serve to show the problems caused by faulty legislation.

Keywords: epidemic, aid for entrepreneurs, right to good legislation, prohibition of discrimination, positive/negative premises, other acts or activities of public administration.

KATARZYNA MARAK

ORCID: 0000-0002-3402-5770

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

katarzyna.marak@ue.wroc.pl

Reglamentacja jako instrument polityki gospodarczej państwa — rozważania na gruncie polityki turystycznej w czasach pandemii

Abstrakt: Turystyka należy do głównych sektorów gospodarki na świecie i w Europie. Niestety była to jedna z branż najbardziej dotkniętych skutkami kryzysu wywołanego epidemią wirusa SARS-CoV-2. W publikacji przedstawiono problematykę polityki turystycznej państwa, zwłaszcza jej modeli oraz instrumentów, wśród których poczesne miejsce zajmują instrumenty prawne i administracyjne z reglamentacją na czele, jak również wpływ pandemii na politykę turystyczną. Podjęto także próbę określenia modelu roli państwa w gospodarce turystycznej w czasach pandemii. W podsumowaniu pojawia się konkluzja, że model polityki turystycznej ma charakter mieszany, który w systemie gospodarczym Unii Europejskiej określany jest jako deregulacja. Dodatkowe ustalenia prowadzą do wniosku, że w czasie kryzysu wywołanego pandemią widoczne jest odchodzenie od liberalizmu w kierunku interwencjonizmu gospodarczego i wykorzystywania wszelkich dostępnych instrumentów, a więc o charakterze zarówno ekonomicznym, jak i administracyjno-prawnym.

Słowa kluczowe: wolność gospodarcza, reglamentacja, polityka gospodarcza, polityka turystyczna, pandemia SARS-CoV-2.

Wstęp

Turystyka należy do głównych sektorów gospodarki na świecie — w 2019 roku odpowiadała za 10,3% światowego PKB oraz aktywnie i systematycznie się rozwijała, aczkolwiek jeszcze w tym samym roku odnotowano bardzo wy-

soki wzrost światowego PKB sektora turystyki — o 3,5%¹. Turystyka ma niebagatelne znaczenie również w samej Europie, która jest jednym z najpopularniejszych miejsc podróży na świecie. Branża turystyczna stanowi istotną część gospodarki UE i odpowiada za prawie 10% jej PKB². Jednak na początku 2020 roku sytuacja uległa diametralnej zmianie ze względu na wybuch epidemii wirusa SARS-CoV-2. Czas ten okazał się trudny dla wielu branż gospodarczych, w szczególności dla rynku podróży. Wskutek zahamowania usług turystycznych istotnie zmniejszył się udział turystyki w światowym PKB. W samym 2020 roku zmalał on prawie o połowę i wyniósł 5,5%. Udział turystyki w światowym PKB w 2020 roku spadł o 49,1% w porównaniu z rokiem poprzednim. W tym samym czasie cała globalna gospodarka skurczyła się o 4,3% — była to najgłębsza recesja od II wojny światowej³.

W takiej sytuacji należy zadać pytanie, czy państwo może i powinno ingerować w gospodarkę, a jeśli tak, to jak rozległa powinna być taka inicjatywa? Niniejsza publikacja ma na celu przedstawienie polityki turystycznej państwa, zwłaszcza jej modeli oraz instrumentów, wśród których poczesne miejsce zajmują instrumenty prawne i administracyjne z reglamentacją na czele. Autorka przedstawia wpływ pandemii na politykę turystyczną oraz podejmuje próbę określenia modelu roli państwa w gospodarce turystycznej w czasach kryzysu wywołanego pandemią.

1. Polityka turystyczna jako część polityki gospodarczej państwa

Polityka społeczno-ekonomiczna to termin wprowadzony w celu podkreślenia konieczności połączenia społecznych oraz gospodarczych celów i przesłanek ingerencji organów państwa w gospodarkę⁴. Władze państwowe w ramach prowadzonej polityki gospodarczej mają możliwość kształtowania warunków, w tym norm prawnych, prowadzących do zrównoważonego rozwoju całej gospodarki narodowej lub jej poszczególnych sektorów. Współcześnie utrwalają się mocne

¹ World Tourism Organization — UNWTO, *International Tourism Highlights*, 2020, <https://www.e-unwto.org/doi/epdf/10.18111/9789284422456> (dostęp: 12.01.2022).

² *Turystyka. Działania w związku z pandemią Covid-19*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/126/tourism> (dostęp: 12.01.2022).

³ *Bank Światowy oszacował wzrost globalnej gospodarki w 2021 r. na 4 proc.*, <https://forsal.pl/gospodarka/pkb/artykuly/8059571,bank-swiatowy-oszacowal-wzrost-globalnej-gospodarki-w-2021-r-na-4-proc.html> (dostęp: 10.02.2022).

⁴ B. Winiarski, *Polityka gospodarcza (ekonomiczna) i jej podmioty*, [w:] *Polityka gospodarcza*, red. B. Winiarski, Warszawa 2006, s. 18.

związki między polityką społeczną i gospodarczą, a polityka państwa realizuje ideę odpowiedzialności za dobrobyt obywateli⁵.

Konstytucyjne podstawy takiego założenia ideologicznego oparte są na art. 2, 20 i 22 Konstytucji RP⁶. Artykuł 20 Konstytucji wskazuje na społeczną gospodarkę rynkową jako podstawę ustroju gospodarczego RP. Koncepcję społecznej gospodarki rynkowej należy rozumieć jako wymóg prowadzenia przez państwo aktywnej polityki gospodarczej i realizacji funkcji redystrybucyjnej w związku z efektami procesów gospodarowania, a także wymóg zachowania paralelności celów społecznych i gospodarczych⁷. W wyroku z dnia 30 stycznia 2001 roku Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że ustroj państwa ma się opierać na powiązaniu idei gospodarki rynkowej oraz państwa socjalnego, przy czym koncepcja społecznej gospodarki rynkowej zakłada, że państwo może ingerować w zależności od koniunktury lub recesji w stosunki gospodarcze, by łagodzić skutki mechanizmów rynkowych w celu utrzymania równowagi makroekonomicznej⁸.

Polityka turystyczna jest rodzajem polityki gospodarczej państwa, która jako subdyscyplina ekonomii opisuje sposoby świadomego oddziaływania państwa na gospodarkę. To oddziaływanie odbywa się za pomocą określonych narzędzi (instrumentów) i środków, wykorzystywanych do osiągnięcia celów założonych przez organy państwa (jest to polityka rządu), w otoczeniu uwarunkowań doktrynalnych (to jest opierając się na danej teorii ekonomicznej) oraz czynników wewnętrznych i zewnętrznych, czyli międzynarodowych⁹. Polityka turystyczna prowadzona przez organy i instytucje decyzyjne w zakresie tej branży powinna służyć realizacji zamierzonych celów, wśród których najważniejsze to: zaspokajanie potrzeb turystycznych społeczeństwa, właściwe wykorzystywanie walorów turystycznych, kapitału i zasobów pracy w sferze prowadzonej gospodarki turystycznej, kształtowanie racjonalnych rozmiarów i struktury ruchu turystycznego, koordynacja rozwoju turystyki przy uwzględnieniu jej funkcji, a także powiązań z różnego rodzaju sferami życia gospodarczego czy społecznego¹⁰.

⁵ *Polityka społeczna*, red. G. Firlit-Fesnak, M. Szyłko-Skoczny, Warszawa 2007, s. 25; A. Horodecka, *Ewolucja celów polityki gospodarczej. Rola zmian otoczenia*, Warszawa 2008, s. 18.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁷ T. Długosz, *Kompetencja w publicznym prawie gospodarczym*, Warszawa 2021.

⁸ Wyrok TK z dnia 30 stycznia 2001 roku, sygn. K 17/00, OTK 2001, Nr 1, poz. 4, pkt III.4.

⁹ M. Gajda, K. Tarnawska, *Kontrowersje wokół roli „Pakietu Stabilizacji Wzrostu” jako instrumentu koordynacji polityki gospodarczej w ramach Unii Gospodarczo-Walutowej*, „Studia i Prace Wydziału Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 2, s. 9–28; A.A. Lew, C.M. Hall, A.M. Williams, *A Companion to Tourism*, Oxford 2004, s. 525–529.

¹⁰ P. Staszak, *Modele polityki turystycznej jako stymulator rozwoju sektora turystycznego*, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2018, nr 4, s. 288.

Elementami struktury polityki turystycznej państwa są¹¹:

1. podmioty polityki, a więc:

— organy państwa — organy i instytucje posiadające kompetencje w zakresie kształtowania stosunków społecznych w dziedzinie turystyki (organy władzy ustawodawczej oraz władzy wykonawczej — rządowej, samorządowej; nie bez znaczenia są też organy Unii Europejskiej w obrębie, w jakim wpływają na politykę turystyczną państw członkowskich, w pewnym zakresie również organizacje pozarządowe);

— adresaci polityki — przedsiębiorcy turystyczni i podmioty niemające statusu przedsiębiorców, a świadczące usługi turystyczne oraz konsumenci usług turystycznych, na przykład klienci biur podróży, konsumenci usług gastronomicznych, goście hotelowi czy podróżni;

2. metody (modele) polityki — sposób i zakres zaangażowania organów państwa w procesy funkcjonowania gospodarki turystycznej;

3. instrumenty (narzędzia) polityki — działania organów państwa podporządkowane stosowanej metodzie (modelowi) polityki, będące środkami realizacji celów i zadań.

W niniejszej pracy skupiono się na analizie metod i instrumentów polityki turystycznej; analiza podmiotów polityki została pominięta jako przekraczająca ramy opracowania.

2. Metody (modele) polityki turystycznej — między liberalizmem a interwencjonizmem

Dwoma podstawowymi i zarazem skrajnymi modelami polityki gospodarczej są: liberalizm — oznaczający brak lub znacznie ograniczoną ingerencję państwa w stosunki gospodarcze i oddziaływanie państwa wyłącznie przez instrumenty ekonomiczne, czyli parametryczne — oraz interwencjonizm, polegający na sterowaniu procesami funkcjonowania i rozwoju gospodarki narodowej przy wykorzystaniu instrumentów nakazowych.

Liberalizm, którego twórcą był Adam Smith i z którym kojarzy się wielokrotnie powtarzany w historii myśli ekonomicznej slogan o „niewidzialnej ręce” rynku, opierał się na założeniu, że życie społeczne nie powinno być przez nikogo organizowane, lecz powinno kształtować się w wyniku procesów opartych na działaniach wolnych obywateli¹². Natomiast interwencjonizm wywodzi się

¹¹ Por. A. Panasiuk, *Ekonomika turystyki i rekreacji*, Warszawa 2011, s. 306–307.

¹² S. Ładyka, *Liberalizm czy neoliberalizm w polityce gospodarczej państwa*, „Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego” 31, 2012, nr 2. *Wyzwania gospodarki globalnej*, s. 12.

z teorii ekonomicznej Johna M. Keynesa. Bezdyskusyjnymi desygnatami pojęcia interwencjonizmu są: (1) władcze oddziaływania (2) na gospodarkę (procesy lub stosunki gospodarcze) (3) podejmowane z różnych powodów i dla osiągnięcia różnych celów przez państwo. Interwencjonizm postrzega się w kategoriach powinności państwa wobec gospodarki i zachodzących w niej procesów, co stanowi o przyzwoleniu, a wręcz obowiązku ingerencji państwa.

Współcześnie żadne państwo nie może zachowywać się wobec gospodarki biernie, nie bacząc na jej poziom i potrzeby oraz funkcjonowanie¹³. „Nocne stróżowanie” państwa w gospodarce należy już do przeszłości. Obecnie dba się o sprawną gospodarkę i finanse publiczne, ponieważ służą one osiągnięciu celów społecznych o charakterze cywilizacyjnym, wytyczonych w formie wzorców i standardów oraz prawa w ramach interwencjonizmu, który jest realizowany w skali międzynarodowej i unijnej¹⁴.

Celem wprowadzanych ograniczeń reglamentacyjnych jest zapewnienie funkcjonowania procesów gospodarczych zgodnie z interesem publicznym determinowanym koniecznością osiągnięcia celów wyznaczonych polityką gospodarczą państwa. To właśnie różni zresztą reglamentację od policji gospodarczej, mającej na względzie potrzebę ochrony pewnych stanów, jak porządek i bezpieczeństwo publiczne, ochrona środowiska, oraz takich dóbr, jak życie, zdrowie i mienie czy moralność publiczna.

W literaturze prawniczej podnosi się, że ograniczenia typu reglamentacyjnego wprowadzane są w celu ochrony pewnych interesów publicznych i dóbr mających znaczenie dla większych zbiorowości, niekiedy zaś istotnych dla całego państwa, takich jak: interesy zewnętrzne, czyli polityczne państwa, prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego oraz rynku UE, wyczerpywalne zasoby naturalne kraju, zasady współżycia społecznego oraz interesy producentów i konsumentów, interesy gospodarcze państwa czy wolna konkurencja¹⁵. W literaturze ekonomicznej podobnie wskazywane są przesłanki interwencjonizmu gospodarczego państwa; do najważniejszych należą: dobra publiczne, efekty zewnętrzne, monopole naturalne, rujnująca konkurencja, kryzysy strukturalne i siły wyższe¹⁶.

Kwestią priorytetową jest określenie, w jakich sferach funkcjonowania gospodarki turystycznej wymagana jest ingerencja państwa i jakie instrumenty powinny zostać zastosowane w świetle przesłanek, które uzasadniają taką ingerencję. W obszarze gospodarki turystycznej niektóre z podstaw ingerencji w ogóle nie będą miały zastosowania. Przede wszystkim monopole naturalne na rynku

¹³ C. Kosikowski, *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018, s. 18–19.

¹⁴ K. Kiczka, *Wokół publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Fenomen prawa administracyjnego*, red. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2019.

¹⁵ Szerzej zob. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 725.

¹⁶ W. Szpringer, *Dostosowania strukturalne w gospodarce*, Warszawa 1994, s. 13–19.

turystycznym w krajach o gospodarce rynkowej nie funkcjonują. Poszczególne subrynki turystyczne działają w strukturach konkurencji monopolistycznej i oligopolu, zatem problem rujnującej konkurencji również nie jest w praktyce obserwowany. Występujące do tej pory kryzysy nie wpływały istotnie i długoterminowo na stan funkcjonowania gospodarki turystycznej¹⁷. Obecnie jest inaczej — mamy do czynienia z wywołanym pandemią kryzysem gospodarczym, o czym będzie jeszcze mowa, który uzasadnia ingerencję państwa.

Spośród wymienionych przesłanek uzasadniających interwencjonizm gospodarczy państwa trzy mają bezpośrednie odniesienie do rynku turystycznego. Jedną z podstaw są dobra publiczne, z korzystania z których nie można wyłączyć żadnej jednostki, jak również ochrona tych dóbr. Do dóbr publicznych tego rodzaju należy zaliczyć: walory przyrodnicze i kulturowe, część zagospodarowania turystycznego, część świadczeń zamawianych lub współfinansowanych przez państwo, jak choćby w zakresie turystyki dzieci i młodzieży, turystyki uzdrowiskowej, osób z niepełnościami czy seniorów. Kolejną przesłanką są efekty zewnętrzne, które powstają, gdy w związku z działalnością gospodarczą podmiotu osoby trzecie zostaną poszkodowane — mówimy wówczas o negatywnych efektach zewnętrznych; gdy zaś osoby trzecie odniosą korzyści, mamy do czynienia z pozytywnymi efektami zewnętrznymi. W gospodarce turystycznej negatywnym efektem zewnętrznym jest na przykład zanieczyszczenie środowiska naturalnego czy hałas. Natomiast pozytywnym efektem zewnętrznym mogą być innowacje oraz ekonomiczne korzyści, jakie uzyskuje społeczność lokalna z rozwoju turystyki (efekt mnożnikowy).

Inną przesłanką uzasadniającą konieczność interwencji państwa jest występowanie zjawisk siły wyższej. Przykładem są powodzie, trzęsienia ziemi, katastrofy przemysłowe, które wyrządzają wiele szkód, powodując także zniszczenie elementów zagospodarowania turystycznego. Walka z tymi kataklizmami i usuwanie ich skutków wymaga pomocy organizacyjnej i finansowej państwa¹⁸; jest to jedno z zadań państwa. Pandemia COVID-19 powinna być zaliczana do tej grupy czynników i — nie wdając się w szczegółowe rozważania — na potrzeby niniejszego artykułu może być kwalifikowana jako siła wyższa¹⁹.

Obecnie w gospodarce modele liberalny i interwencjonistyczny w czystej postaci nie występują. Współczesne państwa wpływają na stosunki rynkowe za pośrednictwem modelu mieszanego. W rozwiniętych i rozwijających się gospo-

¹⁷ A. Panasiuk, *Determinanty i modele kształtowania roli państwa w gospodarce turystycznej*, „Zeszyty Naukowe. Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2014, nr 16, s. 167–168.

¹⁸ *Ibidem*, s. 168.

¹⁹ Nie chodzi tu o jednoznaczne przesądzenie, czy pandemia COVID-19 jest okolicznością siły wyższej jako przesłanki egzoneracyjnej, to jest wyłączającej odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zasadniczo odpowiedź będzie twierdząca, aczkolwiek trzeba mieć na uwadze, że każdorazowo należy oceniać to w stosunku do danego zobowiązania, jednak problematyka ta nie stanowi przedmiotu niniejszych rozważań. W tej materii zob. np. A. Kastelik-Smaza, *Epidemia COVID-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 5, s. 30–41.

darkach rynkowych panuje bowiem przekonanie o konieczności ograniczania wpływu państwa na gospodarkę, obserwowany jest proces ograniczania narzędzi nakazowych (interwencjonizmu) na rzecz stosowania narzędzi parametrycznych (liberalizmu). Model ten przyjęto określać mianem deregulacji. Znamiona jego stosowania są charakterystyczne dla polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej oraz poszczególnych krajów członkowskich, w tym Polski. Przyjęcie deregulacji następuje w strukturze podmiotowej, a więc w stosunku do oferentów i konsumentów, oraz przedmiotowej (podaż, popyt, cena, jakość); ma charakter procesowy, postępujący i ciągły²⁰.

3. Instrumenty (narzędzia) polityki turystycznej

W literaturze można znaleźć różne klasyfikacje instrumentów polityki turystycznej w zależności od przyjętego kryterium. Można też wskazać na układ rodzajowy stosowanych instrumentów, to jest instrumenty: ekonomiczne, prawne, administracyjne, organizacyjne, informacyjne i moralne.

Skrajny liberalizm powinien oznaczać brak jakichkolwiek instrumentów wpływu państwa na gospodarkę, aczkolwiek uznaje się, że instrumenty ekonomiczne, zwłaszcza mające charakter parametrów, są właściwe także dla liberalizmu. Do grupy instrumentów ekonomicznych należy zaliczyć: ceny (ceny urzędowe, ceny regulowane — opłata lokalna pobierana przez gminy uzdrowiskowe i turystyczne), podatki (jak podatek VAT od usług turystycznych — przy czym zasadniczą część usług turystycznych: usługi noclegowe, przewozy pasażerskie, jest objęta obniżoną stawką podatku VAT, również podatek od nieruchomości i stosowanie korzystnych obniżek lub zwolnień podatku od nieruchomości, jak też inne zwolnienia i ulgi podatkowe), obligacje komunalne, kredyty, subwencje, gwarancje i poręczenia kredytowe. Do tej grupy należy także dostęp do środków Unii Europejskiej — funduszy przeznaczonych na działania proturystyczne prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego oraz organizacje turystyczne²¹.

Instrumenty pozaekonomiczne nieparametryczne mogą mieć formę prawną, administracyjną bądź informacyjną. Instrumenty prawne to przede wszystkim ustawy określające strukturę organizacyjną, funkcjonalną i własnościową podmiotów²². Normy prawne regulują kwestie z zakresu: przepływu osób w turystyce międzynarodowej, ochrony walorów przyrodniczych i kulturowych, zasad

²⁰ S. Bosiacki, A. Panasiuk, *Planowanie rozwoju turystyki — regulacja czy deregulacja?*, „Studia Oeconomia Posnaniensia” 5, 2017, nr 4, s. 11.

²¹ A. Panasiuk, *Determinanty...*, s.169.

²² W. Gajda, *Wyskorzystane instrumentów ekonomiczno-finansowych i organizacyjnych w przedsiębiorstwach o trudnej sytuacji strategicznej — na podstawie wyników badań*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, nr 65, s. 334–335.

gospodarowania, ochrony konsumentów i zapewnienia odpowiedniej jakości usług turystycznych oraz funkcjonowania wybranych grup przedsiębiorstw turystycznych (na przykład hotelarskich, organizatorów turystyki, przewodników turystycznych). Zgodnie z prawem Unii Europejskiej, w tym polskim, za dwa najistotniejsze obszary regulacji na rynku turystycznym należy uznać ochronę rynku konkurencyjnego i wspieranie mechanizmów konkurencji na rynku turystycznym oraz ochronę konsumenta na rynku turystycznym²³, co zostało wyraźnie wyartykułowane w instrumentach prawnych o fundamentalnym znaczeniu dla turystyki. Na poziomie UE jest to dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 roku w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG²⁴, a na szczeblu krajowym ustawa z dnia 24 listopada 2017 roku o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych²⁵.

Instrumenty administracyjne przybierają formę aktów prawnych generalnych, jak zarządzenia i uchwały, a także aktów administracyjnych, jak koncesje, licencje, zezwolenia i decyzje lokalizacyjne²⁶. Dotyczą między innymi zaszeregowania obiektu hotelarskiego do określonego typu lub kategoryzacji obiektów hotelarskich czy kwestii związanych z cudzoziemcami, jak wizy i zezwolenie na pobyt cudzoziemca w Polsce.

Do instrumentów organizacyjnych należą działania strategiczne i planistyczne; powstają dokumenty władzy rządowej i samorządowej, takie jak plany, programy, strategie rozwoju turystyki, ale też studia uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego obszaru, miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego, wieloletnie programy inwestycyjne oraz decyzje o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Można tu także wskazać działalność regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych. Szczególnym polem działań jest partnerstwo publiczno-prywatne, łączące działania natury ekonomicznej (finansowej) i organizacyjnej pomiędzy podmiotami sektora publicznego i prywatnego²⁷.

Instrumenty informacyjne są związane z prognozami rozwoju regionu i danego kraju, informacjami o planowanych zmianach strukturalnych w gospodarce, o sytuacji popytowo-podażowej itp.²⁸ Służą stymulowaniu popytu turystycznego, kształtowaniu zachowań turystycznych zgodnych z założeniami polityki turystycznej państwa oraz promocji oferty turystycznej.

²³ A. Panasiuk, *Determinanty...*, s. 169.

²⁴ Dz.U. UE L 326/1 z 11.12.2015.

²⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 2139; dalej: ImprTurU.

²⁶ Zob. W. Gajda, *op. cit.*, s. 334–335.

²⁷ A. Panasiuk, *Determinanty...*, s. 170–171.

²⁸ W. Gajda, *op. cit.*, s. 334–335.

Jedynie wspierające znaczenie mają instrumenty moralne (etyczne), jak na przykład konkursy na najlepszy produkt turystyczny, najlepszego przedsiębiorcę w branży turystycznej czy certyfikację produktów turystycznych²⁹.

4. Reglamentacja jako instrument administracyjno-prawny polityki gospodarczej państwa

Reglamentacja i środki, którymi się posługuje, należą do instrumentów o charakterze pozaekonomicznym, nieparametrycznym, administracyjno-prawnym.

Procedury reglamentacyjne można ujmować w znaczeniu szerszym i węższym. W węższym reglamentacja odnosi się jedynie do momentu podjęcia działalności gospodarczej i wejścia danego podmiotu do obrotu gospodarczego, czyli uzyskania zgody na prowadzenie konkretnej działalności gospodarczej. W takim rozumieniu reglamentacją będą koncesje, zezwolenia oraz działalność regulowana. W znaczeniu szerszym będą to wszelkie przejawy ograniczania przez państwo swobody prowadzenia działalności gospodarczej, które pojawiają się w czasie prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę, na przykład kontrole wykonywania działalności gospodarczej³⁰.

Zgodnie z definicją, którą można by określić jako klasyczną, reglamentacja oznacza różnorodną sferę działalności organów państwa, której istotą jest ograniczanie swobody działalności gospodarczej w imię szeroko pojętego interesu społeczno-ekonomicznego państwa³¹. W nauce powszechnego prawa administracyjnego i prawa publicznego gospodarczego pojęcie to używane było i jest do określenia różnego rodzaju działań, głównie władczych, podejmowanych przez organy publiczne, a mających na celu ograniczenie wolności jednostki, w sferze zaś gospodarczej — ograniczenie wolności gospodarczej, podyktowane koniecznością zapewnienia dobra wspólnego³².

Jak historycznie formowała się reglamentacja działalności turystycznej w ustawodawstwie? Do czasu wejścia w życie pierwszej ustawy o usługach turystycznych z dnia 29 sierpnia 1997 roku³³ działalność biur podróży była działalnością

²⁹ A. Panasiuk, *Determinanty...*, s. 171.

³⁰ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 233–237; Z. Szażyk, A. Szafrąński, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2010, s. 123–124.

³¹ A. Chełmoński, T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej (problemy prawne)*, [w:] *Instytucje prawne zarządzania państwowymi organizacjami gospodarczymi*, red. K. Podgórski, Katowice 1985, s. 48.

³² T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System...*, s. 712.

³³ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. Nr 196 ze zm.

wolną. Następnie, od wejścia w życie ustawy z 1997 roku, działalność gospodarcza polegająca na organizowaniu imprez turystycznych wymagała uzyskania koncesji. Ogólne tendencje liberalizacyjne i krytyka stosowania instrumentu koncesji w branży turystycznej spowodowały w 1999 roku zmianę z koncesji na zezwolenie³⁴. Później, w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej³⁵ i dalszą deregulacją, działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych stała się działalnością regulowaną. Obecnie, zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców³⁶, działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych wymaga uzyskania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych.

Działalność regulowana, obok koncesji zezwoleń, stanowi formę reglamentacji działalności gospodarczej. Przesądza o tym usytuowanie art. 43 odnoszącego się do działalności regulowanej w rozdziale 4 ustawy, zatytułowanym „Reglamentacja działalności gospodarczej”³⁷. Spełnienie przez przedsiębiorcę warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej, które stają się obowiązkami z chwilą uzyskania wpisu, podlega kontroli, a praktycznie nadzorowi dokonywanemu przede wszystkim przez organ prowadzący rejestr danej działalności regulowanej. W sytuacji wpisu do rejestru działalności regulowanej, mającego formę czynności materialno-technicznej, mamy do czynienia z konkretyzacją obowiązków. Z tym momentem zadeklarowane w oświadczeniu przedsiębiorcy, a wymagane przez przepisy prawa wymogi stają się bowiem obowiązkami, których niewykonanie skutkuje sankcją w postaci możliwości podjęcia decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem³⁸.

W literaturze zwraca się uwagę, że obszar reglamentacji świadczenia usług turystycznych uległ deregulacji tylko w odniesieniu do barier prawnych wejścia na rynek, czyli samego podejmowania tej działalności. W odniesieniu do uregulowań materialnoprawnych zakres reglamentacji świadczenia usług turystycznych stale się zwiększa, co jest konsekwencją zarówno uregulowań unijnych, jak i potrzeb związanych z ochroną świadczeniobiorców³⁹. I tak na przykład wymogi w zakresie zabezpieczeń finansowych organizatorów turystyki uległy nawet ostryżeniu, co skądinąd należy uznać za słuszne.

³⁴ P. Cybula, *Usługi turystyczne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 68.

³⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095.

³⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.

³⁷ Zob. K. Horubski w: L. Bielecki *et al.*, *Komentarz do ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 43.

³⁸ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim...*, s. 298.

³⁹ D. Wojtczak, *Podjęcie działalności gospodarczej w obszarze usług turystycznych w świetle wolności gospodarczej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 4, s. 8.

5. Wpływ pandemii COVID-19 na stan gospodarki turystycznej i politykę turystyczną

Współczesny rynek turystyczny, podobnie jak pandemia, ma charakter globalny, w związku z czym są one wzajemnie uwarunkowane. Znaczna globalizacja i wzmożony ruch turystyczny ułatwiły bowiem rozprzestrzenianie się chorób zakaźnych. Minimalizowanie rozprzestrzeniania się pandemii może być więc realizowane przez ograniczanie wymiany turystów, zawieszanie połączeń komunikacyjnych oraz zamykanie granic. Skutkiem tego jest zredukowanie lub nawet zamrożenie funkcjonowania gospodarki turystycznej, ograniczenie przychodów przedsiębiorstw turystycznych i osób zatrudnionych w gospodarce turystycznej. Na skutek pandemii gospodarka turystyczna stała się najbardziej dotkniętą restrykcjami składową gospodarki⁴⁰. Niedająca się przewidzieć epidemia wywołała recesję, a rynek usług turystycznych stał się modelowym wręcz przykładem gałęzi gospodarki, w której odnotowano względnie największe skutki kryzysu pandemicznego. Asymetryczne oddziaływanie kryzysu gospodarczego na poszczególne segmenty gospodarki spowodowało, że niektóre z nich bardziej ucierpiały w wyniku pandemii. Wobec wymiernego spadku wskaźników ekonomicznych zastosowanie mechanizmów interwencjonizmu państwowego wydaje się zatem wręcz wskazane⁴¹.

Na zakres prowadzonej polityki gospodarczej mającej na celu przeciwdziałanie i ograniczanie negatywnych skutków wywołanych reżimem sanitarnym podyktowanym pandemią składają się zarówno działania ogólne skierowane do wszystkich podmiotów, jak i szczegółowe — obejmujące tylko branżę turystyczną. Do działań ogólnych należy zaliczyć głównie gwarancje kredytowe, dofinansowanie wynagrodzeń pracowników, umorzenie lub prolongatę zobowiązań podatkowych oraz ulgi lub odroczenia w zakresie składek z tytułu ubezpieczeń społecznych⁴², a także subwencje. Do działań szczególnych, swoistych dla branży turystycznej, należy: stosowanie voucherów⁴³ w miejsce zakupionych wcześniej i niezrealizowanych z powodu ograniczeń epidemicznych usług turystycznych (dla organizatorów turystyki, hotelarzy, przewoźników) — podróźni otrzymują voucher z odroczonym terminem ich wykorzystania; jak również wprowadzenie bonów turystycznych — finansowanych lub współfinansowanych przez państwo,

⁴⁰ A. Panasiuk, *Przyczynek do badań nad wpływem pandemii na stan gospodarki turystycznej*, [w:] *Turystyka w naukach społecznych*, t. 3. *Ekonomia i finanse*, red. K. Nessel, Kraków 2020, s. 61, 64.

⁴¹ A. Niemczyk, P. Zamora, *Interwencjonizm państwowy na rynku usług turystycznych w warunkach pandemii COVID-19*, „*Ekonomia — Wrocław Economic Review*” 27, 2021, nr 3, s. 22.

⁴² A. Panasiuk, *Przyczynek...*, s. 65.

⁴³ Na temat voucherów i ich charakteru prawnego zob. K. Marak, *Regulacje prawne wprowadzone w celu przeciwdziałania skutkom epidemii wirusa SARS-CoV-2 w zakresie wykonania umów o imprezę turystyczną i skutki tych regulacji dla organizatorów turystyki i podróźnych*, „*Iustitia*” 2020, nr 4, s. 204–206.

za pośrednictwem których można dokonać opłaty za usługi turystyczne na terenie kraju⁴⁴. Również na szczeblu unijnym Komisja Europejska w związku z pandemią COVID-19 wprowadziła różnorodne narzędzia szybkiego reagowania⁴⁵.

Wnioski

Dokonując próby interpretacji formuły roli państwa w gospodarce turystycznej oraz wskazując na potrzebę określenia rzeczywistego modelu polityki turystycznej, zarówno w wymiarze wewnątrz krajowym, jak i w strukturach Unii Europejskiej, można stwierdzić, że model polityki turystycznej ma charakter mieszany, określany jako deregulacja. Deregulacja, będąca osłabieniem roli państwa w gospodarce, polega głównie na ograniczaniu znaczenia restrykcyjnych (administracyjnych) instrumentów polityki na rzecz instrumentów parametrycznych, przede wszystkim ekonomicznych oraz informacyjnych.

W kształtowaniu idei polityki turystycznej można zauważyć ogólną tendencję do pogłębionej deregulacji zachodzącej poprzez ograniczanie wpływu organów państwa na gospodarkę turystyczną przy jednoczesnym zwiększaniu zainteresowania państwa różnymi szczegółowymi aspektami funkcjonowania gospodarki turystycznej i stosowania między innymi instrumentów ekonomicznych, organizacyjnych i informacyjnych w celu realizacji ogólnych celów państwa, ochrony konsumentów czy ochrony konkurencji⁴⁶. Cechą prawodawstwa państw opartych na modelu gospodarki rynkowej jest tendencja do łagodzenia form ograniczeń wolności gospodarczej i deregulacja. Podobne tendencje można zaobserwować w prawie polskim⁴⁷. Konstatacja ta wydaje się jednak nie sprawdzać w dobie kryzysu.

W razie wystąpienia załamania sytuacji rynkowej państwo przy pomocy instrumentów interwencjonizmu państwowego powinno przeciwdziałać jej negatywnym skutkom. Rola współczesnego państwa sprowadza się do utrzymania swoistego kompromisu między zapewnieniem jak najlepszych warunków funkcjonowania danego rynku (na przykład rynku usług turystycznych) a gotowością do korygowania negatywnych skutków oddziaływania mechanizmu rynkowego związanego z nadmiernym bezrobociem, nadmierną rozpiętością dochodów czy z kryzysem, takim jak obecny, wywołany pandemią COVID-19. Państwo, stosu-

⁴⁴ A. Panasiuk, *Przyczynek...*, s. 66.

⁴⁵ Więcej na ten temat zob. *Turystyka*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/126/tourism> (dostęp: 8.01.2022).

⁴⁶ A. Panasiuk, *Determinanty...*, s. 173.

⁴⁷ A. Żywicka, *Regulowana działalność gospodarcza w dziedzinie usług turystycznych — uwarunkowania administracyjnoprawne*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23, 2013, nr 2, s. 143.

jąc instrumenty polityki pieniężnej, fiskalnej i finansowej, może wpływać bezpośrednio na mechanizmy rynkowe⁴⁸.

Oczekiwania wobec państwa i roli, jaką powinno ono odgrywać w gospodarce, wiążą się z koniecznością pogodzenia przeciwstawnych tendencji: liberalizmu gospodarczego z interwencjonizmem państwowym. Z jednej strony występują bowiem dążenia do liberalizacji gospodarki i zmniejszenia ingerencji państwa w gospodarce, a z drugiej — oczekiwanie korygowania mechanizmu rynkowego przez państwo i aktywnej roli państwa, a więc interwencjonizm, jednak w warunkach wolnych od kryzysu z przewagą kierunku liberalnego i wolności gospodarczej. Niestety tendencja ta i oczekiwania ulegają diametralnej zmianie w razie globalnego kryzysu, jak ten wywołany pandemią wirusa SARS-CoV-2. Wówczas uczestnicy rynku spodziewają się, że nastąpi korygowanie działania mechanizmu rynkowego przez państwo i zacznie ono pełnić aktywną funkcję w gospodarce, a w celu zahamowania i odwrócenia skutków kryzysu będzie stosować wszelkie dostępne instrumenty, a więc o charakterze zarówno ekonomicznym, jak i administracyjno-prawnym. W warunkach kryzysu widoczne jest zatem odchodzenie od liberalizmu w kierunku interwencjonizmu gospodarczego i wykorzystywania jego narzędzi.

Bibliografia

- Bielecki L., Gola J., Kokocińska K., Komierzyńska-Orlińska E., Żywicka A., Horubski K., *Komentarz do ustawy — Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Bosiacki S., Panasiuk A., *Planowanie rozwoju turystyki — regulacja czy deregulacja?*, „*Studia Oeconomia Posnaniensia*” 5, 2017, nr 4.
- Chełmoński A., Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej (problemy prawne)*, [w:] *Institucje prawne zarządzania państwowymi organizacjami gospodarczymi*, red. K. Podgórski, Katowice 1985.
- Cybula P., *Usługi turystyczne. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Długosz T., *Kompetencja w publicznym prawie gospodarczym*, Warszawa 2021.
- Gajda M., Tarnawska K., *Kontrowersje wokół roli „Pakietu Stabilizacji Wzrostu” jako instrumentu koordynacji polityki gospodarczej w ramach Unii Gospodarczo-Walutowej*, „*Studia i Prace Wydziału Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie*” 2009, nr 2.
- Gajda W., *Wykorzystane instrumentów ekonomiczno-finansowych i organizacyjnych w przedsiębiorstwach o trudnej sytuacji strategicznej — na podstawie wyników badań*, „*Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia*” 2014, nr 65.
- Horodecka A., *Ewolucja celów polityki gospodarczej. Rola zmian otoczenia*, Warszawa 2008.
- Kastelik-Smaza A., *Epidemia COVID-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „*Europejski Przegląd Sądowy*” 2020, nr 5.

⁴⁸ A. Niemczyk. P. Zamora, *op. cit.*, s. 24–25.

- Kiczka K., *Wokół publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Fenomen prawa administracyjnego*, red. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2019.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018.
- Lew A.A., Hall C.M., Williams A.M., *A Companion to Tourism*, Oxford 2004.
- Ładyka S., *Liberalizm czy neoliberalizm w polityce gospodarczej państwa*, „Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego” 31, 2012, nr 2. *Wyzwania gospodarki globalnej*.
- Marak K., *Regulacje prawne wprowadzone w celu przeciwdziałania skutkom epidemii wirusa SARS-CoV-2 w zakresie wykonania umów o imprezę turystyczną i skutki tych regulacji dla organizatorów turystyki i podróżnych*, „Justitia” 2020, nr 4.
- Niemczyk A., Zamora P., *Interwencjonizm państwowy na rynku usług turystycznych w warunkach pandemii COVID-19*, „Ekonomia — Wrocław Economic Review” 27, 2021, 3.
- Panasiuk A., *Determinanty i modele kształtowania roli państwa w gospodarce turystycznej*, „Zeszyty Naukowe. Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2014, nr 16.
- Panasiuk A., *Ekonomika turystyki i rekreacji*, Warszawa 2011.
- Panasiuk A., *Przyczynki do badań nad wpływem pandemii na stan gospodarki turystycznej*, [w:] *Turystyka w naukach społecznych*, t. 3. *Ekonomia i finanse*, red. K. Nessel, Kraków 2020.
- Polityka społeczna*, red. G. Firlit-Fesnak, M. Szyłko-Skoczny, Warszawa 2007.
- Snażyk Z., Szafranski A., *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2010.
- Staszak P., *Modele polityki turystycznej jako stymulator rozwoju sektora turystycznego*, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2018, nr 4.
- Szpringer W., *Dostosowania strukturalne w gospodarce*, Warszawa 1994.
- Winiarski B., *Polityka gospodarcza (ekonomiczna) i jej podmioty*, [w:] *Polityka gospodarcza*, red. B. Winiarski, Warszawa 2006.
- Wojtczak D., *Podjęmowanie działalności gospodarczej w obszarze usług turystycznych w świetle wolności gospodarczej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 4.
- Żywicka A., *Regulowana działalność gospodarcza w dziedzinie usług turystycznych — uwarunkowania administracyjnoprawne*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23, 2013, nr 2.

Źródła internetowe

- Bank Światowy oszacował wzrost globalnej gospodarki w 2021 r. na 4 proc., <https://forsal.pl/gospodarka/pkb/artykuly/8059571,bank-swiatowy-oszacowal-wzrost-globalnej-gospodarki-w-2021-r-na-4-proc.html>.
- Turystyka, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/126/tourism>.
- Turystyka. Działania w związku z pandemią Covid-19, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/126/tourism>.
- World Tourism Organization — UNWTO, *International Tourism Highlights*, 2020, <https://www.e-unwto.org/doi/epdf/10.18111/9789284422456>.

Regulation as an Instrument of the Economic Policy of the State: Considerations on Tourism Policy in a Time of Pandemic

Summary

Tourism is one of the main sectors of the economy in the world and in Europe. However, tourism was among the industries most affected by the SARS-CoV-2 crisis. The publication presents the issues of the state's tourism policy, especially its models and instruments, including legal and administrative ones, headed by regulation, as well as the impact of the pandemic on tourism policy, and an attempt was made to define the model of the role of the state in the tourism economy during the pandemic. The conclusion is that the model of tourism policy has a mixed character, which in the economic system of the European Union is referred to as deregulation. Additional findings lead to the conclusion that during the crisis caused by the pandemic, there is a visible shift from liberalism towards economic interventionism and the use of all available instruments, of an economic as well as administrative and legal nature.

Keywords: economic freedom, regulation, economic policy, tourism policy, COVID-19 pandemic.

KRYSTYNA NIZIOŁ

ORCID: 0000-0002-3930-8577

Uniwersytet Szczeciński
krystyna.niziol@usz.edu.pl

Pandemia COVID-19 jako czynnik weryfikujący funkcje państwa w gospodarce

Abstrakt: Celem opracowania jest wykazanie, że pełnienie przez państwo określonych funkcji w gospodarce w okresie kryzysów jest gwarantem stabilności społeczno-gospodarczej. W czasie pandemii COVID-19 to właśnie od państwa oczekiwano bowiem stosowania różnych form interwencji w gospodarce, które miały przeciwdziałać skutkom tej sytuacji. I takie też działania były podejmowane przez wiele państw, w tym Polskę.

Słowa kluczowe: funkcje państwa, pandemia COVID-19.

Wstęp

Pandemia COVID-19 sprawiła, że państwa na niespotykaną dotychczas skalę zastosowały różne formy interwencji w gospodarce, których celem było przeciwdziałanie skutkom ekonomiczno-społecznym zaistniałej sytuacji. Dotkliwość i rozmiary tych skutków spowodowały, że jedynym podmiotem, który mógł podjąć działania zmierzające do ich niwelowania, okazało się państwo. W okresie poprzednich kryzysów to również od niego oczekiwano reakcji i podjęcia działań, które będą działały stabilizująco.

W teorii ekonomii od dawna trwa dyskusja nad rolą państwa w gospodarce¹. Prezentowane są dwa przeciwstawne poglądy, zakładające albo aktywną rolę państwa w gospodarce (interwencjonizm), albo minimalizujące tę rolę tylko do niezbędnych zadań gwarantujących sprawne działanie mechanizmu rynkowego

¹ Zob. D. Miłaszewicz, *Retrospektywne ujęcie roli państwa w gospodarce w myśli ekonomicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, nr 3, s. 181 n.

(podejście liberalne). W związku z trwającą pandemią można się zastanawiać, w jaki sposób ta sytuacja może wpłynąć na zweryfikowanie roli współczesnego państwa w gospodarce. Dotychczasowe doświadczenia potwierdzają bowiem, że to właśnie państwo jako jedyny podmiot jest w stanie podjąć się ingerencji w gospodarkę, której celem jest przeciwdziałanie sytuacji kryzysowej. W związku z tym można postawić tezę, zgodnie z którą pandemia potwierdziła, iż państwo nadal pełni określone funkcje w gospodarce rynkowej, i o ile w okresie stabilnym gospodarczo funkcje te mogą być ograniczone, to w czasie różnego rodzaju kryzysów ich realizacja jest gwarantem stabilności społeczno-gospodarczej danego państwa.

W celu zweryfikowania tej tezy w opracowaniu pokrótce scharakteryzowano funkcje państwa w gospodarce rynkowej, a następnie poddano analizie przykłady interwencji państwa w polskiej gospodarce dokonane w okresie pandemii COVID-19 (od marca do grudnia 2020 roku). Pozwoli to ukazać, jaki był zakres i formy interwencji państwa oraz obszary regulacji, które ona obejmowała. W opracowaniu zastosowano metodę dogmatycznoprawną.

1. Istota i rodzaje funkcji państwa w gospodarce rynkowej

Mechanizm rynkowy cechują określone niesprawności (między innymi efekty zewnętrzne, występowanie dóbr publicznych)². Sprawia to, że we współczesnych systemach rynkowych państwo, obok innych uczestników rynku, również jest aktywnym uczestnikiem procesów gospodarczych. Dotyczą one sfery społeczno-ekonomicznej³, a realizowane są w ramach polityki gospodarczej⁴. Sporny jest jednak zakres ingerencji państwa w gospodarkę⁵. Przed światowym kryzysem ekonomicznym z lat trzydziestych XX wieku dominowało podejście, zgodnie z którym mechanizm rynkowy jest sam zdolny do samoregulacji. Jednak dotkliwie

² Szerzej zob. K. Nizioł, *Prawne aspekty polityki podatkowej*, Warszawa 2007, s. 47 n.

³ J. Pająkiewicz, *Współdziałanie instrumentów monetarnych i fiskalnych w osiąganiu celów polityki gospodarczej w Polsce*, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu” 882, 2000, s. 9 n.

⁴ Celem polityki gospodarczej jest stworzenie takich warunków, które zapewnią stabilne i sprawne funkcjonowanie mechanizmów samoregulacji poprzez zagwarantowanie stabilnego wzrostu gospodarczego, ograniczenie poziomu bezrobocia, kontrolowanie inflacji, redystrybucję dochodów. Zob. *Polityka gospodarcza*, red. H. Cwikliński, Gdańsk 2005, s. 35 n.

⁵ Por. J. Kornai, *Nowa rola państwa*, „Nowe Życie Gospodarcze” 2001, nr 24, s. 21 n. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nowoczesne systemy gospodarcze są regulowane przez złożoną sferę regulacji, a rynek jest tylko jednym z jej regulatorów. Zob. *idem*, *Anti-equilibrium. Teoria systemów gospodarczych. Kierunki badań*, Warszawa 1977, s. 446.

konsekwencje tego kryzysu przyczyniły się do powstania teorii Johna M. Keynesa, który wykazał konieczność interwencji państwa w gospodarkę w celu zwiększenia łącznego popytu, aby zapewnić pełne albo prawie pełne zatrudnienie⁶. Natomiast koncepcje neoliberalne w zakresie ingerencji w gospodarkę postulują pełnienie przez państwo jedynie klasycznych funkcji⁷.

W literaturze wymienia się takie funkcje państwa w gospodarce rynkowej jak na przykład funkcję adaptacyjną, regulacyjną, innowacyjną⁸, alokacyjną, redystrybucyjną i stabilizacyjną⁹. W związku z tematyką niniejszego opracowania oraz jego ramami objętościowymi do analizy wybrano funkcje regulacyjną, redystrybucyjną i stabilizacyjną. Jest to podyktowane tym, iż instrumenty interwencji stosowane w okresie pandemii nawiązywały właśnie do tych funkcji, co potwierdzają ich przykłady przedstawione w dalszej części artykułu.

Funkcja regulacyjna państwa ma związek z określonymi zasadami organizacji działania państwa (utrzymaniem porządku wewnętrznego i zewnętrznego), a sprzyjać temu ma stanowienie prawa dobrej jakości oraz jego przestrzeganie¹⁰. W piśmiennictwie wskazuje się, że aspekt regulacyjny ekonomicznej roli państwa „obejmuje szeroki zakres procesów i struktur informacyjno-decyzyjnych”, z których najistotniejsze znaczenie ma taki element jak „kształtowanie się oczekiwań podmiotów gospodarczych dotyczących polityki ekonomicznej prowadzonej przez rząd i charakter tych oczekiwań”¹¹. Regulacja państwa może być dokonywana za pomocą instrumentów administracyjno-prawnych, ekonomicznych i perswazyjnych¹².

Natomiast funkcja redystrybucyjna polega na korygowaniu przez państwo podziału dochodów dokonywanych za pomocą mechanizmu rynkowego¹³. Z kolei funkcja stabilizacyjna ma związek z makroekonomiczną stabilnością państwa (to jest kwestiami niewielkiej zmienności cen, dyscypliny fiskalnej czy wiarygodności prowadzonej polityki gospodarczej)¹⁴.

⁶ Por. E. Domańska, *Wokół interwencji państwa w gospodarkę. Keynes, Friedman, Laffer, Kennedy, Regan i inni*, Warszawa 1992, s. 17 n.

⁷ Zob. np. K. Kostro, *Ekonomiczna aktywność państwa w teorii Friedricha Augusta von Hayeka*, „*Ekonomista*” 1997, nr 1, s. 61.

⁸ K. Sidorkiewicz, *Współczesne ujęcie funkcji państwa*, „*Studia Elbląskie*” 2010, nr 11, s. 221 n.

⁹ G. Przesławska, *Rola państwa w gospodarce w ujęciu szkół ekonomicznych*, [w:] *Regulowana gospodarka rynkowa*, red. U. Kalina-Prasznic, Kraków 2007, s. 11.

¹⁰ K. Sidorkiewicz, *op. cit.*, s. 221.

¹¹ A. Wojtyna, *Nowoczesne państwo kapitalistyczne a gospodarka. Teoria i praktyka*, Warszawa 1990, s. 33 n.

¹² Por. J. Wilkin, *Jaki kapitalizm, jaka Polska?*, Warszawa 1995, s. 123 n.

¹³ T. Wołowicz, *Finanse publiczne. Podręcznik*, t. 1, Lublin 2021, s. 13.

¹⁴ J. Kulawik, *Wpływ sektora finansowego na rozwój ekonomiczny*, „*Ekonomista*” 1997, nr 5–6, s. 699.

2. Przykładowe formy interwencji państwa w gospodarce w Polsce w okresie pandemii COVID-19

W początkowym okresie pandemii (badanie z 14–24 kwietnia i 28 kwietnia–8 maja 2020 roku) ograniczenie działalności gospodarczej dotknęło 60% przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, a co trzeci z nich zredukował zatrudnienie¹⁵. W związku z tym w celu ograniczenia skutków ekonomicznych pandemii w Polsce od marca 2020 roku zastosowano różne formy interwencji. Przyjmowały one postać tak zwanych tarcz antykryzysowych i tarczy finansowej oraz były skierowane przede wszystkim do przedsiębiorców. W okresie od marca do grudnia 2020 roku głównymi formami pomocy były:

— tarcza 1.0¹⁶: dofinansowanie wynagrodzeń pracowników objętych przestojem ekonomicznym, mikropożyczki¹⁷;

— tarcza 2.0¹⁸: złagodzenie warunków ubiegania się o wsparcie w ramach świadczenia postojowego, możliwość ubiegania się o pożyczkę na pokrycie bieżących kosztów prowadzenia działalności gospodarczej, w tym dla przedsiębiorców niezatrudniających pracowników, wprowadzenie zwolnień ze składek na ubezpieczenie społeczne¹⁹;

— tarcza 3.0²⁰: zwiększenie ochrony osób zawierających umowy o pożyczki, kredyty lub inne formy wsparcia finansowego²¹;

— tarcza 4.0²²: dopłaty do odsetek kredytów dla przedsiębiorców, którzy zostali poszkodowani przez skutki pandemii²³;

¹⁵ *Kondycja MŚP w okresie epidemii koronawirusa*, <https://media.bgk.pl/96296-bgk-bada-sytuacje-msp-ponad-polowa-juz-korzysta-z-tarczy-antykryzysowej> (dostęp: 30.12.2021).

¹⁶ Ustawa z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm.), ustawa z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o systemie instytucji rozwoju (Dz.U. poz. 569).

¹⁷ K. Dębowska *et al.*, *Tarcza antykryzysowa... Koło ratunkowe dla firm i gospodarki?*, współpr. M. Gniazdowski *et al.*, Warszawa 2021, s. 13.

¹⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 roku. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 695).

¹⁹ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 13.

²⁰ Ustawa z dnia 14 maja 2020 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 875).

²¹ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 14.

²² Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielonych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. poz. 1086).

²³ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 14.

— tarcza 5.0²⁴: wprowadzenie świadczeń postojowych dla przedsiębiorców, którzy wcześniej nie korzystali z tego rozwiązania, a także dla przedsiębiorców, którzy w miesiącu poprzedzającym miesiąc złożenia wniosku odnotowali spadek przychodów o co najmniej 75%²⁵;

— tarcza 6.0²⁶: wsparcie skierowane do określonych branż (na przykład gastronomiczna, turystyczna)²⁷;

— tarcza finansowa²⁸: dofinansowanie bieżącej płynności finansowej przedsiębiorców, na przykład w formie pożyczek, gwarancji, poręczeń²⁹.

Przywołane przykładowe instrumenty interwencji miały zróżnicowany charakter i realizowały poszczególne funkcje państwa wybrane do analizy.

W ramach funkcji regulacyjnej można odnieść się do jakości stanowionego prawa dotyczącego instrumentów interwencji. Niestety szybkie tempo legislacji, wymuszone nadzwyczajną sytuacją, nie sprzyjało stanowieniu prawa dobrej jakości (na przykład było ono zbyt ogólnikowe, rodziło wątpliwości natury konstytucyjnej)³⁰.

W ramach funkcji redystrybucyjnej doszło do wtórnego podziału dochodu narodowego, ponieważ w ramach wsparcia finansowego państwo przekazało środki finansowe różnym podmiotom prywatnym. W 2020 roku łączna kwota wydatkowana na tę pomoc wyniosła 162,9 miliarda złotych, a więc była znaczna. Skorzystało z niej 86% przedsiębiorców. Najczęściej były to zwolnienia w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne, instrumenty tarczy finansowej, dofinansowanie wynagrodzeń i składek na ubezpieczenie społeczne, obniżenie wymiaru czasu pracy lub praca zdalna³¹.

O ile samą interwencję można uznać za celową, to już wybór i zastosowanie niektórych form pomocy można oceniać różnie³². W kontekście analizowanej

²⁴ Ustawa z dnia 17 września 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1639).

²⁵ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 15.

²⁶ Ustawa z dnia 9 grudnia 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2255).

²⁷ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 15.

²⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 roku o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2.

²⁹ K. Dębowska *et al.*, *op. cit.*, s. 15.

³⁰ Zob. *Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich*, DN.WN.070.3.2020, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/MNiSW%20o%20zmianianiu%20ustaw%20rozporz%C4%85dzeniem%2C%2026.05.2020.pdf> (dostęp: 30.12.2021).

³¹ *Ibidem*, s. 4, 6.

³² Zob. P. Ledwoń, *Wybrane krajowe i unijne instrumenty prawne jako stymulatory mikroprzedsiębiorczości i konieczny interwencjonizm w okresie pandemii COVID-19*, [w:] *Ekonomia społeczna. Przedsiębiorczość społeczna w czasie kryzysu*, red. M. Ćwiklicki, K. Sienkiewicz-Małyjurek, Kraków 2020, s. 107 n.

problematyki dość istotne wydaje się zrealizowanie funkcji stabilizacyjnej, ponieważ zakres i formy stosowanej pomocy miały głównie przeciwdziałać społeczno-gospodarczym konsekwencjom pandemii. Potwierdza to cel już pierwszych tarcz antykrzysowych, którym była między innymi ochrona miejsc pracy i zagwarantowanie bezpieczeństwa finansowego różnym podmiotom³³. Same instrumenty pomocy w Polsce miały charakter przede wszystkim finansowy, gdyż sprowadzały się do różnego rodzaju form dofinansowania określonych podmiotów, głównie przedsiębiorców. Nie zastosowano instrumentów polityki fiskalnej o charakterze ogólnym, tak jak na przykład w Niemczech, gdzie czasowe obniżenie stawek podatku od towarów i usług (w drugiej połowie 2020 roku) przyniosło pozytywny efekt w postaci pobudzenia popytu konsumpcyjnego gospodarstw domowych³⁴.

Wnioski

Niewątpliwie pandemia COVID-19, będąca niespodziewaną sytuacją kryzysową, wymusiła na państwach zastosowanie różnych form interwencji w gospodarkę w celu przeciwdziałania skutkom społeczno-gospodarczym. W Polsce takie działania również były podejmowane od samego początku pandemii. Analizując przykłady wsparcia stosowane w badanym okresie, można uznać, że przybierały one przede wszystkim formę wsparcia finansowego, a ich głównymi adresatami byli przedsiębiorcy. Można przyjąć, że — jak wcześniej wskazano — zastosowana interwencja w gospodarkę realizowała funkcje regulacyjną, redystrybucyjną i stabilizacyjną. Pozwala to stwierdzić, że kryzys ekonomiczny związany z pandemią COVID-19 potwierdził aktywną rolę państwa w gospodarce, podobnie jak w momentach wcześniejszych kryzysów. O ile jednak sama interwencja nie jest dyskusyjna, to już jej zakres, stosowane instrumenty (ogólne lub selektywne) i jakość regulacji mogą rodzić wątpliwości. Dotyczą one zarówno ich skuteczności, jak i efektów fiskalnych, zwłaszcza gwałtownego wzrostu zadłużenia publicznego i związanych z tym konsekwencji³⁵.

³³ Zob. *Tarcza antykrzysowa*, <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/tarcza-antykrzysowa> (dostęp: 30.12.2021).

³⁴ Zob. T. Stasiuk, *Obniżka VAT mocno wsparła wydatki niemieckich gospodarstw*, 2.11.2021, <https://www.pb.pl/obnizka-vat-mocno-wsparla-wydatki-niemieckich-gospodarstw-1132155> (dostęp: 30.12.2021).

³⁵ Zob. np. *Strategia zarządzania długiem sektora finansów publicznych w latach 2022–2025*, Warszawa 2021, *passim*.

Bibliografia

- Dębłkowska K., Kłosiewicz-Gorecka U., Szymańska A., Ważniewski P., Zybertowicz K., *Tarcza antykrzysowa... Koło ratunkowe dla firm i gospodarki?*, współpr. M. Gniazdowski, A. Kubiśiak, K. Kutwa, J. Rybacki, Warszawa 2021.
- Domańska E., *Wokół interwencji państwa w gospodarce. Keynes, Friedman, Laffer, Kennedy, Regan i inni*, Warszawa 1992.
- Kondycja MŚP w okresie epidemii koronawirusa*, <https://media.bgg.pl/96296-bgg-bada-sytuacje-msp-ponad-polowa-juz-korzysta-z-tarczy-antykrzysowej>.
- Kornai J., *Anti-equilibrium. Teoria systemów gospodarczych. Kierunki badań*, Warszawa 1977.
- Kornai J., *Nowa rola państwa*, „Nowe Życie Gospodarcze” 2001, nr 24.
- Kostro K., *Ekonomiczna aktywność państwa w teorii Friedricha Augusta von Hayeka*, „Ekonomista” 1997, nr 1.
- Kulawik J., *Wpływ sektora finansowego na rozwój ekonomiczny*, „Ekonomista” 1997, nr 5–6.
- Ledwoń P., *Wybrane krajowe i unijne instrumenty prawne jako stymulatory mikroprzedsiębiorczości i konieczny interwencjonizm w okresie pandemii COVID-19*, [w:] *Ekonomia społeczna. Przedsiębiorczość społeczna w czasie kryzysu*, red. M. Ćwiklicki, K. Sienkiewicz-Małyjurek, Kraków 2020.
- Miłaszewicz D., *Retrospektywne ujęcie roli państwa w gospodarce w myśli ekonomicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, nr 3.
- Nizioł K., *Prawne aspekty polityki podatkowej*, Warszawa 2007.
- Pająkiewicz J., *Współdziałanie instrumentów monetarnych i fiskalnych w osiągnięciu celów polityki gospodarczej w Polsce*, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu” 882, 2000.
- Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich*, DN.WN.070.3.2020, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/MNiSW%20o%20zmienianiu%20ustaw%20rozporz%C4%85dzeniem%2C%2026.05.2020.pdf>.
- Polityka gospodarcza*, red. H. Ćwikliński, Gdańsk 2005.
- Przesławska G., *Rola państwa w gospodarce w ujęciu szkół ekonomicznych*, [w:] *Regulowana gospodarka rynkowa*, red. U. Kalina-Prasznic, Kraków 2007.
- Sidorkiewicz K., *Współczesne ujęcie funkcji państwa*, „Studia Elbląskie” 2010, nr 11.
- Stasiuk T., *Obniżka VAT mocno wsparła wydatki niemieckich gospodarstw*, 2.11.2021, <https://www.pb.pl/obnizka-vat-mocno-wsparla-wydatki-niemieckich-gospodarstw-1132155>.
- Strategia zarządzania długiem sektora finansów publicznych w latach 2022–2025*, Warszawa 2021. *Tarcza antykrzysowa*, <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/tarcza-antykrzysowa>.
- Wilkin J., *Jaki kapitalizm, jaka Polska?*, Warszawa 1995.
- Wojtyła A., *Nowoczesne państwo kapitalistyczne a gospodarka. Teoria i praktyka*, Warszawa 1990.
- Wołowicz T., *Finanse publiczne. Podręcznik*, t. 1, Lublin 2021.

The COVID-19 Pandemic as a Factor Verifying the Functions of the State in the Economy

Summary

The aim of the study is to show that the performance of specific functions by the state in the economy during crises is a guarantee of socio-economic stability. In the period of the COVID-19

pandemic, it was the state that was expected to apply various forms of intervention in the economy to counteract the effects of this situation. Such measures were taken by many countries, including Poland.

Keywords: functions of the state, COVID-19 pandemic.

STANISŁAW RĘCŁAWOWICZ

ORCID: 0000-0003-1286-5039

Państwowa Straż Pożarna

swrec06@gmail.com

Czy nauka może służyć bezpieczeństwu powszechnemu?

Abstrakt: W 1991 roku zostały uchwalone ustawy o Państwowej Straży Pożarnej i o ochronie przeciwpożarowej. W intensywnych pracach nad projektami tych aktów prawnych uczestniczyło wielu pracowników naukowych z Uniwersytetu Wrocławskiego. Dodatkowo w latach 2009–2021 na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego odbyło się kilka konferencji naukowych dotyczących bezpieczeństwa powszechnego z uwzględnieniem szczególnej roli Państwowej Straży Pożarnej i ochotniczych straży pożarnych. We współpracy środowiska naukowego i środowiska strażackiego szczególną rolę odegrał prof. Tadeusz Kocowski.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo powszechne, ochrona przeciwpożarowa, straż pożarna.

Dynamiczne zmiany na świecie niosą z sobą rozwój, postęp i oczekiwany dobrobyt, ale też zagrożenia, których skutki trudno przewidzieć, a jeszcze trudniej się do nich przygotować. Przemiany, jakie następowały w naszym kraju w XX wieku, wiązały się przede wszystkim z odzyskaniem i budową naszej państwowości oraz struktury przyszłego państwa. Znaczące zmiany nastąpiły między innymi w latach 1918 oraz 1989. Te po 1989 roku odnosiły się najmocniej do przemian społeczno-politycznych oraz gospodarczych. Można w tym miejscu stwierdzić, że zmieniły one podejście do systemu prawnego odnoszącego się do szeroko rozumianego bezpieczeństwa. Mimo że nasz kraj ratyfikował konwencje genewskie, to jednak do 1989 roku system bezpieczeństwa oparty był na Układzie Warszawskim, narzuconym nam przez totalitarne państwo ZSRR. Głównym aktem prawnym była ustawa o powszechnym obowiązku obrony RP¹, która

¹ Zob. ustawę z dnia 21 listopada 1967 roku o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 44, poz. 220 ze zm.).

nadawała całemu systemowi bezpieczeństwa charakter militarny. Dobitym tego przykładem były tak zwane kompanie zmilitaryzowane — ZKPOŻ (zmilitaryzowane kompanie pożarnicze). Przydziały mobilizacyjne mieli przeważnie junacy obrony cywilnej, którzy odbyli służbę wojskową w oddziałach zawodowej straży pożarnej. Należy dodać, że w strukturze byłych komend wojewódzkich był zastępca do spraw politycznych, odpowiedzialny między innymi za „informacje o nastrojach”, składane co miesiąc przez dowódców oddziałów zawodowych straży pożarnych oraz komendantów rejonowych i komendantów zawodowych straży pożarnych. Jak przedstawiała się struktura i organizacja straży pożarnych w owym czasie, opisałem w tekście *Ochotnicza Straż Pożarna w krajowym systemie ratowniczo-gaśniczym*². Najogólniej mówiąc, straże pożarne wchodziły w obręb tak zwanego zgrupowania jednostek obrony cywilnej. Świadomie zawężam tutaj swoje rozważania do działań straży pożarnej, ponieważ przemiany, jakie nastąpiły po roku 1989, zwiększyły i diametralnie zmieniły zakres zadaniowy i administracyjny nie tylko straży pożarnej.

Pierwsze kontakty z Uniwersytetem Wrocławskim

Strażacka „Solidarność”, skupiona w Krajowej Sekcji Pożarnictwa (KSP) NSZZ „Solidarność”, na zjeździe w marcu 1990 roku podjęła uchwałę o włączeniu się struktur tego związku do przemian, jakie miały miejsce w naszym kraju po roku 1989. Jak wspominał jeden z liderów tej „Solidarności”, Wiesław Jaworski, na jednym z pierwszych spotkań na Uniwersytecie Wrocławskim: „jeżeli macie jakiś pomysł na straż pożarną, to róbcie coś, bo tam w Warszawie to niewiele mogą zdziałać”. Pomysł mieliśmy, bo właśnie zawiązywała się grupa oficerów z Wrocławia i Wałbrzycha, która zaproponowała utworzenie Państwowej Straży Pożarnej (dalej: PSP) na wzór już istniejących nowych Policji Państwowej i Urzędu Ochrony Państwa. Na wniosek Andrzeja Jaroszka, pracownika do spraw ochrony przeciwpożarowej na Uniwersytecie Wrocławskim, należało zaangażować do współpracy pracowników naukowych tego uniwersytetu, specjalizujących się w wielu dziedzinach nauki, w tym prawie administracyjnym, cywilnym, karnym itp. Należało zatem uzyskać zgodę samego rektora.

Miałem zaszczyt uczestniczyć w spotkaniu z ówczesnym Rektorem Uniwersytetu JM prof. Zdzisławem Klimowiczem. Pamiętam, jak pan profesor przyjął nas stwierdzeniem „z czym przyszli strażacy w tak pięknych uniformach?”. Przyszliśmy z Andrzejem Jaroszkiem. Rektor poprosił do siebie prof. Janusza Trzcńskiego, ówczesnego dziekana Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii.

² S. Ręclawowicz, *Ochotnicza Straż Pożarna w krajowym systemie ratowniczo-gaśniczym*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kowowski, M. Błazewski, W. Małecki, 2018, s. 123–133.

Po następnym spotkaniu u pana dziekana ustalono, że na początku będą z nami współpracować panowie: prof. Gromski, prof. Kocowski i mgr Lamparski. Natomiast Andrzej Jaroszek był już zaangażowany przez KSP NSZZ „Solidarność” do współpracy przy planowanych zmianach systemu prawnego. Stał się później umocowanym pełnomocnikiem tego związku.

O tym, jak skuteczne były to działania, niech świadczy fakt, że 24 sierpnia 1991 roku zostały jednocześnie uchwalone dwie ustawy: o Państwowej Straży Pożarnej i o ochronie przeciwpożarowej. Należy nadmienić, że w intensywnych pracach nad projektami uczestniczyło wielu pracowników naukowych z Uniwersytetu Wrocławskiego, którzy równocześnie brali udział w spotkaniach konsultacyjnych w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych oraz komisjach sejmowych. Szkoda, że po wejściu w życie ustaw zwanych strażackimi oraz po powstaniu Państwowej Straży Pożarnej kontakty z pracownikami naukowymi uniwersytetu ograniczono do minimum, a następnie zrezygnowano z nich całkowicie.

Powstanie Państwowej Straży Pożarnej

Zrezygnowanie ze współpracy z pracownikami naukowymi uniwersytetu zemściło się dość okrutnie i znacząco zarówno na samej PSP, jak i na przyszłym systemie prawnym. Formacja, jaką jest Państwowa Straż Pożarna, zajęła się w większości sama sobą oraz doborem kadrowym, natomiast mniej uwagi poświęciła zadaniom państwa, które należało równolegle wdrażać i powierzać innym organom administracji publicznej. Pomieszano ustalenia z ustawy o PSP z tymi z ustawy o ochronie przeciwpożarowej. Dowodem jest przepis z 1992 roku w sprawie zakresu i trybu korzystania z praw przez kierującego działaniem ratowniczym³. Łączenie uprawnień kierującego akcją ratowniczą z uprawnieniami kierującego działaniem ratowniczym jest daleko idącym uproszczeniem. Kierującym akcją ratowniczą jest właściwy komendant powiatowy (miejski) PSP⁴, natomiast kierującym działaniem ratowniczym jest strażak PSP, członek OSP lub pracownik innej jednostki ochrony przeciwpożarowej. W przypadku strażaków PSP sytuacja jest jednoznaczna, gdyż występują oni w imieniu budżetu państwa, natomiast członkowie OSP lub strażacy innych jednostek ochrony przeciwpożarowej już takich zabezpieczeń nie mają. Innym dość znaczącym szczegółem jest jedno z uprawnień różniących kierującego akcją ratowniczą od kierującego działaniem ratowniczym; jest to:

³ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 lipca 1992 roku w sprawie zakresu i trybu korzystania z praw przez kierującego działaniem ratowniczym (Dz.U. Nr 54, poz. 2560).

⁴ Zob. art. 13 ust. 6 pkt 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1940; dalej: ustawa o PSP).

1. zarządzenie wstrzymania komunikacji w ruchu lądowym przez kierującego akcją ratowniczą⁵,

2. wstrzymanie ruchu drogowego przez kierującego działaniem ratowniczym⁶.

Kolejnym szczegółem jest przypisanie spraw ochrony przeciwpożarowej jako jednego z zadań własnych⁷ gminie oraz powiatowi, który wykonując zadania publiczne o charakterze ponadgminnym, zajmuje się ochroną przeciwpożarową i zapobieganiem innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz środowiska⁸. Należy zatem ustalić, jakie relacje zachodzą (lub winny zachodzić) pomiędzy niezależnymi od siebie podmiotami, jakimi są: gminy, powiaty i stowarzyszenia OSP, w zakresie realizacji zadań ochrony przeciwpożarowej.

Definicje ustawowe działania ratowniczego oraz działań ratowniczych są zbieżne z celami krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego⁹ stanowiącego integralną część organizacji bezpieczeństwa wewnętrznego państwa¹⁰. Innymi słowy, system ten winien być przypisany raczej premierowi RP, a nie ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, gdyż uwzględniając pozycję każdego wojewody jako przedstawiciela Rady Ministrów w województwie¹¹, istnieje prostolinijna możliwość łączenia spraw (zadań) z zakresu ochrony ludności, zarządzania kryzysowego, ratownictwa, obrony cywilnej, a nawet spraw obronnych. Zdaniem prof. Tadeusza Kocowskiego, zgodnie z opinią wyrażoną w ramach działania Interdyscyplinarnego Zespołu Badawczego¹², skoro wskazane zadania odnoszą się do tych samych organów (na przykład wojewody, starosty, wójta), powinna istnieć między nimi daleko idąca synchronizacja, najlepiej ujęta w jednym akcie prawnym.

⁵ Zob. art. 21 ust. 2 pkt 3 ustawy o PSP.

⁶ Zob. art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 869).

⁷ Zob. art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 8 marca 1990 o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 713).

⁸ Zob. art. 4 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 920).

⁹ Zob. art. 14 ust. 1 ustawy o ochronie przeciwpożarowej: „Krajowy system ratowniczo-gaśniczy ma na celu ochronę życia, zdrowia, mienia lub środowiska poprzez: 1) walkę z pożarami lub innymi klęskami żywiołowymi; 2) ratownictwo techniczne; 3) ratownictwo chemiczne; 4) ratownictwo ekologiczne; 5) ratownictwo medyczne; 6) współpracę z jednostkami systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego, o których mowa w art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. z 2020 r. poz. 882, 2112 i 2401 oraz z 2021 r. poz. 159) oraz systemem powiadamiania ratunkowego”.

¹⁰ Zob. art. 146 ust. 4 pkt 7 Konstytucji Rzeczypospolitej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹¹ Zob. art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (tekst jedn. Dz.U. Nr 31, poz. 206 ze zm.).

¹² Zob. pismo Szefa Obrony Cywilnej Kraju do Rektorów Uniwersytetu Wrocławskiego i Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu.

Powrót do współpracy z Uniwersytetem Wrocławskim

Powszechnie wiadomo, że w naszym kraju następuje kadencyjność władzy. Natomiast podejmowanie działań zwłaszcza na rzecz bezpieczeństwa nie może odbywać się kadencyjnie. Kiedy w 2002 roku Dolnośląskim Komendantem Wojewódzkim Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu został st. bryg. mgr inż. Zbigniew Szczygieł, nastąpił powrót — za zgodą i przyzwoleniem Ryszarda Nawrata, ówczesnego wojewody dolnośląskiego — do współpracy z Uniwersytetem Wrocławskim.

Pierwsze spotkania odbyły się z Rektorem JM prof. Zdzisławem Latajką oraz prof. Kazimierą Anną Wilk z Politechniki Wrocławskiej na temat uczestnictwa Państwowej Straży Pożarnej w VII edycji Dolnośląskiego Festiwalu Nauki. Dzień ten zorganizowano pod hasłem „Kryzys nie znaczy chaos”. Należy nadmienić, że istnieje z tego wydarzenia wiele materiałów fotograficznych oraz audiowizualnych. To wtedy prof. Kocowski przedstawił genezę udziału pracowników naukowych UWr w pracach Dolnośląskiego Zespołu Redakcyjnego przygotowującego w latach 1990/1991 projekty ustaw o Państwowej Straży Pożarnej oraz o ochronie przeciwpożarowej. Trzeba też dodać, że uzasadnienie ustawy o PSP w całości przygotowywali prof. Gromski i prof. Kocowski.

Komendant Szczygieł podejmował również inne nowatorskie działania, których pokłosie widoczne jest do dziś. W 2002 roku doprowadził do przeniesienia swojego zastępcy do dalszej służby w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu. Była to potrzeba chwili, ponieważ w tym czasie rozpoczęła się już kontrola Najwyższej Izby Kontroli z zakresu wdrażania przepisów „dużej reformy” administracji publicznej w Polsce. Jej efektem było wydanie przez wojewodę dolnośląskiego zarządzeń dotyczących zadań krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego oraz zakresu koordynowania tego systemu przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) na obszarze gminy¹³. Były to pierwsze w kraju regulacje wprowadzone przez wojewodę, a zarządzenia te (po właściwych nowelizacjach) wciąż obowiązują.

¹³ Zob. zarządzenie nr 264 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 10 grudnia 2018 roku w sprawie określenia zadań krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego na terenie województwa dolnośląskiego wraz z uzasadnieniem; zarządzenie nr 265 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 10 grudnia 2018 roku w sprawie określenia zakresu koordynowania przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) funkcjonowania krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego na obszarze gminy — wraz z uzasadnieniem; oba pisma dostępne na stronie internetowej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu, www.bip.duw.pl.

W 2017 roku kolejny wojewoda dolnośląski utworzył w strukturze Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego pierwsze w kraju samodzielne stanowisko do spraw krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego¹⁴.

Działania w ramach tego stanowiska, między innymi szkoleniowe, kontrolne, konsultacyjne i uzgodnieniowe, spowodowały bardzo duże zainteresowanie w jednostkach organizacyjnych samorządu terytorialnego oraz wśród prezesów ochotniczych straży pożarnych włączonych do krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego. Na spotkaniach z nimi przewijał się wątek konieczności przygotowania projektu ustawy o ochotniczych strażach pożarnych. Taką propozycję złożono ministrowi spraw wewnętrznych i administracji na spotkaniu we Wrocławiu 12 czerwca 2018 roku. Propozycja została przyjęta z zadowoleniem. W spotkaniu ze strony komitetu organizacyjnego konferencji uczestniczyli Stanisław Ręćławowicz i dr Mateusz Paplicki; odbyło się ono w obecności dolnośląskiego komendanta wojewódzkiego państwowej straży pożarnej, nadbryg. dr inż. Adama Koniecznego, oraz kadry kierowniczej komendy.

Konferencje naukowe

W 2009 roku z inicjatywy zespołu organizacyjnego, w skład którego wchodził: prof. Tadeusz Kocowski (UWr), Zbigniew Szczygieł (Sejmik Województwa Dolnośląskiego), dr Tadeusz Stankowicz (Sejmik Województwa Dolnośląskiego) i Stanisław Ręćławowicz (Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu), została przygotowana i przeprowadzona na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego konferencja naukowa „Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej”. Konferencja ta została sfinansowana ze środków Samorządu Terytorialnego Województwa Dolnośląskiego oraz Uniwersytetu Wrocławskiego. W wydanej po tym wydarzeniu publikacji naukowej prof. Jan Boć w referacie *O bezpieczeństwie wewnętrznym* dokonuje oceny realności bezpieczeństwa w ujęciu:

1. idei, która albo wyznacza, albo też kształtuje treść przyszłych zachowań, albo potwierdza zgodność zachowań dotychczasowych;
2. motywacji podejmowania określonych działań w przypadku państwa i samorządu działań publicznych, a w wypadku obywateli — działań prywatnych o znaczeniu publicznym;
3. znaczenia nakazu obowiązującego niezależnie od liczby i rodzaju beneficjentów, a przymuszającego do nadania określonemu działaniu kształtu i treści¹⁵.

¹⁴ Zob. regulamin Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu, s. 34, § 38 ust. 7.

¹⁵ J. Boć, *O bezpieczeństwie wewnętrznym*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, red. A. Chajbowicz, T. Kocowski, Wrocław 2009, s. 22.

Według prof. Bocia bezpieczeństwo jest dobrem wspólnym, którego wyrazem jest zasięg ochrony interesu publicznego. Im więcej adresatów ma ta ochrona, tym dobro wspólne jest powszechniejsze.

Kolejna konferencja — zorganizowana w 2016 roku — „jest kontynuacją badań naukowych dotyczących regulacji prawnych z zakresu ochrony bezpieczeństwa, w tym tych, których wyniki opublikowane zostały w monografii naukowej *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*”¹⁶. Pierwszy panel konferencji, który miał miejsce 6 czerwca 2016 roku, był poświęcony zagadnieniom powszechnej ochrony ludności w stanach nadzwyczajnych w zadaniach terenowej administracji publicznej, natomiast drugi — 24 września 2016 roku — koncentrował się na roli ustaw o ochronie przeciwpożarowej i Państwowej Straży Pożarnej w kształtowaniu systemu bezpieczeństwa wewnętrznego. Współorganizatorami wydarzenia byli: Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu, Wydział Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Związek Emerytów i Rencistów Pożarnictwa RP we Wrocławiu oraz Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Na konferencji przedstawiono również panel zatytułowany „Ustawy pożarnicze w systemie bezpieczeństwa”, na którym Andrzej Jaroszek wygłosił referat *Jak powstawały ustawy pożarnicze — wspomnienia*. Jak wspomina autor, „pomysł nowych ustaw pożarniczych, czyli wizja koniecznych przemian w systemie pożarnictwa, dotyczyć miał losu kilkunastu tysięcy osób”¹⁷.

W 2017 roku prof. Kocowski przygotował autorski artykuł *Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej*, w którym podejmuje kwestię wykładni relacji między gminą a ochotniczymi strażami pożarnymi, będącymi jednocześnie stowarzyszeniami i jednostkami ochrony przeciwpożarowej. Jest to o tyle istotne, że na określonym obszarze, jakim jest teren gminy, działają dwa konstytucyjnie niezależne od siebie podmioty¹⁸. Relacje między nimi powinny mieć zatem odrębne podstawy prawne, gdyż zadania z zakresu ochrony przeciwpożarowej przypisane są gminie jako zadanie własne. Udział OSP w tym zakresie ma natomiast zupełnie inne umocowania prawne. Jednym ze wspólnych mianowników (funkcjonowania gminy i OSP) jest fakt wy-

¹⁶ T. Kocowski, M. Błażewski, M. Raduła, *Słowo wstępne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106. *Powszechna ochrona ludności w stanach nadzwyczajnych w zadaniach terenowej administracji publicznej*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, M. Raduła, 2016, s. 11.

¹⁷ Zob. A. Jaroszek, *Jak powstawały ustawy pożarnicze — wspomnienia*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106. *Powszechna ochrona ludności w stanach nadzwyczajnych w zadaniach terenowej administracji publicznej*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, M. Raduła, 2016, s. 283 n.

¹⁸ Jak pisze prof. Kocowski: „sfery działań gminy i ochotniczych straży pożarnych we wskazanym zakresie niewątpliwie formalnie się pokrywają” — *idem*, *Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 323. *Prawo i administracja wobec współczesnych problemów społecznych i gospodarczych*, red. T. Kocowski, W. Małecki, 2017, s. 101.

stępowania tych samych mieszkańców jako współtworzących wspólnotę samorządową gminy oraz uczestników zrzeszania się w stowarzyszeniu ochotniczych straży pożarnych.

Następna konferencja, która odbyła się w 2018 roku, została w całości poświęcona ochotniczym strażom pożarnym. Poprzedzona była raportem z badań naukowych dotyczących ochrony przeciwpożarowej wraz z podsumowującą je monografią naukową. Była to kontynuacja wcześniejszych opracowań naukowych poświęconych problematyce prawnych uwarunkowań bezpieczeństwa¹⁹. Stanowiła też swoiste uzupełnienie równoległej publikacji, będącej 326 tomem czasopisma „Prawo”, wydanej w 2018 roku.

Do raportu zostały załączone wzory aktów i porozumień związanych z funkcjonowaniem OSP, przygotowane przeze mnie na potrzeby tego raportu. Były to wzory projektów:

1. regulaminu organizacyjnego jednostki operacyjno-technicznej OSP;
2. uzgodnień między komendantem powiatowym PSP a ochotniczą strażą pożarną,
3. projektu porozumienia między OSP a gminą.

To wynik współdziałania z ochotniczą strażą pożarną w Wymiarkach w powiecie żarskim województwa lubuskiego. We współpracy urzekło mnie zaangażowanie i determinacja druhów w działaniach na rzecz organizacji i skuteczności funkcjonowania tej jednostki.

Konferencja w 2021 roku zbiegła się z trzydziestolecie uchwalenia ustaw o Państwowej Straży Pożarnej i o ochronie przeciwpożarowej 24 sierpnia 1991 roku. Z tej okazji odbyły się uroczystości w Komendzie Głównej Państwowej Straży Pożarnej, poświęcone samej ustawie; przygotowany jest też plan obchodów jubileuszu trzydziestolecia utworzenia Państwowej Straży Pożarnej 1 lipca 2022 roku²⁰.

Ten rok był szczególnie również z innego powodu — 17 grudnia 2021 roku Sejm RP uchwalił bowiem ustawę o ochotniczych strażach pożarnych. Znamienny jest sam fakt głosowania przez wysoką izbę nad przedłożonym przez stronę rządową projektem tej ustawy. Za tym projektem głosowało 437 posłów, tylko jeden się wstrzymał. Można rzec, że taka jednomyślność w polskim parlamencie zdarza się rzadko. Taka sytuacja miała miejsce właśnie 30 lat temu, kiedy to przy głosowaniu nad projektem ustawy o ochronie przeciwpożarowej nie było ani jednego głosu przeciw. Znaczący jest dla mnie też fakt mojego uczestnictwa w latach 1990/1991 w pracach społecznego Dolnośląskiego Zespołu Redakcyjnego przygotowującego wspomniane projekty ustaw o Państwowej Straży Pożarnej i o ochronie przeciwpożarowej.

¹⁹ T. Kocowski, M. Błażewski, *Słowo wstępne*, [w:] *Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania — Samorząd — Bezpieczeństwo. Raport z badań*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, Wrocław 2018, s. 9.

²⁰ Autor artykułu jest w momencie jego pisanie pracownikiem Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie na stanowisku Dyrektora Biura Ochrony Ludności.

Należy tu bardzo mocno zaakcentować rolę Szanownego Jubilata, który w latach 1990/1991 był jednym z pracowników naukowych Uniwersytetu Wrocławskiego uczestniczących w redakcji tych jakże znaczących dla naszego kraju projektów. Aktywna działalność naukowa stawia moim zdaniem Pana Profesora w gronie autorytetów środowiska strażackiego i nie tylko, gdyż publikacje naukowe oraz organizowane konferencje świadczą o tym bardzo dobitnie. Kolejnym bezspornym faktem jest powierzenie prof. Kocowskiemu przewodniczenia Interdyscyplinarnemu Zespołowi Badawczemu powołanemu przez rektora Uniwersytetu Wrocławskiego na wniosek szefa obrony cywilnej kraju.

Bibliografia

- Boć J., *O bezpieczeństwie wewnętrznym*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, red. A. Chajbowicz, T. Kocowski, Wrocław 2009.
- Jaroszek A., *Jak powstawały ustawy pożarnicze — wspomnienia*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106. *Powszechna ochrona ludności w stanach nadzwyczajnych w zadaniach terenowej administracji publicznej*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, M. Raduła, 2016.
- Kocowski T., *Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 323. *Prawo i administracja wobec współczesnych problemów społecznych i gospodarczych*, red. T. Kocowski, W. Małecki, 2017.
- Kocowski T., Błażewski M., *Słowo wstępne*, [w:] *Ochotnicze Straże Pożarne. Zadania — Samorząd — Bezpieczeństwo. Raport z badań*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, Wrocław 2018.
- Kocowski T., Błażewski M., Raduła M., *Słowo wstępne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106. *Powszechna ochrona ludności w stanach nadzwyczajnych w zadaniach terenowej administracji publicznej*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, M. Raduła, 2016.
- „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.

Can Science Serve Public Safety?

Summary

In 1991, the following acts were passed: on the State Fire Service and on fire protection. Many academics from the University of Wrocław participated in the work on the acts. In the years 2009–2021, at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, scientific conferences were held on the issues of public safety, taking into account the special role of the State Fire Service and voluntary fire brigades. Professor Tadeusz Kocowski played a special role in the cooperation of the scientific community and the firefighting community.

Keywords: public safety, fire protection, fire brigade.

ANNA TRELA

ORCID: 0000-0002-2014-5579

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

atrela@amu.edu.pl

Ograniczenie wolności działalności gospodarczej w drodze rozporządzenia w dobie pandemii COVID-19

Abstrakt: Artykuł dotyczy rozporządzenia jako podstawy prawnej wprowadzania ograniczeń wolności działalności gospodarczej w czasie pandemii COVID-19. Autorka analizuje relacje między art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz wskazuje na rozumienie określeń „ograniczenie” oraz „reglamentacja” wolności działalności gospodarczej w nauce oraz judykaturze.

Słowa kluczowe: wolność działalności gospodarczej, reglamentacja, COVID-19, rozporządzenie.

Wprowadzenie

Sięgając do jednej z pierwszych definicji publicznego prawa gospodarczego, autorstwa prof. Teresy Rabskiej, należy odnotować, że przedmiot dyscypliny, jaką zajmuje się Drogi Jubilat, to prawo, którego „głównym przedmiotem są funkcje państwa w gospodarce”¹. Bez wątplenia ściśle powiązanie publicznego prawa gospodarczego z ustrojem społecznym, politycznym i gospodarczym, zwłaszcza z powinnościami państwa wobec gospodarki wynikającymi z norm konstytucyjnych, wpływa na ustalenie funkcji państwa w gospodarce².

¹ T. Rabska, *Jakie prawo gospodarcze? — Próba odpowiedzi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1, s. 21.

² K. Kiczka, *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 56 n.; A. Borkowski, *Pomoc publiczna jako funkcja państwa wobec społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103, 2015, s. 13 n.

Problematyka funkcji państwa w gospodarce była przedmiotem licznych badań w nauce publicznego prawa gospodarczego i choć nie ma zgody co do ich jednolitego katalogu³, to od lat jedną z podstawowych funkcji administracji gospodarczej pozostaje funkcja reglamentacyjna. Jest ona rozmaicie postrzegana, lecz zasadniczo można przyjąć, że sprowadza się ona do „interwencjonizmu państwowego rozumianego jako oddziaływanie państwa na gospodarkę, motywowanego dążeniem do osiągnięcia określonych celów, wyznaczonych w polityce gospodarczej”⁴. Jest to funkcja zorientowana na celowe kształtowanie stosunków gospodarczych oraz protegowanie pewnych wartości publicznych w życiu gospodarczym⁵, podlegająca zmianom wynikającym z aktualnych potrzeb gospodarki oraz ochrony interesów jednostki. Często też można zauważyć, że „rozgraniczenie poszczególnych funkcji utrudniają [...] ich silne związki i zależności”⁶.

Pandemia COVID-19 uwidoczniła te relacje z jeszcze większą mocą, ukazując przenikanie i uzupełnianie się różnych funkcji⁷, zwłaszcza reglamentacyjnej i policyjnej. Zagrożenie epidemiczne spowodowało bowiem potrzebę ograniczenia, a nawet czasowego zaprzestania określonej działalności gospodarczej. Podstaw tych ograniczeń należy upatrywać przede wszystkim w ustawie z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁸. Na mocy tego aktu prawnego dokonano nowelizacji ustawy z dnia 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (dalej: ustawa o z.z.z.c.z.)⁹ poprzez dodanie między innymi art. 46a i 46b, upoważniających do ustanowienia w drodze rozporządzenia Rady Ministrów określonych ograniczeń, obowiązków i nakazów. Wprowadzone przepisy doczekały się krytycznych komentarzy, a w judykaturze podkreślono niekonstytucyjność przyjętych rozwiązań prawnych. W niniejszym opracowaniu warto ustosunkować się do niektórych z prezentowanych tez, choć z uwagi na ramy artykułu — sygnalizacyjnie.

³ B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji publicznej w nauce publicznego prawa gospodarczego* [w:] *Funkcje...*, s. 80.

⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 160. Zob. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018, s. 720–721; *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 95 n.

⁵ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 204–205.

⁶ K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 156.

⁷ A. Powołowski, E. Przeszło, *Wsparcie przedsiębiorców w warunkach pandemii i kryzysu*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 6, s. 5 n.

⁸ Dz.U. poz. 374.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2069 ze zm.

1. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej w świetle art. 22 Konstytucji RP

Najpierw warto odnieść się do wzajemnych relacji art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁰. Problem ten jest o tyle istotny, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie ma jednomyślności co do powiązań między tymi przepisami.

Artykuł 22 Konstytucji stanowi, że „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”, natomiast art. 31 ust. 3, że

[o]graniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Z pewnością art. 22 Konstytucji nie został uregulowany w dziale II „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, z czego wynika spór co do zakresu i formy ograniczania wolności działalności gospodarczej. Powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK), można stwierdzić, że działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza bliski związek z interesami innych osób, a także interesem publicznym, może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż wolności i prawa o charakterze osobistym bądź politycznym. Istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich prawnych ram obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości¹¹.

Podobne stanowisko TK zajął w wyroku z 10 kwietnia 2001 roku (sygn. U 7/00), uznając, że

[o] ile więc wymaganie zupełności ustawowej regulacji ograniczeń praw i wolności o charakterze politycznym i osobistym powinno być egzekwowane z pełnym rygoryzmem [...], to unormowanie praw i wolności ekonomicznych i socjalnych może pozostawiać pewne miejsce dla regulacji wykonawczych. Zawsze jednak przy normowaniu ograniczeń praw i wolności ekonomicznych i socjalnych ustawa musi samodzielnie określać zasadnicze elementy regulacji prawnej, a więc — innymi słowy, nie można owych elementów zasadniczych zamieszczać w rozporządzeniu. Zawsze też zakres materii pozostawionych do unormowania w rozporządzeniu musi być węższy niż zakres ogólnie dozwolony na tle art. 92 konstytucji. W przeciwnym bowiem razie wprowadzenie przez

¹⁰ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹¹ Wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 roku, sygn. K 10/97, Dz.U. z 1998 r. Nr 55, poz. 363, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19980550363/T/D19980363L.pdf> (dostęp: 1.03.2022); por. wyrok TK z dnia 11 marca 2015 roku, sygn. P 4/14, Dz.U. z 1998 r. Nr 55, poz. 363, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20150000369/T/D20150369TK.pdf> (dostęp: 1.03.2022).

konstytucję dodatkowego wymagania, iż pewne materie mogą być regulowane „tylko w drodze ustawy”, byłoby pozbawione znaczenia prawnego¹².

Z kolei w wyroku z 29 kwietnia 2003 roku (sygn. SK 24/02) TK dobitnie podkreśla, że

[a]rt. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jeżeli więc uznać, że wolność działalności gospodarczej jest jednym z konstytucyjnych praw i wolności jednostki (zob. niżej pkt 4), to art. 22 Konstytucji, stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej¹³.

Identyczne stanowisko TK zajął w wyroku z 28 listopada 2018 roku (sygn. SK 3/14), stwierdzając, że

art. 22 Konstytucji, regulując wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłączając jego stosowanie¹⁴.

Należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że TK w ostatnich latach stał na stanowisku, że ustalenie treści normatywnych art. 22 Konstytucji wymaga systemowej wykładni tego przepisu, ukazującej jego powiązania z innymi przepisami ustawy zasadniczej, w szczególności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyroku z 26 marca 2007 roku (sygn. K 29/06), wskazując na znaczenie wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, Trybunał zaznaczył, że zasadę tę należy odnosić również do ustanawianych w ustawie ograniczeń w korzystaniu z wolności działalności gospodarczej¹⁵. Trybunał wyjaśniał też, że art. 22 Konstytucji musi być interpretowany systemowo, to jest — z uwzględnieniem treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, co znaczy, że

[k]onieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności¹⁶.

¹² OTK 2001, nr 3, poz. 56.

¹³ Dz.U. z 2003 r. Nr 83, poz. 773. Podobnie wyrok TK z dnia 27 lutego 2014 roku, sygn. P 31/13, OTK ZU 2014, Nr 2/A, poz. 16. Stanowisko to potwierdzają: M. Szydło, *op. cit.*, s. 139 oraz K. Pawłowicz, *Wolność gospodarcza w kręgu mitów*, [w:] *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, red. W. Szwajdler, H. Nowicki, Toruń 2009, s. 329.

¹⁴ OTK-A 2018, poz. 79.

¹⁵ OTK ZU 2007, Nr 3/A, poz. 30.

¹⁶ Wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 roku, sygn. K 46/07, OTK-A 2008, Nr 6, poz. 104; zob. też wyrok TK z dnia 13 października 2010 roku, sygn. Kp 1/09, OTK ZU 2010, Nr 8/A, poz. 74.

W innym wyroku TK stwierdził, że

[u]sprawiedliwie ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko „ważny interes publiczny”, z zachowaniem ustawowej formy tej ingerencji. Art. 22 Konstytucji jako *lex specialis* nie wyłącza jednak zupełnie stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji, przynajmniej w tym zakresie, w jakim „ważny interes publiczny” może być odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁷.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie poruszany był problem dotyczący rozumienia formalnoprawnej przesłanki ograniczenia wolności gospodarczej. Zgodnie uznano, że ustawa może zawierać upoważnienia do regulacji ograniczeń w aktach wykonawczych¹⁸.

W wyroku z 25 maja 1998 roku (sygn. U. 19/97)¹⁹ TK przesądził o konieczności „umieszczenia bezpośrednio w ustawie wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej”, co wydaje się sugerować możliwość pozostawienia innych elementów do uregulowania na poziomie rozporządzenia. W innym wyroku TK wskazał, iż „w odniesieniu do sfery praw i wolności człowieka zastrzeżenie wyłącznie ustawowej rangi unormowania ich ograniczeń należy pojmować dosłownie, z wykluczeniem dopuszczalności subdelegacji, tj. przekazania kompetencji normodawczej innemu organowi”²⁰. Z kolei w wyroku z 25 lipca 2006 roku (sygn. P. 24/2005)²¹ TK uznał, że wymóg zamieszczenia całości regulacji „tylko w ustawie”, bez możliwości zawarcia w ustawie upoważnień do wydania aktów wykonawczych, byłby nadmierny.

Warto także zauważyć, że w zdaniu odrębnym do wyroku TK z 13 października 2010 roku (sygn. Kp 1/09) Sławomira Wronkowska wyraziła pogląd, że

ograniczenie będące przedmiotem analizy Trybunału spełnia warunek wskazany w art. 22 Konstytucji, a mianowicie jest kierowane „ważnym interesem publicznym”, nie spełnia natomiast drugiego z wymienionych w tym przepisie warunków — wprowadzenia ograniczenia aktem o charakterze ustawy²².

Autorka zdania odrębnego wyraźnie podkreśliła, że nie podziela argumentacji Trybunału w zakresie, w jakim odnosi się ona do wymagania ustawowej formy

¹⁷ Wyrok TK z dnia 11 marca 2015 roku, sygn. P 4/14, OTK ZU 2015, Nr 3/A, poz. 30. Doktryna stoi na stanowisku, że zakres ingerencji organów władzy publicznej w wolność działalności gospodarczej nie jest jednolity. Zależy on przede wszystkim od charakteru tej działalności, jej znaczenia dla zasad wskazanych w art. 31 ust. 3 oraz właściwości podmiotów prowadzących działalność gospodarczą — tak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, LEX/el.

¹⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 22, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, Warszawa 2005, s. 13.

¹⁹ OTK ZU 1998, Nr 4, s. 263.

²⁰ Wyrok TK z dnia 19 maja 1998 roku, sygn. U. 5/97, OTK ZU 1998, Nr 4, s. 252; wyrok TK z dnia 11 maja 1999 roku, sygn. P. 9/98, OTK ZU 1999, Nr 4, s. 385; wyrok TK z dnia 6 marca 2000 roku, sygn. P. 10/99, OTK ZU 2000, Nr 2, s. 195.

²¹ LEX nr 413619.

²² OTK-A 2010, Nr 8, poz. 74, M.P. z 2010 r. Nr 75, poz. 952, LEX nr 621603.

wprowadzania ograniczeń działalności gospodarczej, i uważa, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej, zgodnie z art. 22 Konstytucji, wymaga ustawy.

Przedstawiciele doktryny w nawiązaniu do aktualnego orzecznictwa TK zajmują stanowisko, że komentowany wymóg ograniczonej wolności gospodarczej tylko w drodze ustawy art. 22 Konstytucji RP

nie oznacza, że wszystkie ograniczenia wolności działalności gospodarczej muszą być sformułowane w ustawie. Po pierwsze, ograniczenia te mogą wynikać np. z ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa stanowionego przez organizacje międzynarodowe, o których mowa w art. 91 ust. 1–3 Konstytucji. Po drugie, ograniczenia takie mogą być przewidziane w rozporządzeniach wykonawczych do ustaw. Ogólne zasady rozdziału materii między ustawą a rozporządzenie określa art. 92 ust. 1²³.

Zdaniem Marka Szydły

zawarte w szczególnej klauzuli ograniczającej (art. 22) sformułowanie „tylko w drodze ustawy” przesądza, że wprowadzie do ograniczenia wolności działalności gospodarczej może dojść tylko przy założeniu istnienia stosownej ustawy wyraźnie przewidującej danego rodzaju ograniczenie i że bez takiej ustawy żadne ograniczenie w tym zakresie nie jest konstytucyjnie dopuszczalne²⁴.

Autor wyróżnia także szeroki katalog aktów mogących zawierać ograniczenia wolności gospodarczej i zalicza do nich między innymi rozporządzenia²⁵.

Warto w tym miejscu odwołać się jeszcze do Karty praw podstawowych UE²⁶, która w art. 52 stanowi, iż ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności „muszą być przewidziane ustawą”. Z wyjaśnień do Karty nie wynika jednak, co należy rozumieć pod pojęciem „ustawa”. W wersji angielskojęzycznej występuje zwrot *for by law*, a w wersji francuskiej *par la loi*²⁷. Andrzej Wróbel wskazuje, że stosownie do orzeczenia ETPCz z 26.4.1976 r.²⁸ pojęcie „ustawa” obejmuje nie tylko akt uchwalony w przepisanej trybie przez parlament, lecz także zasady i reguły *common law* (pkt 46–47). Jednakże sformułowanie „określone ustawami” oznacza nie tylko wymaganie, aby środek ograniczający miał swoją podstawę w przepisie ustawy, ale także wymagania odnośnie do „jakości” tego przepisu, a mianowicie ustawa powinna być dostępna dla adresata i powinna być „przewidywalna” co do jej skutków²⁹.

²³ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczowska, Warszawa 2014, LEX/el., teza 2 do art. 22. Podobnie J. Węgrzyn, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. J. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 524.

²⁴ M. Szydło, *Komentarz do art. 22 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el., teza 67.

²⁵ *Ibidem*, s. 140 n.

²⁶ Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202.

²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> (dostęp: 28.03.2021).

²⁸ Skarga nr 6538/74, *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

²⁹ *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, Legalis/el.

Dopuszczalne jest wprowadzanie ograniczeń praw podstawowych w drodze tylko niektórych aktów prawa pochodnego, a mianowicie rozporządzenia, którego analogia do ustawy krajowej nie budzi wątpliwości.

2. Ograniczanie działalności gospodarczej w czasie pandemii COVID-19

Od samego początku wprowadzania ograniczeń wolności działalności gospodarczej w związku z pandemią COVID-19 w doktrynie³⁰, a następnie w orzecznictwie³¹ podnoszono zarzuty dotyczące niezgodności z Konstytucją rozporządzeń wprowadzających te ograniczenia. O ile doktryna i judykatura nie kwestionują merytorycznego uzasadnienia wprowadzania określonych zakazów, nakazów czy ograniczeń, o tyle podważają tryb ich wdrożenia. Główne zarzuty stawiane przyjętym rozwiązaniom dotyczą: niezastosowania stanu wyjątkowego przewidzianego Konstytucją oraz wprowadzenia *quasi* stanu wyjątkowego poprzez przyjęcie rozwiązań istniejących w ustawie o stanie klęski żywiołowej, niezachowania wymogów określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji i naruszenia tym samym zasady proporcjonalności, wydania rozporządzeń na podstawie przepisów ustawy o z.z.z.c.z. niezawierających wytycznych dotyczących treści rozporządzenia oraz przyjęcia wbrew przepisom ustawy o z.z.z.c.z. rozwiązań, które *de facto* prowadziły nie do ograniczenia działalności gospodarczej, lecz do jej zakazu, w sytuacji gdy przepisy ustawy o z.z.z.c.z. takiego zakazu nie ustanawiały.

Z art. 46a ustawy o z.z.z.c.z. wynika, że w przypadku wystąpienia stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego o charakterze i w rozmiarach przekraczających możliwości działania właściwych organów administracji rządowej i organów jednostek samorządu terytorialnego Rada Ministrów może określić, w drodze rozporządzenia, na podstawie danych przekazanych przez ministra wła-

³⁰ Zob. zwł. M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12, s. 5 n.; J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność przedsiębiorczości i jej ograniczenia ważnym interesem publicznym. Uwagi w kontekście reżimów stanów nadzwyczajnych oraz zdarzeń okresu pandemii*, „Przegląd Konstytucyjny” 2021, nr 3, s. 199 n.; J. Węgrzyn, *Realizacja normy programowej wynikającej z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP w stanie epidemii COVID-19 (uwagi ogólne)*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3, s. 147 n.; P. Tuleja, *Pandemia COVID-19 a nadzwyczajne stany konstytucyjne*, „Palestra 2020”, nr 9, s. 5 n.; M. Haczkowska, *Konstytucja w „czasach zarazy”, czyli o zaniechaniach organów władz i ich konsekwencjach (skutkach) prawnych*, „The Opole Studies in Administration and Law” 2021, nr 1, s. 41 n.

³¹ Serię wyroków zapoczątkował wyrok WSA w Opolu z dnia 27 października 2020 roku, sygn. II SA/Op 219/20, CBOSA. Podobnie NSA, zob. np. wyrok z dnia 23 września 2021 roku, sygn. II GSK 876/21, CBOSA. Odmienne WSA w Bydgoszczy, zob. wyrok z dnia 17 listopada 2020 roku, sygn. II SA/Bd 834/20, CBOSA.

ściwego do spraw zdrowia, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, ministra właściwego do spraw administracji publicznej, Głównego Inspektora Sanitarnego oraz wojewodów, zagrożony obszar wraz ze wskazaniem rodzaju strefy, na którym wystąpił stan epidemii lub stan zagrożenia epidemicznego, oraz rodzaj stosowanych rozwiązań — w zakresie określonym w art. 46b — mając na względzie zakres stosowanych rozwiązań oraz uwzględniając bieżące możliwości budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

W istocie ustawa o z.z.z.c.z. nie stanowi wprost o możliwości wprowadzenia zakazu wykonywania określonej działalności gospodarczej. Z jej art. 46 ust. 4 pkt 3 wynika możliwość ustanowienia w rozporządzeniu czasowego ograniczenia funkcjonowania określonych instytucji lub zakładów pracy, uwzględniając drogi szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz sytuację epidemiczną na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, a z art. 46b wynika między innymi możliwość wydania rozporządzenia i ustanowienia w nim ograniczeń, obowiązków i nakazów, o których mowa w art. 46 ust. 4, a także czasowego ograniczenia określonych zakresów działalności przedsiębiorców.

Czy tak rozumiane „ograniczenie” może oznaczać czasowy zakaz wykonywania działalności gospodarczej? *Słownik języka polskiego PWN* wskazuje, że reglamentacja to „ograniczanie praw i wolności obywatelskich”³². *Słownik języka polskiego* wyjaśnia, że reglamentacja to „ograniczenie wprowadzone przez państwo w zakresie niektórych swobód, np. w dostępie do dóbr materialnych, możliwości wyjazdów zagranicznych, pełnieniu jakichś funkcji”³³. Z kolei *Słownik synonimów języka polskiego* określa, że reglamentacja to między innymi obstrzeżenie, zakaz, ograniczenie, wydzielenie czy restrykcja³⁴.

Warto przypomnieć, że istota funkcji reglamentacyjnej polega między innymi na:

[a]) wprowadzeniu regulacji publicznoprawnej zawierającej normy prawne tworzące system wymogów, ograniczeń (zakazów i nakazów), przy czym motywacja ich wprowadzenia związana jest zawsze z koniecznością realizacji określonego celu publicznego, b) realizowany cel publiczny jest związany z preferencją interesu gospodarczego pewnych zbiorowości, a niekiedy interesu politycznego kosztem poświęcenia celów i interesów jednostkowych³⁵.

Literalna wykładnia pojęcia „ograniczenie” nie będzie niestety prowadziła do prawidłowych wniosków. Powszechnie w nauce i orzecznictwie dopuszcza się możliwość utożsamiania reglamentacji (ograniczenia) z zakazem. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie przyjmuje, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej (w rozumieniu art. 22) to „takie regulacje prawne, które formułują bezwzględne lub względne zakazy podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Zakazy o charakterze bezwzględny mogą dotyczyć za-

³² <https://sjp.pwn.pl/sjp/reglamentacja;2573714.html> (dostęp: 28.03.2021).

³³ <https://sjp.pl/reglamentacja> (dostęp: 28.03.2021).

³⁴ <https://synonim.net/inaczej-reglamentacja> (dostęp: 28.03.2021).

³⁵ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej...*, s. 107 n.

równy aspektu podmiotowego, jak i przedmiotowego analizowanej wolności”³⁶. Nie bez powodu w ramach ograniczeń podmiotowych wymienia się zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne³⁷. Zakaz ten w ocenie TK został uznany za przejaw ograniczenia wolności gospodarczej, u podstaw którego leży ważny interes społeczny³⁸.

Kolejny problem wybrzmiewający w orzecznictwie dotyczy sposobu opisywania wzajemnych powiązań między art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz zastosowania bardzo skrótowych uogólnień prowadzących do wywarcia wrażenia, że ograniczanie wolności gospodarczej odbywa się w trybie określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji i jest to jedyne słuszne rozwiązanie. Kwestia ta jest szczególnie istotna i wymaga uporządkowania oraz opowiedzenia się za konkretną linią orzecniczą, albowiem nie można nie dostrzegać, iż istnieją dwa zupełnie przeciwstawne poglądy, o czym już była mowa.

Nie można także podzielić poglądu, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej mogą być ustanawiane „tylko w drodze ustawy”, co miałyby wynikać z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Rozporządzenie jest wszak takim aktem, który takie ograniczenia czy zakazy może wprowadzać, ale pod warunkiem określonym w art. 92 ust. 1 Konstytucji. Przepis art. 46a z pewnością zawiera upoważnienie dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia oraz zakres spraw przekazanych do uregulowania. Wątpliwości może budzić, czy przepis ten zawiera wytyczne dotyczące treści rozporządzenia, to jest — czy określenie „bieżące możliwości budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego” realizuje zawarty w ustawie zasadniczej wymóg wskazania wytycznych? Jak wskazuje doktryna: „[m]inimalne konstytucyjne wymogi odnośnie do szczególności wytycznych nie mają charakteru stałego; ich wyznaczenie zależy od regulowanej materii i jej związku z sytuacją obywatela”³⁹.

Bez wątplenia zakres ograniczeń i ich podstawy prawne mogą budzić kontrowersje natury prawnej, społecznej i politycznej. Ocena konstytucyjności aktów wydawanych w czasie pandemii poruszana jest w wielu państwach europejskich. We Francji mimo wprowadzenia stanu wyjątkowego używa się określenia „improvizowany stan sanitarny”, który jest oparty na niestabilnej podstawie zapożyczonej z kodeksu zdrowia publicznego. Ustawą nr 2020-290 z dnia 23 marca 2020 roku⁴⁰ ogłoszono tam stan zagrożenia zdrowia, wzorowany na stanie wyjątkowym regulowanym ustawą z dnia 3 kwietnia 1955 roku. Rozwiązanie to

³⁶ Wyrok TK z dnia 19 stycznia 2010 roku, sygn. SK 35/08, OTK-A 2010, Nr 1, poz. 2.

³⁷ T. Kocowski, *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne — reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z sierpnia 1997 r.*, [w:] *Funkcje...*, s. 113 n.

³⁸ Wyrok TK z dnia 23 czerwca 1999 roku, sygn. K 30/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 101; zob. wyrok NSA z dnia 1 lipca 2019 roku, sygn. II OSK 1425/19, CBOSA.

³⁹ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja... Autor podkreśla: „Chwiejne w tym zakresie stanowisko TK — U 6/07, U 5/12, Kp 1/09”.

⁴⁰ LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d’urgence pour faire face à l’épidémie de covid-19.

umożliwiło nadanie Prezesowi Rady Ministrów i ministrowi zdrowia, wyłącznie w celu zajmowania się sytuacjami katastrof zdrowotnych, szerokich prerogatyw pozwalających na poważne ograniczenie praw i wolności⁴¹. Podobne argumenty padają wobec rozwiązań zastosowanych w Niemczech, gdzie od początku pandemii sytuację prawną reguluje Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG)⁴² (ustawa o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych). Rząd federalny i premierzy krajów związkowych uzgodnili też wytyczne w sprawie zwalczania epidemii. Zostały one wdrożone w drodze rozporządzeń wydanych na podstawie IfSG. W literaturze twierdzi się jednak, że te rozporządzenia wprowadzające liczne ograniczenia i zakazy w sferze działalności gospodarczej mogą budzić obawy w świetle ustawy zasadniczej⁴³.

Pandemia COVID-19 wywołana na skalę globalną wymagała podjęcia niespotykanych dotychczas działań. Nikt nie ma wątpliwości, że w obliczu zagrożenia życia i zdrowia konieczne było wprowadzenie ograniczeń także w sferze działalności gospodarczej, które z natury rzeczy nie mogły mieć charakteru stałego wobec ciągle zmieniających się okoliczności. Dlatego co do zasady nie można negocjować formy rozporządzenia jako aktu określającego zakres działalności podlegających reglamentacji, którego podstawę może stanowić art. 22 Konstytucji. Należy bowiem podkreślić, że tryb wydawania rozporządzenia umożliwił szybszą reakcję władzy publicznej na zagrożenia istniejące i mogące jeszcze wystąpić.

Bibliografia

- Borkowski A., *Pomoc publiczna jako funkcja państwa wobec społecznej gospodarki rynkowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 103, 2015.
- Ciapała J., *Konstytucyjna wolność przedsiębiorczości i jej ograniczenia ważnym interesem publicznym. Uwagi w kontekście reżimów stanów nadzwyczajnych oraz zdarzeń okresu pandemii*, „Przegląd Konstytucyjny” 2021, nr 3.
- Florczak-Wątor M., *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12.

⁴¹ Covid: les mesures restrictives de liberté résistent-elles au test de proportionnalité?, <https://www.dalloz-actualite.fr/node/covid-mesures-restrictives-de-liberte-resistent-elles-au-test-de-proportionnalite#.Yb8r8snMLIV> (dostęp: 28.03.2021).

⁴² <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf> (dostęp: 28.03.2021).

⁴³ M. Jaś-Nowopolska, *Die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit in Deutschland während der COVID-19 Pandemie*, [w:] *Wolność działalności gospodarczej w polskiej i niemieckiej kulturze prawnej / Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Polnischen und Deutschen Rechtskultur – eine rechtsvergleichende Perspektive*, red. M. Biliński, M. Jaś-Nowopolska, E. Przeszło, Warszawa 2021, s. 329 n.

- Garlicki L., *Komentarz do art. 22*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, Warszawa 2005.
- Haczkowska M., *Konstytucja w „czasach zarazy”, czyli o zaniechaniach organów władz i ich konsekwencjach (skutkach) prawnych*, „The Opole Studies in Administration and Law” 2021, nr 1.
- Jaś-Nowopolska M., *Die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit in Deutschland während der COVID-19 Pandemie*, [w:] *Wolność działalności gospodarczej w polskiej i niemieckiej kulturze prawnej / Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Polnischen und Deutschen Rechtskultur – eine rechtsvergleichende Perspektive*, red. M. Biliński, M. Jaś-Nowopolska, E. Przeszło, Warszawa 2021.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, Legalis/el.
- Kiczka K., *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kocowski T., *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne — reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z sierpnia 1997 r.*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, LEX/el.
- Pawłowicz K., *Wolność gospodarcza w kręgu mitów*, [w:] *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, red. W. Sz wajdler, H. Nowicki, Toruń 2009.
- Popowska B., *Klasyfikacja funkcji administracji publicznej w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Powałowski A., Przeszło W., *Wsparcie przedsiębiorców w warunkach pandemii i kryzysu*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 6.
- Rabska T., *Jakie prawo gospodarcze? — Próba odpowiedzi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009.
- Szydło M., *Komentarz do art. 22 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005.
- Tuleja P., *Pandemia COVID-19 a nadzwyczajne stany konstytucyjne*, „Palestra” 2020, nr 9.
- Węgrzyn J., *Realizacja normy programowej wynikającej z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP w stanie epidemii COVID-19 (uwagi ogólne)*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3.
- Węgrzyn J., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. J. Jabłoński, Wrocław 2014.

Restriction of the Freedom of Economic Activity by Regulation in the Time of the COVID-19 Pandemic

Summary

The article deals with regulations as the legal basis for introducing restrictions on the freedom of economic activity during the COVID-19 pandemic. The author analyzes the relationship between art. 22 and 31 sec. 3 of the Constitution of the Republic of Poland and indicates the understanding of the terms “restriction” and “reglamentation” of the freedom of economic activity in science and in the judicature.

Keywords: freedom of economic activity, reglamentation, COVID-19, regulation.

ELŻBIETA URA

ORCID: 0000-0001-6896-6790

Uniwersytet Rzeszowski

ura@ur.edu.pl

Ustawowe uregulowanie statusu prawnego ochotniczych straży pożarnych

Abstrakt: Celem opracowania jest ukazanie regulacji prawnych, jakie do tej pory określały status prawny stowarzyszenia, które można nazwać szczególnie z racji roli, jaką odgrywa, to jest ochotniczych straży pożarnych (OSP). Są to regulacje zawarte w kilku ustawach, między innymi ustawie o ochronie przeciwpożarowej, ustawie Prawo o stowarzyszeniach, choć szczegółowy zakres ich zadań określają statuty. Od dawna postulowano, by z uwagi na rolę OSP, zwłaszcza w systemie podmiotów podejmujących działania na rzecz bezpieczeństwa pożarowego, ochrony ludności i ratownictwa, status prawny tej organizacji został uregulowany w ustawie o OSP. Postulaty te zostały zrealizowane, gdy 17 grudnia 2021 roku Sejm uchwalił ustawę o ochotniczych strażach pożarnych. Nowe uregulowania nie tylko określają status prawny stowarzyszenia OSP, ale też regulują status strażaków ochotników, przyznając im określone uprawnienia w sferze socjalnej.

Słowa kluczowe: stowarzyszenie, ochotnicze straże pożarne, regulacje prawne, status prawny, strażak ochotnik.

Wstęp

Stan regulacji prawnych określających status prawny ochotniczych straży pożarnych (dalej: OSP) oraz relacje tych jednostek z innymi podmiotami były przedmiotem badań naukowych prowadzonych przez Dostojnego Jubilata, prof. Tadeusza Kocowskiego, wraz z zespołem pracowników naukowych oraz tematem konferencji naukowej zorganizowanej 11 czerwca 2018 roku na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Prace te znalazły wyraz w publikacji *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo* pod redakcją Tadeusza Kocowskiego, Macieja Błazewskiego i Witolda

Małeckiego. Tekst opracowany w tym tomie przez Jubilata ukazywał ochotniczą straż pożarną jako stowarzyszenie. W konkluzji autor napisał:

Już na obecnym etapie analizy można jednak zaznaczyć, że być może warto byłoby rozważyć uregulowanie sytuacji OSP odrębną ustawą, która uregulowałaby wiele wątpliwych sytuacji związanych z określeniem sytuacji OSP jako stowarzyszenia, jednostki ochotniczej, będącej obok jednostek zawodowych, jednostką ochrony przeciwpożarowej¹.

Właśnie ten wniosek-postulat, zaprezentowany w 2018 roku, spełnił się, gdy 17 grudnia 2021 roku Sejm uchwalił ustawę o ochotniczych strażach pożarnych². W tej sytuacji celem niniejszego opracowania jest przedstawienie podstawowych unormowań ustawowych określających status prawny OSP i dokonanie oceny, w jakim stopniu ustawa sumuje wcześniejsze unormowania zawarte w rozproszonych aktach różnej rangi, a w jakim zawiera nowe rozwiązania prawne.

1. Dotychczasowe regulacje prawne określające status OSP

Ochotnicze straże pożarne mają bogatą historię, gdyż „społeczne zaangażowanie w działania mające na celu zapobieganie i walkę z pożarami czy innymi zagrożeniami wynikało z potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa”³. Również dzisiaj zapewnienie szeroko rozumianego bezpieczeństwa nie tylko spoczywa na organach rządowych i samorządowych, ale istotna rola przypada też organizacjom społecznym, których funkcjonowanie pozwala na tworzenie społeczeństwa obywatelskiego. Pod tym pojęciem Hubert Izdebski przyjmuje „zespół zachowań i instytucji społecznych funkcjonujących obok państwa w szerokim jego znaczeniu wraz z samorządem”⁴.

Organizacja społeczna, jak zauważa Stanisław Pieprzny, jest pojęciem wieloznacznym i sprecyzowanie jej głównych cech przy zastosowaniu różnych kryteriów, ze względu na olbrzymią różnorodność podmiotów mogących zmieścić się w ogólnie akceptowanej definicji, nie jest łatwe⁵. Organizacje społeczne są polem społecznego angażowania się i aktywnego uczestnictwa ich członków w wykonywaniu zadań publicznych. Jolanta Blicharz podkreśla, że organizacje społeczne

¹ T. Kocowski, *Ochotnicza straż pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018, s. 35.

² Dz.U. z 2021 r. poz. 2490.

³ T. Kocowski, *op. cit.*, s. 24.

⁴ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Warszawa 1999, s. 7.

⁵ S. Pieprzny, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2007, s. 209.

odgrywają rolę subsydiarną w stosunku do podmiotów podstawowych, a „prawna możliwość przekazywania funkcji i zadań administracji organizacjom pozarządowym winna opierać się na ocenie celowości i efektywności, co oznacza, iż wybór tych podmiotów nie może być w konkretnych okolicznościach przypadkowy czy dowolny [...]”⁶.

Konstytucyjną podstawę działania stowarzyszeń daje art. 58 ust. 1 Konstytucji RP, stanowiący, że każdemu zapewnia się wolność zrzeszania się.

Wiele organizacji społecznych ma status organizacji pozarządowych, określony ustawą z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁷, a najliczniejszą formą organizacji społecznych są stowarzyszenia. Definicję legalną organizacji pozarządowych zawiera art. 3 ust. 2 ustawy, stanowiący, że są to niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i niedziałające w celu osiągnięcia zysku osoby prawne lub jednostki niemające osobowości prawnej, utworzone na podstawie przepisów ustaw, w tym fundacje i stowarzyszenia. W sferze zadań publicznych organizacje pozarządowe prowadzą działalność pożytku publicznego. Zgodnie z art. 4 są to zadania między innymi w zakresie: porządku i bezpieczeństwa publicznego; ratownictwa i ochrony ludności; pomocy ofiarom katastrof, klęsk żywiołowych, konfliktów zbrojnych i wojen w kraju i za granicą.

Cechy stowarzyszenia określa natomiast art. 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 roku — Prawo o stowarzyszeniach⁸, zgodnie z którym stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych. Samodzielnie określa ono swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwała akty wewnętrzne dotyczące jego działalności.

Potwierdzeniem, że OSP i Związek OSP funkcjonują na podstawie ustawy Prawo o stowarzyszeniach, jest treść art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej⁹. Dodany do tego artykułu ustawą z 31 lipca 2019 roku¹⁰ ust. 1a określa OSP jako jednostkę umundurowaną, wyposażoną w specjalistyczny sprzęt. Przedstawiając zakres zadań, stanowi, że należą do nich w szczególności:

1. walka z pożarami, klęskami żywiołowymi lub innymi miejscowymi zagrożeniami;
2. organizowanie przedsięwzięć służących krzewieniu sportu i kultury fizycznej pozwalających na rozwinięcie sprawności wykorzystywanej w działaniach ratowniczych;

⁶ J. Blicharz, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005, s. 69.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1327 ze zm.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2261 ze zm.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 869 ze zm.

¹⁰ Ustawa z dnia 31 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o ochronie przeciwpożarowej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1518).

3. organizowanie przedsięwzięć oświatowo-kulturalnych propagujących wiedzę i umiejętności w zakresie ochrony przeciwpożarowej;

4. upowszechnianie i wspieranie form współdziałania między lokalnymi partnerami społecznymi i gospodarczymi w zakresie ochrony przeciwpożarowej;

5. propagowanie zasad udzielania pierwszej pomocy poszkodowanym w wyniku pożaru, klęski żywiołowej lub innego miejscowego zagrożenia.

Nie jest to zakres wyczerpujący, albowiem szczegółowe zadania i organizację ochotniczych straży pożarnych i ich związku określa statut (art. 19 ust. 2). To odpowiada ogólnej regule, że organizacje będące stowarzyszeniami wykonują zadania zawsze w ramach swych zadań statutowych. Statut jest zatem kolejnym aktem prawnym określającym status stowarzyszeń, w tym ochotniczych straży pożarnych.

Swoje zadania OSP wykonuje poprzez organizowanie swoich członków do działalności na rzecz ochrony przeciwpożarowej i ochrony ludności, przedstawianie władzom samorządowym i administracji rządowej wniosków w sprawach ochrony przeciwpożarowej oraz ratownictwa, organizowanie zespołów ratowniczych, zawodów sportowych i innych form pracy społeczno-wychowawczej.

OSP jest członkiem Związku OSP, który działa na rzecz ochrony życia, zdrowia, mienia i środowiska przed pożarami, klęskami żywiołowymi, zagrożeniami ekologicznymi i innymi miejscowymi zagrożeniami.

Wymienione unormowania nie zamykają listy aktów prawnych dotyczących OSP, albowiem można tu jeszcze wymienić: ustawę z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej¹¹; ustawę z dnia 27 kwietnia 2007 roku o zarządzaniu kryzysowym¹²; ustawę z dnia 20 marca 2009 roku o bezpieczeństwie imprez masowych¹³; ustawę z dnia 18 kwietnia 2002 roku o stanie klęski żywiołowej¹⁴; ustawę z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym¹⁵ czy też ustawę z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji¹⁶. Ta wielość aktów ustawowych odnoszących się do OSP wynika z faktu, że jest to organizacja będąca ważnym ogniwem w systemie podmiotów bezpieczeństwa i porządku publicznego. W wielu wypadkach to właśnie członkowie OSP są pierwszymi, a niekiedy jedynymi osobami, które podejmują czynności ratowniczo-gaśnicze i udzielają pierwszej pomocy na miejscu zdarzeń.

Nie można również pominąć istotnej roli na niwie działalności społeczno-organizatorskiej, zmierzającej do pobudzania i rozwijania udziału społeczeństwa w ochronie przeciwpożarowej i wykonywania przez to społeczeństwo wielu za-

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1940 ze zm.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 261 ze zm.

¹³ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2171 ze zm.

¹⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1897 ze zm.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1882 ze zm.

dań społeczno-wychowawczych¹⁷. Nie może zatem dziwić, że zarówno przedstawiciele doktryny, jak i praktycy — funkcjonariusze pożarnictwa i ochotnicy straży pożarnych — postulowali, by podkreślić rangę tego stowarzyszenia w ustawie określającej status prawny nie tylko organizacji, ale i jej członków.

2. Ustawa o ochotniczych strażach pożarnych

Projekt ustawy o ochotniczych strażach pożarnych wpłynął do Sejmu, jako rządowy, 9 listopada 2021 roku. Już 2 grudnia 2021 roku ustawa, w trzecim czytaniu, została przyjęta większością 437 głosów, przy 1 głosie wstrzymującym i 0 głosów przeciw, a po przyjęciu części poprawek Senatu uchwalona 17 grudnia 2021 roku. Sam wynik głosowania świadczy o tym, że materia regulowana tą ustawą jest ważna i lokuje się ponad podziałami partyjnymi.

W uzasadnieniu projektu wskazano, że zasadniczym celem ustawy jest uregulowanie sytuacji prawno-organizacyjnej i finansowej stowarzyszeń, jakimi są ochotnicze straże pożarne¹⁸. Uchwalając ustawę, wskazywano na określenie w jednym akcie normatywnym rozproszonych uregulowań dotyczących relacji między ochotniczymi strażami pożarnymi, samorządem terytorialnym a administracją rządową, reprezentowaną przez jednostki organizacyjne Państwowej Straży Pożarnej, jak również na podniesienie rangi stowarzyszeń ochotniczych straży pożarnych, podejmujących jako jednostki ochrony przeciwpożarowej działania na rzecz ochrony życia, zdrowia, mienia lub środowiska przed pożarem, klęską żywiołową lub innym miejscowym zagrożeniem.

Rangę uchwalonej ustawy i istotę szczególnych stowarzyszeń, jakimi są ochotnicze straże pożarne, podkreśla krótka preambuła:

Doceniając szczególną postawę obywatelską ochotniczego pożarnictwa „Bogu na chwałę, ludziom na pożytek” na przestrzeni dziejów naszej państwowości, kierując się konstytucyjnym prawem do dobrowolnego zrzeszania się, stanowi się, co następuje [...].

Ten uroczysty wstęp zawiera w swej treści motto strażaków ochotników.

Artykuł 1 ustawy, podobnie jak dotychczasowy art. 19 ust. 1 ustawy o ochronie przeciwpożarowej, wskazuje, że OSP są stowarzyszeniami w rozumieniu prawa o stowarzyszeniach. Doprecyzowana została jednak definicja OSP, zgodnie z którą straże te są umundurowanymi, wyposażonymi w specjalistyczny sprzęt, przeznaczonymi do walki z pożarami, klęskami żywiołowymi lub innymi miej-

¹⁷ Szerzej zob. H. Nowicki, *Ochotnicza straż pożarna jednostką ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018, s. 41.

¹⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy o ochotniczych strażach pożarnych, druk sejmowy nr 1765, sejm.gov.pl (dostęp: 27.12.2021).

scowymi zagrożeniami, w tym prowadzącymi działania w zakresie ratownictwa specjalistycznego, jednostkami ochrony przeciwpożarowej. Odgrywają służebną rolę wobec społeczności lokalnej, wykonując swoje zadania z poszanowaniem godności i praw obywateli.

W sposób rozbudowany, dostosowany do tej definicji, został też określony zakres działań OSP podejmowanych w celu ochrony życia, zdrowia, mienia lub środowiska (art. 3). Należą do nich:

1. prowadzenie działań ratowniczych, udział w działaniach ratowniczych oraz akcjach ratowniczych, a także udział w działaniach prowadzonych przez inne służby, inspekcje i straże;
2. udział w działaniach ratowniczych i akcjach ratowniczych poza granicami kraju na podstawie umów międzynarodowych;
3. udział w alarmowaniu i ostrzeganiu ludności o zagrożeniach;
4. udział w ochronie ludności;
5. wykonywanie kwalifikowanej pierwszej pomocy;
6. organizowanie ćwiczeń oraz udział w szkoleniach, ćwiczeniach i zawodach sportowo-pożarniczych organizowanych przez Państwową Straż Pożarną, gminę lub inne uprawnione podmioty;
7. zabezpieczanie obszaru chronionego właściwej jednostki ratowniczo-gaśniczej Państwowej Straży Pożarnej, określonego w powiatowym (miejskim) planie ratowniczym;
8. propagowanie zasad i dobrych praktyk w zakresie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów;
9. organizowanie przedsięwzięć służących krzewieniu sportu i kultury fizycznej;
10. organizowanie przedsięwzięć oświatowo-kulturalnych propagujących wiedzę i umiejętności w zakresie ochrony przeciwpożarowej;
11. upowszechnianie i wspieranie współdziałania między lokalnymi partnerami społecznymi i gospodarczymi z zakresu ochrony przeciwpożarowej;
12. propagowanie zasad udzielania pierwszej pomocy;
13. wspieranie gminy w realizacji pomocy na rzecz społeczności lokalnej;
14. integrowanie społeczności lokalnej;
15. udział we współpracy międzynarodowej gminy.

Analizując przywołany katalog działań OSP, należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zrezygnował, i słusznie, z określenia „walka z pożarami i klęskami żywiołowymi” jako zadania na rzecz prowadzenia działań ratowniczych i udziału w działaniach ratowniczych oraz akcjach ratowniczych, jednocześnie odsyłając do rozumienia tych określeń w sposób przyjęty w ustawie o ochronie przeciwpożarowej. Ponadto w katalogu tym wskazuje się na działalność społeczno-organizatorską OSP: podejmowanie przedsięwzięć służących krzewieniu sportu i kultury fizycznej oraz przedsięwzięć oświatowo-kulturalnych, a także współdziałanie i współpracę OSP z innymi podmiotami: lokalnymi organizacjami społecznymi

i gospodarczymi w zakresie ochrony przeciwpożarowej oraz z gminą — w zakresie integracji społeczności lokalnej i jej pomocy.

Istotnym rozwiązaniem jest nałożenie na gminę obowiązku zawarcia umowy ze wszystkimi ochotniczymi strażami pożarnymi działającymi na jej terenie, obejmującej postanowienia dotyczące podejmowanych działań wynikających z art. 3 oraz obowiązków wskazanych w art. 10 ust. 1. Ten przepis określa bowiem, że w ramach realizacji zadania własnego w zakresie ochrony przeciwpożarowej gmina zapewnia, stosownie do posiadanych sił i środków, ochotniczym strażom pożarnym:

1. obiekty, tereny, pojazdy i sprzęt specjalistyczny, środki ochrony indywidualnej, umundurowanie i środki łączności oraz ich utrzymanie;
2. ubezpieczenie strażaków ratowników OSP i kandydatów na strażaków ratowników OSP, w tym ubezpieczenie grupowe, od odpowiedzialności cywilnej i od następstw nieszczęśliwych wypadków podczas wykonywania powierzonych zadań;
3. badania lekarskie strażaków ratowników OSP przeprowadzane w celu stwierdzenia braku przeciwwskazań do udziału w działaniach ratowniczych;
4. badania lekarskie kandydatów na strażaków ratowników OSP przeprowadzane w celu stwierdzenia braku przeciwwskazań do udziału w szkoleniu podstawowym przygotowującym do bezpośredniego udziału w działaniach ratowniczych.

W celu koordynacji ochotniczych straży pożarnych funkcjonujących na terenie gminy właściwy wójt (burmistrz, prezydent miasta) może powołać komendanta gminnego ochrony przeciwpożarowej, którego wyznacza spośród strażaków OSP lub pracowników podległego mu urzędu (art. 10 ust. 7).

Jakkolwiek wskazane unormowania jako formę prawną działań gminy w zakresie realizacji zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej przewidują umowę, to trudno tu mówić o umowie cywilnoprawnej. Umowa ta przybiera postać porozumienia administracyjnego w celu realizacji określonych zadań publicznych.

W ustawie określone zostały również warunki, jakie musi spełniać strażak OSP (tak określa ustawa członków ochotniczych straży pożarnych) biorący udział w działaniach i akcjach ratowniczych (tak zwany strażak ratownik OSP). Są to:

1. ukończenie 18 lat, a nieukończenie 65 lat, z tym że dopuszcza się pełnienie funkcji kierowcy przez strażaków ratowników OSP po ukończeniu przez nich 65 lat pod warunkiem posiadania aktualnych badań lekarskich dopuszczających do prowadzenia pojazdów uprzywilejowanych;
2. aktualne ubezpieczenie;
3. aktualne orzeczenie lekarskie stwierdzające brak przeciwwskazań do udziału w działaniach ratowniczych;
4. odbyte szkolenie z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy;
5. ukończenie z wynikiem pozytywnym szkolenia podstawowego przygotowującego do bezpośredniego udziału w działaniach ratowniczych.

Działania strażaków ratowników OSP organizuje i koordynuje naczelnik wyznaczony przez zarząd ochotniczej straży pożarnej. Zarząd OSP prowadzi też wykaz strażaków ratowników OSP, który na bieżąco aktualizuje i przekazuje właściwemu komendantowi powiatowemu (miejskiemu) Państwowej Straży Pożarnej (dalej: PSP) oraz właściwemu wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta). Komendant powiatowy (miejski) PSP prowadzi ewidencję sił i środków ochotniczych straży pożarnych, którymi może dysponować do działań ratowniczych we współpracy z właściwym wójtem (burmistrzem, prezydentem miasta) oraz starostą. Natomiast komendant wojewódzki PSP, z pomocą wskazanego zastępcy, zapewnia wsparcie OSP w celu realizacji zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej, a także współdziałanie ze związkami i stowarzyszeniami zrzeszającymi ochotnicze straże pożarne.

Nowatorskim rozwiązaniem, dotychczas nieregulowanym w żadnym akcie prawnym, jest określenie świadczeń i uprawnień dla strażaków OSP, co znacznie poprawi ich sytuację prawną i społeczną oraz wzmocni prestiż w społeczności lokalnej, a także może zachęcać mieszkańców gmin do wstępowania w szeregi tego stowarzyszenia. Ustawa przewiduje:

1. świadczenie ratownicze z tytułu wysługi lat w OSP w kwocie 200 złotych, finansowane z budżetu państwa, przyznawane w formie decyzji administracyjnej wydanej przez komendanta powiatowego (miejskiego) PSP na wniosek strażaka OSP (art. 16);

2. zwolnienie przez pracodawcę od świadczenia pracy strażaka ratownika OSP biorącego udział w działaniach ratowniczych i akcjach ratowniczych, szkoleniach lub ćwiczeniach organizowanych przez gminę, Państwową Straż Pożarną lub inne uprawnione podmioty na czas ich trwania, a także na czas niezbędny do odpoczynku zgodnie z art. 132 § 1 kodeksu pracy (art. 12);

3. jednorazowe odszkodowanie w razie doznania stałego lub długotrwałego uszczerbku na zdrowiu, odszkodowanie z tytułu szkody w mieniu — na zasadach określonych dla strażaków PSP, a także rentę z tytułu całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy — na zasadach wynikających z tak zwanej ustawy wypadkowej¹⁹, jeżeli strażak ratownik OSP uczestniczył w działaniu ratowniczym, akcji ratowniczej, szkoleniu lub ćwiczeniu i doznał uszczerbku na zdrowiu lub poniósł szkodę w mieniu (art. 13);

4. rekompensatę pieniężną dla strażaka ratownika OSP, który uczestniczył w działaniu ratowniczym, akcji ratowniczej, szkoleniu lub ćwiczeniu i doznał uszczerbku na zdrowiu wskutek wypadku, za czas niezdolności do pracy, za który nie zachował prawa do wynagrodzenia, nie otrzymał zasiłku chorobowego albo świadczenia rehabilitacyjnego na podstawie odrębnych przepisów (art. 14);

¹⁹ Ustawa z dnia 30 października 2002 roku o zaopatrzeniu z tytułu wypadków lub chorób zawodowych powstałych w szczególnych okolicznościach (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 984).

5. ekwiwalent pieniężny dla strażaka ratownika OSP, który uczestniczył w działaniu ratowniczym, akcji ratowniczej, szkoleniu lub ćwiczeniu — niezależnie od otrzymywanego wynagrodzenia, wypłacany z budżetu gminy (art. 15 ust. 1);

6. zachowanie uprawnień do innych niż wynagrodzenie świadczeń związanych z pracą, przewidzianych w odrębnych przepisach, za czas nieobecności w pracy spowodowanej uczestnictwem w działaniu ratowniczym, akcji ratowniczej, szkoleniu lub ćwiczeniu (art. 15 ust. 3);

7. ochronę przewidzianą w kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych dla strażaków ratowników OSP biorących udział w działaniach związanych z ochroną przeciwpożarową (art. 24);

8. prawo do używania środków ochrony indywidualnej, takich jak te przeznaczone dla strażaków PSP (art. 25);

9. w stosunku do strażaków ochotniczych straży pożarnych, w tym członków młodzieżowych drużyn pożarniczych, wzorowo wykonujących swoje obowiązki została przewidziana możliwość przyznania odznaki Świętego Floriana „Za zasługi dla społeczności lokalnej” oraz przedstawienia do orderu lub odznaczenia na podstawie odrębnych ustaw (art. 30);

10. przyznanie strażakom ratownikom OSP prawa do bezpłatnych okresowych badań lekarskich stwierdzających brak przeciwwskazań do udziału w działaniach ratowniczych, a kandydatom na strażaka ratownika OSP — prawa do bezpłatnych badań lekarskich stwierdzających brak przeciwwskazań do udziału w szkoleniu podstawowym przygotowującym do bezpośredniego udziału w działaniach ratowniczych (art. 10 ust. 4);

11. szkolenia, w tym specjalistyczne, strażaków ratowników OSP oraz kandydatów na strażaków ratowników OSP prowadzone nieodpłatnie przez Państwową Straż Pożarną, w ramach których realizowane będą kursy przygotowujące do uzyskiwania przez strażaków ratowników OSP kwalifikacji i uprawnień do prowadzenia pojazdów uprzywilejowanych o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony (art. 11).

Przyjęte regulacje ustawowe wyraźnie podnoszą rangę ochotniczych straży pożarnych jako podmiotu w systemie organów bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, a także w grupie organizacji społecznych. Równocześnie dzielą członków OSP na strażaków OSP ratowników i pozostałych. Kryterium takiego podziału jest z jednej strony wiek i stan zdrowia, z drugiej — odbycie szkolenia podstawowego przygotowującego do bezpośredniego udziału w działaniach ratowniczych. W tym zakresie ustawa przewiduje środki na ten cel zarezerwowane w budżecie państwa. Ukończenie szkolenia podstawowego i z poszczególnych dziedzin ratowniczych oraz kursu z zakresu kwalifikowanej pierwszej pomocy będzie uznawane za równorzędne z ukończeniem szkolenia w zawodzie strażak.

Szkolenia strażaków ochotników pozwalają na stworzenie jednostek przygotowanych do ratownictwa w różnych sytuacjach, w tym związanych ze zda-

rzeniami wynikającymi z rozwoju cywilizacyjnego, wymuszających umiejętność obsługi urzędów specjalistycznych i udzielania pierwszej pomocy. Do tej pory zagadnienia szkoleń były odsuwane na dalszy plan, co pogarszało jakość działania, zwiększało koszty akcji, a także zmniejszało bezpieczeństwo ratowników²⁰.

Ustawa zawiera też unormowania dotyczące finansowania OSP, wskazując, że koszty funkcjonowania ochotniczych straży pożarnych są pokrywane przede wszystkim z:

1. budżetów jednostek samorządu terytorialnego;
2. środków z budżetu państwa przekazywanych komendantowi głównemu Państwowej Straży Pożarnej;
3. wpływów instytucji ubezpieczeniowych;
4. środków pochodzących od osób fizycznych i osób prawnych, przekazywanych zwłaszcza w formie dobrowolnych składek lub darowizn;
5. środków pochodzących ze zbiorów publicznych;
6. środków własnych.

Jednostki samorządu terytorialnego mogą przekazywać ochotniczym strażom pożarnym dodatkowe środki pieniężne również w formie dotacji.

Rozwiązaniem stanowiącym wyjątek od zasady zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne w jednostkach samorządu terytorialnego jest przepis art. 31 nowej ustawy o OSP. Zgodnie z art. 31 ust. 1 wójtowie (burmistrzowie, prezydenci miast), ich zastępcy, skarbnicy gmin, sekretarze gmin, kierownicy jednostek organizacyjnych gminy, osoby zarządzające i członkowie organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi, a także inne osoby wydające decyzje administracyjne w imieniu wójta (burmistrza, prezydenta miasta) oraz radni mogą być członkami władz ochotniczych straży pożarnych, w tym ochotniczych straży pożarnych prowadzących działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego. Przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do radnych powiatu, radnych województwa, zarządu powiatu, zarządu województwa, skarbnika powiatu, skarbnika województwa, sekretarza powiatu, sekretarza województwa, osób wydających decyzje administracyjne w imieniu starosty, osób wydających decyzje w imieniu marszałka województwa, kierowników jednostek organizacyjnych powiatu, kierowników jednostek organizacyjnych województwa i osób zarządzających lub członków organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz wojewódzką osobą prawną.

Należy też zwrócić uwagę na unormowania określające relacje między gminą a OSP, co ma pozwolić na skuteczną realizację przez gminę zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, będących zadaniami własnymi

²⁰ Szerzej zob. R. Dąbrowa, P. Dąbrowa, *Szkolenie w ochotniczej straży pożarnej w ciągu lat*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błazewski, W. Małcki, 2018, s. 58.

mi gminy. Gmina zostaje bowiem zobowiązana do zawarcia umowy ze wszystkimi ochotniczymi strażami pożarnymi działającymi na jej terenie, obejmującej postanowienia dotyczące podejmowanych działań przez OSP oraz postanowienia dotyczące obowiązków nałożonych na gminę art. 10 ust. 1 i 2. W przypadku gdy na terenie gminy nie ma jednostki ochrony przeciwpożarowej, gmina jest obowiązana do zawarcia umowy z gminą sąsiednią, w której funkcjonuje taka jednostka, w uzgodnieniu z właściwym komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, w celu właściwego dla tej gminy zabezpieczenia przed pożarem, klęską żywiołową lub innym miejscowym zagrożeniem. Jak podkreślano w uzasadnieniu projektu do ustawy, ochotnicze straże pożarne jako stowarzyszenia, poza zadaniami związanymi z ratownictwem, realizują również inne cele społecznie użyteczne. Działając przede wszystkim na terenie gmin, odgrywają również rolę organizacji kulturotwórczych, patriotycznych, które przez swoją działalność wychowują, kształcą i integrują zarówno mieszkańców swoich miejscowości, jak i niekiedy całych gmin. W ten sposób gmina może realizować nie tylko zadania z zakresu ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, ale też działania na rzecz mieszkańców, chociażby w zakresie kultury i sportu.

Podsumowanie

Ochotnicze straże pożarne są stowarzyszeniami o szczególnym statusie prawnym. Są bowiem istotnym elementem Krajowego Systemu Ratownictwa Gaśniczego w państwie, co oznacza, że tworzą, wraz z innymi organami i podmiotami, system organizacyjny zapewniający bezpieczeństwo wewnętrzne państwa. Są też organizacją, która prowadzi w szerokim zakresie działalność społeczno-organizatorską: wychowawczą, popularyzatorską, kulturalną, mającą na celu uświadomienie społeczności lokalnej znaczenia działań na rzecz bezpieczeństwa pożarowego i przeciwdziałania zagrożeniom. Te dwie płaszczyzny działania uwidoczniły także zaangażowanie strażaków ochotników, którzy z narażeniem życia i zdrowia bezinteresownie byli zawsze w gotowości bojowej. To właśnie powodowało, że prezentowane były postulaty ustawowego uregulowania statusu prawnego organizacji i jej członków, podkreślające również tradycję i zasługi OSP. Uchwalona ustawa wychodzi naprzeciw tym postulatam i oczekiwaniom społecznym. Warto podkreślić, że tym samym wiele wniosków i postulatów zawartych w opracowaniach poszczególnych autorów w przywoływanym na wstępie tomie pod redakcją prof. Tadeusza Kocowskiego przyjęło wartość normatywną.

Bibliografia

- Blicharz J., *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005.
- Dąbrowa R., Dąbrowa P., *Szkolenie w ochotniczej straży pożarnej w ciągu lat*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.
- Izdebski H., *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Warszawa 1999.
- Kocowski T., *Ochotnicza straż pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.
- Nowicki H., *Ochotnicza straż pożarna jednostką ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 326. *Ochotnicze straże pożarne — tradycja — samorząd — bezpieczeństwo*, red. T. Kocowski, M. Błażewski, W. Małecki, 2018.
- Pieprzny S., *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2007.

Statutory Regulation of the Legal Status of Volunteer Fire Brigades

Summary

The aim of the study is to present the legal regulations that have so far defined the legal status of an association which can be called special due to the role it plays, that is, Volunteer Fire Brigades. These are regulations contained in several acts, including the Act on Fire Protection and the Law on Associations, but the detailed scope of their tasks is specified in statutes. It has been postulated that due to the role of the Volunteer Fire Brigades, especially in the system of entities undertaking activities for fire safety, civil protection and rescue, the legal status of this organization should be regulated in a legal act. These demands were met because on 17 December 2021 the Parliament passed the Act on Volunteer Fire Brigades. The new regulations not only define the legal status of this association, but also regulate the status of volunteer firefighters, granting them certain rights in the social sphere.

Keywords: association, Volunteer Fire Brigades, legal regulations, legal status, volunteer firefighter.

PIOTR WIATROWSKI

ORCID: 0000-0002-2691-3719

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

wiatrowp@uek.krakow.pl

Współczesne zagrożenia demokracji. Aspekt społeczno-ekonomiczny

Abstrakt: W artykule omówiono współczesne zagrożenia demokracji w aspekcie społeczno-ekonomicznym, uwzględniając zagadnienie zróżnicowania kulturowego na świecie, problem globalizacji, populizmu i nierówności społecznych. Szczególną uwagę poświęcono populizmowi, który jest w ostatnim czasie wykorzystywany w niektórych państwach do uzyskiwania władzy w demokratyczny sposób poprzez powszechne wybory, a następnie do wprowadzania rządów autorytarnych i tak zwanej demokracji nieliberalnej.

Słowa kluczowe: demokracja liberalna, autorytaryzm, populizm, globalizacja, nierówności, gospodarka, zagrożenia.

Mówiąc o demokracji, nie sposób uciec od filozoficzno-politycznego pojęcia wolności. W ujęciu liberalnym wolność obywateli realizuje się przede wszystkim w sferze prywatnej — duchowej i gospodarczej — gdyż działanie w sferze politycznej na ogół prowadzi do podporządkowania jednostki ogółowi. O ile to ostatnie ujęcie tradycyjnie sprzyja społecznej harmonii, o tyle liberałowie stawiają na różnorodność i antagonizm, które mają kreatywny charakter. Zauważają, że nawet wojna może prowadzić do rozwoju technicznego i etycznego, nie mówiąc o dobroczynnym wpływie konkurencji na gospodarkę¹. Zarazem jednak z założenia demokratyczne procedury powoływania i sprawowania władzy (tak zwana zinstytucjonalizowana rywalizacja) prowadzą do ciągłego antagonizowania społeczeństwa, co nie jest korzystne z punktu widzenia zachowania wspólnoty i może posłużyć do rozsadzenia demokratycznego systemu².

¹ N. Bobbio, *Liberalizm i demokracja*, Kraków 1998, s. 18.

² A. Zachariasz, *Demokracja i granice jej zasadności*, [w:] *Demokracja w XXI wieku*, red. M. Szyszkowska, Warszawa 2009, s. 11.

Zachwył Francis Fukuyama w ostatniej dekadzie XX wieku nad triumfem demokracji liberalnej po upadku sowieckiego imperium i zdezwuowaniu w praktyce ideologii komunistycznej³ można stonować, biorąc pod uwagę zaznaczający się na początku XXI wieku kierunek ewolucji politycznej w stronę autorytaryzmu i nacjonalizmu w — zdawałoby się — stabilnych już systemach demokratycznych, nie mówiąc o odnotowującym niebywałe sukcesy państwowym kapitalizmie w Chinach. W praktyce możemy mieć też do czynienia z liberalizmem bez demokracji, na przykład w Singapurze system partii hegemonicznej współistnieje z poszanowaniem praw osobistych oraz swobodą podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej.

Wydaje się, że koncepcja Samuela Huntingtona o wielości cywilizacji z wpływowymi państwami-ośrodkami, którym w większości nie można narzucić systemu demokracji liberalnej, trafniej póki co oddaje rzeczywistą sytuację polityczną na świecie. Sama modernizacja nie doprowadzi do westernizacji, gdyż państwa azjatyckie są coraz mocniejsze na polu ekonomicznym, politycznym i militarnym, podczas gdy w państwach islamskich notujemy wzrost bogactwa ze sprzedaży ropy i demograficzną eksplozję, której emigracyjne skutki odczuwa też Zachód. Bogactwa naturalne mogą zaszkodzić rozwojowi gospodarstwu i demokracji. Dla przykładu zasobne w surowce Kongo nie jest zamożnym krajem w przeciwieństwie do rozwiniętego technologicznie Tajwanu bez takich bogactw naturalnych. Wzrost cen ropy zmniejsza też szanse na wprowadzenie demokratycznych rozwiązań w krajach zasobnych w ten surowiec. Ich mieszkańcy pozostają niewykształceni, a społeczeństwa cywilizacyjnie zacofane i pozbawione nowoczesnych instytucji politycznych, prawa i biurokracji mimo wykupienia dla siebie nowoczesności w postaci różnorodnej infrastruktury technicznej. Natomiast w kraju bez bogactw naturalnych, aby wzbogaciło się państwo, musi wcześniej wzbogacić się społeczeństwo, na które nakłada się podatki, w zamian świadcząc usługi publiczne i zapewniając gwarancje wolności i praworządności⁴.

Przedstawiciele innych cywilizacji zarzucają Zachodowi hipokryzję i relatywizm, gdyż ten sprzeciwia się, kiedy w drodze demokratycznych wyborów do władzy dochodzą (jak w niektórych państwach Azji i Afryki) islamscy fundamentaliści, i popiera autorytarne rządy, które są z nim w sojuszu wojskowym, bądź umożliwia im korzystny biznes mimo łamania praw człowieka. Huntington wskazuje, że najważniejsze światowe konflikty nie mają jednak charakteru ekonomicznego, politycznego czy ideologicznego, lecz kulturowy. Kultura zaś odnosi się do pochodzenia jej przedstawicieli, ich religii, języka, historii, wartości, obyczajów i instytucji, a nie podziału na rasy⁵. Europejczycy lub przedstawiciele ich dawnych kolonii kontrolowali w 1914 roku 84% ziemskiego globu, a poza ich za-

³ F. Fukuyama, *Koniec historii*, Poznań 1996, s. 293.

⁴ F. Zakaria, *Przyszłość wolności. Nieliberalna demokracja w Stanach Zjednoczonych i na świecie*, Warszawa 2018, s. 79, 81.

⁵ S. Huntington, *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Warszawa 2011, s. 18, 50.

sięgiem pozostały jedynie cywilizacje prawosławna, japońska i etiopska. Ekspansję umożliwiły zarówno osiągnięcia techniczne i militarne, jak i gospodarcze i organizacyjne państw Zachodu. Te ostatnie były związane z podziałem władzy między władzę świecką i religijną, istnieniem ciał przedstawicielskich, pluralizmem społecznym, indywidualizmem, wzrastającym poczuciem świadomości narodowej oraz rządami prawa⁶. Huntington wskazuje, iż rozpowszechnienie się na świecie kultury masowej, konsumpcjonizmu i technicznych osiągnięć, w tym komunikacyjnych, nie znosi granic, jakie tworzą cywilizacje związane z odmiennymi wartościami. Nawet powszechne używanie języka angielskiego nie łagodzi tych różnic. Wzmocnienie potęgi ekonomicznej i militarnej wpływa natomiast na zwiększenie przekonania o wyższości własnej kultury. Tradycja konfucjańska afirmuje autorytet, hierarchię, podporządkowuje jednostkę wspólnocie i państwu, stawia na unikanie rywalizacji, „zachowywanie twarzy” oraz osiąganie długofalowych celów⁷. Liberalizm nie stanowi przy tym odrębnej kultury, a jedynie proponuje pewne zasady polityczne, na których trudno zbudować trwałą wspólnotę, natomiast cywilizacje wschodnie źródeł własnego sukcesu dopatrują we własnej kulturze⁸. W krajach spoza kręgu zachodniej cywilizacji, które wcześniej przyjęły model demokratyczny, natura tego systemu umożliwia dojście do władzy jej krytykom, reprezentującym miejscowe nacjonalizmy i ruchy religijne.

Dyktaturze sprzyja populizm demagogów, którzy wykorzystują masowość społeczeństwa i zwracają się bezpośrednio do niego, pomijając instytucje pośredniczące, jak parlament czy samorządy⁹. Populiści wykorzystują też poczucie zagrożenia w społeczeństwie, wynikające z różnych źródeł, na przykład migracji, terroryzmu, globalizacji czy ubóstwa, i obiecują zapewnienie pożądanego bezpieczeństwa, a dla zagwarantowania sobie większej władzy żądają rezygnacji z przysługujących obywatelom praw i wolności. W czasie politycznego albo ekonomicznego kryzysu populistyczny przywódca może zwieść wyborców obietnicami jego szybkiego i skutecznego zwalczania przy zastosowaniu autorytarnych metod. Przekonania o niebezpieczeństwie i zagrożeniach w przyszłości sprzyjają postawie autorytarnej u obywateli, która cechuje się między innymi akceptacją autorytetu jako gwaranta hierarchicznej struktury świata oraz uleganiem w kwestiach politycznych autorytetom kościelnym¹⁰. Sprzyja temu także okoliczność, iż postawy posłuszeństwa, lojalności wobec ustroju i wartości sformułowanych na podstawie ideologii reprezentowanej przez rządzących są przekazywane już w procesie edukacji¹¹.

⁶ *Ibidem*, s. 65.

⁷ *Ibidem*, s. 386.

⁸ *Ibidem*, s. 540.

⁹ M. Król, *Pora na demokrację*, Kraków 2015, s. 153.

¹⁰ P. Czarnecki, *Autorytaryzm i demokracja*, Warszawa 2009, s. 21.

¹¹ M. Migalski, *Koniec demokracji*, Warszawa 2016, s. 61.

Wystarczy nawet sama przekora i zdudzenie dotychczasową władzą, żeby wyborcy zagłosowali pod wpływem populistycznej propagandy. Populizm — bodajże największe zagrożenie pochodzące z wnętrza demokracji — odwołując się do demokratycznych wartości, utożsamia wolę powszechną z pragnieniami większości i preferuje instytucje demokracji bezpośredniej, chociaż referendum ma służyć głównie zatwierdzeniu tego, co populistyczny przywódca uznał za interes ludu¹². Populiści wykorzystują prawo instrumentalnie do utrzymania władzy, a konstytucja przybiera charakter fasadowy i służy przejmowaniu instytucji państwa przez funkcjonariuszy populistycznej partii, szczególnie jeśli uda im się podporządkować sądownictwo konstytucyjne. Populizm jest antyelitarny i antypluralistyczny, afirmuje lud tworzący „prawdziwą” wspólnotę i postuluje wykluczenie poza nią wszystkich, których postawy odbiegają od przyjętego wzoru¹³. Instytucje demokracji liberalnej — rządy prawa, ochrona praw mniejszości, społeczeństwo obywatelskie, instytucje odpowiedzialności „horyzontalnej” — traktowane są przez populistów jako bariery w ustanawianiu wspólnoty kierującej się tradycyjnymi wartościami oraz przeszkadzają w prowadzeniu efektywnej polityki mającej na celu zapewnienie bezpieczeństwa i zwalczanie korupcji¹⁴. Populistyczne programy są bardzo ogólne, moralizatorskie, często o negatywnym nastawieniu (antysystemowe, antyintelektualne, antyelitarne, antymodernistyczne) i pesymistyczne co do przyszłości państwa, które nie wdroży programu populistycznego¹⁵.

Prawicowy populizm, w przeciwieństwie do lewicowego, obiecuje więcej praw i godności, ale tylko dla swojej, najczęściej narodowej, wspólnoty politycznej¹⁶. Populiści obiecują szybkie rozwiązanie wszystkich problemów, przejmując aparat państwa i uprawiając masowy klientelizm, to jest wymianę materialnych korzyści za poparcie polityczne. Obywatelowi niezwykle trudno poprawić swoją pozycję społeczną bez poparcia rządzącej partii, co prowadzi do korupcji i koleśiostwa. Często spotyka się w narracji motyw zdrady ze strony poprzednio rządzących, niechęć wobec wszelkiej instytucjonalizacji i potrzebę charyzmatycznego przywództwa¹⁷. Przywódca podkreśla swoją więź uczuciową i identyczność z ludem, przez co wyzbywa się odpowiedzialności politycznej i przeciwstawia lud oraz naród skorumpowanej elicie. Uosabiając wolę ludu, wie lepiej nawet od samego ludu, jaka ma ona być, gdyż rozpoznaje prawdziwe potrzeby i interesy. Za niepowodzenia obwinia knowania opozycji i spiski dawnych elit, odgrywając rolę ofiary¹⁸.

¹² J.W. Müller, *Co to jest populizm*, Warszawa 2017, s. 54.

¹³ A. Antoszewski, *Współczesne teorie demokracji*, Warszawa 2016, s. 73.

¹⁴ *Ibidem*, s. 211–212.

¹⁵ P. Wiles, *Syndrom, nie doktryna: Kilka podstawowych tez o populizmie*, [w:] *Populizm*, red. O. Wysocka, Warszawa 2010, s. 27 n.

¹⁶ M. Gdula, *Nowy autorytaryzm*, Warszawa 2018, s. 17.

¹⁷ P. Taggart, *Populizm, lud i rdzenna kraina*, [w:] *Populizm...*, s. 91, 97.

¹⁸ J.W. Müller, *op. cit.*, s. 70.

Krytycy liberalnej demokracji akcentują przy tym brak poszanowania przez nią tradycji narodowej i wyznaniowej¹⁹.

Na przeciwległym biegunie do populistów, według których istnieje jedna autentyczna wola narodu, którą jedynie oni potrafią rozpoznać, mieści się technokracja, utrzymująca, że jest tylko jedna słuszna w danej sytuacji polityka, na przykład rozwiązująca kryzys strefy euro. Politykę tę określa ekspercka elita bez uwzględniania żądań zwykłych obywateli. Wyborcy wyrażają swoje zdanie tylko przy okazji wyborów, a w trakcie kadencji są odsunięci od rządzenia, gdyż ich emocje osłabiają skuteczność rządzących. Zarówno technokraci, jak i populiści nie dostrzegają konieczności demokratycznej debaty²⁰.

Poważnym zagrożeniem dla demokracji jest społeczna apatia. Biedni zawsze słabiej się angażują w życie publiczne, ale nawet po wzbogaceniu — opętani pomnażaniem majątku, szalem zakupów i atrakcjami oferowanymi przez przemysł rozrywki (telewizja, internet, smartfony) — nie mają czasu na obywatelskie obowiązki²¹. Demokracja ma służyć atrakcyjności życia, postępowi i zmianie, ale stabilizacja i dobrobyt, którą wprowadza, sprzyja nudzie²². John Stuart Mill zakładał, że postawa czynna, energiczny charakter i gotowość do zmiany warunkują demokratyczny rozwój²³. Masy, korzystając z praw, jak rozkapryszone dziecko nie dorastają do obowiązków²⁴ i uciekają od wolności i odpowiedzialności²⁵, umożliwiając rozwój totalitaryzmu. Wolność, obowiązki i poświęcenie przegrywają z bezpieczeństwem, dobrobytem i lenistwem.

Dodatkowo współczesny obywatel narażony jest na manipulacje płynące z korzystania z wyszukiwarek internetowych i mediów społecznościowych. Wielkie ponadnarodowe korporacje zbierają w celach marketingowych informacje o użytkownikach, które mogą być następnie wykorzystywane w trakcie kampanii wyborczych poprzez kierowanie odpowiedniego przekazu do wybranych użytkowników. Może to także prowadzić do ingerencji zagranicznego ośrodka w proces wyborczy w danym państwie.

Szczegółne niebezpieczeństwo dla demokracji stwarza również obecna sytuacja światowej pandemii, która może dać niektórym rządów o autorytarnych tendencjach pretekst do ograniczania praw i wolności obywatelskich ponad niezbędną potrzebę bądź z pominięciem konstytucyjnie przewidzianych do tego celu procedur prawnych.

¹⁹ A. Antoszewski, *op. cit.*, s. 214.

²⁰ J.W. Müller, *op. cit.*, s. 137.

²¹ M. Migalski, *op. cit.*, s. 137.

²² M. Król, *op. cit.*, s. 78.

²³ J.S. Mill, *O rządzie reprezentatywnym. Poddaństwo kobiet*, Kraków 1995, s. 79–81; M. Król, *op. cit.*, s. 105.

²⁴ J. Ortega y Gasset, *Bunt mas*, Warszawa 2016, s. 282.

²⁵ E. Fromm, *Ucieczka od wolności*, Warszawa 2000, s. 159.

Między demokracją a gospodarką rynkową istnieje ścisły związek, ale i antagonizm. Demokracja afirmuje bowiem zasadę równości, rynek zaś faworyzuje zamożnych obywateli²⁶. Jednak to decyzje demokratyczne podporządkowują sobie logikę rynku, co powodowało sprzeciw wobec demokracji dziewiętnastowiecznych liberałów, obawiających się wzrostu opodatkowania i nacjonalizacji²⁷. Dlatego wprowadzano cenzusy wyborcze posiadania określonej własności bądź wykształcenia. Trzeba w tym miejscu wskazać, że sprawnie funkcjonująca gospodarka rynkowa powoduje wzrost klasy średniej, której znaczenie dla ustroju demokratycznego doceniał już Arystoteles. Klasa średnia wybija się na pozycję niezależną wobec państwa, które targując się z nią, staje się bardziej praworządne, a mniej drapieżne²⁸. W literaturze wskazuje się, że w żadnym kraju o PKB wyższym niż w Argentynie w 1975 roku, to jest wynoszącym 6055 dolarów, demokracja nie upadła²⁹. Pomiędzy rokiem 1951 a 1990 w biedniejszych krajach nie utrzymało się 39 demokracji, a w tych bogatszych 31 demokracji trwało łącznie przez 762 lata i nadal trwa mimo wojen, zamieszek oraz kryzysów politycznych i ekonomicznych³⁰. Wyjątkowo prezentuje się demokracja indyjska, której mimo bardzo niskiego dochodu sprzyja dość egalitarna redystrybucja.

Demokracja liberalna korzystnie wpływa na rozwój kapitalistycznej gospodarki, gwarantując poszanowanie własności, a także sprawiedliwe i szybkie rozstrzygnięcie sporów. Pluralizm polityczny, różnorodność opinii i stylów życia pomagają natomiast innowacyjności i wzrostowi gospodarczemu. W 1996 roku Robert Barro z Harvardu opublikował artykuł *Demokracja i wzrost*, w którym przeanalizował rozwój 100 demokratycznych państw świata z lat 1960–1990; po uśrednieniu przedstawionych w tym tekście wyników oraz z obecnej perspektywy możemy powiedzieć, że demokracja wykazuje lekko negatywny wpływ na wzrost gospodarczy³¹. W państwach autorytarnych brakuje natomiast wolnego rynku idei oraz debaty, a za pomocą samego kopiowania zachodnich firm i technologii, jak dzieje się w Chinach, nie można rozwijać w długim okresie współczesnej gospodarki opartej na innowacjach³². Ważny również jest dystans władzy, a więc — w uproszczeniu — stopień jej autorytarności. W kulturach o dużym dystansie władzy najpierw patrzy się na to, kto ma władzę, a dopiero potem decyduje o dokonaniu określonego wyboru. Blokują to możliwości zakwestionowania opinii pochodzącej od władzy³³. Kultury o dużym dystansie władzy wpływają

²⁶ J. Stiglitz, *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przyszłości?*, Warszawa 2015, s. 302.

²⁷ H.J. Chang, *Żli Samarytanie*, Warszawa 2015, s. 295.

²⁸ F. Zakaria, *op. cit.*, s. 78.

²⁹ *Ibidem*, s. 75.

³⁰ A. Przeworski, *Dlaczego partie polityczne respektują wyniki wyborów*, [w:] *Demokracja i rządy prawa*, red. J. Maravall, A. Przeworski, Warszawa 2010, s. 115.

³¹ S. Stodolak, *Nie takie piękne Chiny*, „Gazeta Prawna” 3–5.11.2017, A23.

³² *Ibidem*.

³³ G. Hofstede, *Kultury i organizacje. Zaprogramowanie umysłu*, Warszawa 2000, s. 67.

też na edukację. Dzieci uczą się posłuszeństwa, a nie niezależności. W kulturach o dużym dystansie władzy wyraźna jest także jej centralizacja w ręku niewielkiej liczby osób, dbających bardziej o utrzymanie władzy niż wprowadzanie gospodarczych innowacji³⁴. Chiński model rozwoju zdaje się pojawiać w Polsce. Z badań Instytutu Spraw Publicznych wynika bowiem, że Polacy blisko dwukrotnie bardziej cenią sobie dobra materialne, poziom życia, dostępność towarów i usług niż możliwość wyrażania własnych poglądów, wolność i demokrację³⁵.

Od czasu wielkiego kryzysu międzywojennego aż do ostatniego dwudziestolecia XX wieku zwiększano interwencjonizm państwowy. Zwiększanie udziału państwa demokratycznego w gospodarce (tak zwana gospodarka mieszana) ułatwia jednak przejście kontroli w przypadku dojścia do władzy populistów. W państwach autorytarnych żaden dział gospodarki nie jest bowiem wolny od ingerencji państwa, a centralne kierownictwo i kontrola skupiają się w rękach przywódcy i jego partii, co mocno sprzyja korupcji wynikającej z biurokratyzacji³⁶. Niekorzystny charakter ma też ekspansja państwa demokratycznego w zakresie usług publicznych, funkcji regulacyjnych czy rozjemczych, gdyż ludzie uważają, że skoro płacą podatki, to są zwolnieni z obowiązku pełnienia służby publicznej. Osłabia to działania samorządów zawodowych czy prywatnych fundacji³⁷.

Kapitalizm tworzy nierówności spontanicznie, równość zaś wymaga przeciwstawienia się takiemu procesowi. Jednak metody zaprowadzania równości często są nie do pogodzenia z zasadą wolności. Istnieje bowiem nie tylko ekonomiczna bariera ograniczająca redystrybucję dochodów za pomocą mechanizmów podatkowych — jest nią możliwość zbuntowania się przegranych przeciwko demokracji. Zakres redystrybucji dochodów, który nie zagraża demokracji, z natury rzeczy jest węższy w krajach biedniejszych niż w bogatych³⁸. Zrównanie ekonomiczne z wykorzystaniem przymusu państwowego jest dla demokracji egzystencjalnym zagrożeniem. O ile bowiem od wolności można przejść do równości, o tyle od równości nie ma powrotnej drogi do wolności³⁹. Dążenie do realizacji równości maskowane ideą sprawiedliwości prowadzi słabszych będących w większości do gnębienia silniejszych.

W krajach postkomunistycznych wdrażane reformy gospodarcze prowadzące do pogłębiania nierówności mogą wieść do sprzeciwu wobec instytucji demokracji liberalnej (niezależne sądy, banki, media, służba cywilna, organizacje obywatelskie) ograniczających swobodę decyzji politycznych rządzących, którzy chcieliby szybko rozwiązywać pojawiające się problemy⁴⁰. Zarazem jednak wcześniej

³⁴ *Ibidem*, s. 74; Ł. Gibała, *Kraków. Nowa energia*, Warszawa 2017, s. 152.

³⁵ E. Siedlecka, *Polska Chinami Europy*, „Gazeta Wyborcza” 4–5.11.2017, s. 9.

³⁶ C.J. Friedrich, Z. Brzeziński, *Dyktatura totalitarna i autokracja*, Warszawa 2021, s. 313.

³⁷ F. Zakaria, *op. cit.*, s. 254.

³⁸ A. Przeworski, *op. cit.*, s. 134–135.

³⁹ G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 467.

⁴⁰ A. Antoszewski, *op. cit.*, s. 210.

zaszczepione doświadczenie społeczeństwa egalitarnego powoduje reakcję wobec nowych społecznych rozwarstwień spychających klasę robotniczą na niższą pozycję mimo jej kluczowej roli w doprowadzeniu do przekształcenia ustroju.

Współcześnie globalizacja powoduje zmniejszenie różnic w ekonomicznym rozwoju pomiędzy państwami oraz zwiększenie różnic majątkowych i dochodowych w społeczeństwach, co przekłada się na polityczne nierówności, a rażące ubóstwo dodatkowo narusza godność obywatela. Wynika to ze stagnacji dochodów z pracy i zwiększenia dochodów z kapitału, na co ma wpływ nie tylko przenoszenie miejsc pracy do państw o taniej sile roboczej, ale i automatyzacja produkcji i finansjalizacja gospodarki. Jednocześnie ważni pracodawcy — wielkie międzynarodowe korporacje — unikają kontroli państwowej oraz opodatkowania i transferują zyski za granicę. Sprawnie zarządzane wielkie korporacje zyskują coraz większą przewagę nad instytucjami państwa, a międzynarodowy kapitał kontroluje i naciska na rządy i parlamenty oraz ocenia ich politykę, zmieniając kursy walutowe, ceny obligacji i przenosząc kapitał do przyjaznych mu krajów. Siły kapitału i rynku w ostatnich dekadach XX wieku wymknęły się spod demokratycznej kontroli, która wcześniej łagodziła nierówności wytwarzane przez rynek. Do uzdrowienia sytuacji zglobalizowana gospodarka wymaga globalizacji politycznej, co jednak wydaje się nierealne.

Liberałowie opowiadają się za równością szans, jednak należy odróżnić równość startu od równości dostępu do stanowisk w służbie publicznej jednostkom równych zdolnościach i zasługach. Tę drugą łatwiej zapewnić niż wyrównanie warunków startu, które wymaga redystrybucji i zagwarantowania równości zasobów⁴¹. Choć we współczesnych zachodnich demokracjach liberalnych poziom zamożności nawet ludzi ubogich zdecydowanie przewyższa przeciętną światową, to jednak porównują się oni do bogatych współobywateli, a nie mieszkańców Indii czy Afryki. Dodatkowo niepewne warunki zatrudnienia na umowy śmieciowe i związane z nimi niskie stawki godzinowe oraz brak ubezpieczenia pogłębiają poziom frustracji. W przeświadczeniu zachodniego prekariusza, które w tym przypadku jest bardziej decydujące niż obiektywna rzeczywistość, demokracja nie zaspokaja nawet potrzeb materialnych związanych z wyróżnioną przez Platona pożądlivo-rozumną częścią duszy, nie mówiąc o tymotejskiej⁴². W gospodarce „trzeciej fali” nie można już mówić o jednolitej klasie średniej, a o mnóstwie mniejszości — narodowych, wyznaniowych, kulturalnych czy seksualnych — co powoduje trudności w zbudowaniu koalicji społecznej zdolnej stworzyć większość, albowiem konsensus elit w parlamencie nie oznacza konsensusu w społeczeństwie. Co więcej, współcześnie w krajach rozwiniętych nawet ubodzy są w mniejszości, przez co trudno o wprowadzanie sprawiedliwej redystrybucji, jak

⁴¹ G. Sartori, *op. cit.*, s. 424–425.

⁴² M. Migalski, *op. cit.*, s. 24.

dotychczas, za pomocą wykorzystania demokratycznych mechanizmów; raczej mamy do czynienia z powiększaniem nierówności społecznych, co widać choćby w obniżaniu podatków dla bogatych.

Trzeba jeszcze dodać, że postęp biotechnologii pozwoli w przyszłości za-
możnym osobom na kształtowanie cech potomstwa za pomocą badań zarodków,
a nawet udoskonalenie inteligencji i zdolności dorosłych przez połączenie mózgu
z komputerem i siecią. Doprowadzi to do pojawienia się zupełnie nowej warstwy
społecznej, wprowadzając problem nierówności na jakościowo inny poziom.

Analiza społeczno-ekonomicznych czynników zagrażających demokracji li-
beralnej pokazuje, jak bardzo zróżnicowany mają one charakter oraz jak mocno
potrafią wpływać na liberalno-demokratyczny model organizacji państwa. Szczeg-
ółne znaczenie przynależy narastającym nierównościom społecznym, które pro-
wadzą do zaniku klasy średniej, stanowiącej od zawsze społeczne oparcie demo-
kratycznego ustroju.

Bibliografia

- Antoszewski A., *Współczesne teorie demokracji*, Warszawa 2016.
Bobbio N., *Liberalizm i demokracja*, Kraków 1998.
Chang H.J., *Żli Samarytanie*, Warszawa 2015.
Czarnecki P., *Autorytaryzm i demokracja*, Warszawa 2009.
Friedrich C.J., Brzeziński Z., *Dyktatura totalitarna i autokracja*, Warszawa 2021.
Fromm E., *Ucieczka od wolności*, Warszawa 2000.
Fukuyama F., *Koniec historii*, Poznań 1996.
Gdula M., *Nowy autorytaryzm*, Warszawa 2018.
Gibała Ł., *Kraków. Nowa energia*, Warszawa 2017.
Hofstede G., *Kultury i organizacje. Zaprogramowanie umysłu*, Warszawa 2000.
Huntington S., *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Warszawa 2011.
Król M., *Pora na demokrację*, Kraków 2015.
Migalski M., *Koniec demokracji*, Warszawa 2016.
Mill J.S., *O rządzie reprezentatywnym. Poddaństwo kobiet*, Kraków 1995.
Müller J.W., *Co to jest populizm*, Warszawa 2017.
Ortega y Gasset J., *Bunt mas*, Warszawa 2016.
Przeworski A., *Dlaczego partie polityczne respektują wyniki wyborów*, [w:] *Demokracja i rządy
prawa*, red. J. Maravall, A. Przeworski, Warszawa 2010.
Sartori G., *Teoria demokracji*, Warszawa 1994.
Siedlecka E., *Polska Chinami Europy*, „Gazeta Wyborcza” 4–5.11.2017.
Stiglitz J., *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przy-
szłości?*, Warszawa 2015.
Stodolak S., *Nie takie piękne Chiny*, „Gazeta Prawna” 3–5.11.2017.
Taggart P., *Populizm, lud i rdzenna kraina*, [w:] *Populizm*, red. O. Wysocka, Warszawa 2010.
Wiles P., *Syndrom, nie doktryna: Kilka podstawowych tez o populizmie*, [w:] *Populizm*, red. O. Wy-
socka, Warszawa 2010.

Zachariasz A., *Demokracja i granice jej zasadności*, [w:] *Demokracja w XXI wieku*, red. M. Szyszkowska, Warszawa 2009.

Zakaria F., *Przyszłość wolności. Nieliberalna demokracja w Stanach Zjednoczonych i na świecie*, Warszawa 2018.

Contemporary Threats to Democracy: The Socio-Economic Aspect

Summary

The article deals with the contemporary threats to democracy in the socio-economic aspect. It addresses the issue of cultural diversity in the world, the problems of globalization, populism and social inequalities. It focuses especially on populism, which has recently been used to democratically gain power in some countries through universal elections, and afterwards to implement authoritarian and so-called illiberal democracy.

Keywords: liberal democracy, authoritarianism, populism, globalization, inequalities, economy, threads.

BARTOSZ ZIEMBLICKI

ORCID: 0000-0002-5814-5689

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

bartosz.ziemblicki@ue.wroc.pl

Możliwości reakcji państwa na kryzysy a odpowiedzialność wobec inwestora zagranicznego

Abstrakt: W celu zabezpieczenia długoterminowych inwestycji zagranicznych podmioty gospodarcze zawierają z państwami goszczącymi umowy inwestycyjne na podstawie międzypaństwowych traktatów inwestycyjnych (dwustronnych lub wielostronnych). Obejmują one liczne instrumenty prawne mające tę ochronę zapewnić. Spory rozstrzygane są w ramach konwencji International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), a interpretacja przepisów prawa przez trybunały orzekające okazuje się korzystna dla inwestorów. Prowadzi to do faktycznego istotnego ograniczenia możliwości reakcji państwa na kryzysy, rodzi bowiem odpowiedzialność względem zagranicznych podmiotów. Z tej przyczyny część państw rezygnuje z zawierania traktatów inwestycyjnych albo wycofuje się z tych już zawartych.

Słowa kluczowe: inwestor zagraniczny, dwustronne umowy inwestycyjne, ICSID, klauzule parasolowe, klauzule stabilizacyjne.

Cechą charakterystyczną inwestycji zagranicznych, odróżniającą je od zwykłych transakcji handlowych, jest ich długotrwały charakter oraz potrzeba zaangażowania dużych zasobów, między innymi finansowych. Nic więc dziwnego, że „wielki biznes” od dawna stara się przy przedsięwzięciach tego typu zabezpieczyć przed zmianą warunków ich realizacji, spowodowanych działaniami państwa goszczącego¹. Narzędziem temu służącym są umowy inwestycyjne zawierane między korporacjami a rządami państw, których pierwotnym źródłem są, co

¹ R. Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, „International Law” 39, 2005, s. 104.

należy podkreślić, traktaty inwestycyjne między państwem goszczącym a państwem rejestracji inwestującej spółki².

Nie ulega wątpliwości, że co do zasady inwestor powinien być chroniony przed autorytarnym działaniem państwa goszczącego. Jaskrawym tego przykładem są nadużycia ze strony władz Jemenu wobec zagranicznego inwestora (włącznie z wzięciem zakładników) w sprawie *Desert Line Projects v. Yemen*³, która swój finał znalazła przed trybunałem arbitrażowym Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)⁴. Ochronie tej ma służyć poddawanie umów inwestycyjnych prawu międzynarodowemu, rozstrzyganie sporów przez międzynarodowe trybunały arbitrażowe oraz umieszczanie w umowach inwestycyjnych tak zwanych klauzul stabilizacyjnych (zakazujących państwu goszczącemu działań legislacyjnych lub administracyjnych prowadzących do wygaśnięcia lub zmiany umów inwestycyjnych⁵) oraz klauzul uczciwego i sprawiedliwego traktowania (ang. *fair and equitable treatment*, FET).

Te ostatnie są bardzo uniwersalne i elastyczne⁶. Mimo iż brzmią niepozornie (dotyczą po prostu „uczciwego i sprawiedliwego traktowania” lub dodatkowo „minimalnych standardów ochrony zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym”), interpretowane są niezwykle szeroko. W efekcie obowiązki nałożone na państwa są tak rozległe, że w przypadku sporu uwolnienie się od odpowiedzialności i obrona przed roszczeniami korporacji stają się niemal niemożliwe⁷. Doszło nawet do tego, że za naruszenie sprawiedliwego traktowania trybunał uznał zwykłe nieuiszczenie spłaty długu (w sprawie *Société Générale de Surveillance S.A.*

² Najczęściej są to tak zwane dwustronne traktaty inwestycyjne (ang. *bilateral investment treaties*, BITs). Pierwszą tego typu umowę zawarły w 1959 roku Niemcy i Pakistan, a obecnie ich liczbę szacuje się na blisko 3 tysiące. W prawie międzynarodowym do dziś nie udało się przyjąć jednej powszechnej umowy dotyczącej inwestycji.

³ Wyrok z dnia 6 lutego 2008 roku, *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, par. 291.

⁴ Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, przyjęta w Waszyngtonie 18 marca 1965 roku, weszła w życie 14 października 1966 roku.

⁵ P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007, s. 578–579, 582; zob. też *Stabilization Clause*, [hasło w:] *Thomas Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) (dostęp: 1.02.2022).

⁶ Szerzej zob. J. Arato, *Corporations as Lawmakers*, „Harvard International Law Review” 56, 2015, nr 2, s. 258 n.

⁷ Zob. m.in. wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 154; wyrok z dnia 19 listopada 2007 roku, *Oko Pankki Oyj v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, akapit 242; wyrok z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 127; wyrok z dnia 30 kwietnia 2004 roku, *Waste Management v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, par. 98; wyrok z dnia 27 sierpnia 2009 roku, *Bayindar v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/09, par. 178. Zob. też M. Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford 2013, s. 3–4.

v. *Republic of Paraguay*⁸). Co do zasady jednak klauzule FET uważa się za ograniczone do władczych działań państwa⁹, a nie cywilnoprawnych. Zgodnie z orzecnictwem klauzula ta ma chronić „uzasadnione oczekiwania inwestora”¹⁰ oraz zapewnić konsekwencję¹¹, przejrzystość¹² i stabilność¹³ w sferze publicznej. „Państwa muszą działać w sposób spójny, wolny od dwuznaczności, całkowicie przejrzysty w ich relacjach z inwestorami”¹⁴, albowiem „standard uczciwego i sprawiedliwego traktowania składa się ze spójnego i przejrzystego zachowania państwa, wolnego od dwuznaczności, obejmującego obowiązek, by ustanowić i utrzymywać stabilne i przewidywalne ramy prawne niezbędne do spełnienia uzasadnionych oczekiwań zagranicznego inwestora”¹⁵. Przykład Argentyny, przeprowadzającej reformy gospodarcze w związku z olbrzymim kryzysem gospodarczym w latach 1998–2002, pokazuje, że nawet tak ważne okoliczności nie uzasadniają naruszenia umów inwestycyjnych z zagranicznymi korporacjami. Liczne sprawy, które na kanwie wspomnianych wydarzeń trafiły do trybunałów arbitrażowych, zostały rozstrzygnięte na korzyść inwestorów¹⁶.

Przykładami spraw właśnie z udziałem Argentyny są spory związane z cofnięciem przez państwo koncesji przyznanych korporacjom. W sprawie *Azurix v. Argentina* spółka zależna amerykańskiej korporacji żądała od państwa goszczącego odszkodowania za cofnięcie koncesji na dostawę wody do Buenos Aires. Przyczyną cofnięcia były problemy dotyczące jakości dostarczanej wody, jej ciśnienia oraz epidemii glonów w zakładzie jej produkcji. Trybunał uznał, że umowa dotycząca inwestycji, jako zawarta pod auspicjami amerykańsko-argentyńskiego traktatu o bezpośrednich inwestycjach zagranicznych, skutkuje międzynarodowo-

⁸ Wyrok z dnia 12 lutego 2010 roku, *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, par. 146.

⁹ Zob. np. wyrok z dnia 22 grudnia 2003 roku, *Consortium RFCC v. Royume du Morac*, ICSID Case No. ARB/00/6, par. 33–34.

¹⁰ Zob. np. wyrok z dnia 14 sierpnia 2007 roku, *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, par. 330; wyrok częściowy z dnia 17 marca 2006 roku, *Saluka Inv. BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, par. 302.

¹¹ Zob. np. wyrok z dnia 25 maja 2004 roku, *MTD Equity Sdn Bhd v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, par. 165.

¹² Zob. np. wyrok z 30 sierpnia 2000 roku, *Metalclad Corp. v. Mex.*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, par. 76.

¹³ Zob. np. wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co. v. Arg.*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 274.

¹⁴ Wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 154.

¹⁵ Orzeczenie z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 131.

¹⁶ Zob. np. wyrok z dnia 28 września 2007 roku, *Sempra Energy International v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/16, par. 373–374; wyrok z dnia 22 maja 2007 roku, *Enron Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/3, par. 331. Zob. też J.W. Salacuse, *The Treatification of International Investment Law*, „13 Law and Business Review of the Americas” 155, 2007, s. 155 n.

wymi zobowiązaniami prawnymi, które mają pierwszeństwo przed krajowymi działaniami i aktami prawnymi¹⁷. W związku z tym zasądził odszkodowanie w wysokości 165 milionów dolarów oraz odsetki. Z kolei w sprawie *CMS Gas v. Argentina* amerykańska korporacja żądała odszkodowania za to, że regulacje wprowadzane przez władze Argentyny w odpowiedzi na wielki kryzys finansowy pozbawiły ją części korzyści płynących z koncesji na transport gazu¹⁸. W obu przypadkach odszkodowania dla amerykańskich korporacji znacznie przekroczyły kwotę 100 milionów dolarów.

Umowy inwestycyjne między korporacjami i państwami podpisywane są na podstawie nie tylko dwustronnych traktatów inwestycyjnych (ang. *bilateral investment treaties*, BITs), lecz także traktatów wielostronnych, takich jak NAFTA, MERCOSUR, ASEAN czy traktat Karty Energetycznej. W obu jednak przypadkach powstałe spory rozstrzygane są głównie przez wspomniane trybunały ICSID¹⁹. O ile w ubiegłym wieku trafiało do nich w granicach dziesięciu spraw rocznie, o tyle w obecnym liczba ta znacznie wzrosła, między innymi w związku z bankructwem Argentyny²⁰. W sumie w ICSID zarejestrowano już ponad 800 sporów²¹.

Wśród przyczyn dużej łatwości wygrywania przez korporacje spraw przeciwko państwom należy z pewnością wymienić liberalną wykładnię pojęcia inwestycji oraz liberalną wykładnię pojęcia „pozbawienia korzyści płynących z inwestycji” (zwanego w literaturze przejęciem — ang. *taking*). W tym pierwszym przypadku wymaga się, by projekt trwał odpowiednio długo, wiązał się z wykorzystaniem istotnych zasobów, zawierał element ryzyka, a niekiedy także by przyczyniał się do rozwoju gospodarki państwa przyjmującego (tak zwany test Salini)²². Zwykle dotyczy on czasowego przekazania kompetencji państwowych inwestorowi, na przykład w zakresie wydobycia zasobów naturalnych²³, budowy dróg i poboru opłat²⁴,

¹⁷ Wyrok z dnia 14 lipca 2006 roku, *Azurix Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, par. 41, 124, 148, 244 oraz 374–377, 442.

¹⁸ Wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transportation Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 281, 468–469.

¹⁹ P.M. Muchlinski, *op. cit.*, s. 703.

²⁰ Szerzej na temat tych sporów zob. C.E. Alfaro, P.M. Lorenti, *The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict Between International and Domestic Law?*, „Journal of World Investment and Trade” 6, 2005, nr 3, s. 418.

²¹ Oficjalna strona ICSID, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> (dostęp: 1.02.2022).

²² Zastosowany między innymi w sprawach *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay* (wyrok z dnia 12 lutego 2010 roku, ICSID Case No. ARB/07/29, par. 100) i *Phoenix Action v. Czech Republic* (wyrok z dnia 15 kwietnia 2009 roku, ICSID Case No. ARB/06/5, par. 83).

²³ Wyrok z dnia 19 stycznia 1977 roku, *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, arbitra z *ad hoc*, „International Legal Materials” 1978, nr 1.

²⁴ Zob. np. orzeczenie w sprawie jurysdykcji z dnia 27 września 2001 roku, *Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5.

modernizacji infrastruktury wodnej²⁵, dostawy energii elektrycznej²⁶, ale też inspekcji importu i poboru cła²⁷ czy kontroli imigracyjnej²⁸.

Jeśli chodzi o przejęcie, to zgodnie z orzecznictwem międzynarodowych sądów arbitrażowych nie musi być ono bezpośrednie. W praktyce może zatem polegać na takim działaniu państwa, które faktycznie utrudnia lub uniemożliwia korporacji przeprowadzenie inwestycji, nawet jeśli nie polega na pozbawieniu jej własności²⁹. Przykładowo w sprawie *Metalclad v. Mexico* sąd arbitrażowy uznał, że niewydanie odpowiednich pozwoleń inwestorowi oraz uchwalenie dekretu ekologicznego przez władze lokalne stanowiło pośrednie przejęcie³⁰. Również częściowe, a nawet czasowe pozbawienie inwestora korzyści może być przejęciem³¹. Niektóre sądy brały pod uwagę zasadę proporcjonalności³² lub konieczności³³, a inne skupiały się jedynie na skutkach działań państwa³⁴. Jeśli szkoda wyrządzona inwestorowi jest duża, zdarza się, że trybunały zasądzają na jego rzecz odszkodowanie za całą inwestycję, nakazując inwestorowi przekazanie pozostałego mu po inwestycji majątku na rzecz państwa. Proceder ten można poczytywać za formę przymusowego odkupu³⁵.

Właśnie z powodu zbyt szerokiej ochrony inwestora i nadmiernego ograniczenia możliwości działania państw umowy inwestycyjne są często poddawane krytyce przez organizacje pozarządowe³⁶ oraz przedstawiciele doktryny (na przy-

²⁵ Zob. np. wyrok z dnia 20 sierpnia 2007 roku, *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

²⁶ Zob. np. wyrok z dnia 30 listopada 2012 roku, *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19; wyrok z dnia 4 maja 1999 roku, *Himpurna California Energy, Ltd. v. Indonesia*, 25 *Y.B. Comm. Arb.* 13, UNITRAL.

²⁷ Zob. np. postanowienie z dnia 6 sierpnia 2003 roku, *Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13.

²⁸ Zob. np. wyrok z dnia 17 stycznia 2007 roku, *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.

²⁹ P.M. Muchlinski, *op. cit.*, s. 587.

³⁰ Wyrok z dnia 30 sierpnia 2000 roku, *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, par. 112.

³¹ Wyrok z dnia 12 listopada 2000 roku, *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, par. 283.

³² Wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 122, 128–133, 149.

³³ Wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/018, par. 383–394; orzeczenie z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corporation v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 201–266.

³⁴ Wyrok z dnia 17 lutego 2000 roku, *Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, par. 101.

³⁵ Zob. np. wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co.*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 469.

³⁶ Zob. np. Amnesty International UK, *Contracting out of Human Rights: The Chad-Cameroon Pipeline Project*, London 2005.

kład Josepha Stiglitz³⁷ czy Johna Ruggie'ego³⁸). Nie brakuje też przykładów reakcji państw na rozszerzającą interpretację uprawnień inwestorów ze strony trybunałów arbitrażowych. Próbuje one osłabić rygor traktatowych klauzul³⁹, wstrzymują się z zawieraniem traktatów inwestycyjnych⁴⁰, wypowiadają je⁴¹, a nawet całkowicie wycofują się udziału w konwencji ICSID (Boliwia w 2007, Ekwador w 2010 i Wenezuela w 2012 roku)⁴². Warto zwrócić uwagę, że Polska nigdy tej konwencji nie podpisała.

Z przedstawionych rozważań wynika, że umowy inwestycyjne zawarte między rządami państw a inwestorami zagranicznymi rzeczywiście istotnie ograniczają możliwości reagowania na kryzysy przez te pierwsze. Ochrona inwestora jest bardzo szeroko interpretowana, a orzecznictwo trybunałów arbitrażowych jednostronne. Najlepiej obrazuje to wspomniany przykład Argentyny, która wprowadzała reformy w celu przewyciężenia zapaści gospodarczej, co nie uchroniło jej od odpowiedzialności odszkodowawczej względem zagranicznych spółek. Dodatkowo wzrost liczby spraw w ICSID w ostatnim czasie wskazuje na to, że omawiany problem staje się coraz powszechniejszy.

Bibliografia

Alfaro C.E., Lorenti P.M., *The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict Between International and Domestic Law?*, „Journal of World Investment and Trade” 6, 2005, nr 3.

³⁷ J.E. Stiglitz, *Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities*, „American Society of International Law Proceedings” 101, 2007, s. 11, 58; *idem*, *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*, „American University International Law Review” 23, 2008, s. 468, 554.

³⁸ J. Ruggie — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Rep. of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/8/5 z 7.04.2008, par. 3, 11–12, 17, 33–36; *idem*, *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/11/13 z 22.04.2009, par. 30.

³⁹ Zob. np. US Model Bilateral Investment Treaty 2012, Annex B, par. 4b, stanowiący, że „z wyjątkiem rzadkich okoliczności niedyskryminacyjne działania regulacyjne strony, ustanowione i stosowane w celu ochrony uzasadnionych celów publicznych, takich jak zdrowie publiczne, bezpieczeństwo i środowisko, nie stanowią pośredniego wywłaszczenia”.

⁴⁰ Australia po przegranej procesie z Phillip Morris. Zob. J. Arato, *op. cit.*, s. 270, przyp. 146.

⁴¹ Ekwador wypowiedział umowy ze Stanami Zjednoczonymi, Boliwią, Republiką Południowej Afryki i Wenezuela, a także rozważał wypowiedzenie dalszych 26; *ibidem*, s. 270, przyp. 147.

⁴² *Database of ICSID Member States*, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (dostęp: 1.02.2022).

- Amnesty International UK, *Contracting out of Human Rights: The Chad-Cameroon Pipeline Project*, London 2005.
- Arato J., *Corporations as Lawmakers*, „Harvard International Law Review” 56, 2015, nr 2.
- Dolzer R., *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, „International Law” 39, 2005.
- Muchlinski P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007.
- Paparinskis M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford 2013.
- Ruggie J. — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/11/13 z 22.04.2009.
- Ruggie J. — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Rep. of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/8/5 z 7.04.2008.
- Salacuse J.W., *The Treatification of International Investment Law*, „13 Law and Business Review of the Americas” 155, 2007.
- Stabilization Clause*, [hasło w:] *Thomas Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).
- Stiglitz J.E., *Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities*, „American Society of International Law Proceedings” 101, 2007.
- Stiglitz J.E., *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*, „American University International Law Review” 23, 2008.

Possibilities of State Reaction to Crises and the Responsibility towards Foreign Investors

Summary

In order to secure long-term foreign investments, economic entities conclude investment agreements with host countries on the basis of interstate investment treaties (bilateral or multi-lateral). They include a number of legal instruments to ensure this protection. Disputes are settled under the ICSID Convention, and the interpretation of legal provisions by adjudicating tribunals is favorable for investors. This leads to a real and significant limitation of the state's ability to react to crises, as it creates responsibility towards foreign entities. For this reason, some countries give up concluding investment treaties or withdraw from already concluded ones.

Keywords: foreign investor, bilateral investment treaties, ICSID, umbrella clauses, stabilization clauses.

KATARZYNA ZIÓŁKOWSKA

ORCID: 0000-0002-8406-7565

Uniwersytet Warszawski

k.ziolkowska@wpia.uw.edu.pl

MAREK WIERZBOWSKI

ORCID: 0000-0002-4980-0557

Uniwersytet Warszawski

m.wierzbowski@wierzbowski.com

Ocena wpływu wykorzystania sztucznej inteligencji w administracji publicznej

Abstrakt: Artykuł dotyczy problematyki regulacji sztucznej inteligencji (SI). Poprzez odniesienie do przedstawionego przez Komisję Europejską projektu rozporządzenia w sprawie sztucznej inteligencji oraz jego krytyki w tekście ukazano trudności praktyczne, polityczne i aksjologiczne, które przekładają się na nieustanowienie efektywnych regulacji SI. W rezultacie potencjał SI nie może być w pełni, w sposób legalny i transparentny, wykorzystywany przez administrację publiczną. Autorzy artykułu prezentują zestaw modelowych przepisów, opracowanych wraz z zespołem badawczym w ramach Europejskiego Instytutu Prawa, które mogłyby stanowić proceduralną podstawę przeprowadzania przez organy administracji publicznej oceny wpływu wykorzystania przez nie SI. W ocenie autorów ocena wpływu, odpowiednio zastosowana, umożliwi bardziej elastyczną prewencję i reagowanie na istotne ryzyka, które może nieść z sobą wykorzystanie sztucznej inteligencji w administracji publicznej.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, SI, regulacja sztucznej inteligencji, administracja publiczna, akt w sprawie sztucznej inteligencji, ocena wpływu.

Wprowadzenie

Profesor Tadeusz Kocowski w swoich publikacjach często sięga do najbardziej aktualnych problemów publicznego prawa gospodarczego i jego przyszłości. Z tego powodu postanowiliśmy dołożyć do Jego *Liber Amicorum* niniejszy tekst, poświęcony stosowaniu sztucznej inteligencji w administracji publicznej.

W kwietniu 2021 roku Komisja Europejska przedstawiła długo oczekiwaną projekt rozporządzenia ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji¹. Celem regulacji ma być wprowadzenie jednolitych w skali unijnej rozwiązań nakierowanych na maksymalizację korzyści z zastosowania sztucznej inteligencji (SI) przy jednoczesnym mitygowaniu ryzyk z tym związanych. Projektodawca uwzględnił przy tym obecnie szerokie już rozpowszechnienie tej technologii w wielu obszarach życia społecznego, gospodarczego oraz publicznego, bardzo dynamiczny i nieprzewidywalny dalszy rozwój SI oraz różnorodność potencjalnych negatywnych konsekwencji jej zastosowania.

Doktryna wskazuje także inne istotne okoliczności, które powinny być wzięte pod uwagę przy projektowaniu przepisów regulujących wykorzystanie SI. Problemy o charakterze globalnym odnoszą się przede wszystkim do cech samej sztucznej inteligencji, jej rozwój jest bowiem nieskoordynowany (poszczególne elementy systemów i ulepszenia mogą powstawać w sposób niezależny od siebie), dyskretny (infrastruktura wymagana do prac badawczo-rozwojowych jest niespecyficzna i dostępna bez większych ograniczeń), rozproszony (rozwój odbywa się jednocześnie w wielu miejscach, nie koncentruje się geograficznie czy organizacyjnie) oraz trudny do wytłumaczenia (zasadniczym problemem przy decyzjach podejmowanych przez zaawansowane systemy jest techniczna niemożliwość uzyskania motywów tych decyzji)².

Regulacja SI rozwijanej lub używanej w Europie napotyka też na trudności wynikające ze specyfiki takiej organizacji jak Unia Europejska. Oprócz wspomnianej konieczności ujednoczenia zasad prawnych przenikających dziesiątki sektorów gospodarki i różnorodnych systemów prawnych UE ma także zestaw wartości, na straży których stoi, a które nie mogą zostać poświęcone w imię uzyskania najbardziej zaawansowanych i skutecznych mechanizmów opartych na SI. Zważając choćby na prymat praw człowieka, Komisja Europejska we wcześniejszych publikowanych dokumentach sformułowała koncepcję „Europejskiego podejścia do doskonałości i zaufania” przy rozwijaniu sztucznej inteligencji, zakładającą promowanie rozwoju i wprowadzania SI, opierając się na wartościach europejskich³. Wśród nich KE wymienia ochronę konsumentów, ochronę danych osobowych i prywatności, niedyskryminację, dobrostan społeczny i środowiskowy, system odpowiedzialności w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa itp. Wartości te w połączeniu z „zaległościami” technologicznymi, które plasują państwa członkowskie Unii Europejskiej raczej po stronie importerów rozwiązań opartych

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, 21.04.2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106(COD).

² M.U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, „Harvard Journal of Law & Technology” 29, 2016, nr 2, s. 369–373.

³ Komisja Europejska, *Biała Księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania*, 19.02.2020, COM (2020) 65 final.

na SI, instytucje unijne starają się raczej promować w UE poprzez produkcję systemów, które nawet jeśli nie są najbardziej nowoczesne i zaawansowane technologicznie, to są godne zaufania, etyczne, sprawdzone i niezawodne⁴.

Opisane skomplikowanie problematyki regulacji sztucznej inteligencji i etap, na którym jesteś obecnie, dobrze podsumowała Rada Europy w raporcie o wykorzystaniu algorytmów z perspektywy praw człowieka:

Zagadnienia wynikające ze stosowania algorytmów w procesach podejmowania decyzji są wielorakie i złożone. Jednocześnie debata na temat algorytmów i ich możliwych konsekwencji dla jednostek, grup i społeczeństw jest na wczesnym etapie. Nie powinno to jednak przeszkadzać w wysiłkach zmierzających do zrozumienia, co tak naprawdę robią algorytmy, jakie konsekwencje dla społeczeństwa z nich płyną i jak można rozwiązać ewentualne problemy związane z prawami człowieka⁵.

Regulacja sztucznej inteligencji w administracji publicznej

Biorąc pod uwagę przedstawiony obraz prawno-politycznego kontekstu projektu rozporządzenia unijnego o sztucznej inteligencji oraz niewiadome, które wciąż wiążą się z zastosowaniem SI w wielu obszarach, nie zaskakuje krytyka, jaką wywołała publikacja omawianego projektu. Badacze, organizacje pozarządowe i inni komentatorzy zarzucają projektowanej legislacji między innymi: brak precyzji w przepisach ograniczających wykorzystywanie systemów SI, które mogłyby nieść z sobą nieakceptowalne ryzyka (zarówno te istniejące, jak i te, które dopiero się pojawią wraz z dalszym rozwojem technologicznym); używanie pojęć o niejasnym zakresie, zwłaszcza przy określaniu poziomów ryzyk; pominięcie wielu obowiązków informacyjnych, algorytmicznej sprawiedliwości; zbyt daleko idące zaufanie do podmiotów gospodarczych rozwijających systemy SI, a nawet zbyt szerokie określenie zakresu pojęcia „sztuczna inteligencja”⁶. Dodatkowe

⁴ U. von der Leyen, *A Union that Strives for More. My Agenda for Europe: Political Guidelines for the Next European Commission 2019–2024*, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43a17056-ebf1-11e9-9c4e-01aa75ed71a1> (dostęp: 28.12.2021).

⁵ Rada Europy, *Algorithms and Human Rights. Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques and Possible Regulatory Implications*, 2018, s. 4, <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html> (dostęp: 28.12.2021); jeśli nie podano inaczej, przeł. K.Z. i M.W.

⁶ Human Rights Watch, *How the EU's Flawed Artificial Intelligence Regulation Endangers the Social Safety Net: Questions and Answers*, 10.11.2021, https://www.hrw.org/news/2021/11/10/how-eus-flawed-artificial-intelligence-regulation-endangers-social-safety-net#_Part_III (dostęp: 28.12.2021); N.P. Taylor, *Notified Bodies Join Chorus of Criticism of Proposed European AI Regs*, 26.10.2021, <https://www.medtechdive.com/news/notified-bodies-EU-proposed-artificial-intelligence-ai-regulation/608880/> (dostęp: 28.12.2021); M. MacCarthy, K. Propp, *Machines Learn that Brus-*

wątpliwości może budzić ostatnia propozycja zmian do projektu, przedstawiona przez Radę UE, z której wynika tendencja do dalszego ograniczenia zakresu projektowanego rozporządzenia⁷.

W tym kontekście celowe byłoby rozważenie alternatyw regulacyjnych dla zapewnienia przestrzegania prawa i wartości unijnych w tak newralgicznym obszarze jak administracja publiczna. Organy administracji publicznej niejednokrotnie zajmują się podejmowaniem decyzji i rozstrzyganiem spraw, w których sztuczna inteligencja mogłaby być bardzo przydatna, przynosząc znaczne oszczędności. Jednocześnie jednak posługiwanie się władztwem administracyjnym przez organy władzy publicznej wykorzystujące SI, zakładającym możliwość jednostronnego kształtowania sytuacji podmiotów spoza administracji, wymaga nadzoru i ograniczeń wyrażonych w sposób ogólny w zasadzie legalizmu. Unowocześnianie i usprawnianie administracji publicznej przy pomocy sztucznej inteligencji nie może zatem prowadzić do błędów, naruszeń prawa, zaniku transparentności i poświęcenia uprawnień stron w postępowaniach administracyjnych.

Instrumentem, który mógłby służyć zapewnieniu równowagi między wspieraniem innowacyjnego rozwoju w urzędach a ograniczeniem ryzyk związanych z zastosowaniem SI do rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach osób fizycznych i prawnych, mogłoby stać się wymaganie przeprowadzania przez organy zamierzające wdrożyć SI *ex ante* oceny wpływu. Wiązałaby się ona z aktywnym zaangażowaniem danego organu administracji w proces powstawania i testowania rozwiązania tak, aby organ mógł sporządzić raport zawierający szczegóły tego, jakie ryzyka rozpoznano i w jaki sposób organ (i opisywany system) jest przygotowany na zapobieganie ziszczeniu się ryzyka lub reagowanie w przypadku jego wystąpienia. Sporządzanie oceny wpływu wymaga od organu uwzględnienia na bardzo wczesnym etapie prac nad systemem korzyści i potencjalnych niekorzystnych konsekwencji na każdym poziomie rozwoju i funkcjonowania systemu. Ponadto daje mu dogłębną wiedzę na temat pracy tego systemu, a odpowiednie ukształtowanie i podział kryteriów oceny wpływu może zapewnić uniwersalność zasad przeprowadzania oceny bez względu na różnorodność zaawansowania i mechanizmów działania systemów. Rozpowszechnienie tego instrumentu mogłoby także przyczynić się do podnoszenia świadomości ogólnych ryzyk związanych ze sztuczną inteligencją w administracji i społeczeństwie. Z uwagi na to w literaturze pojawiają się kolejne opracowania i raporty, w których zespoły badawcze opisują

sels Writes the Rules: The EU's New AI Regulation, 4.05.2021, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/05/04/machines-learn-that-brussels-writes-the-rules-the-eus-new-ai-regulation/> (dostęp: 28.12.2021).

⁷ Rada Unii Europejskiej, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts — Presidency Compromise Text*, 29.11.2021, <https://www.statewatch.org/media/2963/eu-council-ai-act-compromise-text-14278-21.pdf> (dostęp: 28.12.2021).

potencjalne korzyści z zastosowania oceny wpływu przy podejmowaniu decyzji o wdrożeniu SI w administracji publicznej⁸.

Sztuczna inteligencja i administracja publiczna — ocena wpływu z zapewnieniem udziału społeczeństwa dla wzmocnienia cyfrowej demokracji

Autorzy niniejszego artykułu uczestniczą w pracach zespołu badawczego w ramach Europejskiego Instytutu Prawa (European Law Institute, ELI), który przygotował zasady przeprowadzania oceny wpływu zastosowania SI w administracji publicznej⁹. Celem projektu „Artificial Intelligence (AI) and Public Administration — Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy” było opracowanie zasad proceduralnych przeprowadzania oceny wpływu i publikowania jej wyników przez organy administracji, które zamierza- ją wykorzystywać lub już wykorzystują systemy oparte na zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji tak, aby zapewnić przestrzeganie prawa, w tym prawa do dobrej administracji. Opracowana procedura zakłada uproszczenia dla systemów

⁸ Zob. G. Misuraca, C. van Noordt, *AI Watch Artificial Intelligence in Public Services. Overview of the Use and Impact of AI in Public Services in the EU*, 2020, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120399> (dostęp: 28.12.2021); M. Loi, *Automated Decision-Making Systems in the Public Sector: An Impact Assessment Tool for Public Authorities*, 2021, <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2021/06/ADMS-in-the-Public-Sector-Impact-Assessment-Tool-AlgorithmWatch-June-2021.pdf> (dostęp: 28.12.2021); ECP, *Artificial Intelligence Impact Assessment*, <https://ecp.nl/wp-content/uploads/2019/01/Artificial-Intelligence-Impact-Assessment-English.pdf> (dostęp: 28.12.2021); E. Moss *et al.*, *Assembling Accountability. Algorithmic Impact Assessment for the Public Interest*, 29.06.2021, <https://datasociety.net/library/assembling-accountability-algorithmic-impact-assessment-for-the-public-interest/> (dostęp: 28.12.2021).

⁹ European Law Institute, *Artificial Intelligence (AI) and Public Administration — Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy*, <https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/current-projects/ai-and-public-administration/> (dostęp: 28.12.2021). W skład zespołu badawczego wchodzi dziewięć osób, w tym: sprawozdawcy Marc Clement (*président de chambre au Tribunal administratif de Lyon*), Paul Craig (Oxford University), Jens Peter Schneider (Universität Freiburg) oraz przewodniczący zespołu badawczego Marek Wierzbowski. W zespole badawczym zasiadają Jonathan Dollinger, Franz Merli, Daniel Le Métayer oraz Karolina Wojciechowska i Katarzyna Ziółkowska z Katedry Prawa i Postępowania Administracyjnego Uniwersytetu Warszawskiego. Zespół ukończył już przygotowywanie dokumentu *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration*, który został zamieszczony na stronie European Law Institute i prawdopodobnie wkrótce będzie dostępny w polskim tłumaczeniu na stronach rządowych. Zespół jest wspierany przez kilkudziesięciosobowe grono członków ELI, którzy w tym celu utworzyli powołane przez ELI Komitety Doradczy i Konsultacyjny, a także ciała statutowe ELI.

uznanych za niosące mniejsze ryzyko oraz konieczność spełnienia dodatkowych warunków przy systemach wysokiego ryzyka. Dla tych ostatnich opracowane modelowe przepisy przewidują obligatoryjne przeprowadzenie konsultacji społecznych oraz audytu eksperckiego, łącząc tym samym elementy demokratyczne i technokratyczne. W tym względzie zespół inspirował się unijną procedurą przeprowadzania oceny wpływu przedsięwzięć publicznych i prywatnych na środowisko¹⁰.

Modelowe przepisy przewidują ustalanie przypadków, kiedy taka ocena wpływu jest niezbędna, a kiedy można z niej zrezygnować, jeśli system nie wiąże się z ryzykiem (na przykład system sortujący napływającą pocztę elektroniczną), przygotowanie raportu z oceny wpływu, a w wypadku systemów wiążących się z wysokim ryzykiem przeprowadzenie audytu eksperckiego i konsultacji społecznych. Zawierają również zasady odnoszące się do publikacji raportu oraz ewentualnie późniejszego przeglądu i powtórzenia oceny wpływu w pewnych przypadkach (na przykład po wprowadzeniu zmian do systemu). Modelowa procedura zawiera także przepisy odnoszące się do koordynacji z innymi procedurami (choćby z oceną ryzyka z RODO), wyważenia zasady transparentności i poufności prawnie chronionych tajemnic, współpracy między organem a dostawcą systemu oraz dostawcą danych czy organem nadzorującym.

Podsumowanie

W tekście zaprezentowano alternatywne podejście do problematyki regulacji wykorzystania SI, które zakłada w pewnych sytuacjach obarczonych ryzykiem wymóg przeprowadzenia *ex ante* oceny wpływu w miejsce ścisłych zakazów i nakazów. W omawianym przypadku mamy do czynienia z procedurą opracowaną w postaci modelowych przepisów przez zespół badawczy powołany i działający pod auspicjami Europejskiego Instytutu Prawa (ELI).

W ocenie autorów ocena wpływu, odpowiednio zastosowana, umożliwia bardziej elastyczną prewencję i reagowanie na istotne ryzyka, które może nieść z sobą wykorzystanie sztucznej inteligencji w administracji publicznej. Nałożenie obowiązku na organ administracji zamierzający wdrożyć system oparty na SI pozwala uniknąć problemów i niejasności, które nieuchronnie pojawiają się przy regulowaniu kwestii dotyczących dostawców systemów i innych podmiotów rozwijających SI. Jednocześnie procedura oceny wpływu jest odporna na nieprzewidywalne zmiany technologiczne, które nastąpią w przyszłości, gdyż cechuje się daleko idącą neutralnością technologiczną. Skupienie się na wpływie i warto-

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 roku w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko (Dz.Urz UE z 2012 r. poz. 26, s. 1–21).

ściach, które chcemy chronić, a nie konkretnych rozwiązaniach technologicznych, pozwoli procedurze pozostać aktualną, nawet jeśli w niedługim czasie algorytmy i metody rozwijania sztucznej inteligencji drastycznie się zmieniają. Dodatkowym istotnym elementem modelowej procedury jest obowiązek monitorowania zmian w systemie i ponowienia oceny wpływu po upływie określonego czasu lub w przypadku wprowadzenia znaczących modyfikacji w sposobie działania systemu.

Ocena wpływu, choć nowatorska jako mechanizm regulacji wykorzystania sztucznej inteligencji w administracji publicznej, sprawdziła się jako skuteczny instrument w prawie ochrony środowiska. Elastyczność oraz precyzyjność, którą umożliwia ocena wpływu, a także odpowiednie rozeznanie dla organu i możliwość zaangażowania społeczności oraz ekspertów w proces oceny przesądza o jej ogromnym potencjale jako alternatywy „tradycyjnego” podejścia regulacyjnego opartego na systemie zakazów i nakazów.

Bibliografia

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 roku w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko (Dz.Urz UE z 2012 r. poz. 26, s. 1–21).
- ECP, *Artificial Intelligence Impact Assessment*, <https://ecp.nl/wp-content/uploads/2019/01/Artificial-Intelligence-Impact-Assessment-English.pdf>.
- European Law Institute, *Artificial Intelligence (AI) and Public Administration — Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy*, <https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/current-projects/ai-and-public-administration/>.
- Human Rights Watch, *How the EU’s Flawed Artificial Intelligence Regulation Endangers the Social Safety Net: Questions and Answers*, 10.11.2021, https://www.hrw.org/news/2021/11/10/how-eus-flawed-artificial-intelligence-regulation-endangers-social-safety-net#_Part_III.
- Komisja Europejska, *Biała Księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania*, 19.02.2020, COM (2020) 65 final.
- Leyen U. von der, *A Union that Strives for More. My Agenda for Europe: Political Guidelines for the Next European Commission 2019–2024*, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43a17056-ebf1-11e9-9c4e-01aa75ed71a1>.
- Loi M., *Automated Decision-Making Systems in the Public Sector: An Impact Assessment Tool for Public Authorities*, 2021, <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2021/06/ADMS-in-the-Public-Sector-Impact-Assessment-Tool-AlgorithmWatch-June-2021.pdf>.
- MacCarthy M., Propp K., *Machines Learn that Brussels Writes the Rules: The EU’s New AI Regulation*, 4.05.2021, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/05/04/machines-learn-that-brussels-writes-the-rules-the-eus-new-ai-regulation/>.
- Misuraca G., Noordt C. van, *AI Watch Artificial Intelligence in Public Services. Overview of the Use and Impact of AI in Public Services in the EU*, 2020, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120399>.
- Moss E. et al., *Assembling Accountability. Algorithmic Impact Assessment for the Public Interest*, 29.06.2021, <https://datasociety.net/library/assembling-accountability-algorithmic-impact-assessment-for-the-public-interest/>.

- Rada Europy, *Algorithms and Human Rights. Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques and Possible Regulatory Implications*, 2018, <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html>.
- Rada Unii Europejskiej, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts — Presidency Compromise Text*, 29.11.2021, <https://www.statewatch.org/media/2963/eu-council-ai-act-compromise-text-14278-21.pdf>.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, 21.04.2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106(COD).
- Scherer M.U., *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, „Harvard Journal of Law & Technology” 29, 2016, nr 2.
- Taylor N.P., *Notified Bodies Join Chorus of Criticism of Proposed European AI Regs*, 26.10.2021, <https://www.medtechdive.com/news/notified-bodies-EU-proposed-artificial-intelligence-ai-regulation/608880/>.

Impact Assessment of the Use of Artificial Intelligence in Public Administration

Summary

The article discusses the issue of regulating artificial intelligence (AI). By referring to the European Commission's proposal for regulation on AI and its critique, the article demonstrates practical, political, and axiological difficulties in drafting effective regulation of AI. Without it, however, the potential of AI cannot be fully used, legally and transparently, by public administration. The authors of the article present model rules, elaborated together with their research team in the European Law Institute, which could establish procedural standards for conducting AI impact assessments by public bodies. In the authors' opinion, the impact assessment, if properly applied, can enable more flexible prevention of or response to significant risks arising from the use of artificial intelligence in public administration.

Keywords: artificial intelligence, AI, artificial intelligence regulation, public administration, Artificial Intelligence Act, impact assessment.

PAŃSTWO I GOSPODARKA —
SPOJRZENIE EKONOMICZNE

ZBIGNIEW LUTY

ORCID: 0000-0003-0279-8872

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

zbigniew.luty@ue.wroc.pl

Harmonizacja rachunkowości konwencjonalnej z rachunkowością islamską

Abstrakt: W artykule wskazano na rosnącą rolę ekonomii i kapitałów islamskich na świecie. Przedstawione zostały wybrane przedsięwzięcia zachęcające do inwestowania kapitału islamskiego we Francji, Wielkiej Brytanii i USA. W konkluzji stwierdzono, że należy doprowadzić do harmonizacji rachunkowości islamskiej z rachunkowością konwencjonalną, a także ukazano przyczyny rozpoczęcia prac legislacyjnych w tym obszarze oraz trudności z nimi związane.

Słowa kluczowe: rachunkowość, rachunkowość islamska, standardy rachunkowości.

Wstęp

Rachunkowość jest uznawana za język porozumiewania się w finansowych zagadnieniach biznesowych. Ze względu na rangę informacyjno-decyzyjną sprawozdań finansowych rachunkowość w każdym kraju regulowana jest tak zwanym prawem bilansowym. Globalizacja kapitału oraz umiędzynarodowienie transakcji biznesowych powodują jednak, że od lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku trwają prace związane z ujednoczeniem zasad rachunkowości w skali ogólnoświatowej. Nie jest to łatwe, albowiem ukształtowane zasady rachunkowości kontynentalnej oraz anglosaskiej mają głęboko zakorzenione tradycje i historyczną weryfikację. Dużo krajów przyjęło Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej (MSSF) jako obowiązujące prawo bilansowe, jednakże wiele obszarów gospodarczych oraz państw wciąż pozostaje przy tak zwanym lokalnym prawie bilansowym. Można tu wskazać US GAAP (ang. *generally accepted accounting*

principles) regulujące prawo bilansowe w krajach anglosaskich, w Polsce natomiast od 1995 roku obowiązuje ustawa o rachunkowości¹.

Do tych wskazanych dwóch systemów regulacji prawa bilansowego na świecie dochodzi trzeci — ekonomia islamska, która wypracowała standardy rachunkowości islamskiej i której kapitał bardzo intensywnie wchodzi w świat biznesu. Właśnie ta sytuacja skłania do zastanowienia się nad nową formułą harmonizacji rachunkowości, uwzględniającą transakcje biznesowe na warunkach ekonomii islamskiej.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie przyczyn powodujących konieczność nowej harmonizacji rachunkowości na świecie oraz obszarów nowych prac legislacyjnych. Postawiono hipotezę: „istnieje konieczność harmonizacji rachunkowości islamskiej z konwencjonalną”. W tekście jako podstawową zastosowano metodę analizy aktów prawnych oraz literatury² w badanym zagadnieniu.

Ekonomia islamska

Współczesna ekonomia islamska kształtuje się od lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku. S.M. Hasanuz Zaman pisze, że ekonomia islamska jest wiedzą i aplikacją nakazów i zasad szariatu w świetle zapewnienia satysfakcji istotom ludzkim i umożliwienia im wykonania ich obowiązków wobec Allaha i społeczeństwa³. M. Akram Khan wskazuje, że celem islamskiej ekonomii są studia nad ludzkim dobrobytem osiąganym dzięki organizowaniu zasobów ziemi, opierającym się na kooperacji i partycypacji⁴. Natomiast Kurshid Ahmad wyjaśnia, że ekonomia islamu jest systematycznym wysiłkiem zrozumienia ekonomicznych problemów i zachowań człowieka w relacji do tych problemów z islamskiej perspektywy⁵. Choć w przywołanych definicjach wyraźne jest odwołanie do zasad islamu, to

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 217.

² Zob. zwł. J. Adamek, *Kulturowe uwarunkowania rachunkowości w świetle założeń i praktyki rachunkowości islamskiej i chińskiej*, Warszawa 2012; M.U. Chapra, *What is Islamic Economics?*, Jeddah 2001; F. di Mauro *et al.*, *Islamic Finance in Europe*, „ECB Occasional Paper” 146, 2013; Financial Services Agency, *Taxation of J-Sukuk. Q&A*, 2012, <https://www.fsa.go.jp/en/news/2012/20120416-1/01.pdf> (dostęp: 1.03.2022); E. Jaworska, *Specyfika rachunkowości islamskiej. Wybrane zagadnienia*, Szczecin 2011; J. Karwowski, *Islamskie instrumenty pochodne*, Wrocław 2020; P. Klityńska, *Mysł Konfucjusza*, „Acta Erasmiana” 13, 2016, s. 75; D. Ndoye, *Islamic Finance in Europe: Products and Services*, Cork 2019; C. Roberts, P. Weetman, P. Gordon, *International Financial Accounting and Multinational Enterprises*, New York 1997.

³ Zob. S.M. Hasanuz Zaman, *Definition of Islamic Economics*, „Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics” 1, 1984, nr 2, <https://ssrn.com/abstract=3127466>.

⁴ Zob. M.A. Khan, *An Introduction to Islamic Economics*, Islamabad 1981.

⁵ Zob. K. Ahmad, *Studies in Islamic Economics*, Jeddah-Leicester 1976.

zasady religijne są tylko filozoficzno-etyczną podstawą biznesu islamskiego, których nie wolno przekroczyć.

Jak wskazuje raport Jouini i Pastré⁶, była francuska minister gospodarki powiedziała, że „dostosujemy nasze środowisko prawne, aby stabilność i innowacyjność naszego centrum finansowego przyniosła korzyści islamskim finansom”. Szacuje się, że 5% populacji zamieszkującej w UE jest wyznania muzułmańskiego i ci obywatele oczekują produktów finansowych zgodnych z ich przekonaniem religijnymi. Demografowie przewidują, że w 2050 roku liczebność tej grupy zwiększy się do 20%. Jest to duży segment rynku pieniężnego (wynagrodzenia), finansowego i konsumpcyjnego, w związku z czym takie kraje jak Francja, Niemcy, Wielka Brytania, Luksemburg, USA i Kanada szukają możliwości dostosowania prawa cywilnego, gospodarczego i finansowego do zasad islamu. Jeżeli do tego doda się, że w 2018 roku finanse islamskie oszacowano na prawie 2,4 miliarda dolarów w aktywach, a ich wzrost w ciągu ostatnich pięciu lat był dwukrotnie szybszy niż w przypadku finansów konwencjonalnych, zauważymy, że gra toczy się o wysokie kapitały, które wiele krajów chciałoby widzieć na swoim terenie.

Przykłady adaptacji islamskiego biznesu w wybranych krajach

W tym podrozdziale przedstawiamy kilka przykładów adaptacji lokalnego prawa gospodarczego do funkcjonowania biznesu islamskiego. Wybrano kraje, które bardzo aktywnie zabiegają o kapitał islamski i prowadzą między sobą rywalizację o ten kapitał.

Francja

Oto kilka przykładów instytucji finansowych, które otworzyły się na produkty islamskie:

1. Groupe 570 od 2010 roku uczestniczy w rynku nieruchomości.
2. France Sukuk Courtage w 2011 roku wprowadziła islamski produkt oszczędnościowy.
3. Swiss Life w 2012 roku utworzyła umowę ubezpieczeniową Salam-Epargne & Placement.
4. Easi Up (stworzony przez 570easi) i Aon w 2014 roku założyli pierwsze we Francji platformy zgodne z zasadami szariatatu.

⁶ E. Jouini, O. Pastré, *Challenges and Opportunities for the Development of Islamic Finance for the Paris Market: Ten Proposals to Collect 100 Billion Euros*, raport z 8.12.2008, za: <https://spire.sciencespo.fr/notice/2441/5konp4tce4se7d09j4iak704h> (dostęp: 1.03.2022).

5. Azurite Courtage w 2015 roku stworzył produkty ubezpieczeniowe takaful⁷ dla mieszkańców Francji.

6. Noorassur w latach 2016 i 2017 oferował produkty ubezpieczeniowe takaful (ochrona w tej opcji mogła też objąć hadżdż) i oszczędności zgodne z szariatem (na wesela, studia, emerytury itp.)⁸.

Marokański Chaabi Bank⁹ już w 1977 roku uruchomił oddział w Belgii. Obecnie Chaabi Bank ma 40 biur w Europie, zlokalizowanych w głównych miastach Niemiec, Belgii, Francji, Włoch i Holandii. W 2010 roku osiągnął skonsolidowany zysk netto w wysokości 273 milionów euro, co oznaczało wzrost o 6% w porównaniu do 2009 roku. Już te dane świadczą o intensywnym wejściu kapitału islamskiego do świata konwencjonalnego biznesu. Siła oddziaływania tego kapitału nie może zostać niezauważona w realizacji strategii finansowych obszarów gospodarczych i krajów ze sporym odsetkiem ludności muzułmańskiej.

Kraje otwierające się na kapitał islamski koncentrują działania w następujących obszarach:

— stabilność prawna i fiskalna islamskich instrumentów finansowych, szczególnie instrumentów sukuk¹⁰;

— uznanie islamskich produktów biznesowych;

— strategię lokat, depozytów i finansowania islamskich przedsięwzięć.

Kraje o dużej swobodzie zawierania kontraktów biznesowych są dobrze przygotowane na przyjęcie biznesu islamskiego. Wskazuje się¹¹, że Francja już ma w kodeksie cywilnym zapisy, które nie muszą być zmieniane, żeby były zgodne z zasadami islamu. Na przykład art. 1163 k.c., obowiązujący od 1 października 2016 roku, potwierdza, że każda umowa cywilna będzie musiała mieć pewną lub przynajmniej możliwą do określenia treść (przykładowo poprzez wskazanie w przypadku umowy kupna ilości i/lub jakości towaru — Sąd może orzec, że każda umowa kupna, która nie określa w wystarczający sposób przedmiotu zakupu, jest nieważna). Także nowy (również pochodzący z 2016 roku) art. 1103 k.c. w brzmieniu: „Umowy ustanowione zgodnie z prawem stanowią prawo dla tych, którzy je zawarli” umożliwi uznanie elementów szariatu zawartych w umowach za obowiązujące.

Co ważne, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych wskazuje, że umowy międzynarodowe mogą odnosić się do dowolnego prawa, nawet prawa niepaństwowego, pod warunkiem że jest ono publicznie znane

⁷ Spółdzielczy system zwrotu lub spłaty w przypadku straty, zorganizowany jako islamska lub zgodna z szariatem alternatywa konwencjonalnego ubezpieczenia.

⁸ <https://570easi.com/fr/simulateurs/570-immo-acquisition/> (dostęp: 1.03.2022).

⁹ <https://www.expansion.com/2011/07/07/empresas/banca/1310065751.html> (dostęp: 1.03.2022).

¹⁰ Islamski charakter instrumentu finansowego o charakterze własnościowym.

¹¹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041153?etatTexte=VI GUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF (dostęp: 1.03.2022).

i dostępne. Francuskie banki (Société Générale, BNP Paribas, Crédit Agricole) opracowywały islamskie produkty finansowe z poszanowaniem wymagań inwestorów i organów regulacyjnych islamskich poza Francją. Na przykład Crédit Agricole sfinansował projekt elektrowni w 2003 roku w Arabii Saudyjskiej, stosując islamską koncepcję kontraktowania, a Société Générale ogłosił w 2013 roku, że uruchomi program obligacji islamskich w Malezji o wartości 300 milionów dolarów w celu nabycia aktywów w Dubaju. W 2017 roku Société Générale zaczęło również oferować islamskie usługi finansowe osobom prywatnym w Maroku.

UCITS (*Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities*) — podmioty wspólnego inwestowania, uregulowane na poziomie europejskim w formie dyrektyw Rady UE¹² — działające we Francji mogą tworzyć indeksy zgodne z szariatem, takie jak Dow Jones Islamic Index, FTSE Islamic Global Index czy S&P Shariah Index. Mogą też korzystać z doradztwa rad szariatu w zakresie papierów wartościowych, a także analiz dywidend z punktu widzenia szariatu¹³.

Wskazane regulacje prawne i działania dowodzą szerokiego otwarcia się Francji na kapitał islamski. Podobnie jest w innych krajach — w niniejszym artykule zostaną wskazane jeszcze działania o podobnym charakterze w Wielkiej Brytanii i USA.

Wielka Brytania

W 2001 roku w Wielkiej Brytanii opublikowano rozporządzenie¹⁴, które wprowadza instrumenty sukuk na krajowy rynek finansowy. Jak pisze Mushtak Parker¹⁵, celem rządu w kwestii finansów islamskich jest zwiększenie konkurencyjności Wielkiej Brytanii w zakresie usług finansowych na świecie. Ustawa o usługach i rynkach finansowych z 2000 roku¹⁶ wyraźnie wyłącza alternatywne obligacje inwestycyjne (AFIB), klasę papierów wartościowych o charakterze dłużnym, która obejmuje sukuk, z przepisów dotyczących schematu zbiorowego inwestowania (CIS). W art. 77a ust. 2 umieszczono zapisy wskazujące, że instrumenty sukuk zachowują islamski charakter w postaci nienaliczania odsetek, a w zamian właściciele sukuk otrzymają w określonym terminie nominalną wartość instrumentu wraz z przypadającym zyskiem wygenerowanym przez aktywa nabyte z emisji tych sukuk.

¹² Dyrektywa Rady 85/611/EWG z dnia 20 grudnia 1985 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS).

¹³ Warto zaznaczyć, że w krajach europejskich nie ma regulacji dotyczącej istnienia i działania rad szariatu. Jeżeli dopuszcza się działalność tych rad, to dyskusyjna jest skuteczność ich interpretacji i doradztwa.

¹⁴ The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities), Order 2001/544.

¹⁵ Zob. M. Parker, *UK Gears Up to Issue First Corporate Sukuk*, „Arab News” 14.02.2010, <https://www.arabnews.com/node/337074> (dostęp: 1.03.2022).

¹⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents> (dostęp: 1.03.2022).

Stany Zjednoczone

W latach 1997 i 1999 OCC¹⁷ wydała dwa orzeczenia zatwierdzające produkty ijarah i murabaha na finansowym rynku USA. Należy przy tym podkreślić, że międzynarodowe instytucje finansowe w Stanach Zjednoczonych są podmiotami upoważnionymi przez określony stan i podlegają przepisom stanowym regulującym ład korporacyjny oraz operacje bankowe i ubezpieczeniowe. Wszystkie rachunki depozytowe oferowane przez banki amerykańskie muszą być ubezpieczone przez Federalną Korporację Ubezpieczeń Depozytów (FDIC), która ma zapewnić ogólne „bezpieczeństwo i stabilność” instytucji finansowych.

Chociaż żaden MIF (islamska instytucja finansowa) nie oferuje odsetek na swoich islamskich kontach depozytowych, FDIC zatwierdziła ubezpieczenie takich rachunków na podstawie tego, że zwrot z inwestycji nie musi być oparty na odsetkach, ale może polegać na udziale w zyskach i stratach. Illinois i niektóre inne stany uchwały „statut dzikiej karty”, który pozwala niezależnym instytucjom finansowym w tych stanach robić wszystko, na co OCC zezwala.

Stany Zjednoczone nie mają jednak centralnego organu odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności transakcji lub produktów z prawem szariatu. MIF w Stanach Zjednoczonych nie są przy tym zobowiązane do utrzymywania własnych rad nadzorczych szariatu, ale mogą współpracować z inną istniejącą radą szariatu w stanie, radą szariatu Ameryki lub indywidualnymi uczonymi w prawie religijnym. Nie jest wymagana zgoda organu regulacyjnego na powołanie przez IFI (islamską fundację religijną) członków rady nadzorczej szariatu. Istniejące amerykańskie instytucje islamskie, w szczególności Devon Bank, University Islamic Finance Bank i Guidance Residential, to banki dysponujące licencją państwową, które wystąpiły o ubezpieczenie FDIC dla deponentów i je otrzymały. OCC i władze bankowe Nowego Jorku, Illinois i kilku innych stanów zatwierdziły w ograniczonym zakresie określone struktury zgodne z szariatem w celu finansowania zakupów domów i innych transakcji detalicznych. Rada Gubernatorów Rezerwy Federalnej zezwala amerykańskim instytucjom finansowym na oferowanie produktów zgodnych z szariatem w innych krajach, w których jest on obowiązkowy lub konieczny, aby instytucja finansowa była konkurencyjna.

W 2008 roku American International Group Inc. (AIG) stała się pierwszą firmą ubezpieczeniową, która zaofiarowała islamskim właścicielom domów ubezpieczenie takaful w Stanach Zjednoczonych¹⁸. Takaful jest obecnie emitowany za pośrednictwem spółek zależnych AIG, Risk Specialist Companies Inc. i Lexington Insurance Company. Z kolei islamska firma usług finansowych Zayan Finance oferuje aktualnie takaful w wielu stanach. AIG utrzymuje radę szariatu, w skład

¹⁷ <https://www.occ.treas.gov/about/index-about.html> (dostęp: 1.03.2022).

¹⁸ Zob. *Takaful and Islamic Cooperative Finance: Challenges and Opportunities*, red. S. Ali Nazim, S. Nisar, Northampton 2016.

której wchodzi muzulmańscy uczeni uznający takaful za alternatywę konwencjonalnych ubezpieczeń na rynku amerykańskim.

Struktura *mudarabah*¹⁹ jest podstawą produktu depozytowego opracowanego przez SHAPE Financial Corporation i oferowanego amerykańskim deponentom przez University Islamic Financial Bank. Deponenti mają udział w zyskach banku, ale nie uczestniczą w stratach, które mogą zostać poniesione w wyniku inwestycji banku w portfel zgodny z szariatem. Struktura depozytów jest oparta na zasadzie *mudarabah*, a proporcjonalna część zysku jest wypłacana deponentom. Interpretacja OCC z 1999 roku pozwoliła Devon Bank zaoferować pewne produkty finansowe oparte na *murabaha*, aby umożliwić zakup i budowę islamskich szkół, meczetów, domów kultury i przedsiębiorstw. Od 1997 roku w USA funkcjonuje wiele indeksów giełdowych opracowanych zgodnie z prawem szariatu, na przykład Dow Jones Index, a osiem islamskich funduszy inwestycyjnych jest udostępnianych między innymi przez Amana Group, Azzad Funde i Saturna Capital.

Przedstawione przykłady działań legislacyjnych mających na celu otwarcie kraju na kapitał islamski wskazują, że podjęto decyzję o dostosowaniu prawa lokalnego, krajowego do warunków biznesu islamskiego, a nie żądania adaptacji biznesu islamskiego do prawa krajowego. Wydaje się, że jest to tendencja trwała i takie zmiany będą wprowadzane w wielu rozwiniętych krajach świata. Należy zauważyć, że w ramach ekonomii islamskiej opracowano już liczne standardy regulujące biznes islamski. W 2020 roku należało do nich zaliczyć standardy²⁰:

1. rachunkowości — 38;
2. audytu — 6;
3. szariatu — 59;
4. zarządzania — 13;
5. etyki — 2.

Należy założyć, że ekonomia islamska i islamski biznes są na wysokim poziomie teoretycznym i praktycznym. Zasad zawartych w opracowanych standardach nie należy lekceważyć, lecz dobrze rozpoznać i próbować doprowadzić do uzgodnienia wspólnych płaszczyzn prawnych z biznesem konwencjonalnym. Siła wiary i tradycji może być niestety tak duża, że prace nad harmonizacją rachunkowości islamskiej z konwencjonalną będą trwały wiele lat. Uznaję jednak, że należy koniecznie ten proces rozpocząć, by zlikwidować napięcia i spory na płaszczyźnie norm regulujących działanie biznesu, w tym rachunkowości. Rachunkowość jest wszak systemem porozumiewania się w biznesie, a partnerzy kontraktów muszą dobrze i jednoznacznie rozumieć zapisane w umowach warunki. Może się tymczasem zdarzyć, że te same słowa będą mieć różną treść definicyjną, a zatem i różną informacyjną. Międzykulturowa harmonizacja rachunkowości na świecie jest więc konieczna.

¹⁹ Forma umowy biznesowej, w której jedna strona wnosi kapitał, a druga osobisty wysiłek.

²⁰ <https://islamicmarkets.com/education/aaofi-standards> (dostęp: 1.03.2022).

Zakończenie

Jak wykazano w artykule, na świecie obecnie realizowane są trzy filozofie rachunkowości:

1. rachunkowość kontynentalna, oparta na MSSF;
2. rachunkowość anglosaska, oparta na US GAAP;
3. rachunkowość islamska, oparta na standardach AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution).

Ze względu na globalne przepływy kapitałów oraz transakcje multinarodowe te trzy systemy muszą nie tylko istnieć bezkonfliktowo obok siebie, ale także działać w kierunku wzajemnego zrozumienia wypracowanych zasad i norm biznesu. W artykule uchwycono następujące determinanty harmonizacji rachunkowości islamskiej z konwencjonalną:

- wielkość kapitału islamskiego;
- wielkość populacji ludności na świecie (nie tylko w krajach o przewadze religii muzułmańskiej) uznającej w życiu zasady religii muzułmańskiej;
- nacisk muzułmanów na możliwość prowadzenia biznesu na zasadach islamu w krajach o nieislamskiej perspektywie gospodarczej²¹;
- liczba i zakres działania islamskich instytucji finansowych;
- antykryzysowe (antyspekulacyjne) zasady prowadzenia islamskiego biznesu;
- uznanie teoretycznych zasad islamskiego biznesu za zgodne z koncepcją zrównoważonego rozwoju gospodarczego;
- rozwój teorii rachunkowości islamskiej oraz finansów islamskich do poziomu wypracowania obowiązujących regulacji prawnych.

Przesądza to o konieczności harmonizacji i pozytywnie weryfikuje hipotezę postawioną we wstępie. Należy jednak dostrzegać trudności w harmonizacji rachunkowości islamskiej z rachunkowością światową, do których zaliczam między innymi:

- uznanie wielu transakcji finansowych za niedopuszczalne w biznesie islamskim ze względu na zakaz pobierania i naliczania odsetek, spekulacji, transakcji wysokiego ryzyka i związanych z działalnością zakazaną religijnie;
- kontrolowanie biznesu islamskiego oraz rachunkowości islamskiej przez rady szariatu, podczas gdy istnieje ograniczona liczba uznanych autorytetów religijnych zdolnych do oceny transakcji biznesowych z punktu widzenia islamu;
- istnienie wielu szkół szariatu, których poglądy istotnie różnią się w kwestiach dotyczących prowadzenia biznesu;

²¹ <https://570easi.com/fr/simulateurs/570-immobilier-acquisition/> (dostęp: 1.03.2022). Grupa o nazwie 570 w 2010 roku wprowadziła we Francji jako pierwsza finansowanie zakupu nieruchomości na warunkach prawa islamskiego.

- dostosowanie prawa gospodarczego w większości krajów na świecie do nieislamskich zasad biznesowych;
- nieustępliwość ekonomii islamskiej w odniesieniu do zasad zgodnych z szariatem.

Patrząc perspektywicznie, stwierdzam, że pełna harmonizacja rachunkowości na świecie musi nastąpić. Problem tylko w tym, jaką drogą się to odbędzie. Wydaje się, że uzgodnienia w ramach obecnie opracowanych standardów są mało prawdopodobne. Bardziej racjonalne będzie przystąpienie do wypracowania zupełnie nowych standardów, akceptowanych przez wskazane trzy systemy filozofii rachunkowości.

Bibliografia

- Adamek J., *Kulturowe uwarunkowania rachunkowości w świetle założeń i praktyki rachunkowości islamskiej i chińskiej*, Warszawa 2012.
- Ahmad K., *Studies in Islamic Economics*, Jeddah-Leicester 1976.
- Chapra M.U., *What is Islamic Economics?*, Jeddah 2001.
- Di Mauro F., Caristi P., Couderc S., di Maria A., Ho L., Grewal B.K., Masciantonio S., Ongena S., Zaher S., *Islamic Finance in Europe*, „ECB Occasional Paper” 146, 2013.
- Financial Services Agency, *Taxation of J-Sukuk. Q&A*, 2012, <https://www.fsa.go.jp/en/news/2012/20120416-1/01.pdf>.
- Hasanuz Zaman S.M., *Definition of Islamic Economics*, „Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics” 1, 1984, nr 2, <https://ssrn.com/abstract=3127466>.
- Jaworska E., *Specyfika rachunkowości islamskiej. Wybrane zagadnienia*, Szczecin 2011.
- Jouini E., Pastré O., *Challenges and Opportunities for the Development of Islamic Finance for the Paris Market: Ten Proposals to Collect 100 Billion Euros*, raport z 8.12.2008.
- Karwowski J., *Islamskie instrumenty pochodne*, Wrocław 2020.
- Khan M.A., *An Introduction to Islamic Economics*, Islamabad 1981.
- Klityńska P., *Mysł Konfucjusza*, „Acta Erasmiana” 13, 2016.
- Ndoye D., *Islamic Finance in Europe: Products and Services*, Cork 2019.
- Parker M., *UK Gears Up to Issue First Corporate Sukuk*, „Arab News” 14.02.2010, <https://www.arabnews.com/node/337074>.
- Roberts C., Weetman P., Gordon P., *International Financial Accounting and Multinational Enterprises*, New York 1997.
- Takaful and Islamic Cooperative Finance: Challenges and Opportunities*, red. S. Ali Nazim, S. Nisar, Northampton 2016.

Źródła internetowe

- <https://570easi.com/fr/simulateurs/570-immo-acquisition/>.
- <https://islamicmarkets.com/education/aaofi-standards>.
- <https://www.thebanker.com/Markets/Top-Islamic-Financial-Institutions-2020>.
- <https://www.expansion.com/2011/07/07/empresas/banca/1310065751.html>.
- <https://www.ifac.org/what-we-do/global-impact-map?#members>.

<https://www.ifrs.org/use-around-the-world/use-of-ifrs-standards-by-jurisdiction/>.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_1c/LEGIARTI000032041153?etatTexte=VI.
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>.
<https://www.occ.treas.gov/about/index-about.html>.
<https://spire.sciencespo.fr/notice/2441/5konp4tce4se7d09j4iak704h>.

Harmonization of Conventional Accounting with Islamic Accounting

Summary

The article shows the growing role of Islamic economy and capital in the world. Selected undertakings to encourage Islamic capital investment in France, the UK and the USA are presented. The conclusion is that it is necessary to harmonize Islamic accounting with conventional accounting, showing both the reasons and the difficulties of legislative work in this area.

Keywords: accounting, Islamic accounting, accounting standards.

PIOTR NOWACKI

ORCID: 0000-0002-0359-7952

ADRA Poland Foundation

pnowacki@adra.pl

JERZY NIEMCZYK

ORCID: 0000-0002-0766-3929

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

jerzy.niemczyk@ue.wroc.pl

Koncepcja analizy strategicznej organizacji pozarządowych. Perspektywa teoretycznych podejść do strategii

Abstrakt: Podstawową tezę pracy jest stwierdzenie, że możliwe jest budowanie wartości NGO poprzez wykorzystanie ekonomii skali, zajmowanie pozycji monopolu, budowanie wartości dla interesariuszy i rozwiązania sieciowe. Celem przeprowadzonych analiz było zidentyfikowanie metod i narzędzi analizy strategicznej właściwych do analizy organizacji pozarządowych. Instrumentarium to w założeniach miało być pochodną narzędzi analizy strategicznej przypisywanych planistycznemu, pozycyjnemu, zasobowemu i sieciowemu podejściu do strategii. W przeprowadzonych rozważaniach wykorzystano krytyczną analizę piśmiennictwa oraz dokumentów i aktów prawnych dotyczących organizacji pozarządowych obowiązujących w Polsce. Badania prowadzono w latach 2018–2021. W analizach (szczególnie w częściach 1, 2 i 4) korzystano z badań zawartych w pracy doktorskiej Piotra Nowackiego, zatytułowanej *Analiza strategiczna w budowaniu wartości organizacji pozarządowych*.

Słowa kluczowe: NGO, zarządzanie strategiczne, analiza strategiczna.

Wstęp

Organizacje pozarządowe w ramach realizacji swojej podstawowej misji powinny wypełniać przestrzeń, którą trudno zająć organizacjom biznesowym i rzą-

dowi. Mimo takich wskazań organizacje te, podobnie jak wszystkie inne, powinny realizować swoje zadania zgodnie z celami strategicznymi i planem opisującym sposoby dojścia do tych celów. Organizacje pozarządowe mogą zatem budować swoją wartość poprzez wykorzystanie ekonomii skali, swoiste „monopolizowanie” rynku, kreowanie wartości dla swoich interesariuszy czy działania wykorzystujące rozwiązania sieciowe.

Celem przeprowadzonych analiz było wskazanie metod i technik analizy strategicznej przeznaczonych dla organizacji pozarządowych. Propozycja ta jest pochodną narzędzi analizy strategicznej przypisywanych czterem podejściom do strategii. W przeprowadzonych rozważaniach wykorzystano przede wszystkim krytyczną analizę piśmiennictwa oraz dokumentów i aktów prawnych dotyczących organizacji pozarządowych obowiązujących w Polsce. Badania prowadzono w okresie 2018–2021. W analizach (szczególnie w częściach 1, 2 i 4) opierano się także na badaniach zawartych w pracy doktorskiej współautora Piotra Nowackiego, zatytułowanej *Analiza strategiczna w budowaniu wartości organizacji pozarządowych*.

1. Pojęcie organizacji pozarządowej

Organizacje pozarządowe nazywane są również „trzecim sektorem”¹. Wprowadzenie tego terminu przypisuje się amerykańskiemu socjologowi i politologowi Amitaiowi Etzioniemu. Naukowiec ten w pracy *The Third Sector and Domestic Missions* stwierdził, że organizacje pozarządowe funkcjonują zdecydowanie odmiennie w stosunku do pozostałych dwóch sektorów, czyli publicznego i biznesowego². Próby wskazania na relacje i powiązania zachodzące między rynkiem, społeczeństwem i państwem podjął się Peter Abrahamson³. Obejmują one takie układy, jak:

1. rynek–państwo–strefa zysku i strat,
2. państwo–społeczeństwo obywatelskie–strefa publiczna i prywatna,
3. społeczeństwo obywatelskie–rynek–strefa nieformalna i formalna⁴.

¹ P. Kotler, *Strategies for Introducing Marketing into Nonprofit Organizations*, „Journal of Marketing” 43, 1979, nr 1, s. 37.

² Zob. J. Fudaliński, *Perspektywy rozwoju zarządzania społecznego w sektorze organizacji non profit w Polsce*, Warszawa 2013, s. 19.

³ Zob. W. Kwaśnicki, *Gospodarka społeczna z perspektywy ekonomii liberalnej*, „Trzeci Sektor” 2005, nr 2, s. 12.

⁴ *Ibidem*.

Termin „organizacja pozarządowa” został w Polsce użyty po raz pierwszy w 1997 roku w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w której zdefiniowano takie organizacje jako „stowarzyszenia, związki, izby oraz organizacje pracodawców i pracobiorców o charakterze ogólnokrajowym, w szczególności działające na rzecz osób niepełnosprawnych, tworzone na podstawie odrębnych przepisów”⁵. Pod koniec XX wieku organizacje pozarządowe w myśl przywołanej definicji były tworzone na podstawie wielu aktów prawnych⁶.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że wskazana definicja nie objęła fundacji, które tworzone były wtedy na podstawie ustawy z 6 kwietnia 1984 roku o fundacjach (Dz.U. Nr 21, poz. 97, zmodyfikowanej Dz.U. z 1991 r. Nr 19, poz. 82). Fundacje zostały wprowadzone do definicji organizacji pozarządowych dopiero w ustawie z 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. Nr 96, poz. 873). Organizacje pozarządowe zostały tam zdefiniowane jako „niebędące jednostkami sektora finansów publicznych lub przedsiębiorstwami, instytucjami badawczymi, bankami i spółkami prawa handlowego będącymi państwowymi lub samorządowymi osobami prawnymi nieposiadające osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, w tym fundacje i stowarzyszenia” z wyłączeniem partii politycznych i ich fundacji, europejskich partii politycznych i ich fundacji, związków zawodowych i organizacji pracodawców oraz samorządów zawodowych.

⁵ Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. Nr 123, poz 776), art. 2 ust. 3.

⁶ Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 roku Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. Nr 20, poz. 104); ustawa z dnia 23 maja 1991 roku o związkach zawodowych (Dz.U. Nr 55 poz. 234); ustawa z dnia 23 maja 1991 roku o organizacjach pracodawców (Dz.U. Nr 55, poz. 235); ustawa z dnia 1 grudnia 1961 roku o izbach morskich (Dz.U. Nr 58, poz. 320); ustawa z dnia 17 maja 1989 roku o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158); ustawa z dnia 21 grudnia 1990 roku o zawodzie lekarza z weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (Dz.U. z 1991 r. Nr 8, poz. 27); ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 roku o izbach aptekarskich (Dz.U. Nr 41, poz. 179); ustawa z dnia 30 maja 1989 roku o izbach gospodarczych (Dz.U. Nr 35, poz. 195); ustawa z dnia 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie (Dz.U. Nr 22, poz. 91); ustawa z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. Nr 85, poz. 428); ustawa z dnia 14 grudnia 1995 roku o izbach rolniczych (Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 3); rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 18 grudnia 1933 roku o nadaniu statusu izbie rzemieślniczej w Łodzi (M.P z 1934 r. Nr 5, poz. 11); rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 18 grudnia 1933 roku o nadaniu statusu izbie rzemieślniczej w Krakowie (M.P z 1934 r. Nr 4, poz. 10); ustawa z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze (Dz.U. Nr 16, poz. 124); ustawa z dnia 23 maja 1991 roku o organizacjach pracodawców (Dz.U. Nr 55, poz. 235); ustawa z dnia 23 maja 1991 roku o związkach zawodowych (Dz.U. Nr 55, poz. 234).

2. Sektor pozarządowy w Polsce — podstawowe informacje

Jak podaje Główny Urząd Statystyczny, na koniec 2020 roku w Polsce było aktywnych 95,2 tysiąca organizacji społecznych i partii politycznych, w tym: 9,3 tysiąca organizacji pożytku publicznego, 66,8 tysiąca stowarzyszeń i podobnych podmiotów, 16 tysięcy fundacji, 1,9 tysiąca społecznych podmiotów wyznaniowych, 2,1 tysiąca samorządów gospodarczych i zawodowych oraz 8 tysięcy stowarzyszeń zwykłych⁷. Mimo istnienia tak dużej liczby organizacji pozarządowych GUS podnosi, że aż 39% tego typu organizacji uzyskuje roczny przychód w wysokości do 10 tysięcy złotych, 37% w wysokości między 10 tysięcy a 100 tysięcy złotych, 19% w wysokości między 100 tysięcy a 1 milionem złotych, a tylko 5% w wysokości powyżej 1 miliona złotych⁸. Na podstawie tego zestawienia można stwierdzić, że organizacje pozarządowe w zdecydowanej większości są bardzo słabymi podmiotami. Wskaźnik Giniego dla rozkładu dochodów organizacji pozarządowych wyniósł 0,899 w 2018 roku, co obrazuje bardzo wysoki stopień rozwarstwienia dochodów⁹.

Według GUS środki z kategorii nierynkowej (dotacje i subwencje od samorządów lub państwa, 1% podatku, granty i darowizny od osób fizycznych, przedsiębiorstw i innych podmiotów) stanowiły 56,4% ogółu przychodów badanego trzeciego sektora. Największy udział, bo aż 42,8% wszystkich przychodów z kategorii nierynkowej, to środki ze źródeł publicznych, przekazywane przez administrację publiczną (samorządową i rządową, zagraniczne i unijne)¹⁰. Przywołane dane wskazują na dużą zależność organizacji pozarządowych od dotacji i subwencji samorządowych, rządowych lub unijnych¹¹. W efekcie organizacje pozarządowe zabiegają głównie o zadowolenie grantodawców, a nie klientów, przyjmując postawę „poszukiwacza grantów”¹². Spowodowane jest to tym, że usługi

⁷ GUS, *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2020 r.* — wyniki wstępne, stat.gov.pl/obszary-tematyczne/gospodarka-spoeczna-wolontariat/gospodarka-spoeczna-trzeci-sektor/dzialalnosc-stowarzyszen-i-podobnych-organizacji-spoecznych-fundacji-spoecznych-podmiotow-wyznaniowych-oraz-samorządu-gospodarczego-i-zawodowego-w-2020-r-wyniki-wstepne,3,9.html (dostęp: 20.04.2022).

⁸ GUS, *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2016 r.* — wyniki wstępne, notatka informacyjna z 27.12.2017, s. 7.

⁹ GUS, *Sektor Non Profit w 2018*, Kraków 2020, s. 64.

¹⁰ *Ibidem*, s. 70.

¹¹ P. Nowacki, *Wykorzystanie wybranych metod analizy strategicznej w diagnozie potencjału rozwojowego organizacji pozarządowych*, „Przedsiębiorczość Międzynarodowa” 2, 2016, nr 1, s. 26.

¹² M. Bohdziewicz-Lulewicz, *Balanced Scorecard jako narzędzie pomiaru oddziaływania społecznego w przedsiębiorstwach społecznych, tworzonych przez organizacje pozarządowe w Polsce*, „Ekonomia Społeczna” 2008, nr 2, s. 77.

ze środków pochodzących z dotacji czy też grantów świadczone są przeważnie za darmo. Czyni to 70,8% organizacji pozarządowych¹³, z czego 59% organizacji pożytku publicznego prowadzi działalność tylko w ramach działalności nieodpłatnej¹⁴. Może to powodować duże utrudnienie w uzyskaniu specjalizacji, choćby w jednym obszarze. Niesie także zagrożenie, że wystarczy choćby utrata jednego grantodawcy, aby wieloletnie doświadczenie w danym obszarze zostało zaprzepaszczone. Potwierdzenia tego założenia można próbować doszukiwać się między innymi w wynikach badań Małgorzaty Kwiecińskiej, które wykazały, że przeszło 20% badanych organizacji zmieniło obszar swojej działalności z powodu pozyskanych źródeł finansowania, a nie obranej strategii. Dodatkowo aż 60% badanych podmiotów traktuje strategię jako elastyczną koncepcję rozwoju z programami działania w odpowiedzi na pojawiające się źródła finansowania działalności organizacji¹⁵.

Między innymi ze wskazanych powodów warto uznać, że koncepcja zarządzania strategicznego, w tym proces formułowania i wdrażania strategii wraz ze związaną z nimi analizą strategiczną, powinna być wdrażana w sektorze pozarządowym¹⁶. Posiadanie dobrze określonej strategii zwiększa bowiem prawdopodobieństwo przetrwania organizacji pozarządowej oraz przyczynia się do wzrostu efektywności jej działania z jednoczesnym wytyczeniem późniejszych kierunków działalności¹⁷.

3. Analiza strategiczna z perspektywy szkół zarządzania strategicznego

Analiza strategiczna jest i była przedmiotem wielu opracowań naukowych. Mimo ogólnie przyjętej logiki prowadzenia tego typu badań przy skoncentrowaniu się na dwóch podstawowych składowych: analizie otoczenia i analizie wnętrza w wielu badaniach, schodząc na poziom szczegółowej analityki, dostrzeżemy propozycję różnego, często zupełnie odmiennego, ujmowania metod i technik prowadzenia analizy. Na potrzeby identyfikacji metod i technik analizy strategicznej organizacji pozarządowych przyjęto, że podstawowy schemat obejmie metody analizy: makrootoczenia, mikrootoczenia, wnętrza organizacji oraz me-

¹³ GUS, *Sektor Non Profit w 2018...*, s. 20.

¹⁴ GUS, *Sektor Non Profit w Polsce*, Warszawa 2014, s. 236.

¹⁵ M. Kwiecińska, *Zarządzanie strategiczne w organizacjach niedochodowych — wyniki badań*, [w:] *Zarządzanie strategiczne w badaniach teoretycznych i w praktyce*, red. A. Kaleta, K. Moszkowicz, Wrocław 2008, s. 175.

¹⁶ M. Hudson, *Bez zysków i strat. Sztuka kierowania organizacjami sektora pozarządowego*, Warszawa 1997, s. 68.

¹⁷ J. Fudaliński, *op. cit.*, s. 132.

tody analizy określane jako zintegrowane. W badaniach przyjęto jeszcze jedno kryterium grupowania metod i technik analizy strategicznej organizacji, mianowicie przynależność metody lub techniki analizy strategicznej do jednej z czterech szkół strategii. Do wybranych szkół, które korzystają z relatywnie wielu metod i technik charakterystycznych właśnie dla organizacji pozarządowych, należą szkoły: planistyczna, pozycyjna, zasobowa i sieciowa¹⁸.

Szkoła planistyczna budowania strategii koncentruje się wokół ekonomii skali. Metody PEST, techniki wskaźnikowe, analizy klasy *break even point*, macierz Ansoffa są wykorzystywane, gdy organizacja, by osiągnąć sukces, musi zidentyfikować warunki i ograniczenia budowania ekonomii skali. W przypadku organizacji pozarządowych ma to miejsce, gdy prowadzą one działania w dużej skali, koncentrujące się na szerszych niż lokalne obszarach działania.

Szkoła pozycyjna dostarcza metod i technik budowania strategii tym organizacjom pozarządowym, których sukces zależy przede wszystkim od ich udziałów w rynku określonych usług, od ich udziałów na rynkach podaży środków finansowych w ramach chociażby 1% lub w innych sytuacjach, przy których pozycja monopolistyczna gwarantowałaby sukces finansowy przedsięwzięciom realizowanym przez organizacje pozarządowe. Wtedy przydatne są narzędzia szkoły pozycyjnej, takie jak: metoda pięciu sił, metoda map grup strategicznych lub też metody portfelowe pomocne w sytuacjach nasycenia walki konkurencyjnej.

Natomiast szkoła zasobowa wskazuje na dominującą rolę kluczowych kompetencji w budowaniu strategii. Organizacje pozarządowe muszą opierać się w budowaniu swoich strategii na relacjach, marce, wizerunku czy też specyficznej wartości swojej kultury organizacyjnej. Zasoby te można zinwentaryzować dzięki metodom analizy strategicznej odwołującym się do różnych postaci analizy interesariuszy i analizy VRIO.

Szczególnych instrumentów analizy strategicznej może też dostarczyć szkoła sieciowa. Jej dorobek w zakresie metod i technik analizy sprowadza się głównie do wyodrębnienia rozmaitych postaci SNA (analizy sieci społecznych) służących identyfikacji istotnych relacji i wartościowych węzłów jako składowych strategii sieciowych. Podejście sieciowe wskazuje na możliwość uzyskania przez organizacje pozarządowe efektów wynikających z obniżenia kosztów transakcyjnych, efektów apriopriacji i efektów sieciowych, ale przede wszystkim różnych efektów w postaci renty współpracy. Te cztery grupy efektów w przypadku organizacji pozarządowych mogą być kluczowe przy generowaniu przez te organizacje dodatkowych wartości.

Wskazane przykłady wykorzystania dorobku czterech szkół strategii w doborze metod i technik analizy strategicznej dla organizacji pozarządowych będą podstawą propozycji analitycznej przedstawionej w kolejnej części przeprowadzonych analiz.

¹⁸ J. Niemczyk, *Strategia. Od planu do sieci*, Wrocław 2014.

4. Struktura analizy strategicznej organizacji pozarządowych

Na podstawie krytycznego przeglądu literatury przedmiotu i koncepcji ujmowania analizy strategicznej z perspektywy szkół strategii¹⁹ przy rozpatrywaniu przydatności dostępnych metod i technik analizy strategicznej dla polskich organizacji pozarządowych należy mieć na uwadze ich specyfikę. Elementem wyróżniającym organizacje pozarządowe jest to, że zjawisko konkurencji jest wśród nich bardzo słabe i ogranicza się głównie do konkurowania o finansowanie wydatków (darowizny od darczyńców i sponsorów)²⁰. Inną cechą charakterystyczną działań trzeciego sektora jest przewaga w nim elementów współpracy. Badania ogólnosiwiatowego sektora pozarządowego pokazują, że współpraca pomiędzy organizacjami pozarządowymi jest dla nich ważna (łączenie zasobów jest szczególnie istotne dla małych organizacji), a konkurencja należy do rzadkości, aczkolwiek ma ogromny potencjał do rozwoju w przyszłości²¹. Ta różnica jest wyraźnie widoczna dla państw i rynków, w których trzeci sektor znajduje się na początkowym etapie rozwoju, jak ciągle ma to miejsce w Polsce²². W literaturze światowej przeważa jednak pogląd, że wśród organizacji pozarządowych będzie rosła potrzeba walki konkurencyjnej²³. Wynika to z faktu, że środowisko, w którym funkcjonują organizacje pozarządowe, staje się coraz bardziej złożone i zmienne, wymagania interesariuszy rosną, a pozyskiwanie finansowania staje się coraz trudniejsze²⁴. Z tego powodu można sądzić, że zjawisko to będzie się nasilać również w Polsce wraz z rozwojem trzeciego sektora²⁵.

Zdaniem Jarosława Domańskiego obserwowanie otoczenia i identyfikowanie pojawiających się szans, które następnie powinny być konfrontowane z wewnętrznymi mocnymi stronami pod względem możliwości ich wykorzystania, jest szczególnie ważne dla organizacji pozarządowych²⁶. Jako pierwszy obszar analizy należy rozpatrzeć makrootoczenie. W przeciwieństwie do podmiotów komercyjnych w organizacjach pozarządowych makrootoczenie odgrywa najważ-

¹⁹ J. Niemezyk, R. Trzaska, *Analiza strategiczna przedsiębiorstwa w układzie podejść do strategii*, „Przegląd Organizacji” 12, 2020, s. 4–12.

²⁰ J. Domański, *Zarządzanie strategiczne organizacjami non profit w Polsce*, Warszawa 2010, s. 197.

²¹ D. Schwenger, T. Straub, S. Borzillo, *Non-Governmental Organizations: Strategic Management for a Competitive World*, „Journal of Business Strategy” 35, 2014, nr 4, s. 18.

²² J. Domański, *op. cit.*, s. 181.

²³ *Ibidem*.

²⁴ J. Pavičić, N. Renko, N. Alfirić, *The Role of Competitive Analysis and Marketing Orientation in Improving Competitiveness of the Non-Profit Sector — Theoretical Background and Empirical Evidence*, Fourth International Conference on Enterprise in Transition, Split 2001, s. 435.

²⁵ P. Nowacki, *op. cit.*, s. 30.

²⁶ J. Domański, *op. cit.*, s. 192.

niejszą rolę w analizie strategicznej²⁷. Spowodowane jest to tym, że organizacje pozarządowe są mocno powiązane ze społeczeństwem, funkcjonują na jego rzecz (realizują przede wszystkim działania i projekty na jego rzecz), wykorzystując jego zasoby (poprzez angażowanie do realizacji działań na przykład w formie wolontariatu), oraz dzięki niemu (co stanowi główne źródło finansowania ich kosztów, na przykład poprzez darowizny, spadki, granty). Z tego powodu w analizie strategicznej organizacji pozarządowej należy skupić się w znacznie większym stopniu na analizie otoczenia dalszego, szczególnie społecznego. Podobna różnica występuje przy analizie otoczenia demograficznego. Jednocześnie organizacje pozarządowe, w przeciwieństwie do organizacji drugiego sektora, cechuje mniejsza zależność od otoczenia międzynarodowego.

Pamiętając o specyfice funkcjonowania organizacji pozarządowych, można też wysnuć przypuszczenie, że ich zależność od otoczenia technologicznego jest zdecydowanie mniejsza, niż ma to miejsce w sektorze komercyjnym, natomiast zależność od otoczenia polityczno-prawnego jest zdecydowanie większa. Przydatność analizy PEST, charakterystycznej dla szkoły planistycznej, która wskazuje właśnie na przywołane przekroje, jest tutaj nie do przecenienia. Przy tym, co warte podkreślenia, powinna ona dotyczyć organizacji pozarządowych działających w makroskali.

Mając to na względzie, należałoby uznać, że najbardziej odpowiednią analizą makrootoczenia dla organizacji pozarządowej powinna być metoda rozszerzona analizy PEST w postaci metody DEEPLIST, koncentrująca się na sferach: demograficznej, ekonomicznej, ekologicznej, politycznej, prawnej, informacyjnej, społecznej i technologicznej lub z odpowiednim zawężeniem w zależności od profilu organizacji (z pominięciem analizy sfery ekologicznej czy technologicznej)²⁸. Przydatne w badaniu makrootoczenia okazują się też metody sieciowe badające relacje i węzły w różnych poświęconych organizacjom pozarządowym układach.

Kolejnym po analizie makrootoczenia obszarem analizy strategicznej jest mikrootoczenie. Przy uwzględnieniu specyfiki organizacji pozarządowych w badaniu ich otoczenia można w tym miejscu zastosować typowe analizy wykorzystywane w szkole pozycyjnej, takie jak chociażby analiza pięciu sił Portera²⁹. Modyfikując metody i techniki analizy strategicznej ze szkoły pozycyjnej, należy zawsze pamiętać, aby określić w organizacji, kto jest jej klientem, to znaczy — czy jest nim beneficjent, czy darczyńca lub grantodawca, a może obie te grupy w równej mierze? Nie można również zapominać o precyzyjnym określeniu mier-

²⁷ G. Gierszewska, B. Olszewska, J. Skonieczny, *Zarządzanie strategiczne dla inżynierów*, Warszawa 2013, s. 67–86.

²⁸ P. Nowacki, *op. cit.*, s. 31.

²⁹ M. Lindenberg, *Are We at the Cutting Edge or the Bunt Edge? Improving NGO Organizational Performance with Private and Public Sector Strategic Management Frameworks*, „Nonprofit Management and Leadership” 11, 2001, nr 3, s. 247–270; D. Schwenger, T. Straub, S. Borzillo, *op. cit.*, s. 11–19.

ników. Na przykład w analizie udziałów rynkowych producentów sektora mierzonym jest wysokość przychodu, który w przypadku organizacji pozarządowych świadczących swoje usługi bezpłatnie powinien zostać zastąpiony na przykład liczbą obsłużonych beneficjentów, tonażem przekazanych dóbr lub liczbą udzielonych usług.

Konkurencja pomiędzy organizacjami pozarządowymi nie jest tak intensywna jak w sektorze biznesowym i dlatego część metod i technik analizy strategicznej mikrootoczenia może nie być przydatna w tych organizacjach. Dotyczy to na przykład metod: profilu ekonomicznego sektora, analizy grona czy zegara strategii Bowmana. Z kolei zdaniem J. Domańskiego analiza grup strategicznych (mapy) powinna znaleźć zastosowanie w organizacjach pozarządowych³⁰. Mając na uwadze nasilenie konkurencji w trzecim sektorze, należy podnieść, że analiza grup strategicznych może być przydatna tylko w organizacjach pozarządowych, które konkurują z innymi podmiotami.

Wskazany autor wśród sugerowanych organizacjom pozarządowym metod analitycznych mikrootoczenia wymienia również analizę interesariuszy organizacji³¹. Jest to metoda charakterystyczna dla szkół zasobowej i sieciowej. Gdy weźmiemy pod uwagę wspomniane już niskie nasilenie konkurencji wśród organizacji pozarządowych, analiza interesariuszy organizacji wyda się najbardziej uniwersalną analizą otoczenia konkurencyjnego w organizacjach pozarządowych. Spowodowane jest to także specyfiką organizacji pozarządowych, polegającą na stosowaniu partycypacyjnych formuł pojmowania i realizacji funkcji zarządzania³². Istotny jest też podkreślany aspekt współpracy, przy którym stosowanie analizy interesariuszy jest nieodzowne. Zdaniem Johna M. Brysona, jeśli organizacja miałaby czas do wykonania badań tylko jedną metodą, powinna przeprowadzić analizę interesariuszy³³. Jest ona ponadto cennym wstępem do opracowania analizy SWOT i w ogóle identyfikacji skutecznych strategii³⁴. Waga analizy interesariuszy wynika z założenia, że kluczem do sukcesu w sektorze organizacji pozarządowych jest zadowolenie najważniejszych osób³⁵. Do podstawowych technik analizy interesariuszy wartych zastosowania w organizacjach pozarządowych należą: technika analizy podstawowej (ang. *basic analysis technique*), siatka władzy kontra zainteresowania (ang. *power versus interest grid*) oraz diagram wpływu interesariusza (ang. *stakeholder influence diagram*).

³⁰ J. Domański, *Model zarządzania strategicznego w organizacjach non profit*, [w:] *Koncepcje i metody zarządzania strategicznego oraz nadzoru korporacyjnego. Doświadczenia i wyzwania*, red. A. Zakrzewska-Bielawska, Warszawa 2010, s. 145.

³¹ *Ibidem*.

³² J. Fudaliński, *op. cit.*, s. 29.

³³ J.M. Bryson, *Strategic Planning for Public and Nonprofit Organizations: A Guide to Strengthening and Sustaining Organizational Achievement*, San Francisco 2011, s. 94, 132.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

Następnym obszarem analizy strategicznej jest wnętrze organizacji. Z tego samego powodu co przy analizie mikrootoczenia (niewielki stopień konkurencji trzeciego sektora) mało przydatnymi metodami i technikami będą: ocena profilu konkurencyjnego, metody oparte na zwrocie z kapitału czy też bazujące na kapitalizacji rynkowej z racji operowania zyskiem jako miernikiem wartości, który z zasady nie występuje w tego typu organizacjach.

Najważniejszą metodą analizy strategicznej organizacji w organizacjach pozarządowych powinna być analiza kluczowych kompetencji³⁶, również charakterystyczna dla szkoły zasobowej. Warto podkreślić, że głównym zasobem organizacji pozarządowej są jej kompetencje. Wynika to z faktu, że tego typu organizacje, jak już wielokrotnie wskazywano, zwykle nie operują dużymi zasobami finansowymi czy materialnymi.

Dla organizacji pozarządowych o zdywersyfikowanej działalności szczególnie przydatnymi metodami analizy organizacji są wybrane metody portfelowe. Uwzględniając specyfikę organizacji pozarządowych i ich zarządzania, specjalnie dla nich opracowano kilka metod portfelowych. Nie są to jednak klasyczne metody portfelowe opisywane jako metody ujęcia pozycyjnego. Są one oparte na tych samych zasadach działania, na których wzorują się modele stosowane w firmach, aczkolwiek zostały one zmodyfikowane tak, aby oddawały swoistość misji i kontekstów organizacji pozarządowych. To, co przede wszystkim wyróżnia te metody, to zastąpienie pojęcia „jednostka biznesu” (produkt/usługa) terminem „projekt” (sprawa/problem/aktywność) oraz wykorzystanie specyficznych dla organizacji pozarządowych kryteriów oceny³⁷. Warto wspomnieć o takich metodach portfelowych stworzonych dla organizacji pozarządowych, jak: macierz analizy portfolio Grubera i Mohra, macierz Compas Point’s Dual Bottom-Line, metoda P. Ringa, metoda K.P. Kearnsa, metoda MacMillana, macierz synergii sektorów, macierz Ashridge’a oraz metody ASON i ASON-BIS.

Po przeprowadzeniu analiz makrootoczenia, mikrootoczenia oraz wnętrza organizacji warto wykonać dodatkowo jedną z wybranych analiz zintegrowanych. Zdaniem J. Domańskiego wśród rekomendowanych dla organizacji pozarządowych metod analiz zintegrowanych znajduje się analiza SWOT³⁸. Warto wspomnieć, że Marek Lisiński zaleca organizacjom pozarządowym stosowanie zintegrowanej metody analizy strategicznej, to jest metodę SPACE, uważając jednocześnie, że analiza SWOT nie spełnia wymagań stawianych temu rodzajowi metod³⁹. Wskazana przez niego metoda jego zdaniem mocniej niż w przypadku

³⁶ J. Domański, *Model...*, s. 145

³⁷ T. Kafel, *Model zarządzania strategicznego w organizacjach non profit*, [w:] *Koncepcje i metody...*, s. 304.

³⁸ J. Domański, *Model...*, s. 145.

³⁹ M. Lisiński, *Możliwości zastosowania metody SPACE do formułowania strategii organizacji non profit*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 567, 2001, s. 70.

SWOT podkreśla wagę otoczenia konkurencyjnego, w której działa organizacja⁴⁰. Literatura przedstawia możliwość zastosowania metody SPACE w organizacjach pozarządowych poprzez wykorzystanie specjalnej metodyki oraz dobranie cząstkowych kryteriów oceny⁴¹. Sama konieczność dobrania cząstkowych kryteriów oceny z ustaleniem ich istotności wymaga jednak dużej wiedzy zespołu oceniającego, co w sytuacji braków kadrowych w organizacjach pozarządowych wydaje się dużym ograniczeniem praktycznej użyteczności tej metody.

Zakończenie

Przedstawione wyniki badań wskazują na potrzebę wykorzystania metod i technik analizy strategicznej w badaniach organizacji pozarządowych. Co warto podkreślić, nie powinny to być dowolne metody i techniki, wskazywane ze względu na ich popularność czy potencjalną łatwość w realizacji. Powinny to być narzędzia dobrane świadomie do kontekstu badanej organizacji: makrootoczenia, mikrootoczenia lub wnętrza organizacji i uwzględniające cele osiągnięte przez określone narzędzia, wynikające z przyporządkowania ich do konkretnych teoretycznych podejść do strategii. Wtedy uzyskane wyniki z dużym prawdopodobieństwem uwiarygodnią proces analizy strategicznej i pozwolą dobrać odpowiednią strategię dla organizacji pozarządowej.

Na tle rozważań dotyczących strategii i analizy strategicznej organizacji pozarządowych warto pokusić się jeszcze o szerszą refleksję wynikającą z przemyslenia ponownie roli państwa w zarządzaniu i miejsca organizacji pozarządowych. Od wielu dziesięcioleci ceniona jest teoria Johna M. Keynesa, w której to państwo stawia się w roli podmiotu wspierającego drugi sektor, jakim jest biznes. Zapaść w 2008 roku, a tym bardziej ostatni kryzys pandemiczny zweryfikowały negatywnie taką politykę. W 2008 roku w dużym uproszczeniu wszyscy podatnicy musieli wesprzeć sektor finansowy. W wyniku tego otrzymał on ogromne wsparcie finansowe ze strony państw. Czy jednak to on powinien być głównym beneficjentem pomocy? Ostatnie lata kryzysu pandemicznego doprowadziły do kolejnych trudności — państwa zadłużyły się jeszcze bardziej. Mimo tak ryzykownych posunięć nadal jesteśmy w kryzysie ekonomicznym i szeregu innych, jak na przykład klimatycznym, społecznym, demograficznym, migracyjnym czy rodziny.

Biorąc to pod uwagę, zasadne wydaje się rozważenie roli właśnie organizacji pozarządowych, dla których podstawową wartością jest realizacja misji kreowania dobra społecznego, a nie zysk. Organizacje pozarządowe jako podmioty krzewiące w największym stopniu ideę odpowiedzialności za dobro wspólne dają

⁴⁰ *Ibidem*, s. 77.

⁴¹ *Ibidem*.

nadzieję na zwiększenie społecznego zaangażowania we wspólne rozwiązywanie problemów zamiast kierowania roszczeń i oczekiwań do instytucji czy do siebie nawzajem. Organizacje pozarządowe dzięki zwracaniu uwagi społeczeństwa na ważne kwestie społeczne odwracają skupienie ludzi od myślenia tylko o ich indywidualnych problemach, które może być przyczyną ryzykownych zachowań. Organizacje pozarządowe, dzięki koncentrowaniu się na misji, mogą być taniymi podwykonawcami wielu usług, które obecnie realizują instytucje publiczne lub biznesowe, dzięki czemu może się poprawić efektywność gospodarowania środkami publicznymi⁴². Zaangażowanie pracowników administracji oraz biznesu w misję społeczną, którą oferują właśnie organizacje pozarządowe, zwiększy poczucie odpowiedzialności za dobro wspólne. Z tych powodów zasadne wydaje się, aby państwa skierowały większą uwagę na wspieranie organizacji pozarządowych i stwarzanie sprzyjających możliwości do angażowania społeczeństw w realizację dobra wspólnego. Umożliwienie przejmowania przez organizacje pozarządowe coraz większej liczby zadań obecnie realizowanych przez państwa powinno leżeć w interesie osób rządzących.

W tej sytuacji musi wzrosnąć znaczenie organizacji pozarządowych. Wpływanie to także na budowanie wokół tych organizacji nowej wiedzy oraz tworzenie teorii i praktyk im tylko przyporządkowanych. Nie wyklucza to oczywiście zapożyczania epistemologii i metodologii z innych obszarów nauki. Pośrednio wpływanie to na konieczność profesjonalizacji zarządzania tym obszarem aktywności państwa i społeczeństwa w wymiarze badanego w tym opracowaniu zarządzania strategicznego i mogącego być przedmiotem kolejnych badań zarządzania operacyjnego. Jak wiele jest tutaj do zrobienia, pokazał chociażby kryzys związany z wojną w Ukrainie w 2022 roku, w którego okresie organizacje pozarządowe przeszły nieplanowany test swej sprawności właśnie na poziomie strategii i działań operacyjnych.

Bibliografia

- Bohdziewicz-Lulewicz M., *Balanced Scorecard jako narzędzie pomiaru oddziaływania społecznego w przedsiębiorstwach społecznych, tworzonych przez organizacje pozarządowe w Polsce*, „Ekonomia Społeczna” 2008, nr 2.
- Bryson J.M., *Strategic Planning for Public and Nonprofit Organizations: A Guide to Strengthening and Sustaining Organizational Achievement*, San Francisco 2011.

⁴² Dobrym przykładem takich form działania może być idea tworzenia sklepów socjalnych, wdrażana w Polsce między innymi przez Fundację Wolne Miejsce czy Fundację ADRA Polska. Działalność odpłatna realizowana w postaci sklepów socjalnych daje możliwość zakupienia taniej artykułów spożywczych, co równocześnie przeciwdziała marnotrawstwu żywności.

- Domański J., *Model zarządzania strategicznego w organizacjach non profit*, [w:] *Koncepcje i metody zarządzania strategicznego oraz nadzoru korporacyjnego. Doświadczenia i wyzwania*, red. A. Zakrzewska-Bielawska, Warszawa 2010.
- Domański J., *Zarządzanie strategiczne organizacjami non profit w Polsce*, Warszawa 2010.
- Fudaliński J., *Perspektywy rozwoju zarządzania społecznego w sektorze organizacji non profit w Polsce*, Warszawa 2013.
- Gierszewska G., Olszewska B., Skonieczny J., *Zarządzanie strategiczne dla inżynierów*, Warszawa 2013.
- GUS, *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2016 r. — wyniki wstępne*, notatka informacyjna z 27.12.2017.
- GUS, *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2020 r. — wyniki wstępne*, stat.gov.pl/obszary-tematyczne/gospodarka-spoeczna-wolontariat/gospodarka-spoeczna-trzeci-sektor/dzialalnosc-stowarzyszen-i-podobnych-organizacji-spoecznych-fundacji-spoecznych-podmiotow-wyznaniowych-oraz-samorządu-gospodarczego-i-zawodowego-w-2020-r-wyniki-wstepne,3,9.html.
- GUS, *Sektor Non Profit w 2014*, Warszawa 2016.
- GUS, *Sektor Non Profit w 2018*, Kraków 2020.
- GUS, *Sektor Non Profit w Polsce*, Warszawa 2014.
- GUS, *Trzeci Sektor w Polsce — Stowarzyszenia, fundacje, społeczne podmioty wyznaniowe, organizacje samorządu zawodowego, gospodarczego i pracodawców w 2010 r.*, Warszawa 2013.
- Hudson M., *Bez zysków i strat. Sztuka kierowania organizacjami sektora pozarządowego*, Warszawa 1997.
- Kafel T., *Model zarządzania strategicznego w organizacjach non profit*, [w:] *Koncepcje i metody zarządzania strategicznego oraz nadzoru korporacyjnego. Doświadczenia i wyzwania*, red. A. Zakrzewska-Bielawska, Warszawa 2010.
- Kotler P., *Strategies for Introducing Marketing into Nonprofit Organizations*, „Journal of Marketing” 43, 1979, nr 1.
- Kwaśnicki W., *Gospodarka społeczna z perspektywy ekonomii liberalnej*, „Trzeci Sektor” 2005, nr 2.
- Kwicińska M., *Zarządzanie strategiczne w organizacjach niedochodowych — wyniki badań*, [w:] *Zarządzanie strategiczne w badaniach teoretycznych i w praktyce*, red. A. Kaleta, K. Moszkowicz, Wrocław 2008.
- Lindenberg M., *Are We at the Cutting Edge or the Bunt Edge? Improving NGO Organizational Performance with Private and Public Sector Strategic Management Frameworks*, „Nonprofit Management and Leadership” 11, 2001, nr 3.
- Lisiński M., *Możliwości zastosowania metody SPACE do formułowania strategii organizacji non profit*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 567, 2001.
- Niemczyk J., *Strategia. Od planu do sieci*, Wrocław 2014.
- Niemczyk J., Trzaska R., *Analiza strategiczna przedsiębiorstwa w układzie podejść do strategii*, „Przegląd Organizacji” 12, 2020.
- Nowacki P., *Analiza strategiczna w budowaniu wartości organizacji pozarządowych*, niepublikowana praca doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, Wrocław 2019.
- Nowacki P., *Wykorzystanie wybranych metod analizy strategicznej w diagnozie potencjału rozwojowego organizacji pozarządowych*, „Przedsiębiorczość Międzynarodowa” 2, 2016, nr 1.
- Pavičić J., Renko N., Alfirević N., *The Role of Competitive Analysis and Marketing Orientation in Improving Competitiveness of the Non-Profit Sector — Theoretical Background and Empirical Evidence*, Fourth International Conference on Enterprise in Transition, Split 2001.
- Schwenger D., Straub T., Borzillo S., *Non-Governmental Organizations: Strategic Management for a Competitive World*, „Journal of Business Strategy” 35, 2014, nr 4.

The Concept of Strategic Analysis of Non-Governmental Organizations: The Perspective of Theoretical Approaches to Strategy

Summary

The thesis of the paper is that non-governmental organizations (NGOs) can build their value by using economies of scale, by assuming the position of a monopoly, by creating value for stakeholders, or by activities using network solutions. Adopting the above statement allows us to formulate the aim of the work as a need to identify methods and techniques of strategic analysis dedicated to NGOs. In the search for appropriate methods, the concept of four approaches to strategy was used: planning, positional, resource and network approaches. In the conducted research, a critical analysis of the literature and an analysis of documents and legal acts concerning NGOs in Poland were used. The research was carried out in the period from 2018 to 2021. The analyses (especially in parts 1, 2 and 4) used the findings contained in the doctoral dissertation of co-author Piotr Nowacki, *Strategic Analysis in Building the Value of Non-Governmental Organizations*.

Keywords: NGO, strategic management, strategic analysis.

MATEUSZ PAPLICKI

ORCID: 0000-0002-4169-9298

Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu

mateusz.paplicki@umw.edu.pl

Badania kliniczne na rzecz dobra pacjenta i gospodarki

Abstrakt: Celem artykułu jest ustalenie, czy badania kliniczne przyczyniają się do poprawy dobrostanu zdrowotnego pacjentów oraz przynoszą wartość dodaną gospodarce. Ważnym zadaniem było również wykazanie, że bez badań klinicznych nie będzie rozwoju medycyny, a tym samym nowych skutecznych terapii wydłużających życie pacjentów i podnoszących jakość ich życia. Osiągnięcie założonego celu wymagało przeprowadzenia analizy literatury, piśmiennictwa oraz regulacji prawnych dotyczących badań klinicznych w kontekście korzyści, jakie te badania mogą przynieść pacjentowi i gospodarce.

Badania kliniczne są nieodzownym elementem procesu powstawania nowych leków. Wszystkie nowe leki muszą bowiem zostać przebadane w trakcie badań klinicznych pod kątem skuteczności i bezpieczeństwa, zanim zostaną podane pacjentom¹. Badania kliniczne są niezbędne, aby producent mógł zarejestrować nowy lek i wprowadzić go na rynek, tym samym są one fundamentem współczesnej medycyny i warunkiem dostępu pacjentów do nowoczesnych terapii oraz znacząco wpływają na poszerzenie zawodowej wiedzy lekarzy².

W ciągu ostatnich lat liczba prowadzonych w Polsce badań klinicznych znacząco wzrosła, ale na pewno nie jest to szczyt możliwości tego rynku. Sektor farmaceutyczny to przy tym jedna z najszybciej rozwijających się branż nie tylko w Polsce, lecz także na całym świecie. W Polsce przemysł farmaceutyczny stanowi 1% PKB, co czyni go największym rynkiem w Europie Środkowo-Wschodniej i szóstym co do wielkości w Unii Europejskiej³.

Zaobserwowany wzrost wynika przede wszystkim ze stopniowego znoszenia barier, które przez lata hamowały rozwój rynku badań klinicznych. Niestety wciąż istnieją liczne ograniczenia natury prawnej i organizacyjnej, których zniesienie lub zmiana pozwoliłyby rynkowi prężniej się rozwijać. Ograniczenia te występują na rynku zarówno krajowym, jak i Unii Europejskiej. Z tego

¹ Roche, *Dlaczego firma Roche prowadzi badania kliniczne?*, <https://wiedzapacjenta.roche.pl/pl/faq/roche-in-clinical-trials.html> (dostęp: 8.01.2022).

² GSK, *Badania kliniczne w Polsce*, <https://pl.gsk.com/pl-pl/badania-i-rozwoj/badania-kliniczne-w-polsce/#> (dostęp: 8.01.2022).

³ SERVIER, *Partnerzy polskiej gospodarki*, <https://servier.pl/content/partnerzy-polskiej-gospodarki> (dostęp: 8.01.2022).

powodu i polskie organy administracji rządowej, i instytucje europejskie podejmują wysiłki, aby badania kliniczne w coraz większym stopniu przynosiły pożytek zarówno pacjentom, jak i gospodarkom krajów, w których są prowadzone⁴.

Słowa kluczowe: badania kliniczne, rynek farmaceutyczny, pacjent, gospodarka.

Wstęp

Badania kliniczne korzystnie wpływają na koniunkturę wielu gałęzi polskiej gospodarki. Największą skalę korzyści odczuwa nie tylko sektor farmaceutyczny, ale w szczególności pacjenci. Dodatkowo w usługi na rzecz podmiotów prowadzących badania kliniczne zaangażowane są także różne firmy spoza branży medycznej — od kancelarii prawnych po firmy kurierskie, księgowo, usługi translatorskie itd.⁵ Na rynku farmaceutycznym w Polsce działa 115 producentów leków, ponad 660 hurtowni farmaceutycznych oraz ponad 12 tysięcy aptek⁶. Polska dzięki swojemu potencjałowi gospodarczemu, naukowo-badawczemu oraz dużej liczbie pacjentów tworzy bardzo dobrą bazę organizacji procesów badawczych i z roku na rok przyciąga nowych zainteresowanych, stając się liderem w Europie Środkowo-Wschodniej w prowadzeniu badań klinicznych⁷.

1. Badania kliniczne na rzecz dobra pacjenta

Starzejące się i jednocześnie bogacące się społeczeństwo, które jest coraz chętniejsze, by wydać więcej na produkty lecznicze mogące podtrzymać albo przedłużyć życie, w coraz większym stopniu wykorzystuje postęp wiedzy, jaki obserwuje się w ostatnim czasie. Postęp ten umożliwił poznanie przyczyn chorób cywilizacyjnych, identyfikowanie grup wysokiego ryzyka i właściwe ukierunkowanie interwencji medycznych, a także wcześniejsze wykrywanie tych chorób, co

⁴ E. Grzela, *Komercyjne badania kliniczne są siłą napędową rynku Europy Środkowej*, <https://pulsmedycyny.pl/komercyjne-badania-kliniczne-sa-sila-napedowa-ryнку-europy-srodkowej-979790> (dostęp: 8.01.2022).

⁵ INFARMA, *Jakie korzyści przynoszą badania kliniczne gospodarce*, <https://www.badaniaklinicznepolsce.pl/badania-kliniczne-w-polsce/badania-kliniczne-w-polsce/jakie-korzy%C5%9Bci-przynosza-badania-kliniczne-gospodarce/> (dostęp: 8.01.2022).

⁶ *Rynek farmaceutyków w Polsce*, <https://www.egospodarka.pl/19029,Rynek-farmaceutyko-w-w-Polsce,1,39,1.html> (dostęp: 8.01.2022).

⁷ *Sytuacja prawna podmiotów w badaniach klinicznych*, <https://mojafirma.infor.pl/prawo-autorskie/patent/750028,Sytuacja-prawna-podmiotow-w-badaniach-klinicznych.html> (dostęp: 8.01.2022).

umożliwia ich skuteczniejsze leczenie. Ponadto prace nad nowymi lekami stwarzają nowe możliwości terapeutyczne⁸.

Postęp ten jest niezbędny, ponieważ Światowa Organizacja Zdrowia prognozuje, że w perspektywie najbliższych 20 lat w krajach wysoko rozwiniętych choroby cywilizacyjne, takie jak: nowotwory złośliwe, choroby układu krążenia (w tym nadciśnienie, zawał mięśnia sercowego i udar mózgu), choroby nerek, cukrzyca, otyłość, choroby psychiczne (również depresja), choroby otyłościowe i uzależnienia od alkoholu, narkotyków i leków oraz zaburzenia komunikacji, pozostaną najczęstszą przyczyną zgonów⁹. Podstawową przyczyną większości tych chorób jest narażenie na niekorzystne czynniki środowiskowe i nieodpowiedni tryb życia (brak ruchu, mało zbilansowana dieta), skutkujące zmianami w układzie mięśniowo-szkieletowym, a także coraz częściej występujące przeciążenie umysłowe związane ze stresem psychospołecznym oraz procesami decyzyjnymi¹⁰.

W Polsce (nie licząc pandemii COVID-19) rosnąca liczba zachorowań i zgonów wynika głównie ze względów demograficznych. W perspektywie do 2050 roku proces starzenia bardzo przyspieszy i staniemy się jednym z najstarszych społeczeństw w Europie¹¹. W rezultacie zmieniającej się struktury demograficznej wystąpi wzrost chorobowości w zakresie chorób przewlekłych, przede wszystkim w grupach chorób układu krążenia i chorób nowotworowych¹².

W naszym kraju choroby nowotworowe są obecnie przyczyną około 20% wszystkich zgonów, w tym u kobiet w wieku 45–65 lat około 40% zgonów i 30% zgonów u mężczyzn w wieku 45–65 lat. Analiza trendów czasowych wskaźników zdrowotnych w Polsce wskazuje, że zagrożenie chorobami nowotworowymi — szczególnie nowotworami płuca i piersi w populacji kobiet, nowotworami prostaty u mężczyzn oraz nowotworami jelita grubego u obu płci — będzie nadal rosło. Dynamika wzrostu liczby zachorowań na nowotwory złośliwe w Polsce jest przy tym większa od dynamiki wzrostu liczby ludności i należy do najwyższych w Europie¹³.

⁸ Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Strategiczny program badań naukowych i prac rozwojowych*. „Profilaktyka i leczenie chorób cywilizacyjnych” STRATEGMED, Warszawa 2012, s. 1–6, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/strategmed_www.pdf (dostęp: 8.01.2022).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ A. Przybyłka, *Starzenie się ludności w Polsce jako wyzwanie dla systemu ochrony zdrowia*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 309, 2017, s. 181, <http://yadda.icm.edu.pl/yadda/element/bwmeta1.element.cejsh-24d36ce1-5f40-4447-8a21-4af6b76e7be8/c/16.pdf> (dostęp: 8.01.2022).

¹² Ministerstwo Zdrowia, *Polityka Lekowa Państwa 2018–2022*, s. 21, <https://www.gov.pl/attachment/bb36ad25-4342-4000-bfaa-64004c64a62c> (dostęp: 7.01.2022).

¹³ Por. Polska Unia Onkologii, *Epidemiologia*, [w:] *Narodowy Program Zwalczenia Chorób Nowotworowych*, <http://www.puo.pl/program-walki-z-rakiem/narodowy-program-zwalczania-chorob-nowotworowych/cele-programu-i-kierunki-dzialania> (dostęp: 7.01.2022); J. Didkowska, *Epidemiologia nowotworów złośliwych w Polsce*, [w:] *Podstawy onkologii klinicznej*, red. J. Meder, Warsza-

Według prognoz Krajowego Rejestru Nowotworów do 2025 roku nastąpi wzrost liczby zachorowań na choroby nowotworowe wśród kobiet o 25,1% (do 99,5 tysiąca) i o 13,9% wśród mężczyzn (do 90,4 tysiąca). W stosunku do 2014 roku zmiana wyniesie łącznie 19,4%. W 2016 roku standaryzowany współczynnik zgonów dla Polski, pozwalający na porównanie z innymi krajami niezależnie od różnic w strukturze wieku populacji tych krajów, osiągnął 193,8/100 tysięcy, podczas gdy średnia dla 27 krajów UE wynosiła 164,6/100 tysięcy¹⁴.

Należy przy tym podnieść, że polscy pacjenci postrzegają system ochrony zdrowia, w tym system opieki onkologicznej, za nieprzyjazny i niewystarczająco skupiony na ich potrzebach, między innymi przez błędną lub zbyt późną diagnozę czy też błędy przy kwalifikowaniu chorego do określonej metody leczenia¹⁵. Mając świadomość, że liczba chorób cywilizacyjnych wzrasta, musimy podkreślić, że tak ważne jest zapewnienie pacjentom świadczeń umożliwiających przeżycie jak największej liczby lat w pełnym zdrowiu. Cel ten można zrealizować między innymi poprzez odpowiednią politykę lekową, która jest integralną częścią polityki zdrowotnej, będącą równocześnie elementem polityki społecznej, finansowej i rozwojowej. Dostęp do skutecznych i bezpiecznych leków jest niezbędny, aby mogło dojść do zaspokojenia potrzeb zdrowotnych społeczeństwa i przyczynienia się do poprawy jakości życia.

Obszar produkcji leku na każdym etapie wymaga szczególnej troski od momentu jego powstania, przez badania kliniczne, wytwarzanie, dopuszczenie do obrotu i sprzedaż, po bieżący nadzór nad bezpieczeństwem farmakoterapii. Polityka lekowa realizowana jest zwłaszcza dzięki zapewnieniu pacjentom możliwości faktycznego korzystania z niezbędnej farmakoterapii. Mimo iż w ostatnich kilku latach poziom współpłacenia pacjentów systematycznie spada, to dostęp do niektórych terapii wciąż jest niezadowalający. Szczególnym wyzwaniem zarówno dla pacjentów, jak i organów władzy publicznej jest kwestia dostępności innowacyjnych technologii lekowych zgodnie z wytycznymi klinicznymi i standardami europejskimi. Problem z dostępem do innowacyjnych technologii lekowych można rozwiązać dzięki zwiększonej liczbie badań oraz lepszemu wykorzystaniu potencjału, jaki istnieje w obszarze badań klinicznych¹⁶.

wa 2011, s. 6 i 10, https://eu.cmkp.edu.pl/css_bart/dok_eu/Podstawy%20onkologii%20klinicznej.pdf#page=6 (dostęp: 8.01.2022); *Zachorowalność i umieralność na nowotwory a sytuacja demograficzna Polski*, red. A. Potrykowska et al., Warszawa 2014, s. 14 n., https://bip.stat.gov.pl/files/gfx/bip/pl/defaultstronaopisowa/805/1/1/zachorowalnosc_na_nowotwory.pdf (dostęp: 7.01.2022).

¹⁴ Ministerstwo Zdrowia, *Program wieloletni pn. NARODOWA STRATEGIA ONKOLOGICZNA na lata 2020–2030*, s. 7–8, <https://www.gov.pl/attachment/be17be43-04b3-46c5-8591-350f55650327> (dostęp: 8.01.2022).

¹⁵ All.Can, „*Jak polscy pacjenci oceniają opiekę onkologiczną?*”. Wyniki międzynarodowego badania ankietowego All.Can — odpowiedzi respondentów z Polski, Warszawa 2019, s. 6 n., http://www.all-can.pl/data/Raport_AllCan_2019_WWW.pdf (dostęp: 8.01.2022).

¹⁶ Ministerstwo Zdrowia, *Polityka Lekowa...*, s. 17–23.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne¹⁷ badaniem klinicznym jest każde badanie prowadzone z udziałem ludzi z zamiarem odkrycia lub potwierdzenia klinicznych, farmakologicznych, w tym farmakodynamicznych, skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych w celu zidentyfikowania działań niepożądanych jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych lub śledzenia wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, mając na względzie ich bezpieczeństwo i skuteczność.

Przed rozpoczęciem badania klinicznego należy rozważyć prawdopodobne ryzyko w porównaniu do przewidywanych korzyści dla osoby uczestniczącej w badaniu i dla społeczeństwa. Badanie może tylko wtedy zostać rozpoczęte i kontynuowane, jeżeli potencjalne korzyści dla jednostki i społeczeństwa wynikające z jego przeprowadzenia usprawiedliwiają ryzyko¹⁸.

Głównym beneficjentem badań klinicznych są pacjenci. Badania kliniczne dla pacjentów biorących w nich udział są często jedyną szansą na skorzystanie z dodatkowych opcji terapeutycznych, szczególnie gdy możliwości dostępne w systemie ochrony zdrowia zostały już wyczerpane. W jednym badaniu realizowanym w Polsce uczestniczy średnio kilkudziesięciu pacjentów¹⁹.

2. Badania kliniczne na rzecz dobra gospodarki

Strategicznym celem rozwoju polskiej nauki jest lepsze wykorzystanie wyników badań naukowych do podniesienia poziomu gospodarczego Polski, między innymi poprzez pełniejsze wdrożenie wyników badań w gospodarce, edukacji i kulturze. Szczególnie ważnym zadaniem polskiej nauki jest zmniejszanie luki cywilizacyjnej między Polską a krajami gospodarczo wysoko rozwiniętym, jak również udział w poprawie jakości życia polskiego społeczeństwa²⁰.

Rewolucja naukowo-techniczna sprawiła, że zwiększyła się rola krajów, które aktywnie uczestniczą w rozwoju nauki i techniki, na rzecz krajów zasobnych w czynniki produkcji. Wzrost nakładów na badania i rozwój spowodował natomiast, że postęp naukowo-techniczny wyprzedził znaczenie rozwoju przemysłowego.

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1977.

¹⁸ *Analiza ryzyka w badaniach klinicznych — formalny wymóg, zalecenie czy praktyczna potrzeba?*, <https://biotechnologia.pl/biotechnologia/analiza-ryzyka-w-badaniach-klinicznych-formalny-wymog-zalecenie-czy-praktyczna-potrzeba,18950> (dostęp: 8.01.2022).

¹⁹ INFARMA, *Wpływ na gospodarkę i potencjał rozwoju branży innowacyjnych firm farmaceutycznych w Polsce*, Warszawa 2017, s. 40 i 43, https://www.infarma.pl/assets/files/2017/Raport_INFARMA_Wplyw_na_polska_gospodarke_2017.pdf (dostęp: 8.01.2022).

²⁰ *Krajowy Program Badań. Założenia polityki naukowo-technicznej i innowacyjnej państwa*, załącznik do uchwały nr 164/2011 Rady Ministrów z dnia 16 sierpnia 2011 roku, s. 2, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/20110816_kpb.pdf (dostęp: 8.01.2022).

wego — teraz to kraje, które przodują w innowacyjności, wiodą prym w rozwoju gospodarczym²¹.

Unia Europejska, chcąc zniwelować dystans rozwoju, jaki dzieli ją od Stanów Zjednoczonych Ameryki czy Japonii, przyjęła w 2000 roku strategię lizbońską. Jej głównym celem było stworzenie na terytorium Europy najbardziej konkurencyjnej i dynamicznej gospodarki na świecie, zdolnej do trwałego rozwoju, opartej na wiedzy, tworzącej większą liczbę lepszych miejsc pracy oraz zapewniającą większą spójność społeczną. Przywódcy UE stwierdzili w Lizbonie, że edukacja i badania naukowe mają poważny wpływ na wzrost gospodarczy i zatrudnienie, a inwestowanie w ludzi oraz budowa aktywnego i dynamicznego państwa dobrobytu są podstawą gospodarki opartej na wiedzy²². Zakładany cel zamierzano osiągnąć, zwiększając wydatki na badania i rozwój krajów UE z poziomu 1,9 do 3% PKB Unii Europejskiej w porównaniu z 2,9% w USA i 3% w Japonii. Parlament Europejski zatwierdził ustaloną przez państwa członkowskie na poziomie 3% PKB wysokość nakładów na badania naukowe i projekty rozwojowe. Jednak ze względu na to, że posłowie nie dostali uprawnień do egzekwowania tego zobowiązania, w praktyce niewiele zrobiono²³.

Innowacje są jednym z kluczowych elementów zapewniających wzrost gospodarczy oraz odpowiadają za jego trwałość, a tym samym gwarantują poprawę jakości życia społeczeństwa. W szczególności innowacje w opiece zdrowotnej wydają się bardzo potrzebne dla społeczeństwa. Zdaje się, że jedynie innowacyjne leki mogą zaspokoić potrzeby zdrowotne pacjentów i przyczynić się do dokonania przełomu w leczeniu na przykład nowotworów czy dolegliwości układu mięśniowo-szkieletowego.

W zależności od badania łączny koszt wprowadzenia leku na rynek wynosi od 1 do nawet 5 miliardów euro, a proces ten może trwać nawet dłużej niż dziesięć lat²⁴. Niewiele jest na świecie, a zwłaszcza w Polsce, firm farmaceutycznych, które mają zasoby finansowe i są w stanie przez taki długi okres ponieść związane z tym ryzyko na etapie badań przedklinicznych, klinicznych i wprowadzenia leku na rynek.

Przemysł farmaceutyczny jest sektorem światowej gospodarki o największych rocznych wydatkach na badania i rozwój — w 2016 roku wydatki te przekroczyły 132 miliardy euro²⁵. Również w Europie sektory farmaceutyczny

²¹ K. Nowicka, *Innowacyjność sektora farmaceutycznego*, „Gospodarka Narodowa” 2006, nr 11–12, s. 70.

²² *Strategia Lizbońska: Zwiększenie konkurencyjności Europy, więcej lepszych miejsc pracy*, <https://www.europarl.europa.eu/highlights/pl/1001.html> (dostęp: 8.01.2022).

²³ *Ibidem*.

²⁴ PwC, *Wkład innowacyjnego przemysłu farmaceutycznego w rozwój polskiej gospodarki. Raport*, Warszawa 2011, s. 34, https://www.pwc.pl/pl/publikacje/pwc_wklad_innowacyjnego_przemyslu_farmaceutycznego_w_rozwoj_polskiej_gospodarki.pdf (dostęp: 8.01.2022).

²⁵ INFARMA, *Wpływ na gospodarkę...*

i biotechnologiczny z wynikiem 15,9% wydatków na badania i rozwój przodują w zestawieniu najbardziej innowacyjnych gałęzi, porównując je do innych sektorów gospodarki²⁶. Mimo że sektor farmaceutyczny w Europie przoduje w rankingach innowacji, to w porównaniu z USA nie wypada najlepiej. Jeszcze w latach dziewięćdziesiątych XX wieku w pierwszej dziesiątce największej inwestujących firm farmaceutycznych było aż sześć firm europejskich i cztery z USA, natomiast w 2002 roku sytuacja uległa odwróceniu i na dziesięć firm aż osiem jest z USA, a tylko dwie z Europy. Kraje europejskie, dawniej będące liderami na rynku farmaceutycznym, pozostają obecnie na dalszej pozycji głównie przez to, że wydatki na badania i rozwój z dziedziny medycyny w UE są znacznie niższe niż w USA. Tendencja ta utrzymuje się do dziś — na dzień 8 stycznia 2022 roku z ogólnej liczby 400 112 wszystkich badań klinicznych prowadzonych na świecie w 220 krajach ponad 30% prowadzi się w USA — 148 736, w Europie — 115 172, a w Polsce — 7917 badań²⁷.

Od 2000 roku prawodawca europejski próbuje zniwelować tę dysproporcję. Dlatego została wprowadzona dyrektywa 2001/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 kwietnia 2001 roku w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych przeznaczonych do stosowania przez człowieka²⁸. W punkcie 10 wstępu czytamy, że konieczność wprowadzenia dyrektywy 2001/20/WE wynika z potrzeby ujednoczenia zasad rozpoczynania i prowadzenia badań klinicznych oraz stawianych w tych przypadkach wymagań w poszczególnych państwach członkowskich. Zaistniałe różnice powodują opóźnienia i trudności, niekorzystnie wpływające na efektywne prowadzenie badań we Wspólnocie. Wobec tego niezbędne było uproszczenie i harmonizacja przepisów administracyjnych dotyczących prowadzenia badań klinicznych dzięki ustanowieniu jasnej, przejrzystej procedury i stworzenie warunków pozwalających na skuteczną koordynację badań klinicznych we UE przez odpowiednie władze²⁹.

Zakładanych celów nie udało się jednak osiągnąć przez to, że dyrektywa 2001/20/WE nie została w jednorodny sposób zaimplementowana w krajach UE. Niezlikwidowane bariery podtrzymały obawy o dalszy spadek konkurencyjności Europy jako miejsca prowadzenia badań klinicznych, dlatego zdecydowano o wprowadzeniu nowego aktu prawnego — tym razem w formie rozporządzenia, gdyż cechą charakterystyczną rozporządzenia jest obowiązek jego stosowania we wszystkich krajach członkowskich Wspólnoty bezpośrednio i wprost, bez konieczności implementacji do krajowego porządku prawnego, jak jest w przypadku dyrektywy. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014

²⁶ PwC, *op. cit.*, s. 35.

²⁷ ClinicalTrials.gov, <https://clinicaltrials.gov/ct2/results/map?map=> (dostęp: 8.01.2022).

²⁸ Dz.Urz. UE L 121 z 1.05.2001 ze zm.; dalej: dyrektywa 2001/20/WE.

²⁹ *Ibidem*.

z 16 kwietnia 2014 roku w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE³⁰ ma uregulować obszar badań klinicznych w sposób kompleksowy i jednolity we wszystkich państwach członkowskich, czyniąc środowisko prawne państw Europy bardziej przyjaznym dla potencjalnych sponsorów badań klinicznych³¹.

Rozporządzenie 536/2014 weszło w życie w 20 dni po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Według art. 99 tego rozporządzenia jego stosowanie rozpocznie się po upływie sześciu miesięcy od opublikowania przez Komisję zawiadomienia o uruchomieniu wymaganej rozporządzeniem infrastruktury informatycznej, jednak do momentu opracowania niniejszego artykułu (na dzień 8 stycznia 2022 roku) nie stworzono odpowiedniej infrastruktury informatycznej (portalu UE). Należy dodać, że akt ten ma za zadanie uregulowanie obszaru badań klinicznych w sposób kompleksowy i jednolity we wszystkich państwach członkowskich UE, czyniąc środowisko prawne państw Wspólnoty bardziej przyjaznym dla potencjalnych sponsorów badań klinicznych przy równoczesnym zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony i bezpieczeństwa uczestników badań³².

Według Atiny Krajewskiej celem tych zmian jest również wzmocnienie konkurencyjności Unii Europejskiej w obszarze farmacji i badań naukowych. Zmiany te posłużą do przybliżenia prawa europejskiego do obowiązującego w Stanach Zjednoczonych. Na mocy federalnej ustawy z 2012 roku o bezpieczeństwie i innowacyjności dla celów Agencji do spraw Żywności i Leków (Food and Drug Administration Safety and Innovation Act 2012) w USA uprawniono Agencję do spraw Żywności i Leków do współpracy z zagranicznymi instytucjami regulacyjnymi i organizacjami międzynarodowymi w celu promocji jednolitych standardów międzynarodowych dotyczących badań klinicznych. Oznacza to, że działania Parlamentu Europejskiego wpisują się w międzynarodowy trend ujednocniania i upraszczania procedur dotyczących badań naukowych³³.

Simplifikacji procedur dotyczących badań klinicznych planuje się dokonać między innymi dzięki: wprowadzeniu jednolitej procedury uzyskiwania pozwolenia na badanie kliniczne, opartej na jednakowej ramie prawnej we wszystkich krajach członkowskich UE, zarówno dla międzynarodowych, jak i krajowych badań klinicznych (komercyjnych i niekomercyjnych); stworzeniu jednej platfor-

³⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE (Dz.Urz. UE L 158/1 z 2014 r.); dalej: rozporządzenie 536/2014.

³¹ M. Gałązka, *Wpływ przepisów prawa Unii Europejskiej o badaniach klinicznych produktów leczniczych na polskie prawo karne*, „Forum Prawnicze” 2020, nr 2 (58), s. 57–61.

³² *Ibidem*.

³³ A. Krajewska, *Opinia o zgodności z zasadą pomocniczości projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi*, COM (2012)369, Kancelaria Senatu, Biuro Analiz i Dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, „Opinie i Ekspertyzy” OE-195, s. 3 i 4.

my komunikacji dla sponsora połączonej z bazą danych UE; opracowaniu jednej dokumentacji składanej przez sponsora poprzez portal UE, niezależnie od kraju, w którym zamierza prowadzić badanie; ustaleniu jednej opłaty; wydawaniu jednego pozwolenia/jednej decyzji; czy zmiany zasad gratyfikacji i rekompensaty kosztów dla uczestników badania klinicznego umożliwiającej obok rekompensaty poniesionych kosztów także możliwość rekompensaty obejmującej kwotę utraconych zarobków³⁴.

W Polsce jednym ze środków realizacji celów rozwoju nauki na rzecz gospodarki jest Krajowy Program Badań, który pozwala na ukierunkowanie strumienia finansowania badań naukowych i prac rozwojowych na te priorytetowe dziedziny i dyscypliny naukowe, które mają największy wpływ na rozwój społeczny i gospodarczy państwa. Krajowy Program Badań jest instrumentem, który doprowadzi do podniesienia poziomu i efektywności nauki w Polsce do europejskich i światowych standardów. Konkurencyjność i innowacyjność polskiej gospodarki można polepszyć dzięki uruchomieniu mechanizmów, które poszerzą popyt na wyniki badań użytecznych dla gospodarki. Efekt ten można osiągnąć, tworząc system skutecznych zachęt dla przedsiębiorców skłonnych do inwestowania w działalność badawczo-rozwojową poprzez zawieranie współpracy prywatnych podmiotów z jednostkami naukowymi tak, aby zabezpieczyć strategiczne potrzeby rozwojowe państwa polskiego³⁵.

Krajowy Program Badań obejmuje siedem strategicznych, interdyscyplinarnych kierunków badań naukowych i prac rozwojowych. Jedne z nich to choroby cywilizacyjne, nowe leki oraz medycyna regeneracyjna. Współczesna farmakologia to obecnie dziedzina multidyscyplinarna, mająca duże znaczenie gospodarcze dzięki umiejętnemu wykorzystaniu modelowania komputerowego, zaawansowanych metod analitycznych i analizy toksykologicznej, rozwojowi nanofarmakologii oraz poszukiwaniu leków celowanych o wybiórczym mechanizmie działania. Warunkiem osiągnięcia znaczącego postępu w obszarze nowych leków jest ustalanie preferencji dla wielośrodkowych i interdyscyplinarnych projektów z udziałem biologów molekularnych, prawników, informatyków, biochemików, lekarzy i farmakologów³⁶.

Uchwalony w 2011 roku Krajowy Program Badań nie zrealizował jednak w pełni swojego zadania w obszarze rozwoju nowych leków, dlatego administracja rządowa podjęła kolejne kroki, aby polski system farmaceutyczny się rozwinął, a pacjenci mieli dostęp do nowoczesnych terapii lekowych, chociaż do dziś nie wszedł w życie obiecany przez Ministerstwo Zdrowia projekt ustawy o badaniach klinicznych. Najnowsza wersja projektu ustawy z dnia 29 kwietnia 2021

³⁴ PwC, *Najważniejsze koncepcje prawne przewidziane w rozporządzeniu nr 536/2014*, [w:] *Badania kliniczne w Polsce. Raport*, Warszawa 2015, s. 42–44, <https://www.pwc.pl/pl/pdf/badania-kliniczne-raport-pwc.pdf> (dostęp: 8.01.2022).

³⁵ *Krajowy Program Badań. Założenia polityki...*, s. 2.

³⁶ *Ibidem*, s. 12.

roku o badaniach klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi³⁷ również nie została jeszcze uchwalona, a wydaje się niezbędna, ponieważ dostosowuje polskie przepisy z zakresu badań klinicznych do rozporządzenia 536/2014.

Tymczasem w 2019 roku ustawą z dnia 21 lutego 2019 roku o Agencji Badań Medycznych³⁸ powołano państwową agencję odpowiedzialną za rozwój badań w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu. Agencja Badań Medycznych jest podmiotem, którego działalność ma przynieść wymierne korzyści dla pacjentów poprzez ocenę i zastosowanie nowoczesnych technologii medycznych i metod terapeutycznych, których wykorzystanie powinno zaspokoić potrzeby zdrowotne społeczeństwa. Założenie to ma zostać osiągnięte dzięki zaangażowaniu środków publicznych w niekomercyjne (czyli prowadzone nie dla zysku) badania kliniczne. Mają one być nie tylko szansą dla polskich pacjentów, ale również okazją dla polskich naukowców na udział w światowych badaniach³⁹.

Mimo nielicznych i dopiero od niedawna podjętych działań administracji rządowej Polska systematycznie w kilku ostatnich latach zwiększała swój udział w rynku badań klinicznych oraz w handlu równoległym na rynku leków w Europie. Dodatkowo oba kierunki handlu równoległego — import i eksport — rozwijają się bardzo dynamicznie⁴⁰. Dzieje się tak między innymi ze względu na wykształconą kadrę medyczną, wysoką jakość jej pracy czy dużą populację pacjentów i wysoką efektywność ich rekrutacji⁴¹.

Cechą charakterystyczną polskiego rynku produkcji leków jest to, że produkuje i sprzedaje przede wszystkim leki generyczne, stanowiące około 85% produkcji krajowej⁴². Z kolei główną barierą ograniczającą rozwój i promocję oryginalnych innowacyjnych polskich leków jest bariera finansowa, której polskie firmy farmaceutyczne nie są w stanie samodzielnie zlikwidować. Dlatego powstają inicjatywy przedsiębiorców dotyczące wspólnego prowadzenia badań, aby podzielić ogromne koszty finansowe związane z prowadzeniem badań i prac rozwojowych⁴³.

³⁷ Projekt ustawy z dnia 29 kwietnia 2021 roku o badaniach klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12346302/12784810/12784811/dokument501327.pdf> (dostęp: 8.01.2022).

³⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2150.

³⁹ Agencja Badań Medycznych, *O Agencji*, <https://abm.gov.pl/pl/o-nas/o-agencji/34,O-Agencji.html> (dostęp: 8.01.2022).

⁴⁰ PwC, *Wkład innowacyjnego przemysłu...*, s. 25.

⁴¹ PwC, *Ocena potencjału Polski jako miejsca prowadzenia badań klinicznych*, [w:] *Badania kliniczne w Polsce...*, s. 19.

⁴² Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport z badania rynku hurtowego obrotu lekami w Polsce*, Warszawa 2006, s. 7, <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=2090> (dostęp: 8.01.2022).

⁴³ A. Tyszka, B. Lubos, *Innowacje w sektorze farmaceutycznym w Polsce*, „International Journal of Management and Economics” 24, 2008, s. 222.

W Polsce przemysł farmaceutyczny generuje 100 tysięcy miejsc pracy⁴⁴. Szacuje się, że każdemu pracownikowi branży farmaceutycznej odpowiada dodatkowe 3,5 etatu w gospodarce — jest to suma efektu pośredniego (wzrost zatrudnienia w sektorze badawczo-rozwojowym, w sektorze usług administracyjnych oraz usług biznesowych) i indukowanego (dochody pracowników firm farmaceutycznych i dostawców istotnie zwiększają liczbę miejsc pracy w sektorach związanych z konsumpcją, szczególnie w handlu oraz rolnictwie i przetwórstwie spożywczym)⁴⁵. Przemysł farmaceutyczny wytwarza przy tym 1% PKB Polski⁴⁶ — w 2020 roku było to około 23 miliardów złotych⁴⁷. Każda złotówka wartości dodanej wytworzona przez firmy farmaceutyczne generuje dodatkowe 1,97 złotego wartości dodanej w gospodarce, co wynika z wartości towarów i usług zamawianych przez te firmy w podmiotach należących do innych gałęzi gospodarki. Działalność firm farmaceutycznych przyczyniła się do wzrostu wartości dodanej wytworzonej w innych branżach, w szczególności: usług reklamowych, handlu, usług finansowych, usług badawczo-rozwojowych (B + R), ubezpieczeniowych i dotyczących nieruchomości. Każdy z tych sektorów, dzięki współpracy z firmami farmaceutycznymi, wytworzył w 2015 roku wartość dodaną w wysokości ponad 300 milionów złotych⁴⁸.

Korzyści płynące z realizacji badań klinicznych dotyczą nie tylko pacjentów i firm farmaceutycznych, ale generują również przychody dla budżetu państwa, ośrodków badawczych, w których są realizowane, oraz wpływają na budowę wizerunku kraju i pozycji badaczy na arenie międzynarodowej. Łączne roczne wpływy do budżetu państwa w 2016 roku z tytułu realizacji badań klinicznych w Polsce to około 1 miliarda złotych. Wpływy te wynikają z podatków i opłat wnoszonych bezpośrednio przez podmioty realizujące badania kliniczne oraz pośrednio z podatków płaconych przez podmioty współpracujące⁴⁹. Wpływy do budżetu państwa oraz udział w wytworzonym PKB Polski przemysł farmaceutyczny może jeszcze zwiększyć, gdy przyjęta 25 listopada 2020 roku przez Komisję Europejską strategia farmaceutyczna dla Europy zostanie zrealizowana. Jej głównymi celami są zapewnienie pacjentom dostępu do bezpiecznych i niedrogich leków oraz utrzymanie konkurencyjności europejskiego przemysłu farmaceutycznego.

W związku z kryzysem spowodowanym pandemią COVID-19 dodatkowego znaczenia nabrały dyskusje o potrzebie dywersyfikacji kluczowych łańcuchów

⁴⁴ *Lewiatan: Polska może stać się ważnym europejskim centrum produkcji farmaceutycznej*, <https://www.wiadomoscikosmetyczne.pl/artykuly/lewiatan-polska-moze-stac-sie-waznym-europejskim-c-67083/1> (dostęp: 8.01.2022).

⁴⁵ INFARMA, *Wpływ na gospodarkę...*, s. 30–31.

⁴⁶ *Lewiatan: Polska...*

⁴⁷ GUS: *PKB Polski w 2020 r. wyniósł nominalnie 2323,9 mld zł*, <https://forsal.pl/gospodarka/pkb/artykuly/8162453,gus-pkb-polski-w-2020-r-wyniosl-nominalnie-2-3239-mld-zl.html> (dostęp: 8.01.2022).

⁴⁸ INFARMA, *Wpływ na gospodarkę...*, s. 26–27.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 40 i 42.

dostaw oraz inwestycji w sektory o istotnym znaczeniu dla bezpieczeństwa i strategicznej autonomii UE. Szczególną rolę sektor farmaceutyczny będzie odgrywać w zapewnieniu tego bezpieczeństwa⁵⁰.

Zgodnie z zaproponowaną przez Komisję Europejską strategią farmaceutyczną część produkcji API (ang. *active pharmaceutical ingredients* — czyli substancji czynnych niezbędnych do wyrobu leków) wróci do UE. Polska ma przy tym dużą szansę wpisać się w unijne działania w tym zakresie i stać się centrum produkcji API w Europie Środkowo-Wschodniej⁵¹. Co ważne, niemal 80% leków sprzedawanych w Europie ma w składzie substancję aktywną (API) produkowaną przez chińskich lub hinduskich wytwórców⁵². Pandemia COVID-19 spowodowała w tym zakresie zakłócenia w łańcuchach dostaw i uświadomiła, że tak poważne uzależnienie Europy od dostaw z Azji stwarza duże ryzyko dla bezpieczeństwa lekowego obywateli UE. Powrót części produkcji API do UE, w tym do Polski, to ogromna szansa dla naszego sektora farmaceutycznego, który mógłby znacząco zaistnieć na rynku wartym aż 118 miliardów dolarów. Oznaczałoby to ograniczenie uzależnienia polskiego przemysłu od dostawców z Azji, wzrost innowacyjności oraz wzrost eksportu API na zewnętrzne rynki, na czym skorzystałaby cała polska gospodarka⁵³.

Zakończenie

Badania kliniczne bez wątpienia wpływają na dobro pacjenta i gospodarki. W Polsce i na świecie dość dawno zauważono te korzyści. Zrobiono też już dużo, aby proces umożliwiający dopuszczenie do obrotu nowej substancji przebiegał sprawnie i szybko, jednak wciąż istnieją liczne ograniczenia i trudności, które trzeba przezwyciężyć. Dlatego należy w możliwie jak największym stopniu znieść wszelkie bariery prawne i organizacyjne, aby ten sektor gospodarki mógł się jeszcze lepiej rozwijać. Zyska dzięki temu nie tylko gospodarka, ale przede wszystkim pacjenci — dzięki szybszemu dostępowi do nowoczesnych terapii — będą mogli wieść dłuższe i bardziej komfortowe życie.

⁵⁰ Konfederacja Lewiatan, *Unijna strategia farmaceutyczna*, <https://lewiatan.org/unijna-strategia-farmaceutyczna/> (dostęp: 8.01.2022).

⁵¹ Konfederacja Lewiatan, *Sektor farmaceutyczny rozmawiał z przedstawicielami KE*, <https://lewiatan.org/sektor-farmaceutyczny-rozmawial-z-przedstawicielami-ke/> (dostęp: 8.01.2022).

⁵² Monitor Branżowy PKO BP, *PKD 21. Produkcja podstawowych wyrobów farmaceutycznych*, https://wspieramyeksport.pl/api/public/files/2362/Produkcja_podstawowych_wyrobow_farmaceutycznych_IV_kw_2021.pdf (dostęp: 8.01.2022).

⁵³ Konfederacja Lewiatan, *Sektor farmaceutyczny...*

Bibliografia

- Agencja Badań Medycznych, *O Agencji*, <https://abm.gov.pl/pl/o-nas/o-agencji/34,O-Agencji.html>.
- All.Can, „*Jak polscy pacjenci oceniają opiekę onkologiczną?*”. Wyniki międzynarodowego badania ankietowego All.Can — odpowiedzi respondentów z Polski, Warszawa 2019, http://www.all-can.pl/data/Raport_AllCan_2019_WWW.pdf.
- Analiza ryzyka w badaniach klinicznych — formalny wymóg, zalecenie czy praktyczna potrzeba?*, <https://biotechnologia.pl/biotechnologia/analiza-ryzyka-w-badaniach-klinicznych-formalny-wymog-zalecenie-czy-praktyczna-potrzeba,18950>.
- ClinicalTrials.gov, <https://clinicaltrials.gov/ct2/results/map?map=>.
- Didkowska J., *Epidemiologia nowotworów złośliwych w Polsce*, [w:] *Podstawy onkologii klinicznej*, red. J. Meder, Warszawa 2011, https://eu.cmkp.edu.pl/css_bart/dok_eu/Podstawy%20onkologii%20klinicznej.pdf#page=6.
- Gałązka M., *Wpływ przepisów prawa Unii Europejskiej o badaniach klinicznych produktów leczniczych na polskie prawo karne*, „Forum Prawnicze” 2020, nr 2 (58).
- Grzela E., *Komercyjne badania kliniczne są siłą napędową rynku Europy Środkowej*, <https://pulsmedycyny.pl/komercyjne-badania-kliniczne-sa-sila-napedowa-ryнку-europy-srodkowej-979790>.
- GSK, *Badania kliniczne w Polsce*, <https://pl.gsk.com/pl-pl/badania-i-rozwoj/badania-kliniczne-w-polsce/#>.
- GUS: *PKB Polski w 2020 r. wyniósł nominalnie 2323,9 mld zł*, <https://forsal.pl/gospodarka/pkb/artykuly/8162453,gus-pkb-polski-w-2020-r-wyniosl-nominalnie-2-3239-mld-zl.html>.
- INFARMA, *Jakie korzyści przynoszą badania kliniczne gospodarce*, <https://www.badaniaklinicznepolsce.pl/badania-kliniczne-w-polsce/badania-kliniczne-w-polsce/jakie-korzy%20ci-przynosza-badania-kliniczne-gospodarce/>.
- INFARMA, *Wpływ na gospodarkę i potencjał rozwoju branży innowacyjnych firm farmaceutycznych w Polsce*, Warszawa 2017, https://www.infarma.pl/assets/files/2017/Raport_INFARMA_Wplyw_na_polska_gospodarke_2017.pdf.
- Konfederacja Lewiatan, *Sektor farmaceutyczny rozmawiał z przedstawicielami KE*, <https://lewiatan.org/sektor-farmaceutyczny-rozmawial-z-przedstawicielami-ke/>.
- Konfederacja Lewiatan, *Unijna strategia farmaceutyczna*, <https://lewiatan.org/unijna-strategia-farmaceutyczna/>.
- Krajewska A., *Opinia o zgodności z zasadą pomocniczości projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi, COM (2012)369*, Kancelaria Senatu, Biuro Analiz i Dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, „Opinie i Ekspertyzy” OE-195.
- Krajowy Program Badań. Założenia polityki naukowo-technicznej i innowacyjnej państwa*, załącznik do uchwały nr 164/2011 Rady Ministrów z dnia 16 sierpnia 2011 roku, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/20110816_kpb.pdf.
- Lewiatan: Polska może stać się ważnym europejskim centrum produkcji farmaceutycznej*, <https://www.wiadomoscikosmetyczne.pl/artykuly/lewiatan-polska-moze-stac-sie-waznym-europejskim-c,67083/1>.
- Ministerstwo Zdrowia, *Polityka Lekowa Państwa 2018–2022*, <https://www.gov.pl/attachment/bb36ad25-4342-4000-bfaa-64004c64a62c>.
- Ministerstwo Zdrowia, *Program wieloletni pn. NARODOWA STRATEGIA ONKOLOGICZNA na lata 2020–2030*, <https://www.gov.pl/attachment/be17be43-04b3-46c5-8591-350f55650327>.
- Monitor Branżowy PKO BP, *PKD 21. Produkcja podstawowych wyrobów farmaceutycznych*, https://wspieramyekSPORT.pl/api/public/files/2362/Produkcja_podstawowych_wyrobow_farmaceutycznych_IV_kw_2021.pdf.

- Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Strategiczny program badań naukowych i prac rozwojowych. „Profilaktyka i leczenie chorób cywilizacyjnych” STRATEGMED*, Warszawa 2012, https://archiwum.ncbr.gov.pl/fileadmin/user_upload/import/tt_content/files/strategmed_www.pdf.
- Nowicka K., *Innowacyjność sektora farmaceutycznego*, „Gospodarka Narodowa” 2006, nr 11–12.
- Polska Unia Onkologii, *Epidemiologia*, [w:] *Narodowy Program Zwalczenia Chorób Nowotworowych*, <http://www.puo.pl/program-walki-z-rakiem/narodowy-program-zwalczenia-chorob-nowotworowych/cele-programu-i-kierunki-dzialania>.
- Projekt ustawy z dnia 29 kwietnia 2021 roku o badaniach klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12346302/12784810/12784811/dokument501327.pdf>.
- Przybyłka A., *Starzenie się ludności w Polsce jako wyzwanie dla systemu ochrony zdrowia*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 309, 2017, <http://yadda.icm.edu.pl/yadda/element/bwmeta1.element.cejsh-24d36ce1-5f40-4447-8a21-4af6b76e7be8/c/16.pdf>.
- PwC, *Najważniejsze koncepcje prawne przewidziane w rozporządzeniu nr 536/2014*, [w:] *Badania kliniczne w Polsce. Raport*, Warszawa 2015, <https://www.pwc.pl/pl/pdf/badania-kliniczne-raport-pwc.pdf>.
- PwC, *Ocena potencjału Polski jako miejsca prowadzenia badań klinicznych*, [w:] *Badania kliniczne w Polsce. Raport*, Warszawa 2015, <https://www.pwc.pl/pl/pdf/badania-kliniczne-raport-pwc.pdf>.
- PwC, *Wkład innowacyjnego przemysłu farmaceutycznego w rozwój polskiej gospodarki. Raport*, Warszawa 2011, https://www.pwc.pl/pl/publikacje/pwc_wklad_innowacyjnego_przemyslu_farmaceutycznego_w_rozwoj_polskiej_gospodarki.pdf.
- Roche, *Dlaczego firma Roche prowadzi badania kliniczne?*, <https://wiedzapacjenta.roche.pl/pl/faq/roche-in-clinical-trials.html>.
- Rynek farmaceutyków w Polsce, <https://www.egospodarka.pl/19029,Rynek-farmaceutykw-w-Polsce,1,39,1.html>.
- SERVIER, *Partnerzy polskiej gospodarki*, <https://servier.pl/content/partnerzy-polskiej-gospodarki>.
- Strategia Lizbońska: Zwiększenie konkurencyjności Europy, więcej lepszych miejsc pracy*, <https://www.europarl.europa.eu/highlights/pl/1001.html>.
- Sytuacja prawna podmiotów w badaniach klinicznych*, <https://mojafirma.infor.pl/prawo-autorskie/patent/750028,Sytuacja-prawna-podmiotow-w-badaniach-klinicznych.html>.
- Tyszka A., Lubos B., *Innowacje w sektorze farmaceutycznym w Polsce*, „International Journal of Management and Economics” 24, 2008.
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport z badania rynku hurtowego obrotu lekami w Polsce*, Warszawa 2006, <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=2090>.
- Zachorowalność i umieralność na nowotwory a sytuacja demograficzna Polski*, red. A. Potrykowska, Z. Strzelecki, J. Szymborski, J. Witkowski, Warszawa 2014, https://bip.stat.gov.pl/files/gfx/bip/pl/defaultstronaopisowa/805/1/1/zachorowalnosc_na_nowotwory.pdf.

Clinical Trials for the Benefit of the Patient and the Economy

Summary

The aim of the article is to investigate whether clinical trials contribute to the improvement of the health of patients and bring added value to the economy. An important task was also to demonstrate that without clinical trials there will be no development of medicine and thus no new effective

therapies extending the life of patients and increasing the quality of this life. Achieving the assumed goal required an analysis of the literature and legal regulations regarding clinical trials in the context of the benefits that these trials can bring to the patient and the economy.

Clinical trials are an indispensable element in the process of developing new drugs. All new drugs must be tested in clinical trials for effectiveness and safety before they are administered to patients. Clinical trials are necessary for a drug manufacturer to be able to register a new drug and introduce it to the market, and so they constitute the foundation of modern medicine and are a condition for patients' access to modern therapies and significantly contribute to expanding the professional knowledge of doctors. In recent years, the number of clinical trials conducted in Poland has increased significantly, but it is certainly not the peak of this market's potential. The pharmaceutical sector is one of the fastest growing industries not only in Poland but also around the world. In Poland, the pharmaceutical industry accounts for 1% of the country's GDP, which makes it the largest market in Central and Eastern Europe and the sixth largest in the European Union. The observed increase results mainly from the gradual lifting of barriers that had been inhibiting the development of the clinical trials market for many years. Unfortunately, there are still numerous legal and organizational limitations, which, if removed or changed, would allow the market to develop more dynamically. These limitations are present on both the domestic and the European Union markets. Therefore, Polish government administration bodies as well as European institutions make efforts to ensure that clinical trials become increasingly beneficial to both the patients and the economy of the countries in which they are conducted.

Keywords: clinical trials, pharmaceutical market, patient, economy.

EWA STAŃCZYK-HUGIET

ORCID: 0000-0002-3218-3812

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

ewa.stanczyk-hugiet@ue.wroc.pl

Kilka uwag dotyczących reform szkolnictwa wyższego

Abstrakt: Zadaniem rozważań przedstawionych w artykule jest analiza reform szkolnictwa wyższego w wybranych krajach Europy w ujęciu historycznym w celu identyfikacji rozwiązań i praktyk w zakresie zarządzania i ustroju, finansowania oraz procesów integracji uczelni. Całość analizowana jest z perspektywy korporatyzacji uczelni i elementów menedżeryzmu. Głównym wnioskiem z przeprowadzonej analizy jest ten odnoszący się do postulatu wdrażania praktyk sektora prywatnego, które mogą poprawić funkcjonowanie sektora publicznego. Takie przekonanie doprowadziło w niektórych krajach do interwencji, w wyniku których urynkowiono uczelnie i skupiono się na ich efektywności, wynikach, odpowiedzialności i instytucjonalnej autonomii.

Słowa kluczowe: reformy, szkolnictwo wyższe, korporatyzacja, menedżeryzm.

Wstęp

Reforma szkolnictwa wyższego (dalej określanego jako uczelnie) była nagłą potrzebą w polskich warunkach. Ale nie tylko... Właściwie można przyjąć, że reformy uczelni mają charakter permanentny i wiążą się z poszukiwaniem modelu idealnego. Jak każda zmiana, szczególnie instytucjonalna i radykalna, wymagają jednak odpowiedniego przygotowania i przede wszystkim czasu. W wielu krajach taka reforma początkowała kolejne zmiany i dalsze próby znalezienia rozwiązań instytucjonalnych.

Uczelnia jest instytucją służącą społeczeństwu. Jej celem jest tworzenie nowej wiedzy (działalność badawcza i komercjalizacja jej wyników) oraz jej przekazywanie (działalność dydaktyczna). Są to procesy wypracowane w wyniku wieloletniej kultury wykształconej w ośrodkach akademickich, mające głęboki oraz permanentny charakter.

Celem rozważań przedstawionych w artykule jest analiza reform szkolnictwa wyższego w wybranych krajach Europy w ujęciu historycznym, będąca próbą identyfikacji rozwiązań i praktyk w zakresie zarządzania i ustroju, finansowania oraz procesów integracji uczelni. Całość poprzedzona jest informacjami ogólnymi prezentującymi analizowany sektor.

Rola szkolnictwa wyższego w gospodarce

Uczelnie mają istotne znaczenie w społeczeństwie i gospodarce. Z perspektywy polityki ekonomicznej są one z jednej strony adresatami zmian, a z drugiej — ich agentem¹.

Sektor szkolnictwa wyższego tworzą głównie uczelnie publiczne, które w różnym zakresie kierują się misją dydaktyczną lub badawczą. W uczelniach, w których aktywność jest zorientowana na badania, postrzega się prowadzenie działalności badawczej jako istotę uczelni, a dydaktyczna działalność jest profilowana jako inspirowana badaniami. Takie uczelnie na całym świecie uzyskują znaczące fundusze zarówno z sektora publicznego, jak i z innych źródeł, które wspierają realizację ich misji badawczej. Pozostałe placówki bardziej koncentrują się na działalności dydaktycznej i szkoleniowej, tym samym mając wkład w rozwój lokalny i lokalnie niezbędne umiejętności. Uczelnie w ramach swoich dwóch podstawowych funkcji, czyli kształcenia i prowadzenia działalności badawczej, są odpowiedzialne za kształtowanie kapitału ludzkiego i wytwarzanie wiedzy. Z perspektywy czasu można sądzić, że w Polsce w okresie transformacji systemowej stracono z oczu te cele, tak oczywiste i naturalne na Zachodzie.

Kształcenie i prowadzenie badań jest naturalnym procesem udoskonaleń i postępu, co generuje dla szeroko rozumianej gospodarki korzyści, które należy przedkładać nad korzyści indywidualne. Politycy podkreślają zatem potrzebę rozwoju i budowania gospodarki opartej na wiedzy oraz dążenia do doskonałości².

Kształtowanie kreatywnego kapitału ludzkiego jest jednym z zadań i kontrybucji uczelni na rzecz gospodarki. Co roku kolejni absolwenci wchodzi na rynek pracy³, wyposażeni w adekwatną wiedzę oraz umiejętności krytycznego myślenia, by zasilić gospodarkę i jej sektory. Uczelnie są więc jednymi z kluczowych

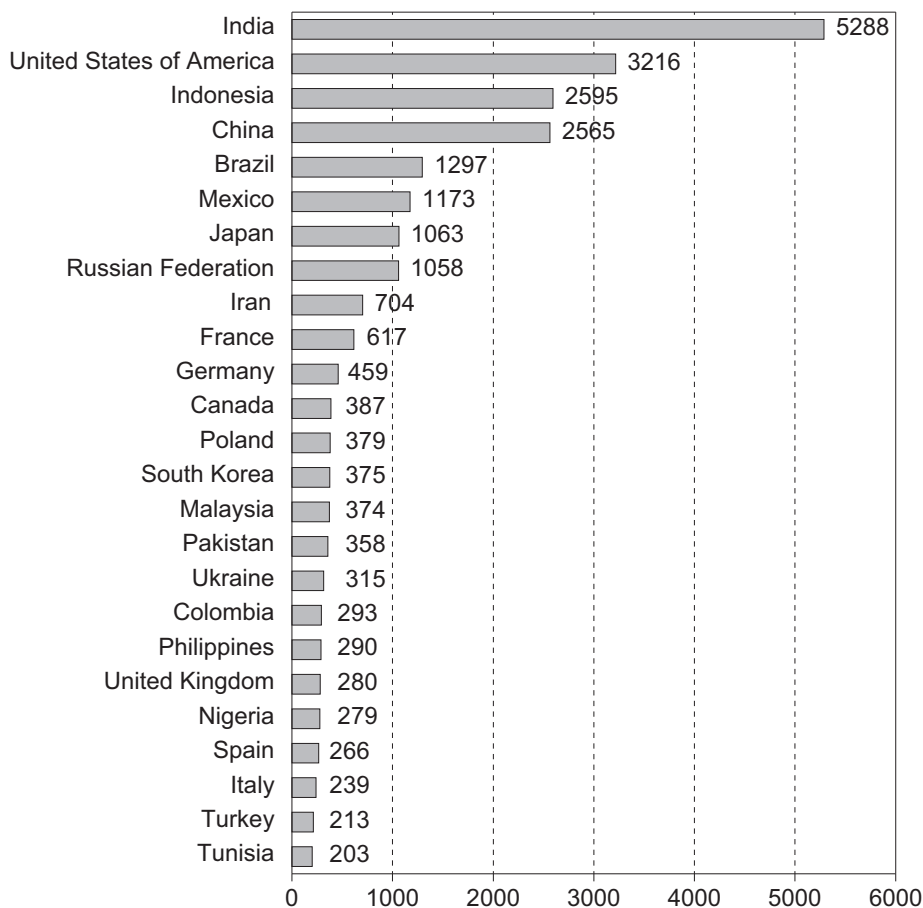
¹ B. Barrett, *The Dual Roles of Higher Education Institutions in the Knowledge Economy*, „International Journal of Multidisciplinary Perspectives in Higher Education” 4, 2019, nr 1, s. 76–88.

² T. Schulze-Cleven *et al.*, *The New Political Economy of Higher Education: Between Distributional Conflicts and Discursive Stratification*, „Higher Education” 73, 2017, s. 795–812; V. Frunzaru *et al.*, *Challenges to Higher Education in the Knowledge Economy: Anti-Intellectualism, Materialism and Employability*, „Knowledge Management Research & Practice” 16, 2018, nr 3, s. 388–401.

³ R. Comunian, A. Faggian, *Creative Graduates and Creative Cities: Exploring the Geography of Creative Education in the UK*, „International Journal of Cultural and Creative Industries” 2014, nr 1 (2), s. 19–34.

aktorów przyczyniających się do generowania wzrostu ekonomicznego w skali regionu i szerzej — gospodarki.

Jak wcześniej sygnalizowano, znaczna liczba uczelni to uczelnie publiczne. Jednakże nawet pomijając ten fakt, wydaje się uzasadnione podejmowanie interwencji centralnych (przez rząd czy ministerstwo) w tym sektorze, gdyż bezsprzecznie oczekiwany zwrot społeczny ma tutaj znaczenie nadrzędne⁴. Najwięcej uczelni na świecie mają Indie — według danych z lipca 2021 roku w kraju tym istnieje około 5288 uczelni. Stany Zjednoczone z liczbą 3216 uczelni zajmowały drugie miejsce pod względem ich liczebności, a trzecie miejsce przypadło Chinom z 2595 uczelniami (por. rys. 1).

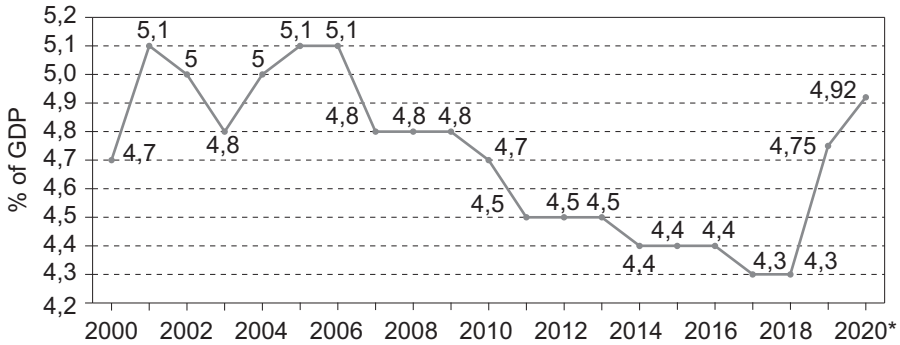


Rysunek 1. Liczba uczelni na świecie w lipcu 2021 roku

Źródło: StatistaEducation worldwide CSIC (Cybermetrics Lab — “Webometrics Ranking of World Universities”).

⁴ B. Jacobs, F. van der Ploeg, *Guide to Reform of Higher Education: A European Perspective*, „Economic Policy” 2006, nr 21 (47), s. 535–592.

Elementem, który z pewnością dopełnia obrazu sektora, są wydatki publiczne z budżetu. Na rysunku 2 możemy zobaczyć, że w Polsce te wydatki fluktuują w okresie od 2005 do 2020. W roku 2020 tylko 1% PKB był wydatkowany na szkolnictwo wyższe.



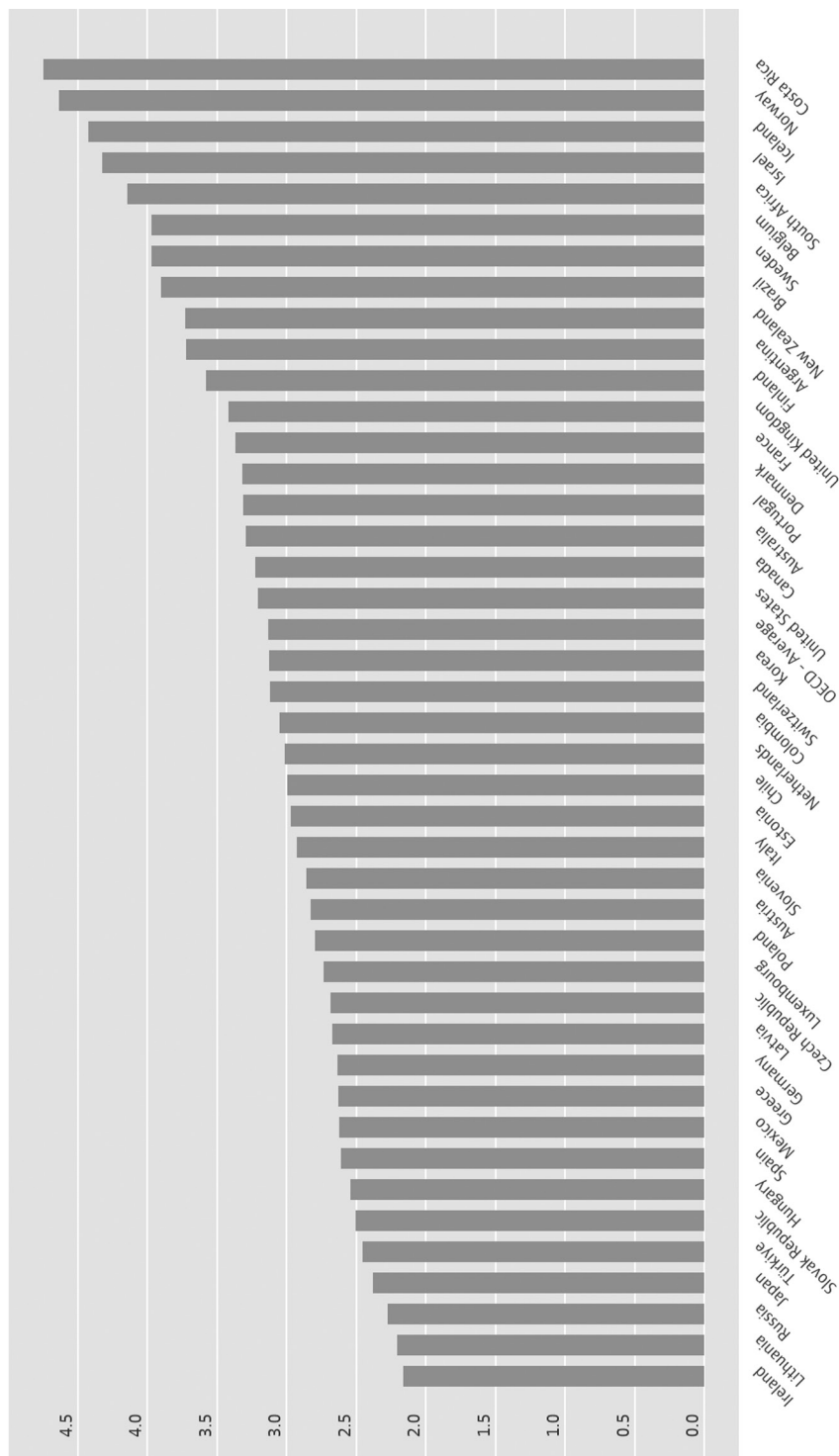
Rysunek 2. Wydatki publiczne na szkolnictwo wyższe w relacji do PKB w Polsce w latach 2005–2020

Źródło: GUS.

Przedstawione na rysunku 2 dane warto odnieść do wydatków publicznych w innych krajach w relacji do PKB. Na rysunku 3 zaprezentowano takie zestawienie dla roku 2019, zaczerpnięte ze statystyk OECD. Jak z niego wynika, jest wiele krajów, gdzie te wydatki liczone jako procent PKB są jeszcze niższe niż w Polsce, lecz są też takie, w których poziom finansowania ze środków publicznych jest wyższy.

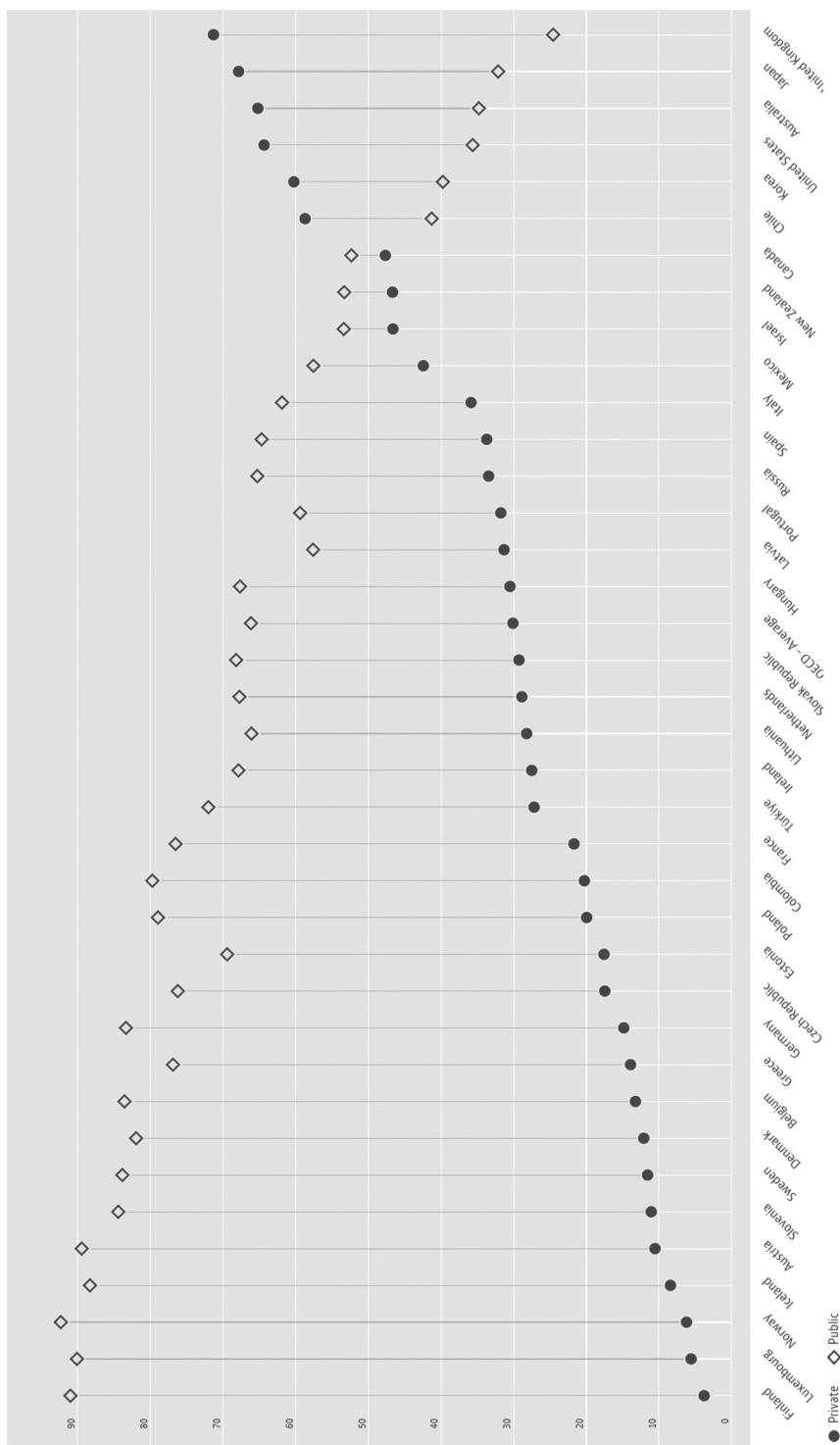
Należy mieć jednak na względzie, że realizowana przez uczelnie działalność badawcza oraz kształcenie w wielu krajach jest tylko częściowo pokrywane ze środków płynących z budżetu. Rysunek 4 przedstawia relację finansowania wydatków ze środków publicznych i źródeł prywatnych. W takich krajach, jak Finlandia, Luksemburg, Norwegia czy Islandia, wydatki publiczne właściwie zabezpieczają funkcjonowanie uczelni. Zgoła odmienna sytuacja ma miejsce w Wielkiej Brytanii, Japonii, Australii czy USA, gdzie ta relacja przechyla się w kierunku źródeł prywatnych.

Wydatki na szkolnictwo wyższe rozumie się jako łączne wydatki w celu prowadzenia edukacji na najwyższym poziomie. Obejmują one wydatki na szkoły, uczelnie oraz inne niepubliczne instytucje świadczące lub wspierające usługi edukacyjne. Miarę stanowi odsetek całkowitych wydatków na edukację. Uczelnie w krajach OECD są głównie finansowane ze środków publicznych, chociaż istnieje znaczny, w dodatku rosnący, poziom finansowania prywatnego. Na tym poziomie wkład w koszty edukacji osób fizycznych i innych podmiotów prywatnych jest coraz częściej uznawany za skuteczny sposób zapewnienia dostępu do środków finansowych studentom niezależnie od ich sytuacji ekonomicznej.



Rysunek 3. Wydatki na szkolnictwo wyższe wyrażone w procencie PKB w 2019 roku

Źródło: OECD, *Education at a Glance: Educational Finance Indicators, 2021*, *Public spending on education (indicator)*, doi: 10.1787/199b45d0-en.



Rysunek 4. Wydatki na szkolnictwo wyższe: procentowa relacja wydatków publicznych i prywatnych w 2018 roku

Źródło: OECD, *op. cit.*, *Spending on tertiary education (indicator)*.

Inne podmioty prywatne angażujące się w edukację to między innymi przedsiębiorstwa prywatne i organizacje non profit oraz stowarzyszenia przedsiębiorców i pracowników. W zestawieniu uwzględniane są również wydatki firm prywatnych na szkolenie zawodowe praktykantów i studentów, a także wydatki na badania i rozwój instytucji edukacyjnych.

Przedstawione do tej pory kwestie oraz dane wskazują na istotną rolę uczelni w gospodarce z punktu widzenia zarówno powinności oraz wkładu w rozwój gospodarki, jak i wydatków ponoszonych na ten sektor. Można przypuszczać, że oba te elementy sprawiają, że wiele krajów dba o to, by tak zorganizować sektor, aby przynosiło to jak największe korzyści społeczne i ekonomiczne. W kolejnej części ukazane zostaną przykłady reform analizowanego sektora w kilku wybranych krajach.

System szkolnictwa — debata o formule

Peter Maassen twierdził, że „uniwersytety kontynentalnej Europy najwyraźniej nie są już w stanie konkurować z uniwersytetami amerykańskimi i brytyjskimi o najlepszych studentów, najlepszych badaczy akademickich, a zwłaszcza o status”⁵. Zapewne w konsekwencji tego w państwach europejskich zaczęto poszukiwać możliwości modernizacji, organizacji, finansowania i zarządzania uczelniami niezależnie od wcześniej realizowanych przez nie modeli krajowych. Główne działania ukierunkowane na reformy obserwowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej realizowane były w czterech obszarach. Po pierwsze, coraz częściej podkreślano potrzebę autonomii instytucjonalnej uczelni przy zmniejszonej ingerencji państwa. Po drugie, zarządzanie uczelniami stało się bardziej profesjonalizowane. Po trzecie, ewaluacja jakości stała się kluczowym celem krajów i uczelni. Po czwarte, sposób finansowania uczelni w Unii został dostosowany do nowej sytuacji. Poza tymi głównymi reformami Maassen wymienia inne kierunki zmian: 1. współpraca między uczelniami a przemysłem coraz mocniej jest stymulowana; 2. uczelnie mierzą się z koniecznością konkurencyjności międzynarodowej oraz 3. eksponowana jest chęć sprawienia, by uczelnie były postrzegane jako bardziej preferowane niż dotychczas miejsce pracy.

W przypadku uczelni należy też mieć na względzie potencjalny wpływ polityki organizacji ponadnarodowych (na przykład UE), władz lokalnych (między innymi miast) i innych interesariuszy zewnętrznych. W efekcie rozwiązania krajowe i zewnętrzne służą realizacji polityki szkolnictwa wyższego i obejmują ramy

⁵ P. Maassen, *The Modernisation of European Higher Education: National Policy Dynamics*, [w:] *From Governance to Identity*, red. A. Amaral, I. Bleiklie, C. Musselin, Dordrecht 2008, s. 99; jeśli nie wskazano inaczej, przeł. E.S.H.

prawne, organizację uczelni, finansowanie i odpowiedzialność uczelni⁶. Rozwój szkolnictwa wyższego wiąże się bowiem z wysokimi kosztami, obecnością na quasi-rynkach, procesem globalizacji i internacjonalizacji oraz implementacją nowego zarządzania publicznego⁷.

Dyskusja na temat rozwiązań organizacyjnych i ustrojowych uczelni nie jest nowa. Przeważają w niej właściwie dwa kierunki myślenia w zakresie tych rozwiązań (oraz trzeci, w pewnym stopniu zastępujący drugi). Pierwsze przekonanie zakłada, że uczelnie funkcjonują w ramach profesjonalnej biurokracji, charakteryzującej się wysokim poziomem regulacji ustawowych, które prowadzą do braku elastyczności, zorientowania wewnętrznego struktury organizacyjnej oraz dużego znaczenia hierarchii⁸. Uczelnie są wówczas często określane jako wieże z kości słoniowej o wysokim poziomie orientacji wewnętrznej, ze wspólnotami praktyków odizolowanych od świata zewnętrznego oraz kulturą kolegiałości i wolności akademickiej, w której wiedza jest cenna dla akademików, a niekoniecznie wartościowa dla społeczeństwa.

Drugim nurtem jest przekonanie o konieczności i zasadności nowego zarządzania publicznego (*New Public Management*, NPM), które wprowadzono w wielu uczelniach⁹. NPM oznacza, że praktyki zarządcze sektora prywatnego mogą poprawić funkcjonowanie sektora publicznego¹⁰. W odniesieniu do sektora szkolnictwa wyższego zaowocowało to między innymi nowymi sposobami kierowania sektorem, cięciami budżetowymi oraz zwiększonym urynkowaniem i liberalizacją, a także korporatyzacją uczelni¹¹. W NPM podstawowe kwestie to wydajność, skuteczność, produktywność, kontrola, odpowiedzialność i autonomia.

W trzecim nurcie eksponowana jest wartość publiczna (*public value*, PV). Teoria ta jest lansowana w literaturze jako koncepcja post-NPM. Wartość publiczna odnosi się do tego, że sektor publiczny musi tworzyć coś wartościowego, musi być politycznie zrównoważony i legitymizowany, a uzyskanie tej wartości musi być możliwe operacyjnie i administracyjnie¹². Takie podejście prowadzi do pożądaných

⁶ F. Hénard, A. Mitterle, *Governance and Quality Guidelines in Higher Education: A Review on Governance Arrangements and Quality Assurance Guidelines*, Paris 2010.

⁷ H. De Boer, J. Enders, U. Schimank, *On the Way towards New Public Management? The Governance of University Systems in England, The Netherlands, Austria, and Germany*, [w:] *New Forms of Governance in Research Organizations*, red. D. Jansen, Dordrecht 2007, s. 137–152.

⁸ L. Meuleman, I. Niestroy, *Common but Differentiated Governance: A Metagovernance Approach to Make the SDGs Work*, „Sustainability” 2015, nr 7 (9), s. 1–27.

⁹ B. Broucker et al., *Higher Education System Reform: An International Comparison after Twenty Years of Bologna*, Leiden-Boston 2019.

¹⁰ C. Pollitt, G. Bouckaert, *Public Management Reform: A Comparative Analysis. Into the Age of Austerity*, Oxford 2017.

¹¹ B. Broucker, K. De Wit, J.C. Verhoeven, *Higher Education for Public Value: Taking the Debate beyond New Public Management*, „Higher Education Research & Development” 37, 2018, nr 2, s. 227–240; H. De Boer, J. Enders, U. Schimank, *op. cit.*, s. 147–152.

¹² Por. J. Alford, J. O’Flynn, *Making Sense of Public Value: Concepts, Critiques and Emergent Meanings*, „International Journal of Public Administration” 32, 2009, nr 3–4, s. 171–191.

rezultatów przy zwrocie z wysokiej jakości usług i przy zachowaniu wysokiego poziomu zaufania między rządem a obywatelami. PV można postrzegać jako zbiór uzgodnionych norm dotyczących praw i obowiązków obywateli wobec społeczeństwa, państwa i siebie oraz zasad, na których powinna opierać się polityka. PV koncentruje się na wkładzie sektora publicznego w dobrobyt społeczeństwa. Jednocześnie postuluje, by uczelnie nie były postrzegane wyłącznie jako sektor polityki zdominowanej przez debatę na temat efektywności, ale stawia wobec kierownictwa uczelni wyzwanie wyjścia poza cele wydajnościowe w kierunku optymalizacji korzyści społecznych szkolnictwa wyższego¹³.

Wskazane nurty-poglądy konkurują jako podstawa zrozumienia uczelni i ich roli w społeczeństwie, stanowiąc zarazem fundamenty decyzji w reformowaniu sektora.

Reformy szkolnictwa wyższego — wybrane aspekty

Reformy uczelni w krajach europejskich uwiadcniają odmienne wizje tego sektora. Na przykładach zostaną teraz one omówione z perspektywy zarządzania i ustroju, finansowania i integracji sektora¹⁴.

Zarządzanie i ustrój

Niezależnie od specyfiki lokalnej w wielu przypadkach można odnotować implementowanie NPM, przejawiające się przede wszystkim w profesjonalizacji zarządzania uczelniami. Taki menedżeryzm i NPM można zauważyć na przykład w Belgii i Niemczech, gdzie dokonano istotnych zmian w tym zakresie.

W Danii, podążając ścieżką nowego zarządzania publicznego i profesjonalizacji zarządzania, uczelnie zmieniły status, choć — co ważne — zmieniono też ustrój. Kierujący uczelnią wcześniej byli wybierani przez społeczność akademicką do objęcia funkcji kierowniczych. Dziś są one obsadzone w procedurze konkursowej (startować mogą także kandydaci spoza uczelni), co jest wyraźnym zerwaniem z tradycją.

Z kolei w Finlandii podobnie reformy ukierunkowano na przenoszenie zasad zaczerpniętych z sektora prywatnego. Niektóre uczelnie działają jak korporacje — niezależne podmioty gospodarcze. Nastąpiła korporatyzacja fińskich uniwersytetów — uczelnie zostały wyłączone z budżetu państwa. Istotna zmiana związana była z organami decyzyjnymi uczelni — wprowadzono całkowicie nowy organ,

¹³ B. Broucker, K. De Wit, J.C. Verhoeven, *op. cit.*, s. 227–240.

¹⁴ W tym podrozdziale wykorzystano obszerne opracowanie *Higher Education System Reform: An International Comparison after Twenty Years of Bologna*.

wybierany przez profesorów, innych pracowników i studentów, który powinien powołać główny organ, czyli radę uczelni. Ta zaś mianuje rektora.

Rodzaje uczelni — procesy integracji

Innym ważnym aspektem reform jest ogólny krajobraz szkolnictwa wyższego w poszczególnych krajach. Dla przykładu w Niemczech podjęto działania w kierunku równego traktowania uniwersytetów oraz uczelni nauk stosowanych. Podobnie w systemie holenderskim istnieją uniwersytety i uczelnie zajmujące się badaniami stosowanymi. Obecnie holenderski krajobraz uniwersytecki kształtują klasyczne uniwersytety wraz z wyspecjalizowanymi uczelniami w obszarze nauk technicznych, nauk rolniczych lub nauk ekonomicznych.

Z kolei Finlandia budowanie bardziej efektywnego systemu związała z integracją uczelni i działalności badawczej, podejmując próbę wzmocnienia badań i obszarów priorytetowych oraz zwiększając internacjonalizację szkolnictwa wyższego. Ogólnie podjęto tam działania w kierunku wzmocnienia już istniejących uczelni, ale i tworzenia bardziej strategicznych jednostek. Dobrym przykładem jest Aalto University, który powstał w 2010 roku jako uniwersytet badawczy w wyniku połączenia trzech fińskich uczelni. Ścisła współpraca między społecznością naukowców, przedstawicieli dyscyplin biznesowych i sztuki ukierunkowana jest tu na wzmocnienie wielodyscyplinarnych badań i kształcenia.

Finansowanie

Mimo przyznania uczelniom pełnej autonomii finansowej w praktyce rząd Finlandii kieruje działalnością uczelni poprzez operacyjne mechanizmy finansowania. Należy zauważyć, że mimo iż uniwersytety są obecnie niezależnymi podmiotami prawnymi z własnym budżetem, większość środków nadal pochodzi od rządu. W rzeczywistości uczelnie są w dużym stopniu uzależnione od podstawowego finansowania z jego strony, w wyniku czego wciąż podlegają celom rządowej polityki edukacyjnej. Aby realizować własne cele strategiczne, dla uczelni kluczowe staje się finansowanie zewnętrzne. Taka sytuacja ma wpływ na codzienne życie naukowców, gdyż presja związana z ubieganiem się o finansowanie ze źródeł zewnętrznych jest bardzo duża.

W Danii zmiany statusu uczelni na niezależne instytucje publiczne miały przede wszystkim charakter formalny, ponieważ uczelnie nadal otrzymują większość środków finansowych od państwa i potrzebują zgody właściwego ministerstwa na prowadzenie działalności. Ponieważ szkolnictwo wyższe w tym kraju jest publiczne, bezpłatne dla studentów i finansowane głównie przez państwo, obszar polityki szkolnictwa wyższego jest ściśle powiązany z państwem i polityką rządu.

Zakończenie

Szkolnictwo wyższe w wielu krajach borykało się i wciąż boryka z wysokim poziomem legislacji i regulacji, hierarchiczną koordynacją oraz wysokim poziomem orientacji wewnętrznej z eksponowaniem kultury kolegalności i wolności akademickiej. Jak podkreślają Bas Jacobs i Frederick van der Ploeg¹⁵, niezależnie od rozwiązań zbyt dużo czasu i energii poświęca się na uzyskanie finansowania na edukację i badania, a nie na przedsiębiorczość akademicką. Idea uniwersytetu przedsiębiorczego nie jest nowa i była szeroko dyskutowana, począwszy od lat dziewięćdziesiątych¹⁶, także w kontekście wpływu na zmieniające się wartości i praktyki instytucji szkolnictwa wyższego¹⁷. Idea odnosząca się do tego, że praktyki sektora prywatnego mogą poprawić funkcjonowanie sektora publicznego, doprowadziła w niektórych krajach do interwencji, w wyniku których urynkowano uczelnie i skupiono się na ich efektywności, wynikach, odpowiedzialności i instytucjonalnej autonomii. Choćby w Anglii obserwuje się rosnącą tendencję do urynkowania w całym systemie edukacji i wprowadzania do sektora większej liczby prywatnych podmiotów.

Celem uczelni co do zasady nie jest maksymalizacja zysku, chociaż stopniowo się to zmienia. Uczelnie to w większości organizacje non profit, kierujące się konkurencją w zakresie względnych wyników — to znaczy tego, jak dobrze sobie radzą w porównaniu z ich odpowiednikami — mierzonych rankingami i ewaluacją. Wraz z postępującą komercjalizacją, częściowo z powodu umiędzynarodowienia, trwa debata, czy uczelnie powinny być nastawione na zysk, czy też nie. Znaczenia nabierają jednocześnie wolność i doskonałość akademicka. Uczelnie mogą być również postrzegane jak biznes, który stara się osiągać zyski. Wiele najlepszych jednostek wykorzystuje takie podejście. Tymczasem w zakresie tworzenia czegoś merytorycznie wartościowego dla społeczeństwa wiedza akademicka jest umiejscowiona w centrum podstawowych wyzwań gospodarczych nowoczesnego społeczeństwa¹⁸.

Główną barierą zmian, jak się wydaje, jest siła akademickich tradycji i tradycyjny paradygmat wspólnoty akademickiej. Również reformy w Polsce wpisują się w globalne zmiany, a w tle pozostają zmieniające się relacje państwo–akademia¹⁹. W polskich uczelniach widoczna jest tendencja do utrzymywania trady-

¹⁵ B. Jacobs, F. van der Ploeg, *op. cit.*, s. 535–592.

¹⁶ S. Marginson, M. Considine, *The Enterprise University: Power, Governance and Reinvention in Australia*, Cambridge 2000.

¹⁷ S. Collini, *Speaking of Universities*, London-New York 2017.

¹⁸ L. Leydesdorf, *The Knowledge-Based Economy: Modelled, Measured, Simulated*, Boca Raton 2006.

¹⁹ M. Kwiek, *Uniwersytet w dobie przemian. Instytucje i kadra akademicka w warunkach rosnącej konkurencji*, Warszawa 2015.

cyjnych, humboltowskich zasad gry. Wyrażają się one w wizji uniwersytetu jako „rządzącego się zasadami wspólnoty badaczy”²⁰ oraz jako instytucji opartej na tradycyjnych wartościach akademickich w stopniu niemającym chyba odpowiednika w większości systemów szkolnictwa wyższego Europy. W efekcie powoduje to napięcia związane przede wszystkim z koniecznością stopniowego redefiniowania kultury akademickiej od bardziej kolegialnej do bardziej menedżerskiej.

Bibliografia

- Alford J., O’Flynn J., *Making Sense of Public Value: Concepts, Critiques and Emergent Meanings*, „International Journal of Public Administration” 32, 2009, nr 3–4.
- Barrett B., *The Dual Roles of Higher Education Institutions in the Knowledge Economy*, „International Journal of Multidisciplinary Perspectives in Higher Education” 4, 2019, nr 1.
- Broucker B., De Wit K., Verhoeven J.C., *Higher Education for Public Value: Taking the Debate beyond New Public Management*, „Higher Education Research & Development” 37, 2018, nr 2.
- Broucker B., De Wit K., Verhoeven J., Leišyte L., *Higher Education System Reform: An International Comparison after Twenty Years of Bologna*, Leiden-Boston 2019.
- Collini S., *Speaking of Universities*, London-New York 2017.
- Comunian R., Faggian A., *Creative Graduates and Creative Cities: Exploring the Geography of Creative Education in the UK*, „International Journal of Cultural and Creative Industries” 2014, nr 1 (2).
- De Boer H., Enders J., Schimank U., *On the Way towards New Public Management? The Governance of University Systems in England, The Netherlands, Austria, and Germany*, [w:] *New Forms of Governance in Research Organizations*, red. D. Jansen, Dordrecht 2007.
- Frunzaru V., Vătămănescu E.M., Gazzola P., Bolisani E., *Challenges to Higher Education in the Knowledge Economy: Anti-Intellectualism, Materialism and Employability*, „Knowledge Management Research & Practice” 16, 2018, nr 3.
- Hénard F., Mitterle A., *Governance and Quality Guidelines in Higher Education: A Review on Governance Arrangements and Quality Assurance Guidelines*, Paris 2010.
- Jacobs B., Ploeg F. van der, *Guide to Reform of Higher Education: A European Perspective*, „Economic Policy” 2006, nr 21 (47).
- Kwiek M., *Uniwersytet w dobie przemian. Instytucje i kadra akademicka w warunkach rosnącej konkurencji*, Warszawa 2015.
- Leydessorf L., *The Knowledge-Based Economy: Modelled, Measured, Simulated*, Boca Raton 2006.
- Maassen P., *The Modernisation of European Higher Education: National Policy Dynamics*, [w:] *From Governance to Identity*, red. A. Amaral, I. Bleiklie, C. Musselin, Dordrecht 2008.
- Marginson S., Considine M., *The Enterprise University: Power, Governance and Reinvention in Australia*, Cambridge 2000.
- Meuleman L., Niestroy I., *Common but Differentiated Governance: A Metagovernance Approach to Make the SDGs Work*, „Sustainability” 2015, nr 7 (9).
- Olsen J.P., *The Institutional Dynamics of the European University*, [w:] *University Dynamics and European Integration*, red. P. Maassen, J.P. Olsen, Dordrecht 2007.

²⁰ J.P. Olsen, *The Institutional Dynamics of the European University*, [w:] *University Dynamics and European Integration*, red. P. Maassen, J.P. Olsen, Dordrecht 2007, s. 25–54.

Pollitt C., Bouckaert G., *Public Management Reform: A Comparative Analysis. Into the Age of Austerity*, Oxford 2017.

Schulze-Cleven T., Reitz T., Maesse J., Angermuller J., *The New Political Economy of Higher Education: Between Distributional Conflicts and Discursive Stratification*, „Higher Education” 73, 2017.

A Few Comments on Higher Education Reforms

Summary

The aim of the considerations presented in this article is to analyze the reforms of higher education in selected European countries from a historical perspective in order to identify solutions and practices in the field of management, organization, financing and integration processes of universities. The material is analyzed from the perspective of the corporatization of universities and elements of managerialism. The main conclusion of the analysis is related to the postulate of implementing private-sector practices with the aim of improving the functioning of the public sector. This belief in some countries has led to interventions that have resulted in marketization and focus on efficiency, performance, accountability and institutional autonomy of universities.

Keywords: reforms, higher education, corporatization, managerialism.

BARBARA WIŚNIEWSKA-PAŻ

ORCID: 0000-0001-9616-1105

Uniwersytet Wrocławski

barbara.wisniewska-paz@uwr.edu.pl

Idea synergicznego i permanentnego zarządzania jakością (*total quality management*) — geneza, cele i zasady

Abstrakt: Problematyka związana z zarządzaniem, jakością i kompetencjami przynajmniej od kilku dekad cieszy się bardzo dużym zainteresowaniem i jest przedmiotem analiz przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych. Są one interesujące, bo dotyczą niemal każdej dziedziny naszego życia — ich rozwoju, a jednocześnie problemów do rozwiązania, wdrożenia innowacji oraz nieustannego przy tym uwzględniania kontekstu zmian społeczno-kulturowych, gospodarczych, technologicznych i innych. Jest to zdaniem Andrzeja Bliklego uniwersalna metoda, której celem jest podnoszenie efektywności funkcjonowania zespołów ludzkich w różnego typu instytucjach, w tym biznesowych, samorządowych, administracji publicznej, szkolnictwie, służbach czy wojsku.

Zarządzanie poprzez jakość (ang. *total quality management*) dotyczy pro jakościowego podejścia do życia i pracy, opartego na współpracy, zaangażowaniu, uważności, samokontroli oraz potrzebie rozwoju i podnoszenia własnych kwalifikacji i kompetencji. Ma to docelowo wpływać na długofalowy rozwój, ale i dobrostan zarówno pracowników, instytucji, jak i potencjalnych klientów, klientów oraz szerokiego zespołu instytucji i osób korzystających z usług firmy/instytucji lub prowadzących z nią współpracę (w ramach różnych przestrzeni rzeczywistości społecznej, kulturowej, gospodarczej, edukacyjnej itp.), a także społeczeństwa rozumianego w jego rozmaitych wymiarach.

Artykuł traktuje o kluczowych wymiarach i kontekstach koncepcji kompleksowego zarządzania jakością.

Słowa kluczowe: zarządzanie jakością, kompleksowe zarządzanie jakością, zarządzanie poprzez jakość.

Wstęp

Problematyka dotycząca zarządzania, kompetencji oraz jakości (jej roli, zasad i metodologii wdrażania) od przynajmniej kilku dekad jest przedmiotem stale rosnącego zainteresowania różnych sektorów rzeczywistości, między innymi społecznej, gospodarczej, edukacyjnej, politycznej czy technologicznej. Wiąże się z tym duże zaangażowanie i potrzeba analiz prowadzonych przez przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych. Są one istotne, gdyż dotyczą niemal każdej dziedziny naszego życia — ich rozwoju, a jednocześnie problemów do rozwiązania, wdrażania innowacji przy stałej konieczności uwzględniania kontekstu zmian społeczno-kulturowych, gospodarczych, technologicznych i innych. Jak słusznie zauważył Andrzej Blikle, jest to „uniwersalna metoda podnoszenia sprawności działania zespołów ludzkich”¹. W ujęciu tego autora jej zastosowanie ma szerszy zasięg niż zarządzanie li tylko w ramach instytucji biznesowych, doskonale sprawdza się bowiem również w zarządzaniu w obrębie szkolnictwa, służby zdrowia, innych służb, samorządów, instytucji administracji publicznej czy wojsku.

Zarządzanie poprzez jakość — problemy definicyjne i kwestia motywacji

Zarządzanie poprzez jakość² (ang. *total quality management*, TMQ) jest różnie definiowane. Wśród najczęstszych definicji — a zatem tych najbardziej popularnych — znajduje się postrzeganie tego zjawiska jako kompleksowego lub totalnego zarządzania jakością. Idea ta dotyczy projakościowego podejścia do życia i pracy, opartego na współpracy (ze szczególnym naciskiem na sens pracy zespołowej), zaangażowaniu, uważności, samokontroli oraz potrzebie rozwoju i stałego podnoszenia własnych kwalifikacji i kompetencji. Ma to docelowo wpływać na długofalowy rozwój, ale też dobrostan zarówno pracowników, instytucji, jak i potencjalnych klientów, klientów oraz szerokiego zespołu instytucji i osób korzystających z usług firmy/instytucji lub prowadzących z nią współpracę, w tym różnych przestrzeni rzeczywistości społecznej, kulturowej, gospodarczej edukacyjnej itp. oraz społeczeństwa rozumianego w jego różnych wymiarach.

Z pojęciem jakości mamy do czynienia przede wszystkim, gdy mowa o usłudze lub produkcji³ albo jednym i drugim, obie kwestie są bowiem często z sobą powiązane. O ile jednak nasze przekonanie co do tego, że produkt czy usługa po-

¹ Por. A. Blikle, *Doktryna jakości. Rzecz o turkusowej samoorganizacji*, Gliwice 2017, s. 346.

² Por. A. Hamrol, W. Mantura, *Zarządzanie jakością. Teoria i praktyka*, Warszawa 2002; M. Urbaniak, *Zarządzanie jakością: teoria i praktyka*, Warszawa 2004.

³ Por. *Jakość a wartość*, [w:] A. Blikle, *op. cit.*, s. 356–357.

winy być dobre lub bardzo dobre, nie podlega dyskusji, o tyle więcej trudności sprawia określenie, jak te kwestie należy mierzyć, aby móc ocenić z uwzględnieniem warunków kontekstowych, czy spełnia on(a), czy nie (lub spełnia częściowo, a jeśli tak, to w jakim procencie) określone kryteria, aby można było produkt lub usługę uznać za co najmniej dobry(-ą).

Przeglądając rozmaite rozwiązania różnych instytucji odnośnie do motywowania ludzi do pracy, w wyniku której powstaną dobrej jakości produkty i usługi, wyraźnie widać, że efekt końcowy niezmiennie zależy od: po pierwsze — chęci (nie tyle zewnętrznej, ile wewnętrznej motywacji), po drugie — kompetencji (wiedzy, umiejętności i kwalifikacji) pracowników. Oczywiście pożądaną sytuacją jest ta, kiedy chęci i kompetencje idą w parze, lecz nie zawsze tak jest i nie jest to zależne wyłącznie od osoby (pracownika), ale też od licznych warunków zewnętrznych. Czasami są chęci, a brakuje umiejętności (przyczyny leżą po stronie nie tylko pracownika, ale i firmy), innymi razy jest pakiet *know-how*, ale nie ma motywacji, ponieważ pracodawca rozlicza pracowników nie za jakość, lecz według kryteriów czysto ilościowych, a więc przykładowo za przekraczanie normy lub jej niewykonanie.

Koncepcje zarządzania poprzez jakość a metody jej doskonalenia

Początki koncepcji zarządzania poprzez jakość datowane są na przełom lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX wieku i lokowane w Stanach Zjednoczonych jako kontynuacja sukcesu gospodarki japońskiej z przełomu lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych. Moda na kompleksowe zarządzanie jakością (TQM) znalazła wielu entuzjastów. Niestety nie zawsze była dobrze rozumiana, dlatego też jej efektywność była bardzo różna. Proces ten trwa do dziś. Jego źródła należy doszukiwać się jednak w latach dwudziestych XX wieku w badaniach Waltera Shewharta⁴ nad opracowaniem zasad statystycznego sterowania procesami, które dały podstawy do statystycznego zarządzania jakością, a następnie zostały wykorzystane już w trakcie II wojny światowej w amerykańskim przemyśle zbrojeniowym. W latach czterdziestych zainteresowali się tymi rozwiązaniami japońscy inżynierowie. Temat przybliżył im uczeń Shewharta — William Edwards Deming — w ramach serii wykładów wygłoszonych w Japonii. W latach pięćdziesiątych wiedzę z zakresu jakości i statystyki propagował w tym kraju Joseph Juran.

⁴ Por. W.A. Shewhart, *Economic Control of Quality of Manufactured Product*, New York 1931; W.E. Deming, *Walter A. Shewhart, 1891–1967*, „American Statistician” 21, 1967; D. Bayart, *Walter Andrew Shewhart*, [w:] *Statisticians of the Centuries*, red. C.C. Heyde, E. Seneta, New York 2001, s. 398–401.

Na początku lat sześćdziesiątych XX wieku została sformułowana koncepcja TQC (ang. *total quality control*)⁵ — kompleksowego sterowania jakością, łączącego system metod rozwijania, zapewniania oraz doskonalenia jakości, z czasem rozszerzona do koncepcji *total quality commitment*, znanej w latach siedemdziesiątych również jako *company-wide quality commitment* (CWQC). Współczesne rozwiązania japońskie w literaturze anglojęzycznej często używają określenia *total quality control* (TQC) zamiast *total quality management* (TQM). Do kluczowych metod *total quality control* (TQC) zaliczane są między innymi: *5 × S*, *just in time* (JIT), *kaizen*, *hoshin kanri*, *quality function deployment* (QFD), tak zwane koła jakości czy siedem technik identyfikacji i opisu problemów zarządzania jakością⁶.

Do najciekawszych i jednocześnie głównych narzędzi w procesie doskonalenia jakości, zwłaszcza na szczeblu operacyjnym, zaliczane są metoda *5 × S* oraz *kaizen*. Jeśli chodzi o metodę *5 × S*, należy wskazać, że wszelkie usprawnienia rozpoczyna się właśnie od tej metody. Jej podstawowym założeniem jest zmiana zachowań i dotychczasowych przyzwyczajeń pracowników oraz zaktywizowanie ich w uczestnictwie w proces zmian. Składa się ona z pięciu elementów:

1. *seiri* (ang. *sorting* — selekcja),
2. *seiton* (ang. *sitting in order* — systematyczność),
3. *seiso* (ang. *sweeping* — sprzątanie/porządkowanie),
4. *seiketsu* (ang. *standarizing* — standaryzacja/schludność),
5. *shitsuke* (ang. *self-discipline* — samodyscyplina).

Metoda jest w zastosowaniu dość prosta i efektywna. Wszystkie wymienione elementy tworzą synergiczną całość⁷.

Interesująca jest też filozofia zarządzania *kaizen*, wywodząca się kultury japońskiej⁸, na której podstawie funkcjonują między innymi takie koncerny, jak Toyota, Honda czy Sony. Określenie *kaizen* oznacza doskonalenie metodą małych kroków w sposób ciągły. Według tej filozofii tylko wówczas następuje progres ku doskonałości. W środowisku pracy oznacza to między innymi mobilizację całego zespołu w kierunku analizy procesów, zasad, wdrożeń w celu eliminacji błędów i udoskonalania pracy w ramach różnych sektorów firmy/institucji. Jest to strategia oparta na ludziach, przywiązująca dużą uwagę do środowiska pracy i kultury organizacyjnej. Często jest przedstawiana w odniesieniu do zachodniego systemu zarządzania instytucją, która uwzględnia dwie funkcje: po pierwsze — utrzymanie *status quo* (zachowania obecnego stanu procedur, technologii, kultury organizacyjnej, zasad), po drugie — wprowadzanie innowacji, a więc wszelkie działania

⁵ <https://www.differencebetween.com/difference-between-tqm-and-vs-tqc/> (dostęp: 21.12.2021).

⁶ M. Krasieński, *Kulturowe uwarunkowania wykorzystywania japońskich koncepcji, metod i technik zarządzania*, Wrocław 2014.

⁷ J. Michalska, D. Szewieczek, *The 5S Methodology as a Tool for Improving the Organization*, „Journal of Achievements in Materials and Manufacturing Engineering” 24, 2007, nr 2, s. 211–214.

⁸ Por. J. Miller, M. Wróblewski, J. Villafuerte, *Kultura kaizen. Budowanie i utrzymywanie kultury ciągłego doskonalenia*, Warszawa 2018.

i inicjatywy, głównie ze strony kadry zarządczej, które mają przełomowe znaczenie dla funkcjonowania organizacji. Japoński system zarządzania oprócz tych dwóch funkcji zawiera jeszcze jedną — właśnie *kaizen*, a więc małe kroki doskonalenia firmy z inspiracji kierownictwa, lecz wdrażane przez pracowników⁹.

Istnieje przy tym zasadnicza dystynkcja między *kaizen* (doskonaleniem) a spektakularnymi innowacjami. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z małymi krokami, konwencjonalnymi krokami *know-how*, wysiłkiem, orientacją na proces oraz polityką wolnego wzrostu. W przypadku zaś innowacji — z dużymi krokami, odkryciami, inwestycjami, orientacją ukierunkowaną na rezultaty oraz polityką szybkiego wzrostu. Obie opisane metody: 5 × S oraz filozofia *kaizen* są stosowane w kooperacji z pozostałymi wymienionymi technikami.

Koncepcja Williama Edwardsa Deminga i jej zastosowanie

Na przełomie lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych XX wieku prawdziwej rewolucji w kontekście jakości dokonał wspomniany amerykański specjalista w zakresie zarządzania (z wykształcenia doktor nauk fizycznych) — William Edwards Deming. Należał on do grupy ekspertów z USA, których zadaniem było udzielenie wsparcia Japonii w dźwignięciu się jej przemysłu po II wojnie światowej. Miał za sobą spore dokonania w rozwoju przemysłu stoczniowego, optycznego i zbrojeniowego po wprowadzeniu zasad zarządzania jakością oraz metod statystycznej kontroli jakości.

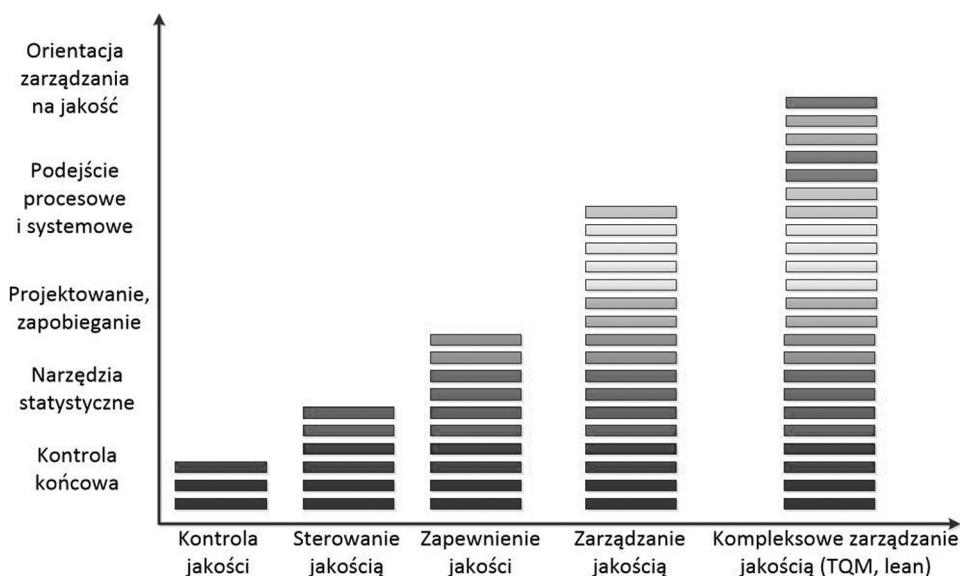
Początek lat pięćdziesiątych XX wieku to dla Japonii bardzo trudny okres — przegrana wojna, emocjonalnie rozbite społeczeństwo wymagające wsparcia, przemysł kojarzony z produktami niskiej jakości, a zatem doskonałe dla Deminga pole do udzielenia skutecznego wsparcia i budowy przyszłego konkurencyjnego dla rynków światowych przemysłu. Plan realizacji jego zamierzeń był zaprojektowany na 25 lat. Założenia się spełniły — w połowie lat siedemdziesiątych japoński przemysł elektroniczny i optyczny stały się konkurencyjne dla rynków europejskiego i amerykańskiego. Zainteresowanie Demingiem po tych spektakularnych osiągnięciach wzrosło ze strony Amerykanów w latach osiemdziesiątych, gdy wrócił do Stanów Zjednoczonych i NBC wyemitowało jego krótki wykład pod tytułem *If Japan Can... Why Can't We?*¹⁰. Stał się on wówczas obiektem szczególnego zainteresowania ze strony korporacji, zaczął prowadzić cykle szko-

⁹ Por. E. Czech, P. Czech, *Kaizen — japoński system zarządzania jakością*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej”, seria „Transport” 57, 2005, s. 44–45; por. wykres *Japoński sposób zarządzania z wykorzystaniem Kaizen* na www.jakosc.biz/kaizen (dostęp: 21.12.2021).

¹⁰ A. Blikle, *op. cit.*, s. 349.

leniowe oparte na zasadach, które wdrożył na rynku japońskim, doprowadzając gospodarkę Kraju Kwitnącej Wiśni do spektakularnej *prosperity*.

W ciągu ostatnich czterech dekad coraz więcej firm na świecie wprowadza tę metodę (często określaną jako japońsko-amerykańska) w celu poprawy efektywności oraz jakości organizacji o różnym statucie, celach i funkcjach. Są nimi szpitale, banki, instytucje administracji publicznej czy samorządowej, szkoły, struktury wojskowe i rozmaite służby, a wśród nich między innymi General Motors, Ford, Royal Dutch Shell, marynarka wojenna i administracja publiczna Stanów Zjednoczonych czy Fiat; w Polsce „można wskazać kilka przykładów: Zelmer, Polmo Łomianki, niektóre licea i gimnazja, niektóre urzędy administracji samorządowej, a nawet policja”¹¹. Rozwój idei zarządzania poprzez jakość przedstawia wykres 1.



Wykres 1. Zarządzanie poprzez jakość — proces

Źródło: https://mfiles.pl/pl/index.php/Plik:Quality_management_development.jpg (dostęp: 24.01.2022).

Proces ten został szczegółowo przedstawiony w literaturze fachowej z pogranicza ekonomii, zarządzania i nauk społecznych¹².

Wdrażanie wypracowanych na rynku japońskim metod *total quality commitment* (TQC) przyjęło na rynku amerykańskim nazwę *total quality management* (TQM), określaną często jako filozofia wykorzystująca zestaw metod pro-jakościowych. Nie wszystkie mają jednak źródła w Japonii. Część z nich, jak na przykład *failure mode, effects analysis* czy *six sigma*, zostały wypracowane przez korporacje amerykańskie. Niestety wdrażanie zasad przejętych literalnie z rynku

¹¹ *Ibidem*.

¹² A. Hamrol, W. Mantura, *op. cit.*, s. 268–269; K. Lisiecka, *Kreowanie jakości*, Katowice 2002; H. Drummond, *W pogoni za jakością*, Warszawa 1998.

japońskiego na rynek Stanów Zjednoczonych czy Europy przynosiło nie zawsze porównywalne efekty do tych, które osiągnięto w Japonii. Przyczyna tego stanu rzeczy tkwiła głównie w odmiennej kulturze organizacyjnej i uwarunkowaniach społeczno-kulturowych różnych krajów, w ramach których wypracowane na rynku japońskim zasady miały zostać wdrożone. Jednym z kluczowych czynników było, jak się okazało, tempo zmian oraz realizacji zadań. Nastawienie na krótko-terminowy rytm pracy klóciło się niestety ze strategią stopniowego doskonalenia rozłożonego w procesie długofalowym.

W latach dziewięćdziesiątych XX wieku swoistego rodzaju antidotum miało stać się wdrożenie metody *business process reengineering*, która polegała na szybkim (rewolucyjnym) wdrożeniu zmian w firmie. Metoda okazała się jednak bardzo kosztochłonna i mało efektywna, z związku z czym jej pomysłodawcy prędko wycofali się z jej stosowania, zwłaszcza w ramach dużych przedsięwzięć, koncentrując się tylko na kluczowych procesach i ich wdrożeniu.

Popularyzacji filozofii zarządzania jakością służą międzynarodowe i krajowe nagrody jakości, między innymi ustanowiona w 1951 roku przez Związek Japońskich Naukowców i Inżynierów (Union of Japanese Scientists and Engineers, JUSE) Nagroda im. Deminga, przyznawana corocznie (od 1992 roku) Europejska Nagroda Jakości organizowana przez Europejską Fundację Zarządzania Jakością (EFQM)¹³ czy powstała na jej wzór Polska Nagroda Jakości (PjN) — przyznawana wyróżniającym się przedsiębiorstwom od 1995 roku przez Krajową Izbę Gospodarczą, Polskie Centrum Badań oraz Fundację „Teraz Polska”. Wszystkie te nagrody opierają się na kryteriach sformułowanych w ramach kompleksowego zarządzania jakością (TQM).

Zarządzanie poprzez jakość — ewolucja zasad i rola przywództwa

Przyglądając się ewolucji zasad zarządzania jakością, warto zwrócić uwagę na kilka koncepcji porządkujących, które są punktami wyjścia do tworzenia własnych koncepcji dostosowanych do rodzaju organizacji/institucji, kraju, kultury organizacyjnej, preferencji motywacyjnych i wielu innych czynników.

Przeгляд należy rozpocząć od czternastu zasad sformułowanych przez Deminga. Przykładał on szczególną wagę do kilku procesów, w tym planowania, projektowania, zarządzania personelem oraz monitorowania. Jego zdaniem ponad 90% wszystkich problemów związanych z jakością działania firmy, organizacji czy instytucji leży po stronie zarządców. To w ich gestii jest bowiem nie tylko zarządzać jakością, ale także ją zapewnić poprzez wspólne podejmowanie decyzji

¹³ Fundacja liczy ponad 750 organizacji reprezentujących kraje europejskie.

w kooperacji z pracownikami¹⁴. Deming nie był zwolennikiem zarządzania przez cele, wyniki, presję czy kontrolę i bardzo często krytykował te rozwiązania.

Sformułowane przez niego tezy krążą w literaturze fachowej w różnych wersjach. Jak już wspomniano, jest ich łącznie czternaście. Są traktowane jako klucz do sprawnego funkcjonowania nowoczesnych instytucji, opartego na relacjach międzyludzkich, myśleniu statystycznym (zastosowaniu jego metod i wyciąganiu na ich podstawie wniosków) oraz nowoczesnym przywództwie.

Pierwsza zasada dotyczy wytrwałości w zamierzeniach (jasno określonych celach długofalowych, skonstruowanych nie tylko z myślą o aktualnych, ale i przyszłych potrzebach; osiągnięciu jakości, opierając się na stałych celach), zasada druga — zastosowania nowej filozofii zarządzania (wyciągania wniosków z popełnianych błędów, unikania marnotrawstwa, świadomego i efektywnego przywództwa), zasada trzecia — rezygnacji z metod masowej kontroli w celu zapewnienia jakości (skupienia się na statystyce w celu oszacowania błędów/wad procesu oraz zapobieganiu/wykluczeniu błędów). Zasada czwarta zakłada zaprzestanie powszechnych praktyk wyboru kooperantów (niekierowania się najniższą ceną, lecz jakością produktów oraz budowania długofalowych kooperacji opartych na wzajemnym zaufaniu i lojalności), zasada piąta — stałe podnoszenie jakości produkcji/usług (pozwoli to docelowo trwale wpłynąć na obniżenie kosztów i zmniejszenie popełnianych błędów), zasada szósta — wprowadzanie nowoczesnych metod doskonalenia pracowników (wszystkich szczebli kadry, zwłaszcza w obszarze metodyki i psychologii zarządzania instytucją oraz ludźmi). Zasada siódma dotyczy budowania przywództwa (lidera, który jest mentorem, wspiera, a nie kontroluje i rozlicza, buduje relacje z podwładnymi), zasada ósma — usunięcia strachu w celu poprawy efektywności pracy (budowania jakości relacji, ważne jest nie samo osiągnięcie celu i wyniki liczbowe, ale jakość), zasada dziewiąta — usunięcia barier między działami (kooperacja, wspólne rozwiązywanie problemów, firma/instytucja to jeden organizm, spłaszczenie hierarchii, rezygnacja z pionów, dbałość o kooperację pomiędzy działami). Zgodnie z zasadą dziesiątą konieczna jest eliminacja korzystania z utartych sloganów w stylu „zero defektów” czy „nowy poziom wydajności” (istota niskiej wydajności i jakości leży głównie po stronie kierownictwa i systemu). Zasada jedenasta zakłada likwidację substytutów przywództwa i zarządzania przez cele (zastosowanie metod statystycznych), zasada dwunasta — likwidację barier między stanowiskami (zadaniami) w instytucji (praca ma charakter zespołowy, każdy pracownik i wykonywana przez niego czynność jest ważna i warta docenienia), zasada trzynasta — stworzenie solidnego programu edukacji i samodoskonalenia, a ostatnia zasada, czternasta, mówi, że w transformację firmy/instytucji należy zaangażować wszystkich pracowników¹⁵.

¹⁴ Por. T. Skierniewski, *Diagnoza modelu zarządzania jakością w administracji rządowej*, Warszawa 2008.

¹⁵ Por. A. Blikle, *op. cit.*, s. 366–367; zob. także <https://centrum.jakosci.pl/zasady-jakosci/zasady-deminga> (dostęp: 21.12.2021).

W ujęciu Deminga przywódca powinien mieć kilka kluczowych cech:

1. rozumieć, jakie znaczenie ma współpraca zespołu dla jakości funkcjonowania firmy/institucji;
2. cały czas analizować kolejne fazy tego procesu;
3. tworzyć przyjazne warunki pracy, wzbudzać zaufanie, być doradcą/mentorem;
4. cały czas pracować nad doskonaleniem jakości funkcjonowania firmy.

Europejska Fundacja Zarządzania Jakością (EFQM) opracowała własny model doskonałości, który złożony jest z dziewięciu obszarów¹⁶. Wśród nich są: 1. przywództwo (z ukierunkowaniem na wartości, zaangażowanie, doskonalenie pracowników/institucji, jasną komunikację wizji, współpracę z otoczeniem), które ma bezpośredni wpływ na trzy kolejne: 2. pracowników (dobór, współpraca, rozwój kompetencji, komunikacja i motywacja), 3. politykę i strategię (metody budowy strategii, dbałość o uwzględnianie obecnych i przyszłych potrzeb, działania decyzyjne i wdrożeniowe) oraz 4. partnerstwo i zasoby (zarządzanie informacjami, relacjami z otoczeniem, informacją, wiedzą oraz technologią). Wszystkie wymienione obszary oddziałują z kolei na: 5. procesy (projektowanie i doskonalenie procesów oraz relacji między członkami zespołu/institucji a otoczeniem, budowanie pozytywnego wizerunku/marki), a one na trzy kolejne: 6. zachowania pracowników (motywacja, zaangażowanie, efektywność, jakość wykonywanej pracy), 7. zadowolenie klientów (postrzeganie organizacji przez otoczenie), 8. otoczenie (wizerunek, społeczna odpowiedzialność, relacje z otoczeniem). Jako pole dziewiąte wskazano kluczowe wyniki działalności (efekty końcowe/rezultaty działań i procesów w zależności od profilu instytucji)¹⁷. Obrazuje to wykres 2.

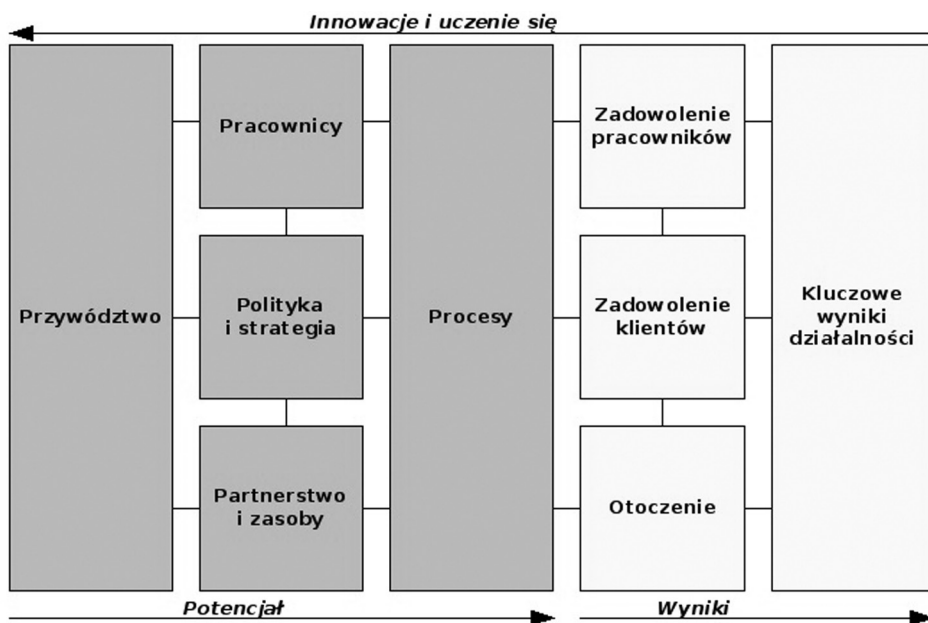
Choć przedstawiona koncepcja mierzenia doskonałości (jakości) instytucji w modelu EFQM ma wiele wspólnych płaszczyzn z czternastoma zasadami sformułowanymi przez Deminga, będącymi podstawą wdrażania TQM, to niestety wiele analiz wskazuje na brak korelacji między tymi propozycjami oraz krytycznie odnosi się do mierzenia poziomu zaawansowania zarządzania jakością w określonej instytucji, firmie czy organizacji za pomocą tego modelu¹⁸. Uwagi dotyczą między innymi nieokreślenia, czym jest „jakość” z perspektywy zaproponowanych w modelu EFQM kryteriów, nieoznaczenia zależności (zdefiniowania relacji) pomiędzy poszczególnymi elementami, a także zbyt dużego nastawienia instytucji na osiągnięcie konfiguracji zaprezentowanego modelu bez względu na charakter instytucji, aktualną sytuację na rynku, przyjęte metody oraz cele. Zarzuty dotyczyły też bardzo powierzchownego podejścia do potrzeby stałego dosko-

¹⁶ Por. European Foundation for Quality Management, *Model doskonałości EFQM*, Bruksela 2004, s. 13–24.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por. A. Hughes, D.N. Halsall, *Comparison of the 14 Deadly Diseases and the Business Excellence Model*, „Total Quality Management” 2, 2002; American Society for Quality, *Criteria for Performance Excellence*. Baldrige National Quality Program, Milwaukee 2005.

nalania się instytucji/firmy, uwzględniającego aktualne warunki oraz trendy¹⁹, i skupiania się w głównej mierze prawie wyłącznie na osiągnięciu kryteriów modelu EFQM i czynnikach ekonomicznych²⁰.



Wykres 2. Model doskonałości EFQM

Źródło: European Foundation for Quality Management, *Model doskonałości EFQM*, Bruksela 2004, s. 12²¹.

Doktryna jakości w ujęciu Andrzeja Bliklego

Oprócz czternastu zasad Deminga i koncepcji EFQM na uwagę zasługuje także podejście prof. Andrzeja Bliklego i jego koncepcja doktryny jakości, w której japońsko-amerykańską metodę Deminga w połączeniu z koncepcjami Petera Druckera i Waltera Shewharta sprowadzono do trzech podstawowych zasad — razem wzięte współtworzą one „doktrynę jakości”. Blikle przedstawił je w postaci trójkąta, u którego podstaw leżą „zasada racjonalności” (myślenie systemowe)

¹⁹ Por. L.A. Wilson, R.F. Durant, *Evaluating TQM: The Case for a Theory Driven Approach*, „Public Administration Review” 54, [1994], nr 2.

²⁰ Por. A. Sims, *Debate: Does the Baldrige Award Really Work?*, „Harvard Business Review” 1, 1992.

²¹ Por. Encyklopedia Zarządzania, https://mfiles.pl/pl/index.php/Europejska_nagroda_jako%20C5%9Bci (dostęp: 21.12.2021).

oraz „zasada współpracy” (budowa relacji), na jego zaś wierzchołku znajduje się „zasada stałego doskonalenia” (doskonalenia wszystkiego, wszystkich w sposób ciągły). Autor szczegółowo opisał tę koncepcję w książce *Doktryna jakości. Rzecz o turkusowej samoorganizacji*²².

Fundamenty tej koncepcji tworzą zatem „zasada współpracy” i nieco inny system motywowania pracowników w dążeniu do doskonałości, ukierunkowany nie wyłącznie na indywidualne dążenie/zachęcanie pracowników do jak najlepiej wykonywanej pracy (z możliwie najmniejszą liczbą defektów), ale motywowanie do regularnego mierzenia postępów, analizowania przyczyn występujących defektów, dzielenia się tą wiedzą ze współpracownikami, wspólne wypracowywanie rozwiązań zaistniałych błędów, prowadzące do doskonalenia jakości nie w pojedynkę, ale zespołowo.

Drugi fundament doktryny jakości to „zasada racjonalności”, która mówi: „Jeśli chcesz zmienić bieg jakiegoś zjawiska, upewnij się wpierw, że dobrze i całościowo rozumiesz mechanizm, jaki nim powoduje”²³. Jest to przyjęcie na początku założenia, że możemy mieć do czynienia z sytuacją, że „nie wiem, że nie wiem”. To sensowny punkt wyjścia, bardzo pomocny w oszacowaniu naszej wiedzy w kwestii możliwości rozwiązania danego problemu samodzielnie lub ze wsparciem osób z określonymi kompetencjami. Profesjonalne podejście do pracy, rozwiązywania problemów, podnoszenia jakości ma w założeniu występować (być kluczową zasadą) we wszystkich obszarach.

I ostatnia „zasada stałego doskonalenia” — jej opis autor rozpoczął od myśli, wedle której „Zawsze można pozostać przeciętnym. Ale jakaż to perspektywa?”²⁴. Przedstawił jednocześnie trzy zalecenia konieczne do realizacji tej zasady. Po pierwsze, praca nad doskonaleniem określonego produktu nie powinna koncentrować się tylko na nim, ale na wszystkich towarzyszących jej czynnościach, narzędziach, zasobach wiedzy i umiejętnościach. Wszystko to tworzy tak zwany łańcuch jakości. Po drugie, w proces utrzymania i doskonalenia jakości powinni być zaangażowani wszyscy pracownicy, nie tylko „specjaliści od zachowania jakości”. I po trzecie, praca nad doskonaleniem jakości to proces ciągły²⁵.

Zamiast zakończenia

Przedstawione w artykule koncepcje sformułowane na podstawie *total quality management* (TQM) wyraźnie pokazują, jak kompleksowa i permanentna dbałość o jakość przekłada się na doskonałe zarządzanie instytucją (bez względu

²² A. Blikle, *op. cit.*

²³ *Ibidem*, s. 353.

²⁴ *Ibidem*, s. 352.

²⁵ *Ibidem*, s. 252–253.

na sektor jej działalności) i płynące z tego na kolejnych etapach profity. Ukazuje to w bardzo obrazowy sposób schemat reakcji łańcuchowej, sformułowany przez Deminga. Obejmuje on łącznie sześć kroków:

1. doskonalenie procesów oraz jakości produktu,
2. redukowanie kosztów i usuwanie strat,
3. poprawa produktywności,
4. zwiększenie konkurencyjności na rynku,
5. generowanie większych zysków,
6. wzrost firmy (w tym zwiększenie liczby miejsc pracy, większe zarobki, mocniejsze poczucie zadowolenia z wykonywanej pracy)²⁶.

Podejście do kultury organizacyjnej, pracy, pracowników, struktury, systemu motywacyjnego oraz zorientowania na wartości, a nie na li tylko na osiągnięcie doraźnych celów jest warte nie tylko przypomnienia, ale i zastosowania, wykorzystania sformułowanych na podstawie czternastu zasad Deminga i filozofii TQM koncepcji, metod i sposobu myślenia w różnych dziedzinach życia. Wspomniane zasady i przedstawione w artykule koncepcje są również doskonałą podstawą etycznego kształtowania potrzeb nie tylko kadry zarządczej (w tym pracodawców) i pracowników, ale też potencjalnych „odbiorców” ich działalności, a w dalszej perspektywie kreowania i doskonalenia zasad skupionych wokół idei zrównoważonego rozwoju²⁷, kontynuacji doskonalenia norm jakości i wielu innych kwestii zgodnie z zasadą permanentnego procesu rozwoju jakości w ramach różnych rzeczywistości życia społecznego, gospodarczego, kulturalnego, naukowego i wielu innych.

Bibliografia

- American Society for Quality, *Criteria for Performance Excellence. Baldrige National Quality Program*, Milwaukee 2005.
- Bayart D., *Walter Andrew Shewhart*, [w:] *Statisticians of the Centuries*, red. C.C. Heyde, E. Seneta, New York 2001.
- Blikle A.J., *Doktryna jakości. Rzecz o skutecznym zarządzaniu*, Gliwice 2014.
- Blikle A.J., *Doktryna jakości. Rzecz o turkusowej samoorganizacji*, Gliwice 2017.
- Bugdol M., Jedynak P., *Współczesne systemy zarządzania. Jakość, bezpieczeństwo, ryzyko*, Gliwice 2012.
- Czech E., Czech P., *Kaizen — japoński system zarządzania jakością*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej”, seria „Transport” 57, 2005.
- Dahlgaard J., Kristesen K., Kanji G., *Podstawy zarządzania jakością*, Warszawa 2000.

²⁶ Por. <https://inzynierjakosci.pl/2018/04/reakcja-lancuchowa-deminga/> (dostęp: 21.12.2021).

²⁷ Por. J. Kordos, *W kierunku systemu informacji do sterowania rozwojem zrównoważonym*, [w:] *Innowacyjność w zarządzaniu: jakością, produkcją, logistyką, personelem i organizacją — nauka i praktyka*, Warszawa 2012; M. Bugdol, P. Jedynak, *Współczesne systemy zarządzania. Jakość, bezpieczeństwo, ryzyko*, Gliwice 2012.

- Deming W.E., *Walter A. Shewhart, 1891–1967*, „American Statistician” 21, 1967.
- Drummond H., *W pogoni za jakością*, Warszawa 1998.
- European Foundation for Quality Management, *Model doskonałości EFQM*, Bruksela 2004.
- Funkcjonowanie i doskonalenie systemów zarządzania jakością*, red. T. Sikora, Kraków 2011.
- Hamrol A., Mantura W., *Zarządzanie jakością. Teoria i praktyka*, Warszawa 2002.
- Hughes A., Halsall D.N., *Comparison of the 14 Deadly Diseases and the Business Excellence Model*, „Total Quality Management” 2, 2002.
- Karaszewski R., *TQM: teoria i praktyka*, Toruń 2001.
- Kordos J., *W kierunku systemu informacji do sterowania rozwojem zrównoważonym*, [w:] *Innowacyjność w zarządzaniu: jakością, produkcją, logistyką, personelem i organizacją — nauka i praktyka*, Warszawa 2012.
- Kraśniński M., *Kulturowe uwarunkowania wykorzystywania japońskich koncepcji, metod i technik zarządzania*, Wrocław 2014.
- Latzko W.L., Saunders D.M., *Cztery dni z dr. Demingiem. Nowoczesna teoria zarządzania*, Warszawa 1998.
- Libertowska A., Drzewiecka M., *Istota kapitału społecznego w doskonaleniu systemów zarządzania jakością*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Poznańskiej” 65, 2015.
- Lisiecka K., *Kreowanie jakości*, Katowice 2002.
- Mani T.P., Murugan N., Rajendran C., *Classical Approach to Contemporary TQM: An Integrated Conceptual TQM Model as Perceived in Tamil Classical Literature*, „Total Quality Management” 5, 2003.
- Michalska J., Szewieczek D., *The 5S Methodology as a Tool for Improving the Organization*, „Journal of Achievements in Materials and Manufacturing Engineering” 24, 2007, nr 2.
- Miller J., Wróblewski M., Villafuerte J., *Kultura kaizen. Budowanie i utrzymywanie kultury ciągłego doskonalenia*, Warszawa 2018.
- Nabitz U., Quagila G., Wangen P., *EFQM's New Excellence Model*, „Quality Progress” 1999, nr 10.
- Nowicki P., Kafel P., Sikora T., *Zasady zarządzania jakością w polskich przedsiębiorstwach — studium przypadków*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 918, 2015.
- Osada T., *The 5 S's — Five Key to a Total Quality Environment*, Tokio 1991.
- Shewhart W.A., *Economic Control of Quality of Manufactured Product*, New York 1931.
- Sims A., *Debate: Does the Baldrige Award Really Work?*, „Harvard Business Review” 1, 1992.
- Skierkowski T., *Diagnoza modelu zarządzania jakością w administracji rządowej*, Warszawa 2008.
- Urbaniak M., *Zarządzanie jakością: teoria i praktyka*, Warszawa 2004.
- Wawak S., *Podręcznik wdrażania ISO 9001:2000*, Gliwice 2007.
- Wilson L.A., Durant R.F., *Evaluating TQM: The Case for a Theory Driven Approach*, „Public Administration Review” 54, [1994], nr 2.
- Yoshida K., *Revisiting Deming's 14 Points in Light of Japanese Business Practices*, „Quality Management Journal” 3, 1995, nr 1.
- Zarządzanie jakością — wybrane zagadnienia*, red. W. Nierzwicki, Gdańsk 1999.

The Concept of Total Quality Management: Its Origin, Goals and Principles

Summary

Issues related to management, quality and competences have been very popular for at least several decades and are the subject of analyses by representatives of various scientific disciplines.

They are interesting because they concern almost every area of our life — their development and, at the same time, problems to be solved, implementing innovations, constantly taking into account the context of socio-cultural, economic, technological and other changes. According to Andrzej Blikle, this is a universal method, the aim of which is to increase the effectiveness of the functioning of human teams in various types of institutions, including business, local government, public administration, education, services and the army.

Management through quality (total quality management) concerns a pro-quality approach to life and work based on cooperation, commitment, mindfulness, self-control, the need to develop and raise one's own qualifications and competences. Ultimately, its implementation is to affect the long-term development and well-being of employees, institutions as well as potential applicants, customers, etc., and a wide range of institutions and people using the services of a company/institution or cooperating with it (within various spheres of, among others, the social, cultural, economic, and educational reality) and society understood in its various dimensions. The article deals with the key aspects and contexts of the concept of comprehensive quality management.

Keywords: quality management, comprehensive quality management, total quality management.

PAŃSTWO, PRAWO, GOSPODARKA —
ZAGADNIENIA SZCZEGÓŁOWE

LESZEK BIELECKI

ORCID: 0000-0002-1553-1141

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

leszek.bielecki@ujk.edu.pl

Działalność gospodarcza nieewidencjonowana jako wyjątek w zakresie ewidencjonowanej działalności gospodarczej w świetle przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej w powiązaniu z ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych

Abstrakt: Niniejszy artykuł dotyczy problematyki funkcjonowania nieewidencjonowanej aktywności gospodarczej na podstawie ustawy Prawo przedsiębiorców wobec funkcjonowania ewidencjonowanej pozarolniczej działalności gospodarczej wynikającej z ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Ponadto opracowanie zawiera konkluzje i wnioski w zakresie funkcjonowania tych kwestii, mieszczące się w aspekcie zasad ewidencjonowania aktywności gospodarczej oraz powiązania obrotu gospodarczego z prawem podatkowym. Konkluzja opiera się na założeniu, że cel regulacji polegał na odciążeniu (odbiurokratyzowaniu) czynności osoby wykazującej aktywność gospodarczą. Natomiast względny innej rodzaju, podatkowe lub ubezpieczeniowe, nie wykluczają obowiązków ewidencyjnych w zakresie podatków i składek ubezpieczeniowych, co wychodzi naprzeciw realizacji zasad bezpieczeństwa i ochrony obrotu gospodarczego jako komponentom zasady ogólnej bezpieczeństwa prawnego.

Słowa kluczowe: aktywność gospodarcza, działalność gospodarcza, przedsiębiorca, ewidencja, obrót gospodarczy, prawo podatkowe.

Wstęp

Niewątpliwie pozarolnicza działalność gospodarcza w Polsce prowadzona jest na podstawie wymogu zaewidencjonowania albo w Krajowym Rejestrze Sądowym, albo poprzez wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, zgodnie z wymogami przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców¹ w tym zakresie.

Natomiast pozarolnicza działalność gospodarcza, niepodlegająca w omawianych ramach obowiązkom ewidencyjnym, występuje jako wyjątek od zasady ewidencji działalności gospodarczej.

W przedmiotowym opracowaniu przedstawię zasady funkcjonowania działalności gospodarczej, opierając się na modelu niezaewidencjonowanym poprzez zastosowanie analityczno-dogmatycznej metody badania zjawisk prawnych.

1. Zaewidencjonowana działalność gospodarcza

Zasadą wiodącą opierającą się na ustawie Prawo przedsiębiorców jest, że działalność gospodarczą można podjąć w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej: CEIDG) albo po dokonaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (dalej: KRS), chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

W pierwszej kolejności należy wskazać na Krajowy Rejestr Sądowy działający według ustawy². KRS składa się z: rejestru przedsiębiorców, rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz rejestru dłużników niewypłacalnych. Wpis do rejestru polega na wprowadzeniu do systemu teleinformatycznego danych zawartych w postanowieniu sądu rejestrowego niezwłocznie po jego wydaniu.

Wpis do Krajowego Rejestru Sądowego zgodnie z art. 694⁵ § 1 k.p.c.³ następuje na podstawie postanowienia. Postanowienie o dokonaniu wpisu jest zatem postanowieniem co do istoty sprawy, stanowi bowiem merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy o wpis do rejestru. Postanowieniem co do istoty sprawy jest również wobec tego postanowienie odmawiające dokonania wpisu. Nie ma podstaw do osobnego wyróżnienia w tym miejscu postanowień o wykreśleniu wpisu oraz

¹ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

² Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 112 ze zm.); dalej: ustawa o KRS.

³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

odmowie wykreślenia wpisu. Wykreślenie wpisu jest bowiem, zgodnie z art. 20 ust. 4 ustawy o KRS, również wpisem. W związku z tym postanowienia o wykreśleniu wpisu oraz odmowie wykreślenia wpisu są po prostu odpowiednio postanowieniami o dokonaniu wpisu oraz odmowie dokonania wpisu.

W postanowieniu o wpisie sąd rejestrowy powinien szczegółowo określić jego treść ze wskazaniem odpowiednio działu, rubryki, podrubryki i pola, w którym należy ujawnić poszczególne wpisy (§ 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 roku w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach⁴). W postępowaniu o wpis do rejestru przedsiębiorców sąd rejestrowy w postanowieniu o wpisie powinien przy tym określić treść wpisu w sposób wyczerpujący bez powoływania się na dokumenty złożone do akt rejestrowych. Regulacja tej treści została zawarta w § 155 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 roku — Regulamin urzędowania sądów powszechnych⁵.

Zgodnie z ustawą⁶ Centralną Ewidencję i Informację o Działalności Gospodarczej prowadzi w systemie teleinformatycznym minister właściwy do spraw gospodarki. Wpis do CEIDG polega na wprowadzeniu do systemu teleinformatycznego danych podlegających wpisowi. Wpis jest dokonany z chwilą zamieszczenia danych w CEIDG, nie później niż w dniu roboczym następującym po dniu wpływu do CEIDG wniosku o wpis, z wyjątkiem sytuacji wskazanych w art. 10 ust. 5 i 6. Wpis do CEIDG jest dokonywany na wniosek, chyba że przepis szczególny przewiduje wpis z urzędu. Wpisem do CEIDG jest również wykreślenie przedsiębiorcy albo zmiana wpisu.

W związku z tym zasadniczo każda działalność gospodarcza podlega wpisowi albo ewidencji, chociażby w celach porządkowych. Przypadek zaś nieewidencjonowania działalności gospodarczej jest wyjątkiem od takiej zasady.

2. Niezaewidencjonowana działalność gospodarcza

W rozumieniu art. 5 ust. 1 Prawa przedsiębiorców nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, której przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w odpowiedniej ustawie⁷, i która w okresie

⁴ Dz.U. Nr 117, poz. 1237.

⁵ Dz.U. Nr 38, poz. 249.

⁶ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2296).

⁷ Ustawa z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207).

ostatnich 60 miesięcy nie wykonywała działalności gospodarczej. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że nie tyle wskazana działalność jest działalnością gospodarczą, ale niezaewidencjonowaną, ile okazuje się, że nie jest ona w ogóle pozarolniczą działalnością gospodarczą. Można zatem wnioskować, że ustawa Prawo przedsiębiorców uznaje konkretnie uwarunkowaną aktywność za przejaw jakiejś działalności albo aktywności, który nie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu przedmiotowej ustawy. Taka działalność lub aktywność w sposób prawnie usankcjonowany wymyka się zatem regulacjom tak zwanej konstytucji działalności gospodarczej, jaką jest Prawo przedsiębiorców.

Ponadto osoba wykonująca wskazaną działalność może złożyć wniosek o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Działalność ta staje się wówczas działalnością gospodarczą z dniem określonym we wniosku. Użycie funktora normatywnego „może” oznacza, że osoba wykonująca działalność gospodarczą może poddać się wpisowi do Centralnej Ewidencji, o której wspomina art. 17 Prawa przedsiębiorców, ale w równym stopniu nie musi poddać się takiemu wpisowi.

Jeżeli przychód należny z działalności osoby fizycznej przekroczył w danym miesiącu wysokość 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, działalność ta staje się działalnością gospodarczą, począwszy od dnia, w którym nastąpiło przekroczenie wysokości 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia. Przez przychód należy rozumieć kwoty należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane, po wyłączeniu wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. W zakresie określenia przychodu należnego ustawa Prawo przedsiębiorców korzysta z rozwiązań przyjętych w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych⁸. Przepis art. 14 ust. 1 stanowi bowiem, że za przychód z działalności, o której mowa w art. 10 ust. 1 pkt 3 (pozarolnicza działalność gospodarcza), uważa się kwoty należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane, po wyłączeniu wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. W wypadku podatników dokonujących sprzedaży towarów i usług opodatkowanych podatkiem od towarów i usług za przychód z tej sprzedaży uważa się przychód pomniejszony o należny podatek od towarów i usług. Przychody z działalności gospodarczej doczekały się zatem szczególnej regulacji — obowiązuje w tym przypadku zasada memoriału, która oznacza, że opodatkowaniu mogą podlegać przychody należne, nawet jeśli nie zostały faktycznie uzyskane. W efekcie przedsiębiorcy mogą być zmuszeni do zapłaty podatku, nawet jeśli nie otrzymali zapłaty za swoje usługi. Podatek dochodowy opłaca się od dochodu, czyli przychodu pomniejszonego o koszty uzyskania, lub — przy formach ryczałtowych — od przychodu. Warunkiem koniecznym opodatkowania jest więc uzyskanie przychodu. Wyjątkiem jest karta podatkowa,

⁸ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1128 ze zm.).

w wypadku której podatek płaci się w stałej kwocie bez względu na uzyskiwanie przychodów i ponoszenie kosztów.

Przychodem jest przysporzenie majątkowe, czyli — nawiązując do terminologii rachunkowej — wzrost aktywów podatnika (na przykład otrzymane wynagrodzenie lub otrzymane świadczenia rzeczowe) lub spadek pasywów (na przykład zwolnienie z długu). Za datę powstania przychodu uważa się przede wszystkim dzień wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi albo częściowego wykonania usługi — z zastrzeżeniem kroków „otrzymanie należności” oraz „wstawienie faktury” niniejszej procedury. Przez częściowe wykonanie usługi należy rozumieć wykonanie jakiejś zamkniętej całości — najczęściej będzie to wynikało z umowy między stronami. Jeżeli przed dniem wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi albo częściowego wykonania usługi uregulowano należności, przychód powstaje w momencie tego uregulowania — z zastrzeżeniem kroku „wystawienie faktury” niniejszej procedury. Do przychodów nie zalicza się jednak pobranych wpłat lub zarachowanych należności na poczet dostaw towarów i usług, które zostaną wykonane w następnych okresach sprawozdawczych.

Jeżeli przed dniem wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi albo częściowego wykonania usługi wystawiono fakturę, przychód powstaje w momencie wystawienia faktury. Jeżeli strony ustala, że usługa jest rozliczana w okresach rozliczeniowych, za datę powstania przychodu uznaje się ostatni dzień okresu rozliczeniowego określonego w umowie lub na wystawionej fakturze, nie rzadziej niż raz w roku. Powstanie przychodu nie zawsze jest jednak równoznaczne z powstaniem obowiązku zapłaty podatku. Wszystko zależy przede wszystkim od wielkości kosztów, ale także od innych okoliczności (na przykład rozliczania strat czy korzystania z ulg)⁹.

W przypadku przekroczenia 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia osoba ta staje się osobą wykonującą działalność gospodarczą, a więc przedsiębiorcą, i powinna złożyć wniosek o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej w terminie 7 dni od dnia, w którym nastąpiło przekroczenie wysokości 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia. Należy zwrócić również uwagę, że omawianych rozwiązań w zakresie działalności nieewidencjonowanej nie stosuje się do działalności wykonywanej w ramach umowy spółki cywilnej, o której mowa w art. 860–875 k.c.¹⁰

⁹ P. Ziółkowski, *Moment powstania przychodu w PIT — działalność gospodarcza*, Warszawa 2019, SIP LEX/el.

¹⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

Zakończenie

W zakresie omawianej tematyki zwracają uwagę dwa aspekty. Pierwszy wiąże się z zasadami ewidencjonowania aktywności gospodarczej. Należy bowiem zauważyć, że w gruncie rzeczy aktywność gospodarcza jest traktowana jako pozarolnicza działalność gospodarcza i jako taka podlega ewidencjonowaniu poprzez wpis do KRS lub CEIDG. Wyjątkiem jest omawiana tutaj aktywność gospodarcza (działalność), która w opisanych warunkach nie podlega ewidencji w zakresie normowanym prawem gospodarczym publicznym.

Drugi aspekt poruszanej w tekście tematyki wiąże się z powiązaniem obrotu gospodarczego z prawem podatkowym. Ścisłe powiązanie opodatkowania z obrotem gospodarczym wynika z samej istoty opodatkowania. Prawo podatkowe reguluje bowiem stosunki powstałe na tle przesuwania środków pieniężnych między państwem a innymi podmiotami. Przedmiotem regulacji w prawie podatkowym są stosunki społeczne należące do szeroko rozumianych zjawisk ekonomicznych. Przesuwanie środków pieniężnych jest ściśle związane z różnymi zjawiskami ekonomicznymi funkcjonującymi w gospodarce. Można nawet stwierdzić, iż jest rezultatem tych zjawisk. U uczestników obrotu gospodarczego powstaje efekt w postaci dochodu, przychodu majątku, który stanowi następnie tworzywo konstrukcji podatkowych. Należy jednocześnie podkreślić, co ma istotne znaczenie dla stosowania prawa podatkowego, że prawo to nie reguluje obrotu gospodarczego, gdyż zarówno organizacja, jak i instrumenty prawne obrotu gospodarczego są przedmiotami regulacji innych gałęzi prawa. Prawo cywilne i handlowe reguluje stosunki pomiędzy podmiotami w ramach szeroko rozumianego obrotu gospodarczego. Odgrywa więc rolę organizatora tychże stosunków. Z kolei publiczne prawo gospodarcze dotyczy stosunków prawnych między państwem a podmiotami gospodarczymi, gdzie z jednej strony regulacji podlegają zadania i kompetencje państwa, z drugiej zaś — prawa i obowiązki podmiotów gospodarczych.

Powiązanie opodatkowania z obrotem gospodarczym przejawia się także w przesłankach, które powodują objęcie określonych zjawisk ekonomicznych opodatkowaniem. W przypadku prawa podatkowego o opodatkowaniu decydują przesłanki ekonomiczne i społeczne, natomiast w wypadku na przykład prawa cywilnego — wzgląd na bezpieczeństwo obrotu i jego organizację. Uzależnienie opodatkowania od przesłanek (względów) gospodarczych oznacza, że powiązanie to należy rozważać zarówno w płaszczyźnie systemu podatkowego, jak i poszczególnych konstrukcji prawnopodatkowych będących tworzywem zobowiązania podatkowego. Warto więc podkreślić, że o stopniu obciążenia podatkowego powinny decydować względy gospodarcze — możliwość pokrywania przez gospodarkę potrzeb publicznych.

Ścisłe powiązanie opodatkowania z obrotem gospodarczym powoduje również konieczność odpowiedniego użycia wyrażeń w języku prawnym. Chodzi o zwroty normatywne dotyczące zjawisk ekonomicznych tworzących obrót gospodarczy,

szczególnie działalności gospodarczej. Ma tu zastosowanie zasada „treść przed formą”, która oznacza położenie akcentu na rzeczywisty przebieg zjawisk obrotu gospodarczego przy przesunięciu na dalszy plan zagadnień formalnych związanych z tymi zjawiskami. Zasada ta będzie więc miała zastosowanie do ujęcia w ramach regulacji prawnopodatkowych ekonomicznego zjawiska działalności gospodarczej — będzie wyznaczać kierunek aktywności ustawodawcy podatkowego w tym zakresie. Zasada „treść przed formą” jako wyznacznik aktywności ustawodawcy podatkowego wyrażającego w języku ustaw podatkowych ekonomiczne zjawisko działalności gospodarczej jest ściśle związana z zagadnieniem autonomii prawa podatkowego. Z uwagi na postawiony przez ustawodawcę podatkowego cel nie ma znaczenia badanie przez organ stosujący prawo podatkowe przyczyn dokonania danej czynności, zamiaru strony, formy prawnej dokonanej czynności. Mimo że chodzi tu o odwoływanie się do pojęć z zakresu prawa cywilnego i ich definiowanie w sposób właściwy prawu podatkowemu, będzie to miało również bezpośrednie zastosowanie do zjawiska ekonomicznego działalności gospodarczej, które ustawodawca podatkowy ujmuje w języku ustaw podatkowych, ze względu na powiązanie opodatkowania z obrotem gospodarczym¹¹.

W zakresie ewidencji należy ponadto zwrócić uwagę, że niezależnie od przedmiotowo omawianego zwolnienia od zaewidencjonowania się, jeśli osoba przejawiająca aktywność gospodarczą nabędzie przymiot podatnika¹², wówczas będzie podlegała ewidencji podatkowej w rozumieniu odrębnych przepisów¹³. Natomiast w zakresie ubezpieczeń społecznych osoba aktywna gospodarczo będzie podlegała rejestrom określonym w przepisach dotyczących ubezpieczeń społecznych¹⁴.

W tym miejscu można postawić pytanie o cel i sens wprowadzenia w przepisach ustawy Prawo przedsiębiorców możliwości niezaewidencjonowania się osoby przejawiającej aktywność gospodarczą, a przez to niebędącej przedsiębiorcą w rozumieniu tejże ustawy. Wydaje się, że *ratio legis* w tym względzie polegał na odciążeniu (odbiurokratyzowaniu) czynności takiej osoby. Natomiast względy innego rodzaju — podatkowe lub ubezpieczeniowe — nie wykluczają obowiązków ewidencyjnych, a zatem taka osoba nie będzie poza wszelką ewidencją (rejestracją), gdyż w tym sensie przeczyłoby to zasadom bezpieczeństwa i ochrony obrotu gospodarczego jako komponentom zasady ogólnej bezpieczeństwa prawnego¹⁵.

¹¹ P. Borszowski, *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2010, SIP LEX/el.

¹² W rozumieniu ustawy z 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.).

¹³ Ustawa z dnia 13 października 1995 roku o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 170 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.).

¹⁵ D. Tyrawa, *Bezpieczeństwo prawne jako wyznacznik działania administracji publicznej*, [w:] *Bezpieczeństwo prawne i bezpieczeństwo obrotu prawnego w Polsce*, red. J. Mojak, A. Żywicka, L. Bielecki, Lublin 2019, s. 227–236.

Bibliografia

- Borszowski P., *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2010, SIP LEX/el.
- Tyrawa D., *Bezpieczeństwo prawne jako wyznacznik działania administracji publicznej*, [w:] *Bezpieczeństwo prawne i bezpieczeństwo obrotu prawnego w Polsce*, red. J. Mojak, A. Żywicka, L. Bielecki, Lublin 2019.
- Ziółkowski P., *Moment powstania przychodu w PIT — działalność gospodarcza*, Warszawa 2019, SIP LEX/el.

Unregistered Business Activity as an Exception to Registered Business Activity in the Light of the Provisions of the Business Activity Law, the Act on the National Court Register and the Act on the Central Register and Information on Business Activity in Connection with the Act on Personal Income Tax

Summary

This article concerns the issue of the functioning of unregistered economic activity on the basis of the Business Activity Law in relation to the functioning of registered non-agricultural economic activity resulting from the Act on the National Court Register and the Act on Central Register and Information on Business Activity. Moreover, the study contains conclusions on the functioning of the above issues in the aspect of the rules of registering economic activity and in the aspect of linking economic turnover with the tax law. The conclusion is based on the assumption that the aim of the regulation was to lighten the burden (de-bureaucratize) of a person who is economically active. On the other hand, considerations of a different kind, namely tax or insurance, do not exclude recording duties with respect to taxes and insurance premiums, which accommodates the principles of security and protection of economic turnover as components of the general principle of legal security.

Keywords: economic activity, business, entrepreneur, records, business turnover, tax law.

DOMINIKA CENDROWICZ

ORCID: 0000-0002-2358-7188

Uniwersytet Wrocławski
dominika.cendrowicz@uwr.edu.pl

Zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki jako przykład reglamentacji gospodarczej w sferze pomocy społecznej

Abstrakt: Celem artykułu jest analiza instrumentu reglamentacji gospodarczej w formie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie placówki całodobowej opieki dla osób z niepełnosprawnościami, przewlekłe chorych lub w podeszłym wieku. Opracowanie stawia sobie za cel sformułowanie wniosków *de lege lata* i *de lege ferenda* na temat przesłanek uzyskania albo cofnięcia zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki, o których mowa w ustawie z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej, a także sankcji za jej prowadzenie bez zezwolenia lub z naruszeniem standardów świadczonych usług.

Słowa kluczowe: funkcje administracji, reglamentacja gospodarcza, placówka całodobowej opieki.

Wstęp

„Administracja publiczna jest to przejęte przez państwo i realizowane przez jego zawisłe organy, a także przez organy samorządu terytorialnego zaspokajanie zbiorowych i indywidualnych potrzeb obywateli, wynikających ze współżycia ludzi w społeczeństwie”¹. Racją bytu administracji publicznej jest wykonywanie

¹ J. Boć, *Pojęcie administracji*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 15.

zadań publicznych. Aby je zrealizować, podejmuje ona różnorodne i kompleksyjne działania, które mają niejednorodny charakter prawny². Warto podkreślić, że zadania administracji publicznej są określone w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³, a także w ustawach stanowionych przez parlament⁴. Wykonując je, administracja urzeczywistnia rozmaite funkcje administracyjne, do których tradycyjnie zalicza się policję administracyjną, reglamentację, regulację i administrację świadczącą. Spotkać można również klasyfikacje uwzględniające dodatkowo funkcje nadzorczą i planistyczną⁵. W ramach każdej z funkcji administracja publiczna zajmuje się sprawami aktualnymi i charakterystycznymi dla okresu, w którym przychodzi jej funkcjonować⁶.

Pojęcie funkcji administracyjnej oznacza „całościowe i kompleksowe zespoły (ciągi) działań, polegające w sensie jurystycznym na stanowieniu oraz stosowaniu prawa (norm prawnych)”⁷. Działania te mają względnie stały charakter i ukierunkowane są na urzeczywistnianie w niej określonych i powiązanych z sobą zadań⁸. Według Jana Jeżewskiego pojęcie funkcji administracyjnej występuje w pięciu kontekstach znaczeniowych. Po pierwsze, stosowane jest w celu ustalenia ogólnej właściwości administracji publicznej; po drugie, może być używane w celu systematyzacji ogólnych, podstawowych zadań administracji publicznej, ujmowanych w grupy, sfery lub działy; po trzecie, może być wykorzystywane do opisu sposobów działania administracji publicznej; po czwarte, pojęcie to może być rozumiane jako konstytutywny element organizacji podmiotów administracji publicznej; po piąte, pojęcie funkcji administracyjnej może być używane do celu wyodrębnienia nowych zjawisk w działaniu administracji⁹.

Stosując kryterium funkcji administracyjnej, można wyróżnić klasyfikację administracji publicznej z uwzględnieniem sfer jej działania. Mimo różnic występujących między poszczególnymi funkcjami można zaobserwować, że w określonych kategoriach zadań publicznych przenikają się one wzajemnie, a niekiedy wręcz uzupełniają, jak ma to miejsce w sferze pomocy społecznej, w której funkcjonuje instrument reglamentacji gospodarczej w formie zezwolenia na prowa-

² M. Szydło, *Funkcje administracji publicznej wobec gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 122.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴ A. Błaś, *Zadania administracji publicznej w państwie prawa*, [w:] *Nauka administracji*, red. J. Boć, Wrocław 2013, s. 137.

⁵ R. Stasikowski, *Funkcja nadzorcza administracji publicznej*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 11, s. 5.

⁶ R. Stasikowski, *O istocie funkcji reglamentacyjnej administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 9, s. 6.

⁷ M. Szydło, *op. cit.*, s. 123.

⁸ *Ibidem*.

⁹ J. Jeżewski, *Funkcje administracji. Zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985, s. 108–111.

dzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki. Pomoc społeczna zaliczana jest tradycyjnie do funkcji administracji świadczącej, która oznacza działalność zmierzającą do utrzymania lub poprawy warunków bytowych człowieka poprzez dostarczanie (organizację dostarczania) odpowiednich świadczeń¹⁰. Reglamentacja, z którą wiązany jest wymóg uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki, łączona jest natomiast z administracją gospodarczą. Pojęcie to wykształciło się na gruncie nauki publicznego prawa gospodarczego¹¹ i związane jest z ustalaniem odpowiednich wymogów i trybem uzyskiwania zezwoleń, koncesji, licencji, zgód itp. na prowadzenie działalności gospodarczej w określonych sferach gospodarki. Istota reglamentacji sprowadza się do ograniczania swobody działalności gospodarczej na skutek ustanowienia konkretnych warunków prawnych związanych z jej podejmowaniem i wykonywaniem¹².

1. Pojęcie placówki całodobowej opieki

Pojęcie placówki całodobowej opieki, mimo że nie ma definicji legalnej w ustawie o pomocy społecznej (dalej: u.p.s.)¹³, należy odnosić do placówek całodobowej opieki dla osób z niepełnosprawnościami, przewlekle chorych lub w podeszłym wieku, o których mowa w rozdziale 3 w dziale II u.p.s.¹⁴ Definiując pojęcie placówki całodobowej opieki, należy wskazać na podobieństwa i różnice występujące między tego rodzaju placówkami a domami pomocy społecznej (dalej: DPS), które funkcjonują na podstawie rozdziału 2 u.p.s. (dział II u.p.s.) i są podstawowymi zakładami administracyjnymi działającymi w sferze pomocy społecznej. Domy pomocy społecznej mogą być prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego, a także przez podmioty niepubliczne, jak Kościół katolicki, inne Kościoły, związki wyznaniowe; organizacje społeczne; fundacje i stowarzyszenia; inne osoby prawne i osoby fizyczne.

Placówki całodobowej opieki wykazują wiele podobieństw z DPS, gdy idzie o zakres i standard świadczonych usług¹⁵. Zarówno na prowadzenie placówek całodobowej opieki, jak i DPS należy uzyskać zezwolenie wojewody. W odróżnieniu jednak od DPS placówki całodobowej opieki nie są jednostkami organiza-

¹⁰ I. Sierpowska, *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2012, s. 117.

¹¹ K. Kiczka, *Administracja gospodarcza — pojęcie*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a, s. 558.

¹² T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a, s. 714.

¹³ Ustawa z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 2268).

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 6 września 2018 roku, sygn. I OSK 2446/16, LEX nr 2629441.

¹⁵ Zob. art. 68 u.p.s.

cyjnymi pomocy społecznej, o których mowa w art. 6 pkt 5 u.p.s., i są prowadzone tylko w ramach działalności gospodarczej¹⁶. Jeśli chodzi natomiast o DPS, które są prowadzone przez podmioty niepubliczne, o których mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2–4 u.p.s., nie na zlecenie organów jednostek samorządu terytorialnego (dalej: j.s.t.), to nie można mówić, że są one prowadzone w formie działalności gospodarczej¹⁷, przy czym spotkać można również pogląd, zgodnie z którym takie DPS działają na zasadach komercyjnych. Nie należy jednak tego utożsamiać z prowadzeniem działalności gospodarczej w ramach placówki całodobowej opieki¹⁸.

Umieszczenie w placówce całodobowej opieki następuje na podstawie umowy cywilnoprawnej, a jeżeli chodzi o odpłatność za pobyt w niej, u.p.s. nie reguluje tej kwestii w ogóle, a więc inaczej niż ma to miejsce w przypadku DPS prowadzonych przez organy j.s.t. lub podmioty niepubliczne, ale na ich zlecenie¹⁹, do których mieszkańcy są kierowani na podstawie decyzji administracyjnej. Wówczas także na podstawie decyzji administracyjnej ustalana jest wysokość opłaty za pobyt w DPS.

2. Pojęcie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki

Ustalenie pojęcia działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki wymaga wyjaśnienia terminu „działalność gospodarcza” na gruncie obowiązującego ustawodawstwa. Jego definicja legalna znajduje się w art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców (dalej: u.p.p.)²⁰, zgodnie z którym: „Działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły”. Obecnie obowiązująca definicja działalności gospodarczej pomija wyszczególnienie jej rodzajów oraz dodaje wymóg jej samodzielnie prowadzenia. Zbudowana jest na podstawie czterech przesłanek: zorganizowania, zarobkowości, wykonywania działalności we własnym imieniu oraz ciągłości²¹.

Pojęcie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki należy rozumieć zgodnie z art. 3 u.p.p. Działalność gospodarcza w formie pla-

¹⁶ I. Sierpowska, *Pomoc społeczna. Komentarz*, Warszawa 2020, LEX/el.

¹⁷ S. Nitecki, *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, Wrocław 2013, s. 566.

¹⁸ W. Maciejko, [w:] W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 270 n.

¹⁹ S. Nitecki, *Prawo do pomocy społecznej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2008, s. 213.

²⁰ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

²¹ A.K. Kruszewski, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, LEX/el.

cówki całodobowej opieki ma miejsce wówczas, gdy w danym budynku świadczy się osobom z niepełnosprawnościami, przewlekłe chorym lub w podeszłym wieku pakiet usług, o których mowa w art. 68 u.p.s.²² Działalność gospodarcza tego rodzaju jest reglamentowana i wymaga spełnienia określonych standardów, a zatem podmiot chcący ją prowadzić musi najpierw stworzyć wymagane przepisami prawa warunki, potem uzyskać odpowiednie zezwolenie wojewody i dopiero wtedy może rozpocząć prowadzenie placówki²³.

3. Podmioty prowadzące działalność gospodarczą w formie placówki całodobowej opieki

Do podmiotów, które mogą ubiegać się o zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki, należą przedsiębiorcy²⁴. Pojęcie przedsiębiorcy należy tłumaczyć zgodnie z art. 4 ust. 1 u.p.p., który stanowi, że: „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą”, a także zgodnie z art. 4 ust. 2 u.p.p., w świetle którego: „Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej”. Wynika z tego, że przedsiębiorca jest podmiotem, który zawodowo wykonuje działalność gospodarczą we własnym imieniu. Nie będzie zatem przedsiębiorcą podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą, ale nie we własnym imieniu²⁵.

Placówki całodobowej opieki mogą prowadzić też podmioty, o których mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2 u.p.s.²⁶, a więc Kościoł katolicki, inne Kościoły, związki wyznaniowe oraz organizacje społeczne, fundacje i stowarzyszenia²⁷. Podmioty te mogą prowadzić działalność gospodarczą w formie placówki całodobowej opieki pod warunkiem, że ich statut dopuszcza jej prowadzenie w takiej formie²⁸. Wyrażana jest również opinia, że prowadzenie placówki całodobowej opieki w ramach działalności statutowej przez te podmioty nie jest tożsame z działalnością gospodarczą²⁹.

²² Wyrok NSA z dnia 19 października 2011 roku, sygn. I OSK 876/11, LEX nr 1069684.

²³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 stycznia 2020 roku, sygn. I SA/Wa 1113/19, LEX nr 3072518.

²⁴ Wyrok NSA z dnia 19 października 2011 roku...

²⁵ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2019 roku, sygn. III AUa 547/18, LEX nr 2739623.

²⁶ Wyrok NSA z dnia 5 grudnia 2018 roku, sygn. I OSK 2220/18, LEX nr 2974453.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 lutego 2018 roku, sygn. I SA/Wa 1052/17, LEX nr 2491737.

²⁸ S. Nitecki, *Komentarz...*, s. 592.

²⁹ P. Zaborniak, [w:] W. Maciejko, P. Zaborniak, *op. cit.*, s. 317.

Od 30 kwietnia 2018 roku placówki całodobowej opieki mogą prowadzić usługodawcy z państwa członkowskiego, którymi są przedsiębiorcy zagraniczni z państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) — strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, jeśli wykonują działalność gospodarczą zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami, a na terytorium Polski czasowo oferują lub świadczą taką usługę³⁰.

4. Tryb wydawania i cofania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki

Wojewoda wydaje zezwolenie na prowadzenie placówki całodobowej opieki, jeśli podmiot o nie występujący spełnia warunki określone w art. 67 ust. 2 u.p.s. Zezwolenie wojewody na prowadzenie placówki całodobowej opieki stanowi w sensie materialnym decyzję administracyjną. Jest to „forma aktu administracyjnego ustalającego uprawnienia w sferze prawa administracyjnego lub wyrażającego zgodę na dokonanie przedsięwzięcia lub podjęcie czynności dopuszczanej normami prawa administracyjnego”³¹. Przyjmuje się, że wymóg uzyskania zezwolenia na prowadzenie placówki całodobowej opieki ma na celu zagwarantowanie odpowiedniego standardu życia mieszkańców tego rodzaju placówek, ochronę ich praw i wolności, a także konieczność zapewnienia im godnych i bezpiecznych warunków pobytu w tego rodzaju placówkach³².

Tryb wydawania i cofania zezwolenia na działalność gospodarczą w formie placówki całodobowej opieki regulują: art. 22 pkt 3, art. 67 i art. 69 ust. 1 u.p.s., rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie wydawania i cofania zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia placówki zapewniającej całodobową opiekę³³ i kodeks postępowania administracyjnego³⁴. Do wydawania i cofania zezwoleń na prowadzenie placówki całodobowej opieki w ramach działalności statutowej odnosi się rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie wydawania

³⁰ I. Sierpowska, *Pomoc społeczna...*

³¹ A. Błaś, *Zezwolenie*, [w:] *Prawo administracyjne*, s. 333.

³² Wyrok NSA z dnia 19 października 2011 roku...

³³ Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 sierpnia 2020 roku w sprawie wydawania i cofania zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia placówki zapewniającej całodobową opiekę (Dz.U. z 2020 r. poz. 1562); dalej: r.z.p.c.o.

³⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.).

i cofania zezwoleń na prowadzenie w ramach działalności statutowej placówki zapewniającej całodobową opiekę³⁵.

Podmiot, który chce rozpocząć działalność gospodarczą w formie placówki całodobowej opieki, składa wniosek o wydanie zezwolenia do wojewody właściwego ze względu na miejsce położenia placówki³⁶. W przypadku braków formalnych wniosku lub niedołączenia wymaganych dokumentów wojewoda wzywa do uzupełnienia braków formalnych lub przedstawienia brakujących dokumentów w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania, pouczając, że niezuzupełnienie braków formalnych lub niedołączenie dokumentów spowoduje pozostawienie wniosku bez rozpoznania³⁷. W terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku o zezwolenie właściwy do spraw pomocy społecznej wydział urzędu wojewódzkiego, w imieniu i z upoważnienia wojewody, dokonuje oględzin obiektu, w którym jest usytuowana placówka. Wojewoda rozpatruje wniosek w terminie 14 dni od dnia zakończenia oględzin takiego obiektu. Przy rozpatrywaniu wniosku organ ten bierze pod uwagę wyniki oględzin, w szczególności w zakresie spełniania standardów określonych w art. 68 u.p.s. Wydając zezwolenie, wojewoda wpisuje placówkę do rejestru³⁸.

Od decyzji wojewody odmawiającej zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki służy odwołanie do ministra rodziny i polityki społecznej. Wnosi się je za pośrednictwem wojewody w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji organu pierwszej instancji.

Wojewoda cofa zezwolenie na prowadzenie placówki całodobowej opieki i wykreśla ją z rejestru, jeśli podmiot prowadzący placówkę: 1. przestał spełniać warunki określone w u.p.s.; 2. przestał spełniać standardy, o których mowa w art. 68 u.p.s.; 3. nie przedstawił na żądanie wojewody w wyznaczonym terminie aktualnych dokumentów, o których mowa w art. 67 ust. 2 pkt 3 u.p.s. Do cofnięcia zezwolenia konieczne jest wyznaczenie przez wojewodę dodatkowego terminu na spełnienie tych warunków lub standardów albo na dostarczenie wymaganych dokumentów. Po bezskutecznym jego upływie wojewoda cofa zezwolenie na prowadzenie placówki całodobowej opieki i wykreśla ją z rejestru³⁹. Wojewoda cofa także zezwolenie, jeśli podmiot prowadzący placówkę złożył w tym zakresie stosowny wniosek. W takiej sytuacji podmiot prowadzący placówkę w uzgodnieniu z wojewodą określa sposób zapewnienia dalszej opieki osobom w niej przebywającym⁴⁰.

³⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy, Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 28 sierpnia 2020 roku w sprawie wydawania i cofania zezwoleń na prowadzenie w ramach działalności statutowej placówki zapewniającej całodobową opiekę (Dz.U. z 2020 r. poz. 1532).

³⁶ Zob. § 2 r.z.p.c.o.

³⁷ Zob. § 3 r.z.p.c.o.

³⁸ Zob. § 5 r.z.p.c.o.

³⁹ Zob. art. 67 ust. 3a–3c u.p.s.

⁴⁰ Zob. § 6 r.z.p.c.o.

5. Kary pieniężne za prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki bez zezwolenia lub z naruszeniem standardu świadczonych usług

Za prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki bez zezwolenia nakładane są kary pieniężne⁴¹. Stanowią one również sankcję za naruszenie standardów usług świadczonych przez placówkę całodobowej opieki. W przypadku stwierdzenia zagrożenia życia lub zdrowia osób przebywających w placówce działającej bez zezwolenia wojewoda może, poza nałożeniem kary pieniężnej, wydać decyzję nakazującą wstrzymanie prowadzenia placówki, z nadaniem rygoru natychmiastowej wykonalności, do czasu uzyskania zezwolenia⁴². W wypadku stwierdzenia zagrożenia życia lub zdrowia osób przebywających w placówce całodobowej opieki, prowadzonej na podstawie zezwolenia, wojewoda może, cofając zezwolenie, wydać decyzję nakazującą wstrzymanie jej prowadzenia, z nadaniem rygoru natychmiastowej wykonalności⁴³.

Wprowadzenie systemu kar pieniężnych za prowadzenie placówek całodobowej opieki bez zezwolenia „podyktowane jest troską ustawodawcy o los podopiecznych tego rodzaju placówek oraz koniecznością zagwarantowania pensjonariuszom godnych i bezpiecznych warunków pobytu”⁴⁴. Kary pieniężne nie są jednak instrumentem prawnym, który odstraszałby przed podejmowaniem tego rodzaju działalności gospodarczej w sposób nielegalny. Według danych zebranych na koniec 2018 roku przez Najwyższą Izbę Kontroli w kraju bez zezwolenia działało 108 placówek całodobowej opieki. Jest to konsekwencja braku należytego nadzoru wojewodów nad tego rodzaju placówkami i wysokości kar pieniężnych za ich prowadzenie bez zezwolenia⁴⁵. Nie zdaje również egzaminu sankcja w postaci nakazu wstrzymania prowadzenia placówki całodobowej opieki bez zezwolenia. W takiej sytuacji to wojewoda zgodnie z art. 131a ust. 2 i 3 u.p.s. ma bowiem obowiązek udzielenia pomocy w zapewnieniu odpowiednich miejsc pobytu dla osób przebywających w likwidowanej placówce⁴⁶.

⁴¹ Zob. art. 130 ust. 2–4a u.p.s.

⁴² Zob. art. 130 ust. 6 u.p.s.

⁴³ Zob. art. 130 ust. 7 u.p.s.

⁴⁴ Wyrok NSA z dnia 19 października 2011 roku...

⁴⁵ Najwyższa Izba Kontroli, *Pozorny nadzór państwa nad placówkami świadczącymi opiekę całodobową*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nadzor-nad-placowkami-opieki-calodobowej.html> (dostęp: 14.09.2021).

⁴⁶ A. Iwanowska, J. Józwiak, *Prawa mieszkańców domów pomocy społecznej. Jak wspólnie zadbać o godne życie osób starszych, chorych i z niepełnosprawnościami?*, raport Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortu, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, lipiec 2017, s. 17.

Konkluzje

Podsumowując, należy wskazać, że pomoc społeczna jest nierozzerwalnie związana z funkcją administracji świadczącej⁴⁷. Możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki stanowi wyjątek od przyjętej przez ustawodawcę zasady o niekomercyjnym charakterze świadczeń pomocy społecznej⁴⁸. Fakt, że prowadzenie placówki całodobowej opieki możliwe jest jedynie po uzyskaniu zezwolenia wojewody, ma na celu ograniczenie prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej do podmiotów spełniających określone prawem warunki i gwarantujących należyte świadczenie usług opiekuńczych⁴⁹.

Zezwolenie na prowadzenie placówki całodobowej opieki stanowi formę administracyjnej reglamentacji działalności gospodarczej⁵⁰. Wynikający z u.p.s. wymóg uzyskania zezwolenia na prowadzenie placówki całodobowej opieki powoduje, że podmiot, który zamierza ją prowadzić, ma obowiązek jego uzyskania przed przystąpieniem do jej prowadzenia i w tym zakresie podlega kontroli przedwstępnej wojewody. Należy oprócz tego zauważyć, że zgodnie z art. 22 pkt 10 u.p.s. wojewoda, aby zapewnić prawidłowość funkcjonowania placówek całodobowej opieki, kontroluje podmioty, które chcą je prowadzić, również po uzyskaniu zezwolenia. Wojewoda kontroluje też podmioty, co do których zachodzi podejrzenie, że prowadzą tego rodzaju placówki bez zezwolenia, a także prowadzi rejestr placówek całodobowej opieki z terenu danego województwa⁵¹.

Jako niewystarczające należy ocenić sankcje za prowadzenie działalności gospodarczej w formie placówki całodobowej opieki bez zezwolenia lub z naruszeniem standardów świadczonych usług. Dostrzegając skalę tego problemu, ustawodawca dokonał na mocy art. 1 ustawy o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego⁵² podniesienia kwot kar pieniężnych za prowadzenie omawianych placówek bez zezwolenia lub z naruszeniem standardów ich prowadzenia.

Biorąc pod uwagę cel, dla którego realizacji wprowadzony został instrument reglamentacji gospodarczej w formie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie placówki całodobowej opieki, należy podkreślić, że do jego większej skuteczności niezbędne jest wzmocnienie, obok już istniejącej funkcji reglamentacyjnej, funkcji nadzorczej związanej z karami pieniężnymi oraz uprawnieniami nadzorczymi i kontrolnymi wojewodów nad placówkami całodobowej opieki.

⁴⁷ S. Nitecki, *Komentarz...*, s. 574.

⁴⁸ P. Zaborniak, *op. cit.*, s. 317 n.

⁴⁹ D. Chaba, *Reglamentacja jako funkcja państwa*, Kraków 2018, s. 20.

⁵⁰ P. Zaborniak, *op. cit.*, s. 318.

⁵¹ Zob. art. 22 pkt 10 u.p.s., art. 67 ust. 3 u.p.s.

⁵² Ustawa z dnia 15 kwietnia 2021 roku o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2021 r. poz. 803).

Bibliografia

- Błaś A., *Zadania administracji publicznej w państwie prawa*, [w:] *Nauka administracji*, red. J. Boć, Wrocław 2013.
- Błaś A., *Zezwolenie*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Boć J., *Pojęcie administracji*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Chaba D., *Reglamentacja jako funkcja państwa*, Kraków 2018.
- Iwanowska A., Józwiak J., *Prawa mieszkańców domów pomocy społecznej. Jak wspólnie zadbać o godne życie osób starszych, chorych i z niepełnosprawnościami?*, raport Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortu, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, lipiec 2017.
- Jeżewski J., *Funkcje administracji. Zagadnienia wstępne*, „Prawo” 143, 1985.
- Kiczka K., *Administracja gospodarcza — pojęcie*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Maciejko W., Zaborniak P., *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Najwyższa Izba Kontroli, *Pozorny nadzór państwa nad placówkami świadczącymi opiekę całodobową*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nadzor-nad-placowkami-opieki-calodobowej.html>.
- Nitecki S., *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, Wrocław 2013.
- Nitecki S., *Prawo do pomocy społecznej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2008.
- Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, LEX/el.
- Sierpowska I., *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2012.
- Sierpowska I., *Pomoc społeczna. Komentarz*, Warszawa 2020, LEX/el.
- Stasikowski R., *Funkcja nadzorcza administracji publicznej*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 11.
- Stasikowski R., *O istocie funkcji reglamentacyjnej administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 9.
- Szydło M., *Funkcje administracji publicznej wobec gospodarki*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.

Permit to Run a Business in the Form of a Facility Providing 24-Hour Care as an Instrument of the Regulatory Function of Public Administration in the Sphere of Social Welfare

Summary

The aim of the article is to analyze the permit to run a business in the form of a facility providing 24-hour care for persons with disabilities, chronically ill or elderly persons, which is an instrument of the regulatory function of public administration. Another aim of the article is to formulate *de lege lata* and *de lege ferenda* conclusions on prerequisite conditions for issuing and revoking

the permit to run a facility providing 24-hour care specified in the Act of 12 March 2004 on Social Welfare and sanctions for running a business in the form of a facility without a permit and in violation of service standards in the facilities.

Keywords: administrative functions, regulatory function of public administration, facility providing 24-hour care.

BOGUSŁAWA GNELA

ORCID: 0000-0001-7778-2360

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
gnelab@uek.krakow.pl

Uwagi na temat wybiórczego rozszerzania ochrony konsumenckiej na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi

Abstrakt: W artykule dokonano krytycznej oceny idei oraz sposobu rozszerzania ochrony konsumenckiej na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi poprzez stosowanie względem nich przepisów regulujących ochronę konsumenta w wybranych kwestiach, to jest niedozwolonych postanowień umownych, rękojmi za wady rzeczy sprzedanej oraz konsumenckiego prawa do odstąpienia od umowy zawieranej poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość. Te działania legislacyjne uznano za naruszające systemowe i aksjologiczne zasady tworzenia prawa.

Słowa kluczowe: konsument, podmiot słabszy, przedsiębiorca będący osobą fizyczną, ochrona konsumencka, poszerzanie ochrony konsumenckiej, dyrektywy konsumenckie, implementacja dyrektyw.

1.

Regulacja ochrony konsumenta w polskim systemie prawnym jest w dużym zakresie efektem implementacji do niego postanowień unijnych (wspólnotowych) dyrektyw konsumenckich oraz obowiązywania rozporządzeń unijnych. Ta ochronna regulacja wiąże się także z prawem przedsiębiorców, ponieważ drugą stroną relacji konsumenckiej jest przedsiębiorca (profesjonalista). Trudno mówić o pełnym i spójnym systemie prawnym Unii Europejskiej, natomiast systemy prawne państw członkowskich z założenia powinny mieć te cechy. Ponadto niektóre unijne rozporządzenia oraz nowsze dyrektywy dotyczą również lub wyłącznie innych podmiotów słabszych niż konsument (na przykład podróżny, pasażer

czy klient), a zatem takie podmioty występują też w polskim systemie prawnym. Mozaikę podmiotowych regulacji ochronnych wynikających z prawa unijnego polski ustawodawca „z własnej inicjatywy” powiększa przez rozszerzanie wybranych, materialnoprawnych regulacji ochrony konsumenta na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi i to przy pomocy różnych kryteriów. W efekcie obowiązujący stan normatywny w zakresie regulacji ochronnych jest skomplikowany, utrudnia stosowanie prawa oraz podważa zaufanie do jego pewności. Warto zatem zintensyfikować dyskusję na temat celowości wybiórczego rozciągania ochrony konsumentckiej tylko na niektórych przedsiębiorców w trosce o aksjologię oraz spójność polskiego systemu prawnego.

2.

Artykuł 22¹ k.c.¹ nie jest doskonały, ale interpretowany zgodnie z prawem unijnym przesądza, że konsumentem w przepisach będących efektem implementacji konsumentckich dyrektyw jest tylko osoba fizyczna działająca w celach niezwiązanych z prowadzoną i różnie określaną działalnością gospodarczą². Prawo unijne nie zabrania rozciągania regulacji ochrony konsumenta na inne podmioty, ale tylko w stosunkach wewnątrz krajowych³. Jeżeli polski ustawodawca jest przekonany, że w tych stosunkach należy chronić nie tylko konsumenta, to raczej powinien realizować koncepcję przyznania uprawnień konsumentckich każdemu podmiotowi pozostającemu w relacji z przedsiębiorcą, z wyjątkiem przypadku, gdy obydwie strony tej relacji są przedsiębiorcami działającymi zawodowo w jej przedmiocie. Intensywność tej ochrony można stopniować.

Warto nadmienić, że w unijnych i polskich regulacjach dotyczących rynku finansowego w zasadzie zrezygnowano z terminu „konsument”⁴. W prawie rynku kapitałowego zastąpiono go pojęciem klienta, a kryterium jego odpowiedniej wiedzy i doświadczenia decyduje o uznaniu go za klienta profesjonalnego lub detalicznego⁵. W ustawie o usługach płatniczych⁶ uprawnienia przyznaje się użyt-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360); dalej k.c.

² Por. B. Gnela, *Pojęcie konsumenta w prawie wspólnotowym i prawie polskim*, [w:] *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, red. B. Gnela, Warszawa 2007, s. 24–25.

³ *Ibidem*, s. 29–30, 32.

⁴ Por. B. Gnela, *Pojęcie klienta w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń na tle wybranych sposobów określania podmiotów słabszych rynku finansowego*, [w:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, red. E. Bagińska et al., Toruń 2019.

⁵ Por. art. 3 pkt 39b oraz art. 3 pkt 39c ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 861 ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 roku o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 ze zm.); dalej: u.u.p.

kownikom i posiadaczom pieniądza elektronicznego, a tych będących konsumentami chroni się w sposób dalej idący⁷. W ustawie reklamacyjnej⁸ posiadanie przez klienta będącego osobą fizyczną statusu konsumenta lub przedsiębiorcy nie ma znaczenia, gdyż chroni ona każdego klienta będącego osobą fizyczną.

Na gruncie kodeksu cywilnego od dawna obowiązującymi przykładami obejmowania ochroną konsumencką podmiotów innych niż konsument w rozumieniu art. 22¹ k.c. są między innymi art. 805 § 4 k.c.⁹ (rozszerza ochronę konsumencką na osobę fizyczną zawierającą umowę związaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową) oraz art. 808 § 5 k.c.¹⁰ (ochroną konsumencką obejmuje ubezpieczonego będącego osobą fizyczną, jeżeli umowa ubezpieczenia nie wiąże się bezpośrednio z jego działalnością gospodarczą lub zawodową). Takie rozszerzanie ochrony konsumenckiej na beneficjentów umowy ubezpieczenia jest różnie oceniane w literaturze¹¹, natomiast nie budzi wątpliwości, że dla ustawodawcy bez znaczenia jest w tym przykładzie kryterium „zawodowego charakteru umowy ubezpieczenia” dla tych beneficjentów.

3.

Ustawą z dnia 31 lipca 2019 roku o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych¹² dodano do kodeksu cywilnego: art. 385⁵, art. 556⁴, art. 556⁵ i art. 576⁵ k.c. oraz art. 38a do ustawy o prawach konsumenta¹³. Z wyjątkiem art. 576⁵ k.c. przepisy rozszerzają ochronę konsumenta przewidzianą w regulacjach dotyczących niedozwolonych postanowień umownych, rękojmi za wady rzeczy sprzedanej oraz konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy

⁷ Por. art. 16 oraz art. 33 u.u.p., a gdy chodzi o posiadaczy pieniądza elektronicznego — art. 59n u.u.p. Warto nadmienić, że art. 59ia do art. 59in u.u.p. oraz art. 59ii do art. 59it u.u.p. dotyczą tylko konsumenta (problematyka podstawowego rachunku płatniczego).

⁸ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 roku o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 187); dalej: ustawa reklamacyjna.

⁹ Według art. 805 § 4 k.c. „Przepisy art. 3851–3853 stosuje się odpowiednio, jeżeli ubezpieczającym jest osoba fizyczna zawierająca umowę związaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

¹⁰ W myśl art. 808 § 5 k.c. „Jeżeli umowa ubezpieczenia nie wiąże się bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową ubezpieczonej osoby fizycznej, art. 3851–3853 stosuje się odpowiednio w zakresie, w jakim umowa dotyczy praw i obowiązków ubezpieczonego”.

¹¹ Krytycznie o tej regulacji zob. np. B. Gneta, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 357. Odmienne na przykład M. Orlicki, *O zaniku konsumenckiego prawa ubezpieczeniowego*, [w:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń...*, s. 257 n.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1495 ze zm.; dalej: ustawa deregulacyjna.

¹³ Ustawa z dnia 30 maja 2014 roku o prawach konsumenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 287 ze zm.); dalej: u.p.k.

zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, którzy w umowach objętych tymi regulacjami nie występują „w charakterze zawodowym”¹⁴. Z mocy art. 70 ust. 1 ustawy deregulacyjnej art. 385⁵, art. 556⁴, art. 556⁵ oraz art. 576⁵ k.c. nie stosuje się do umów zawieranych przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, na podstawie których otrzymują oni wsparcie pochodzące ze środków publicznych w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy o finansach publicznych¹⁵, środków Europejskiego Banku Inwestycyjnego i Europejskiego Funduszu Inwestycyjnego lub innych środków o podobnym charakterze.

Uzasadnieniem celowości rozszerzania regulacji konsumenckiej ochrony na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi ma być okoliczność, że wspomniany przedsiębiorca dokonujący czynności prawnej z innym przedsiębiorcą nie dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem koniecznym do oceny przedmiotu tej czynności, w związku z czym nie może korzystać z ochrony konsumenckiej, mimo że znajduje się w tym zakresie w tej samej sytuacji co konsument¹⁶. Z tym uzasadnieniem trudno się zgodzić, gdyż każdy podmiot prawa (na przykład stowarzyszenia czy fundacje), który nie dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem koniecznym do oceny przedmiotu czynności, jest w takiej samej sytuacji jak chroniony przedsiębiorca będący osobą fizyczną. Rozciąganie ochrony konsumenckiej tylko na niego nie ma zatem aksjologicznego ani systemowego uzasadnienia, a prowadzi jedynie do dyskryminacji podmiotów nieobjętych tym „rozciągnięciem”, znajdujących się w takiej samej sytuacji jak podmiot, któremu tę ochronę przyznano.

4.

To, że regulacje dotyczące ochrony konsumenta będące efektem implementacji dyrektyw konsumenckich wolno rozszerzać w stosunkach wewnątrz krajowych na inne podmioty, nie oznacza, że należy to robić w sposób wybiórczy, dyskryminacyjny i nieefektywny.

Projekt ustawy deregulacyjnej w wersji z dnia 20 marca 2019 roku¹⁷ przewidywał dodanie do art. 22¹ k.c. § 2 nakazującego stosowanie przepisów o ochronie konsumenta

do przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, dokonującego czynności prawnej z innym przedsiębiorcą, gdy z treści tej czynności wynika, że nie posiada ona dla niego charakteru zawodowego, wynika-

¹⁴ Zob. P. Kukuryk, *Uwagi o objęciu ochroną konsumencką niektórych przedsiębiorców jednoosobowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 30, 2021, nr 4, s. 829 n.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (druk sejmowy nr 3622 z dnia 12 lipca 2019 roku), s. 3.

¹⁷ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321366> (dostęp: 18.02.2022).

jącego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez niego działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

W związku z tym projektowano również zmianę art. 4 pkt 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁸, aby zakresem tego przepisu objąć także przedsiębiorcę, do którego stosuje się przepisy o ochronie konsumentów na podstawie kodeksu cywilnego. Ostatecznie odstąpiono jednak od tych projektowanych rozwiązań, w tym zrezygnowano z poszerzania zakresu przyznanej konsumentowi ochrony proceduralnej oraz instytucjonalnej przewidzianej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przepisach art. 385⁵, art. 556⁴, art. 556⁵ i art. 576⁵ k.c. oraz w art. 38a u.p.k. zamieszczono jednakową formułę, z której wynika, że określone przepisy dotyczące ochrony konsumenta stosuje się

do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Powoływanie się w tej formule na „umowę bezpośrednio związaną z działalnością gospodarczą” wynika prawdopodobnie z tego, że według brzmienia art. 22¹ k.c. w przypadku umowy związanej pośrednio z tą działalnością osoba fizyczna jest konsumentem. Jest ona konsumentem również w wypadku umów o charakterze mieszanym, spełniających wymogi określone w pkt 17 preambuły do dyrektywy 2011/83/UE¹⁹, a zatem gdy w takich umowach „cel handlowy [...] nie jest dominujący w ogólnym kontekście umowy”. Warto jednak nadmienić, że w unijnych definicjach konsumenta jako osoby fizycznej nie ma mowy o „czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”, lecz wyraźnie chodzi w nich o to, aby osoba fizyczna działała w celach niezwiązanych z jej różnie określaną działalnością gospodarczą²⁰, czego polski ustawodawca nie uwzględnił przy tworzeniu prawa. W art. 22¹ k.c. wymieniono działalność gospodarczą i zawodową²¹, co jest zabiegiem zbędnym²², albowiem działalność zawodowa jest rodzajem działalności gospodarczej²³. To

¹⁸ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 275).

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 roku w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE z 22.11.2011, L 304/64).

²⁰ B. Gnela, *Umowa konsumencka...*, s. 136–137.

²¹ Na temat tych rodzajów działalności zob. T. Kocowski, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Prawo publiczne gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 125–178.

²² B. Gnela, *Umowa konsumencka...*, s. 137–138.

²³ Zob. np. W. Popiołek, *Komentarz do art. 43¹*, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, nb 15.

stanowisko nie usprawiedliwia jednak faktu, że w omawianych przepisach rozszerzających ochronę konsumenta na przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną należało wymienić również działalność zawodową albo z definicji konsumenta z art. 22¹ k.c. usunąć pojęcie działalności zawodowej. Ustawodawca nie powinien bowiem stanowić prawa, o którym z góry wiadomo, że będzie rodziło wątpliwości, które można było usunąć w trakcie procesu legislacyjnego.

Przy ustalaniu niezawodowego charakteru umowy dla przedsiębiorcy — osoby fizycznej ustawodawca nakazuje uwzględniać przede wszystkim przedmiot wykonywanej przez niego działalności gospodarczej, wskazany w CEIDG. Zastosowany w ustawie zwrot „w szczególności” wskazuje, że wpis do CEIDG nie jest kryterium wyłącznym ustalenia „niezawodowego charakteru umowy”, jednakże nawiązanie do tego kryterium zasługuje na krytykę. Powszechnie wiadomo, że w praktyce przedsiębiorcy wpisują do CEIDG „na wyrost” różne rodzaje działalności gospodarczej oznaczone przy pomocy symboli PKD, aby uniknąć konieczności dokonywania nowego wpisu na wypadek, gdyby chcieli rzeczywiście wykonywać któryś z rodzajów tej „dodatkowej” działalności.

Ustalenie cechy „braku zawodowości” w przedmiocie umowy w celu objęcia przedsiębiorcy ewentualną ochroną konsumentką będzie w praktyce trudne dla przedsiębiorcy będącego drugą stroną umowy, co nie sprzyja pewności obrotu ani zaufaniu do prawa. Ponadto ustawodawca stworzył status quasi-przedsiębiorcy, który korzysta z jednej strony z konsumentckiej ochrony, a z drugiej — z uprawnień przyznanych przedsiębiorcom (na przykład na gruncie prawa podatkowego). Omawiana regulacja dyskryminuje zatem także przedsiębiorców niekorzystających z konsumentckiej ochrony, w tym mikroprzedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi. Mogą bowiem powstawać sytuacje, w których jedną stroną umowy będzie mikroprzedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a drugą — korzystający z konsumentckiej ochrony przedsiębiorca będący osobą fizyczną i prowadzący działalność gospodarczą w większym wymiarze niż tak zwany mikro- czy średni przedsiębiorca.

5.

Według art. 385⁵ k.c. przepisy dotyczące konsumenta zawarte w art. 385¹–385³ k.c. stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla niej charakteru zawodowego. Przepisy art. 385¹–385³ k.c. regulują problematykę niedozwolonych postanowień umownych i są efektem implementacji do prawa polskiego postanowień dyrektywy 93/13/EWG²⁴. W art. 8 tej dy-

²⁴ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 roku w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE z 21.04.1993, L 95/29).

rektywy zawarta jest klauzula harmonizacji minimalnej, co nie zmienia faktu, że w stosunkach transgranicznych niedopuszczalne jest rozszerzenie jej zakresu ochrony na inne podmioty niż konsument²⁵. Odesłanie zawarte w art. 385⁵ k.c. nie oznacza zrównania statusu chronionego przedsiębiorcy — osoby fizycznej ze statusem konsumenta. W związku z tym na przykład ten przedsiębiorca nie jest objęty przewidzianą w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów ochroną instytucjonalną i proceduralną właściwą dla konsumentów. Wyłączona jest zatem między innymi możliwość kontroli abstrakcyjnej stosowanych w umowach z takimi przedsiębiorcami postanowień wzorców umownych.

Z kolei dyrektywa 1999/44/WE²⁶ została w 2014 roku reimplementowana do kodeksu cywilnego, przez co unormowana jest w nim także sprzedaż konsumencka, w tym rękojmia za wady związana z tą sprzedażą. Regulacja tej rękojmi ma charakter ochronny wobec konsumenta, a rozszerza ją na przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną wprowadzony ustawą deregulacyjną art. 556⁴ k.c. Z tego przepisu wynika, że do określonego w nim przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną znajdują zastosowanie: art. 556¹ § 2 k.c., art. 556² k.c., art. 557 § 2 i 3 k.c., art. 560 § 2 k.c., art. 561¹ § 3 k.c., art. 561⁵ k.c. oraz 568 § 1 i 2 k.c. To odesłanie nie obejmuje jednak art. 558 § 1 zd. 2 k.c., co w omawianej relacji oznacza niewprowadzenie zakazu ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi. Z kolei art. 556⁵ k.c. wyłącza stosowanie wobec przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną art. 563 k.c. regulującego obowiązek dochowania aktów staranności oraz art. 567 § 2 k.c. przewidującego w razie zwłoki sprzedawcy w odebraniu rzeczy uprawnienie (lub obowiązek) kupującego do sprzedaży rzeczy z zachowaniem należytej staranności. Ponadto, jak już wspomniano, objęcie przedsiębiorców będących osobami fizycznymi ochroną konsumencką w zakresie rękojmi za wady rzeczy sprzedanej oraz niedozwolonych postanowień umownych zostało wyłączone w art. 70 ust. 1 ustawy deregulacyjnej wówczas, gdy otrzymują oni wsparcie finansowe wskazane w tym przepisie. Miejsce i sposób wprowadzenia tej dodatkowej przesłanki wyłączającej rozszerzenie omawianej ochrony konsumenckiej zwiększa prawdopodobieństwo jej pomijania w procesie stosowania prawa.

Dyrektywa 1999/44/WE została uchylona z dniem 1 stycznia 2022 roku przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z 20 maja 2019 roku²⁷. Potrzeba implementacji tej dyrektywy²⁸, podobnie jak dyrektywy

²⁵ B. Gnela, *Pojęcie konsumenta...*, s. 29–30.

²⁶ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 roku w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE z 7.07.1999, L 171/12).

²⁷ Zob. art. 23 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 roku w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniającej rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylającej dyrektywę 1999/44/WE (Dz.Urz. UE z 22.05.2019, L 136/28).

²⁸ Zob. A. Wiewiórowska-Domagalska *et al.*, *Transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/771 z dnia 20 maja 2019 w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 30, 2021, nr 4, s. 915 n.

Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770²⁹, spowodowała powstanie projektów przepisów mających zrealizować ten cel. Tak na przykład projekt z dnia 16 września 2020 roku o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz ustawy — Kodeks cywilny³⁰ przewidywał uchYLENIE art. 556⁴ k.c. (ale nie art. 556⁵ k.c.), natomiast projekt z 5 stycznia 2022³¹ o tym samym tytule zwiększa zakres rozszerzania ochrony konsumenckiej na niektórych przedsiębiorców będących osobami prawnymi. Projekt ten w art. 1 pkt 6 przewiduje bowiem wprowadzenie do ustawy o prawach konsumenta art. 7b, stanowiącego, że przepisy dotyczące konsumenta zawarte w rozdziałach 4 („Prawo odstąpienia od umowy”), 5a („Rękojmia i gwarancja konsumencka”) i 5b („Umowy o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej”) stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Gdyby ten projekt stał się ustawą, konsumencka ochrona zostałaby rozszerzona na kolejnego przedsiębiorcę — osobę fizyczną, będącego jednocześnie stroną umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz umowy gwarancji konsumenckiej, jeżeli te umowy (usługi) nie mają dla niego charakteru zawodowego. W zakresie poszerzenia konsumenckiej ochrony związanej z rękojmią za wady rzeczy sprzedanej projekt z 2022 roku proponuje skomplikowane rozwiązania. W umowie sprzedaży objętej kompetencją ustawy o prawach konsumenta podstawą rozszerzenia omawianej ochrony ma być art. 7b projektu, natomiast w umowie sprzedaży konsumenckiej uregulowanej w kodeksie cywilnym — nadal art. 556⁴ k.c., ponieważ projekt z 2022 roku nie przewiduje uchYLENIA tego przepisu.

Warto nadmienić, że przepisy implementujące dyrektywę PE i Rady (UE) 2019/770 oraz dyrektywę PE i Rady (UE) 2019/770 powinny być uchwalone i opublikowane do 1 lipca 2021 roku oraz stosowane od 1 stycznia 2022 roku (art. 24 ust. 1 w obydwu dyrektywach), a projekty tych przepisów nie wpłynęły do Sejmu nawet po upływie daty obowiązku ich stosowania.

²⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 roku w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.Urz. UE z 22.05.2019, L 136, s. 1 i Dz.Urz. UE z 26.11.2019, L 305, s. 60).

³⁰ <https://legislacja.gov.pl/docs//2/12341810/12752756/12752757/dokument482601.pdf> (dostęp: 18.02.2022).

³¹ <https://legislacja.gov.pl/docs//2/12341810/12752766/12752770/dokument539140.pdf> (dostęp: 18.02.2022).

6.

Przepis art. 38a u.p.k. przyznaje przedsiębiorcy — osobie fizycznej występującemu w umowie „niezawodowo” konsumenckie prawo odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, uregulowane w przepisach rozdziału 4 u.p.k. Przepisy te są efektem implementacji postanowień dyrektywy 2011/83/UE, która zawiera klauzulę harmonizacji zupełnej (art. 4 dyrektywy), a zakresem ochronnym tej dyrektywy objęci są jedynie konsumenci w rozumieniu jej art. 1 pkt 1. To, że punkt (motyw) 13 zd. 3 tej dyrektywy pozwala państwom UE rozszerzyć stosowanie jej przepisów na podmioty, które nie są konsumentami w jej rozumieniu, nie oznacza, że umowy zawarte przez te inne podmioty są objęte zakresem dyrektywy 2011/83/UE.

Treść art. 38a u.p.k. budzi wątpliwości, gdyż nie wiadomo, czy oznacza on jedynie nakaz stosowania przepisów zawartych w rozdziale 4 u.p.k., czy także przepisów z rozdziału 1 u.p.k. oraz tych, które odwołują się do przepisów zawartych w rozdziale 4 u.p.k. Wątpliwości interpretacyjnych nie usuwa projekt z 5 stycznia 2022 roku. W art. 1 pkt 7 projektu przewiduje się bowiem uchylenie art. 38a u.p.k., a w art. 1 pkt 6 wprowadzenie w ustawie o prawach konsumenta art. 7b, który odsyła do rozdziału 4 („Prawo odstąpienia od umowy”) tej ustawy. Jeżeli ten projekt wejdzie w życie, to rozszerzanie regulacji konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy na przedsiębiorcę spełniającego kryteria określone w tym projektowanym przepisie będzie budziło co najmniej takie same wątpliwości jak dotychczas.

7.

Konsumencka ochrona przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną i stroną w wybranych umowach, które nie mają dla niego charakteru zawodowego, nie jest efektem implementacji unijnych dyrektyw, a zatem może dotyczyć tylko stosunków wewnątrz krajowych. Ten przedsiębiorca nie jest konsumentem, korzysta wyłącznie z konsumenckiej ochrony materialnoprawnej, ale nie z ochrony proceduralnej czy instytucjonalnej, przyznanej konsumentowi w rozumieniu art. 22¹ k.c. Celowość takiej ochrony budzi wątpliwości, tym bardziej że jej wybiórczy charakter nie ma systemowego ani aksjologicznego uzasadnienia.

Rzetelny ustawodawca, dbający o aksjologię i spójność polskiego systemu prawa, nie powinien realizować idei rozszerzania konsumenckiej ochrony na niektórych przedsiębiorców, gdyż dyskryminuje w ten sposób inne podmioty, znajdujące się jako strony umów w takiej samej sytuacji jak „wybiórczo” chroniony przedsiębiorca.

Jeżeli polski ustawodawca jest przekonany, że w umowach z przedsiębiorcą występującym w ramach swojej zawodowej działalności w relacjach wewnątrzkrajowych należy chronić nie tylko konsumenta, to raczej powinien rozważyć realizację koncepcji przyznawania jednakowych uprawnień każdemu kontrahentowi takiego przedsiębiorcy, dla którego ta umowa nie ma zawodowego charakteru.

Bibliografia

- Gnela B., *Pojęcie klienta w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń na tle wybranych sposobów określania podmiotów słabszych rynku finansowego*, [w:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, red. E. Bagińska, W.W. Mogilski, M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, Toruń 2019.
- Gnela B., *Pojęcie konsumenta w prawie wspólnotowym i prawie polskim*, [w:] *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, red. B. Gnela, Warszawa 2007.
- Gnela B., *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013.
- Kocowski T., [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Prawo publiczne gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Kukuryk P., *Uwagi o objęciu ochroną konsumencką niektórych przedsiębiorców jednoosobowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 30, 2021, nr 4.
- Orlicki M., *O zaniku konsumenckiego prawa ubezpieczeniowego*, [w:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, red. E. Bagińska, W.W. Mogilski, M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, Toruń 2019.
- Popiołek W., *Komentarz do art. 43¹*, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
- Wiewiórowska-Domagalska A., Zoll F., Południak-Gierz K., Bańczyk W., *Transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/771 z dnia 20 maja 2019 w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 30, 2021, nr 4.

Comments on the Selective Extension of Consumer Protection to Certain Entrepreneurs Who Are Natural Persons

Summary

The article presents a critical assessment of the idea and method of extending consumer protection to certain entrepreneurs who are natural persons by applying to them provisions regulating consumer protection in selected issues, that is, unlawful contractual provisions, warranty for defects in the sold item, and the consumer right to withdraw from an off-premises or distance contract. These legislative activities were found to violate the systemic and axiological principles of lawmaking.

Keywords: consumer, weaker subject, entrepreneur who is a natural person, consumer protection, extension of consumer protection, consumer directives, implementation of directives.

JAN GOLA

ORCID: 0000-0001-9236-9259

Uniwersytet Wrocławski

jan.gola@uwr.edu.pl

Koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w polskim systemie prawnym

Abstrakt: Artykuł dotyczy procedury i występujących nieprawidłowości w sferze wydawania koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Poruszone w tekście zjawiska patologiczne dotyczą prób zablokowania działalności przedsiębiorców, którzy krytycznie odnoszą się do władzy politycznej w Polsce. Omówiono między innymi czynności związane z bezprawnym zablokowaniem przedłużenia koncesji oraz projekt wprowadzenia rozwiązań jurystycznych, które uniemożliwiłyby wykonywanie działalności gospodarczej przez konkretne podmioty funkcjonujące już na rynku medialnym w Polsce. Wskazany problem jest niezwykle istotny z perspektywy podstawowych zasad demokratycznego państwa prawnego. Chęć zlikwidowania niezależnych od rządu mediów może być dla sprawujących władzę swoistą pokusą, której zaistnienie prowadzi w konsekwencji do nieprzestrzegania zasad demokracji.

Słowa kluczowe: koncesja, rozpowszechnianie programów telewizyjnych, reglamentacja, administracja gospodarcza.

Wprowadzenie

Jednym z instrumentów reglamentacji gospodarczej jest koncesja przyznawana w dziedzinach niezwykle ważnych dla interesów gospodarczych państwa. Niestety często patologiczny wpływ polityki na działania organów administracji gospodarczej wydających ten akt godzi w podstawowe wolności konstytucyjne, co w państwie prawnym nie powinno mieć miejsca. Instruktywnym przykładem wspomnianych nieprawidłowości może być oddziaływanie polityki na obszar rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych. Przejawia się on w próbach zablokowania działalności przedsiębiorców, którzy krytycznie odnoszą się do niektórych polityków. Próby te można odnieść między innymi do bezprawne-

go zablokowania przedłużenia koncesji oraz do wprowadzenia takich rozwiązań jurydycznych, które uniemożliwiłyby wykonywanie działalności gospodarczej przez konkretne podmioty funkcjonujące na rynku medialnym w Polsce.

Chęć zlikwidowania niezależnych od rządu mediów może oznaczać dla sprawujących władzę swoistą pokusę, której zaistnienie prowadzi w konsekwencji do nieprzestrzegania podstawowych zasad demokracji. Ważne jest więc prawidłowe stosowanie rozwiązań jurydycznych, które hamują wskazaną patologiczną praktykę i przyczyniają się do prawidłowego rozwoju rynku telewizyjnego w Polsce. Artykuł dotyczy jednej płaszczyzny koncesjonowanego obszaru działalności gospodarczej — rozpowszechniania programów telewizyjnych, w której w ostatnich latach dochodziło do większej liczby wspomnianych nieprawidłowości niż w wypadku programów radiowych.

1. Koncesja jako środek reglamentacji działalności gospodarczej

Koncesja jest środkiem reglamentacyjnym wskazanym przez normodawcę w rozdziale 4 zatytułowanym „Reglamentacja działalności gospodarczej” ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (dalej: p.p.)¹. Zgodnie z art. 37 tego aktu prawnego jest to instrument jurydyczny przyznawany przedsiębiorcom w przypadku zamiaru wykonywania działalności gospodarczej mającej szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna albo po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej lub zezwolenia. Warto podkreślić, że ustawodawca nie wymienia w p.p. enumeratywnie działalności objętych obowiązkiem uzyskania koncesji, a rozwiązana prawne zawarte w tym akcie prawnym są bardzo ogólne. Zasadą stosowaną w odniesieniu do tego obszaru reglamentacji gospodarczej będzie *lex specialis derogat legi generali*².

Koncesja, jak już wspomniano, jest instrumentem reglamentacyjnym³. Należy podkreślić, że reglamentacja jest formą interwencjonizmu państwowego, a jej istotą jest ograniczenie w dziedzinie wykorzystania składników procesu wytwarzania, świadczenia usług i obrotu towarowego, swobody działalności podmiotów gospodarujących w imię szeroko pojętego interesu społeczno-ekonomicznego⁴.

¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.

² Szerzej zob. K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej — wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 5, s. 3 n.

³ Zob. J. Gola, *Komentarz do art. 37, [w:] Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 168 n.

⁴ Zob. A. Chełmoński, T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej (problemy prawne)*, [w:] *Instytucje prawne zarządzania państwowymi organizacjami gospodarczymi*, red. K. Pod-

Tadeusz Kocowski zauważa, że ilość wprowadzanych ograniczeń reglamentacyjnych uzależniona jest od aktualnej sytuacji gospodarczej oraz od politycznie ustalonej liczby celów społecznych, jakie państwo w danej chwili chce realizować. W sensie bezpośrednim reglamentacja ogranicza swobodę działania podmiotów gospodarujących w realizacji wolności podmiotowych, zwłaszcza wolności działalności gospodarczej⁵. W przypadku tej funkcji państwa mamy do czynienia „z wyraźną ingerencją państwa w sferę gospodarki w celu wywołania w niej skutków uznanych przez organy państwa za pożądane z punktu widzenia interesu gospodarczego, determinowanego przez inne cele niż ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego”⁶.

Analizując charakter prawny koncesji, warto podnieść, że wydawana jest ona w drodze decyzji administracyjnej (zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego⁷). Jest ona dla adresata źródłem publicznego prawa podmiotowego do podjęcia danej działalności gospodarczej, a obowiązki i uprawnienia przedsiębiorcy „wyznaczają treść samej koncesji (norma indywidualna) oraz równocześnie właściwe normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym”⁸. Trzeba też zauważyć, że w podstawie materialnoprawnej decyzji koncesyjnej występują przejawy uznania administracyjnego i na organie koncesyjnym spoczywa ciężar podjęcia decyzji o skutkach prawnych i treści podejmowanego rozstrzygnięcia⁹.

2. Koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Tytułowa koncesja ma swoiste cechy, które wymagają analizy. W polskim porządku jurydycznym rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych przysługuje jednostkom publicznej radiofonii i telewizji oraz osobom fizycznym,

górski, Katowice 1985, s. 48; R. Sowiński, *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej. Koncesje, zezwolenia, licencje i inne formy podobne*, Wrocław 2006, s. 27.

⁵ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 108.

⁶ T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 487.

⁷ Dz.U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.

⁸ K. Kiczka, *Akty administracyjne*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 511. Zob. też B. Jaworska-Dębska, *Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 3, s. 7.

⁹ M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 46 n. Zob. też K. Horubski, G. Klich, *Konflikty na tle udzielania ograniczonej liczby koncesji*, [w:] *Plaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, red. M. Tabernacka, R. Raszewska-Skałeczka, Warszawa 2010, s. 297.

osobom prawnym i osobowym spółkom handlowym, które uzyskały koncesję na taką działalność albo — w przypadku programów telewizyjnych rozpowszechnianych wyłącznie w systemach teleinformatycznych — wpis do rejestru takich programów¹⁰. Natomiast organem właściwym w sprawach koncesji¹¹ jest Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej: Przewodniczący KRRiT). Wydaje on tytułową decyzję administracyjną¹² na podstawie uchwały Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej: KRRiT). Prawodawca przyjął, że wskazana koncesja udzielana jest na 10 lat¹³.

Specyfika tego postępowania może wynikać między innymi ze współdziałania Przewodniczącego KRRiT z całą KRRiT¹⁴. Ten drugi organ odgrywa zasadniczą rolę wykonawczą w wydaniu tytułowej decyzji administracyjnej. Rozstrzygnięcie zbudowane jest bowiem z dwóch elementów — wiążącej uchwały KRRiT oraz właściwej decyzji administracyjnej Przewodniczącego KRRiT, która jest wydawana na podstawie treści rozstrzygnięcia koncesyjnego KRRiT¹⁵. Trzeba więc stwierdzić, że ustawodawca w istotny sposób ogranicza swobodę podejmowania decyzji przez Przewodniczącego KRRiT, uzależniając możliwość udzielenia koncesji lub podjęcia innej decyzji w przedmiocie koncesji od uchwały KRRiT¹⁶. Uchwała zaś przez to, że zawiera wiążące Przewodniczącego KRRiT rozstrzygnięcie indywidualnej sprawy, musi być oceniana w świetle przepisów k.p.a. i poddana kontroli sądowej w toku kontrolowania wydanej na jej podstawie decyzji administracyjnej Przewodniczącego KRRiT¹⁷.

Do najważniejszych warunków, które muszą zostać spełnione przez podmiot ubiegający się o uzyskanie decyzji koncesyjnej, należy zaliczyć obowiązek skierowany do podmiotów zagranicznych. Polski ustawodawca stwierdza bowiem, że udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki nie może przekraczać 49%. Ponadto umowa lub statut spółki muszą przewidywać, że: osobami uprawnionymi do reprezentowania lub prowadzenia spraw spółki albo członkami zarządu spółki będą w większo-

¹⁰ Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 roku o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2018 r. poz. 1717); dalej: u.r.t.

¹¹ Zob. art. 33 u.r.t.

¹² Zob. K. Horubski, *Postępowanie o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych jako procedura swoista publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, red. B. Popowska, Poznań 2013, s. 151 n.

¹³ Art. 36 ust. 3 u.r.t.

¹⁴ M. Prządka-Leszczyńska, *Procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów telewizyjnych — problem relacji pomiędzy organami regulacyjnymi*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 12, s. 87 n.

¹⁵ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 czerwca 1996 roku, sygn. II SA 283/95.

¹⁶ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. II GSK 1412/16.

¹⁷ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2005 roku, sygn. VI SA/Wa 634/04.

ści osoby mające obywatelstwo polskie i stałe miejsce zamieszkania w Polsce; w zgromadzeniu wspólników lub w walnym zgromadzeniu udział głosów osób zagranicznych i spółek zależnych w rozumieniu kodeksu spółek handlowych¹⁸ od osób zagranicznych nie może przekroczyć 49%; osoby zagraniczne nie mogą dysponować bezpośrednio lub pośrednio większością przekraczającą 49% głosów w osobowej spółce handlowej; członkami rady nadzorczej spółki będą w większości osoby o obywatelstwie polskim i ze stałym miejscem zamieszkania w Polsce. Koncesja może być również udzielona osobie zagranicznej lub spółce zależnej w rozumieniu k.s.h. od osoby zagranicznej, których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, bez stosowania wskazanych ograniczeń¹⁹.

Ustawodawca zaznacza, że w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się między innymi: stopień zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi we wskazanym akcie prawnym z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją; możliwość dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu²⁰. Istotne jest, że KRRiT nie może wprowadzać w koncesji dowolnych ograniczeń, ale wyłącznie takie, które są warunkiem koniecznym do realizacji przepisów ustawy o radiofonii i telewizji. Zastosowanie w przypadku koncesji dodatkowego warunku prowadzenia działalności na podstawie art. 37 ust. 2 u.r.t. wymaga wskazania konkretnego przepisu ustawy, którego realizacja jest niezbędna, oraz wykazania adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego między tym warunkiem a realizacją takiego przepisu²¹. Koncesji nie udziela się natomiast, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować: zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa informacji niejawnych; osiągnięcie przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie²².

Istotną rolę odgrywa norma zawarta w art. 35a u.r.t.²³ Zgodnie z nią nadawca może złożyć wniosek o udzielenie koncesji na kolejny okres nie później niż

¹⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 roku — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.); dalej: k.s.h.

¹⁹ Art. 35 ust. 2 i 3 u.r.t. Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1998 roku, sygn. III ZP 37/98.

²⁰ Zob. art. 36 ust. 1 u.r.t. Zob. K.A. Wąsowski, *Zakres przedmiotowy rozstrzygnięcia koncesyjnego w świetle ustawy o radiofonii i telewizji. Uwagi wprowadzające*, „Studia Iuridica” 2004, nr 43, s. 233–244.

²¹ M. Romanowski, *Zasada swobody działalności gospodarczej w świetle praktyk KRRiT*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 5, s. 40.

²² Zob. art. 35 ust. 2 u.r.t.

²³ Przepis ten został wprowadzony do systemu prawnego na podstawie art. 6 pkt 6 ustawy z 29 grudnia 2005 roku o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz.U. Nr 267, poz. 2258).

12 miesięcy przed wygaśnięciem posiadanej koncesji. W przypadku złożenia takiego wniosku odmowa udzielenia koncesji na kolejny okres możliwa jest wyłącznie, gdy w stosunku do nadawcy zachodzi jedna z następujących okoliczności: wydano prawomocne orzeczenie zakazujące nadawcy wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją; nadawca rażąco narusza warunki określone w ustawie lub koncesji; działalność objęta koncesją jest wykonywana w sposób sprzeczny z ustawą lub warunkami określonymi w koncesji, a nadawca mimo wezwania Przewodniczącego KRRiT w wyznaczonym terminie nie usunął stanu faktycznego lub prawnego niezgodnego z warunkami określonymi w koncesji lub ustawie; nadawca mimo wezwania Przewodniczącego KRRiT nie rozpoczął rozpowszechniania programu w terminie ustalonym w koncesji lub trwale zaprzestał rozpowszechniania programu za pomocą wszystkich lub niektórych stacji nadawczych — chyba że nadawca wykaże, że opóźnienie rozpoczęcia rozpowszechniania programu lub zaprzestanie rozpowszechniania programu zostały spowodowane okolicznościami od niego niezależnymi; rozpowszechnianie programu powoduje zagrożenie interesów kultury narodowej, bezpieczeństwa i obronności państwa lub narusza normy dobrego obyczaju; rozpowszechnianie programu powoduje osiągnięcie przez nadawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym rynku właściwym w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów; nastąpi przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę²⁴.

Wskazany wniosek powinien zawierać wszystkie elementy, które znalazły się we wcześniejszym wniosku o udzielenie koncesji, złożonym poza trybem przewidzianym w art. 35a u.r.t. Musi on dotyczyć koncesji na rozpowszechnianie programu, którego rodzaj, charakter i zasięg odbioru powinny się pokrywać z posiadaną decyzją administracyjną.

Warto również odnotować, że podany termin na złożenie wniosku ma charakter materialnoprawny. Odnosi się do prawa podmiotowego związanego z kontynuacją nadawania programu, a nie do kwestii procesowych i nie ma możliwości przywrócenia tego terminu, opierając się na art. 58 i 59 k.p.a.²⁵

3. Zjawiska patologiczne a udzielanie koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Podkreślenia wymaga, że postępowanie koncesyjne może być dotknięte pewnymi nieprawidłowościami. Przykładem mogą być działania KRRiT z 2021 roku

²⁴ Art. 38 ust. 1 i 2 u.r.t.

²⁵ G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 35a, [w:] Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, red. A. Niewęglowski, Warszawa 2020, LEX/el.

w sprawie przedłużenia koncesji spółce TVN na kolejny okres, na rozpowszechnianie programu TVN24. Przewlekłość postępowania i niewątpliwie intencje nacechowane interesami politycznymi doprowadziły do swoistej niepewności podmiotu gospodarczego, który mimo spełnienia wszelkich ustawowych przesłanek nie uzyskał przedmiotowej decyzji administracyjnej. Ponadpółtoraroczna zwłoka była uzasadniana przez organ zbieraniem informacji na temat zapowiadanej fuzji spółek Warner Media z Discovery. W sprawie interweniował Rzecznik Praw Obywatelskich, który wskazał, że „z analizy praktyki działania KRRiT wynika, że w większości przypadków decyzja o rekoncesji dla stacji, która już ma licencję, jest prawie automatyczna, choć poprzedzona analizą”²⁶. Zaznaczył, że wcześniej zarejestrowany w Amsterdamie Polish Television Holding BV — spółka zależna grupy Discovery, która jest bezpośrednim właścicielem polskiej TVN Grupy Discovery — nie budził niepokoju rady jako właściciel TVN i był przez regulatora traktowany jako podmiot unijny. Ostatecznie spółka otrzymała koncesję 22 września 2021 roku.

Jednoznacznie trzeba stwierdzić, że Przewodniczący KRRiT działał w tym przypadku bezprawnie. Kolejna koncesja jest bowiem przedłużeniem decyzji poprzedniej i gdy nie zachodzi jedna z przesłanek z art. 38 ust. 1 lub 2 u.r.t., przedłużenie koncesji powinno dokonywać się automatycznie. Co istotne, wydanie pierwszej pozytywnej decyzji o koncesji uznaje się za dostateczne zabezpieczenie interesu publicznego w radiofonii i telewizji. Ponadto w omawianym przypadku dochodzi kwestia przewlekłości postępowania, której skutkiem mogłoby być przerwanie emisji, co tym samym naruszałoby zasadę wolności gospodarczej²⁷.

Kolejnym przykładem patologicznych działań, które mogą stanowić o chęci wpływania polityków na rynek medialny w Polsce, jest próba wprowadzenia do systemu jurydycznego całkowitego ograniczenia wykonywania przedmiotowej koncesjonowanej działalności dla określonej grupy przedsiębiorców. Regulacje ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (która nie weszła w życie) przewidywały, że większościowym właścicielem stacji telewizyjnej w Polsce może być wyłącznie podmiot zarejestrowany i działający na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, który jednocześnie nie jest spółką córką podmiotu zarejestrowanego poza wskazanym terytorium. Wprowadzenie rzeczonych zmian powodowałoby naruszenie wielu znamion demokratycznego państwa prawnego²⁸.

²⁶ <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/zwloka-krrit-ws-koncesji-dla-tvn24-niezrozumiala-rpo-pisze-do-przewodniczacego-rady> (dostęp: 15.01.2022).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ KRRiT 22 września 2021 roku powołała uchwałę w sprawie podjęcia działań mających na celu uporządkowanie zasad rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce w zakresie możliwości działania podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego (nr 230/2021). Stwierdzono w niej, że „w świetle obecnie obowiązujących przepisów prawa nie jest uprawnionym do uzyskania koncesji w zakresie rozpowszechniania programów radiowych lub

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej nie podpisał nowelizacji i skierował ją do Sejmu do ponownego rozpatrzenia. Należy zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez ten konstytucyjny organ. Prezydent w uzasadnieniu podkreślił, że legislator próbował dokonać ingerencji w prawa już istniejące. Projekt dotyczył bowiem bezpośrednio podmiotu, który realizuje swoje działania gospodarcze w ramach wolności gospodarczej określonej w Konstytucji. Zaznaczył jednak, że ograniczenie możliwości posiadania udziałów lub akcji w podmiotach medialnych przez kapitał zagraniczny jest słusznym rozwiązaniem, jednak powinno ono zostać wprowadzone w przyszłości dla podmiotów, które nie rozpoczęły jeszcze wykonywania działalności gospodarczej w Polsce. Zauważył również, że przewidziane w ustawie sześć miesięcy to bardzo krótki okres, żeby dokonać jakichkolwiek zmian własnościowych u nadawcy²⁹.

Według autorów projektu omawiana regulacja miała na celu doprecyzowanie przepisów umożliwiających efektywne przeciwdziałanie przez KRRiT możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami przez dowolne podmioty spoza Unii Europejskiej, w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa³⁰. Zaznaczono, że „mając na względzie obserwowane w ostatnim czasie zwiększenie zagrożeń dla interesów państwa, wynikające z tzw. działań hybrydowych państw trzecich, proponowane zmiany należy uznać za konieczne”³¹. Zgodzić się trzeba z Rzecznikiem Prawa Obywatelskich, który zwraca uwagę, że wspomniana przesłanka odnosząca się do bezpieczeństwa państwa mieści się w pojęciu ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji (ograniczenie jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny). Jednocześnie analiza obecnie obowiązującej ustawy prowadzi do wniosku, że projektowane rozwiązanie nie jest konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa zagrożonego przez bliżej niesprecyzowane działania państw trzecich spoza UE. Koncesja może być przecież cofnięta każdemu przedsiębiorcy, jeżeli rozpowszechnianie programu powoduje

telewizyjnych w Polsce podmiot z siedzibą w Polsce, w którym udział kapitałowy podmiotu dominującego spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego przekracza 49%. Ponadto nie jest uprawnionym do uzyskania koncesji podmiot z siedzibą w Polsce, który jest zależny od podmiotu spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego poprzez dysponowanie, pośrednio albo bezpośrednio, przez ten zagraniczny podmiot ponad 49% głosów w zgromadzeniu wspólników lub w walnym zgromadzeniu, nawet jeśli jednocześnie dany podmiot z siedzibą w Polsce jest zależny od podmiotu z siedzibą w kraju z Europejskiego Obszaru Gospodarczego”. W uchwale podkreślono również, iż KRRiT zobowiązuje Przewodniczącego KRRiT „do podjęcia działań mających na celu ukształtowanie polityki państwa w dziedzinie radiofonii i telewizji w taki sposób, by nie było wątpliwości, że możliwość prowadzenia działalności obejmującej rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych nie dotyczy podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego, nawet jeśli działają one poprzez podległe im podmioty z Europejskiego Obszaru Gospodarczego”.

²⁹ <https://www.prezydent.pl/prawo/zawetowane/prezydent-zawetowal-ustawy-o-radiofonii-i-telewizji,47225> (dostęp: 15.01.2022).

³⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk nr 1389).

³¹ *Ibidem*.

zagrożenie interesów kultury narodowej, bezpieczeństwa i obronności państwa lub narusza normy dobrego obyczaju, niezależnie od tego, czy podmiot ten pochodzi spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Takie cofnięcie koncesji jest skuteczniejsze i mniej dolegliwe niż środek zaproponowany w projekcie³².

Nie ulega więc wątpliwości, że projektowane rozwiązania naruszały zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). To z niej wynika też zaufanie obywateli do państwa i praw, a „jej istotą jest lojalność państwa wobec jednostki czy wszelkich podmiotów, którym w Polsce przysługują prawa lub wolności. Zasada ta oznacza przede wszystkim konieczność ochrony i respektowania praw słusznie nabytych i ochrony interesów w toku”³³. Rzecznik Praw Obywatelskich słusznie skonstatował, że próba doprowadzenia za pomocą ustawy do zwolnienia się przez Rzeczpospolitą Polską ze złożonego słowa podważa wiarygodność Polski, a decyzją koncesyjną związany jest nie tylko podmiot, który ją otrzymał, ale także organy państwa. Nie zaszły zaś żadne nadzwyczajne okoliczności, które uzasadniałyby wkroczenie przez ustawodawcę w sferę praw nabytych. Ponadto projektowane zmiany rażąco naruszały wolności środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji RP), a także wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP)³⁴. Można w tym miejscu przytoczyć także stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgodnie z którym wolność mediów stanowi dla opinii publicznej jeden z najlepszych sposobów poznania i oceny poglądów osób sprawujących władzę. Sąd podkreśla, że oprócz funkcji mediów polegającej na rozpowszechnianiu informacji istnieje również prawo obywateli do ich otrzymywania. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że

w celu urzeczywistnienia pluralizmu w sektorze audiowizualnym w społeczeństwie demokratycznym należy przewidzieć skuteczny dostęp do rynku audiowizualnego dla szeregu podmiotów, tak aby zapewnić w treści programów postrzeganych w ujęciu kompleksowym różnorodność, która w jak największym stopniu odzwierciedla różnorodność stanowisk w społeczeństwie, do którego programy są kierowane³⁵.

Wnioski

Procedura udzielania koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w ostatnich latach budzi pewne kontrowersje. Tytułowe decyzje administracyjne należą do instrumentów reglamentacyjnych i wydawane są w obszarze

³² <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-przypomina-o-opinii-zlozonej-w-sprawie-tzw-lex-tvn> (dostęp: 1.02.2022).

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 lutego 2018 roku, sygn. 12261/06.

niezwykle istotnym dla funkcjonowania gospodarki kraju. W demokratycznym państwie prawnym za niedopuszczalne należy jednak uznać działania ustawodawcy oraz organu koncesyjnego zmierzające do ograniczenia wolności słowa i likwidacji legalnie działających nadawców telewizyjnych. Niepewność prowadzenia inwestycji w Polsce oraz brak poszanowania reguł jurydycznych zniechęcają potencjalnie chętne do nowych przedsięwzięć podmioty, które są zainteresowane wykonywaniem tego rodzaju działalności w Polsce. Próby wprowadzenia do porządku prawnego unormowań, które w ewidentny sposób skierowane są przeciwko jednemu przedsiębiorcy, są sprzeczne ze znamionami konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Można skonstatować, że takie zabiegi legislacyjne są charakterystyczne dla państw wręcz autorytarnych, w których nie szanuje się praw człowieka, a media stają się swoistym narzędziem propagandowym.

Bibliografia

- Chełmoński A., Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej (problemy prawne)*, [w:] *Institucje prawne zarządzania państwowymi organizacjami gospodarczymi*, red. K. Podgórski, Katowice 1985.
- Gola J., *Komentarz do art. 37*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019.
- Horubski K., *Postępowanie o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych jako procedura swoista publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, red. B. Popowska, Poznań 2013.
- Horubski K., Klich G., *Konflikty na tle udzielania ograniczonej liczby koncesji*, [w:] *Płaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, red. M. Tabernacka, R. Raszevska-Skałecka, Warszawa 2010.
- Jaworska-Dębska B., *Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 3.
- Kiczka K., *Akty administracyjne*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8b. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
- Kohutek K., *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej — wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 5.
- Lubeńczuk G., *Komentarz do art. 35a*, [w:] *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, red. A. Niewęglowski, Warszawa 2020, LEX/el.
- Prządka-Leszczyńska M., *Procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów telewizyjnych — problem relacji pomiędzy organami regulacyjnymi*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 12.
- Romanowski M., *Zasada swobody działalności gospodarczej w świetle praktyk KRRiT*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 5.
- Sowiński R., *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej. Koncesje, zezwolenia, licencje i inne formy podobne*, Wrocław 2006.

Szydło M., *Koncesja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1.

Wąsowski K.A., *Zakres przedmiotowy rozstrzygnięcia koncesyjnego w świetle ustawy o radiofonii i telewizji. Uwagi wprowadzające*, „Studia Iuridica” 2004, nr 43.

A Concession for Broadcasting Television Programmes in the Polish Legal System

Summary

The article concerns irregularities in the field of issuing concessions for broadcasting television programmes by the Chairman of the National Broadcasting Council. Pathological phenomena discussed in it concern attempts to locate the activities of entrepreneurs who are critical of the political power in Poland. Among other elements, the paper analyzes activities related to the unlawful blocking of the extension of the concession and the project of introducing juridical solutions that would prevent the performance of economic activity by specific entities already operating on the media market in Poland. The indicated problem is extremely important from the point of view of the basic principles of a democratic state ruled by law. The desire to eliminate the media independent of the government may be a kind of temptation for those in power, the occurrence of which leads to failure to comply with the principles of democracy.

Keywords: concession, television broadcasting, regulation, economic administration.

JERZY GOSPODAREK

Collegium Mazovia Innowacyjna Szkoła Wyższa w Siedlcach (em. prof.)

jgospo@sgh.waw.pl

Tendencje w koncesjonowaniu działalności gospodarczej w prawie polskim

Abstrakt: Autor analizuje stale zmieniający się zakres przedmiotowy koncesjonowanych dziedzin działalności gospodarczej w III Rzeczypospolitej, poczynając od ustawy o działalności gospodarczej z 1988 roku. Wykazuje, że w Polsce występuje tendencja do ustalania przesadnie szerokiego kręgu dziedzin działalności gospodarczej objętych wymogiem uzyskania koncesji. Powoduje to ograniczenie wolności działalności gospodarczej i nie służy ani polskiej gospodarce, ani ochronie ważnych interesów publicznych. Dodatkowo koncesje są często wprowadzane z naruszeniem zasady proporcjonalności i bez wskazania ważnego interesu publicznego jako powodu ich ustanowienia. Autor opowiedział się w artykule za ograniczeniem liczby dziedzin działalności gospodarczej, w których wymagane jest uzyskanie koncesji.

Słowa kluczowe: koncesja, reglamentacja działalności gospodarczej, wolność działalności gospodarczej.

Wstęp

Koncesjonowanie działalności gospodarczej to forma prawna reglamentacji tej działalności, którą to problematyką prawną od wielu lat zajmuje się prof. Tadeusz Kocowski¹. Przedmiotem tego opracowania jest kwestia stale zmieniającego się zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej w Polsce. Ze względu na ograniczenia objętościowe artykułu odnosi się on tylko do koncesji udzielanych na gruncie prawa obowiązującego w III Rzeczypospolitej. Autor stawia sobie za

¹ Zob. zwł. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009; *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] J. Grabowski *et al.*, *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 711–732.

cel zbadanie zmian zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej w Polsce i ich relacji z zasadą wolności działalności gospodarczej. Rezultatem przeprowadzonych analiz jest wskazanie tendencji występujących w koncesjonowaniu w minionych ponad 30 latach.

Wykorzystywanie od lat w wielu państwach instytucji koncesji zdaje się zasadniczo przemawiać za potrzebą utrzymania także w Polsce koncesjonowania działalności gospodarczej. Poszczególne ekipy rządzące w III Rzeczypospolitej nigdy nie miały co do tego wątpliwości, choć sama istota koncesji była i jest różnie rozumiana nie tylko w języku potocznym i przez tak zwanych decydentów, ale też w literaturze fachowej. Nie wdając się w szczegółowe analizy pojęcia koncesji i jej odróżnienia od innych form prawnych reglamentacji działalności gospodarczej, a tylko odsyłając do wybranych publikacji omawiających te kwestie², trzeba na początek stwierdzić, że koncesja jest najdalej idącą formą prawną reglamentacji działalności gospodarczej w celu ochrony ważnych interesów publicznych. Powszeczne jest przy tym łączenie koncesji z uznaniowością organu koncesyjnego, która nie może być jednak rozumiana jako dowolność działania w tym zakresie.

Zarówno na gruncie ustaleń konstytucyjnych wprowadzonych na mocy ustawy z dnia 29 grudnia 1989 roku o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej³, obowiązujących w pierwszych latach III Rzeczypospolitej, jak i obecnie obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku⁴ występowanie koncesji jako formy prawnej ograniczenia wolności działalności gospodarczej było i jest dozwolone pod warunkiem wprowadzenia w drodze ustawowej danego ograniczenia tej wolności. Wynika to z faktu, że zasada wolności działalności gospodarczej nie ma charakteru bezwzględno⁵. Znalazło

² Zob. A. Borkowski, *Koncesja w publicznym prawie gospodarczym*, [w:] Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020, s. 107–113; J. Kabza, *Koncesje i zezwolenia. Analiza ekonomiczna*, Warszawa 2014, s. 22–39; C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996, s. 20–27; *idem*, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 47–52 i 133–136; D.J. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej*, Białystok 2000, s. 105–176; M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 46–56; M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 223–257; *idem*, *Koncesje na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Poznań 2009, s. 217–235.

³ Dz.U. Nr 75, poz. 444 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁵ Zob. np. J. Ablewicz, *Istota wolności gospodarczej w ujęciu filozoficznym*, Warszawa 2014, s. 11–15 i 94–123; J. Boć, *Rzeczpospolita*, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 57–59; A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001, s. 112–113; K. Kiczka, *O praktyce ograniczania wolności działalności gospodarczej*, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 313–329; K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 169 n.; T. Kocowski, *Przedsiębiorcy*, [w:] A. Borkowski et al., *Administracyjne prawo gospodar-*

to wyraz w wielu orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego z lat dziewięćdziesiątych XX wieku i wydanych w XXI wieku. Już na początku istnienia III Rzeczypospolitej trybunał ten stwierdził, że zasada swobody działalności gospodarczej wcale nie proklamuje nieograniczonej swobody i może być ona ustawowo ograniczona z racjonalnych względów⁶. Nie mogą to być jednak ograniczenia dowolne i powinny mieć w zasadzie charakter przedmiotowy oraz dotyczyć szeroko rozumianej sfery ochrony życia i zdrowia ludzkiego⁷. Z kolei w orzeczeniu z 1995 roku TK uznał, że ze względu na swój charakter oraz bliski związek z interesami innych osób i interesem publicznym działalność gospodarcza może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu nawet większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym lub politycznym⁸.

Obecnie odpowiednikiem ustaleń konstytucyjnych odnoszących się w pierwszych latach III Rzeczypospolitej do zasady wolności działalności gospodarczej są dalej idące sformułowania art. 22 Konstytucji RP z 1997 roku. Wskazany artykuł — poza tym, że dopuszcza ograniczenie wolności działalności gospodarczej tylko w drodze ustawy — dodaje bowiem, że może to nastąpić tylko ze względu na ważny interes publiczny. Orzekając na tej podstawie konstytucyjnej, TK stwierdził, że swoboda działalności gospodarczej może podlegać różnym ograniczeniom politycznym, w tym w postaci wyznaczenia ram prawnych obrotu gospodarczego w celu minimalizowania niekorzystnych skutków mechanizmów rynkowych w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na powszechnie uznawane wartości⁹.

W wielu innych wyrokach TK z początku XXI wieku znalazły się dalsze ustalenia co do dopuszczalnych ograniczeń zasady wolności działalności gospodarczej. Należy przywołać zwłaszcza wyrok TK uznający, że w zakresie ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP mieszczą się zarówno wartości wymienione w art. 31 ust. 3 tego aktu, jak i tam niewyszczególnione¹⁰. Oznaczało to odwołanie się do zasady proporcjonalności. W licznych innych wyrokach trybunał uzasadniał konieczność wykazania przez ustawodawcę za każdym razem, że dane ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie tylko służy ochronie ważnego interesu publicznego, ale jest niezbędne dla tej ochrony,

cze, Wrocław 2003, s. 141–149; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, s. 53 n.; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 62.

⁶ Orzeczenie TK z dnia 17 grudnia 1991 roku, sygn. U. 2/91, OTK 1991, poz. 10.

⁷ Orzeczenie TK z dnia 9 kwietnia 1991 roku, sygn. U. 9/90, OTK 1991, poz. 9.

⁸ Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 roku, sygn. K. 11/94, ZU 1995, poz. 12.

⁹ Wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 roku, sygn. K 10/97, ZU 1998, Nr 3, poz. 29.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 29 kwietnia 2003 roku, sygn. SK 24/02, ZU 2003, Nr 4a, poz. 33. Zob. też M. Michalak, *Ważny interes publiczny jako przesłanka ograniczenia wolności działalności gospodarczej*, [w:] *25 lat fundamentów...*, s. 438–444. Por. M. Szydło, *Wolność...*, s. 165–189; A. Żurawik, *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013.

prowadzi do zamierzonych celów, a skutki tego ograniczenia są adekwatne do ciężarów nakładanych na obywatela¹¹.

W świetle wskazanych ustaleń konstytucyjnych można bez wątpienia stwierdzić, że koncesjonowanie jako forma prawna ograniczenia wolności działalności gospodarczej jest w określonych ustawowo sytuacjach uzasadnione i może być wprowadzone w odniesieniu do danej dziedziny działalności gospodarczej po spełnieniu przesłanek przesądzonych przez Konstytucję RP, które należy rozumieć zgodnie z ustaleniami bogatego orzecznictwa TK. Uzasadnione jest wyciągnięcie ogólnych wniosków o dopuszczalnym zakresie koncesjonowania w świetle prawa obowiązującego w III Rzeczypospolitej przy uwzględnieniu trzech przesłanek. Są to:

1. ustawowa droga wprowadzenia danego rodzaju koncesji;
2. ważny interes publiczny jako powód wprowadzenia koncesji;
3. zasada proporcjonalności, prowadząca do wykazania konieczności oparcia reglamentacji danej dziedziny działalności gospodarczej na uznaniowości organu władzy publicznej ze względu na niemożność ochrony ważnego interesu publicznego w razie wprowadzenia innych form reglamentacji gospodarczej.

1. Nieład w koncesjonowaniu na gruncie ustawy o działalności gospodarczej z 1988 roku

Chwalona za daleko posunięty liberalizm i nieraz przywoływana jako wzór liberalnych rozwiązań ustawa z dnia 23 grudnia 1988 roku o działalności gospodarczej¹² (dalej: u.d.g.) w rzeczywistości umożliwiała wyjątkowo daleko idącą ingerencję państwa w sferę wolności działalności gospodarczej. Wystąpiła wówczas zdecydowana tendencja do zwiększania liczby dziedzin działalności gospodarczej objętych koncesjonowaniem. W pierwotnej wersji wskazana ustawa w art. 11 ust. 1 wymieniała w jedenastu punktach dziedziny objęte koncesjonowaniem, w tym transport morski, prowadzenie aptek i usługi w sprawach paszportowych. To przykładowe wyliczenie dowodzi, że ustawodawca dosyć przypadkowo zaliczał niektóre rodzaje działalności gospodarczej do dziedzin objętych koncesjonowaniem¹³. W odniesieniu do części z nich wystarczyłyby zezwolenia, a w niektórych przypadkach można było odstąpić od jakiegokolwiek reglamentacji.

¹¹ Zob. wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 roku, sygn. K 46/07, ZU 2008, Nr 6a, poz. 104; wyrok TK z dnia 13 października 2010 roku, sygn. Kp 1/09, ZU 2010, Nr 8a, poz. 74; wyrok TK z dnia 11 października 2011 roku, sygn. P 18/09, ZU 2011, Nr 8a, poz. 81; wyrok TK z dnia 27 lutego 2014 roku, sygn. P 31/13, ZU 2014, Nr 2a, poz. 16; wyrok TK z dnia 11 marca 2015 roku, sygn. P 4/14, ZU 2015, Nr SA, poz. 30. Por. M. Szydło, *Wolność...*, s. 189–244.

¹² Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.

¹³ Podkreślił to C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim...*, s. 135.

Potwierdzała to przewidziana ustawowo możliwość ograniczenia zakresu koncesjonowania przez wydanie aktu wykonawczego, co zostało zrealizowane w drodze rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1989 roku w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów działalności gospodarczej z obowiązku uzyskiwania koncesji¹⁴. To ograniczenie zakresu koncesji było jednak stosunkowo niewielkie w porównaniu z równoległym ustawowym rozszerzeniem katalogu dziedzin koncesjonowanych przez dodanie we wskazanym art. 11 u.d.g. kolejnych rodzajów koncesji¹⁵. Wśród nich znalazły się między innymi usługi kurierskie, usługi telekomunikacyjne, produkcja i dystrybucja tablic rejestracyjnych pojazdów oraz organizowanie imprez turystycznych i pośrednictwo w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych. Jak nieprzemysłane były to działania, dowodzi to, że czym prędzej koncesje na świadczenie usług turystycznych zostały zastąpione zezwoleniami na działalność organizatorów turystyki i pośredników turystycznych¹⁶.

Nieład w koncesjonowaniu działalności gospodarczej na podstawie u.d.g. pogłębiał fakt, że akt ten objął obowiązkiem uzyskania koncesji obrót z zagranicą towarami i usługami określonymi przez rozporządzenie Ministra Współpracy Gospodarczej z Zagranicą. W rezultacie takie akty wykonawcze były co roku wydawane nowe lub zmieniane, co stale przesuwało zakres koncesjonowania działalności gospodarczej w latach dziewięćdziesiątych XX wieku. Dodatkowo kolejne dziedziny działalności gospodarczej obejmowano koncesjonowaniem w drodze ustaw szczególnych¹⁷, które określały odmienne zasady udzielania koncesji od ustalonych w u.d.g. Ustaw odrębnych, które nie były wymienione w przepisach art. 11 ust. 2a–12 tej ustawy, było aż sześć, co także świadczy o tendencji stałego poszerzania zakresu koncesjonowania w owym czasie. Przewidywano wprowadzenie kolejnych koncesji dotyczących przewozów taksówkami i działalności supermarketów¹⁸.

Nieład w ustawodawstwie gospodarczym był wówczas tak wielki, że w ekspertyzach prawnych z tamtych lat była podawana zróżnicowana liczba dziedzin objętych koncesjonowaniem (od 30 do 35)¹⁹, gdyż nie sposób było tego jednoznacznie ustalić. Nie licząc ustaw odrębnych, w ostatnim dniu obowiązywania u.d.g. można było doliczyć się 25 dziedzin objętych obowiązkiem uzyskania

¹⁴ Dz.U. Nr 72, poz. 423 ze zm.

¹⁵ J. Gospodarek, *Koncesjonowanie działalności gospodarczej*, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów SGH” 1997, nr 3, s. 80.

¹⁶ Zob. J. Gospodarek, *Zakres administracyjnej reglamentacji działalności w dziedzinie turystyki na drodze Polski do Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo w gospodarce rynkowej*, red. J. Gospodarek, Warszawa 1999, s. 37–48.

¹⁷ Te ustawy szczególne omówili Stanisław Biernat i Andrzej Wasilewski, *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997, s. 212–222.

¹⁸ Zob. J. Gospodarek, *Koncesjonowanie...*, s. 81.

¹⁹ Zob. W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 85.

koncesji²⁰. Uzasadniony jest więc pogląd, że wprowadzanie nowych koncesji w owym czasie podważało sens konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej²¹. Koncesje te były z reguły wprowadzane z przyczyn politycznych²². Przy tym na swoisty paradoks zwróciła uwagę Małgorzata Niezgodka-Medkova: przyjęta jeszcze w PRL liberalna u.d.g. okazała się wkrótce — w warunkach gospodarki rynkowej w III Rzeczpospolitej — zbyt liberalna i wolnościowa²³. Kolejne nowelizacje tej ustawy, obejmujące obowiązkiem uzyskania koncesji coraz więcej dziedzin działalności gospodarczej, ograniczały wolność gospodarczą i wprowadzały sterowanie metodami administracyjnymi²⁴. Bardziej wyważone zarzuty pod adresem u.d.g. zgłosił Cezary Kosikowski, wskazując, że ustawa ta nie zawierała pełnego katalogu koncesji wymaganych w prawie polskim, a niedoskonały stan prawny w dziedzinie koncesjonowania można było poprawić między innymi przez wyeliminowanie z kategorii koncesji tych, które na to miano nie zasługują²⁵. W istocie panował wówczas nieład w koncesjonowaniu, który prowadził do ograniczenia wolności działalności gospodarczej.

2. Ograniczenie zakresu koncesjonowania przez ustawę Prawo działalności gospodarczej z 1999 roku

Potrzeba uporządkowania sfery koncesjonowania działalności gospodarczej i udzielania zezwoleń była jednym z argumentów przemawiających za uchwaleniem nowego prawa działalności gospodarczej²⁶. Poselski projekt ustawy przewidywał przy tym, że tylko cztery dziedziny działalności gospodarczej miały być

²⁰ Tak A. Wołoszyn-Cichocka, *Ewolucja polskich regulacji prawnych w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Administracyjnego” 2019, nr 2, s. 169; W.J. Katner, *op. cit.*, s. 84.

²¹ A. Trela, *Nowe zasady koncesjonowania działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (dalej: RPEiS) 2002, nr 2, s. 87.

²² O wyborze politycznym w tym zakresie, poczynając od u.d.g., piszą Zofia Snażyk i Adam Szafrąński, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2009, s. 109. Z kolei Tadeusz Kocowski podkreślił, że politycznie ustalone cele społeczne, wymagające ingerencji państwa w gospodarce, są — obok aktualnej sytuacji gospodarczej państwa — źródłem wprowadzanych ograniczeń reglamentacyjnych. Zob. *idem*, *Reglamentacja działalności gospodarczej...*, 2018, s. 109.

²³ M. Niezgodka-Medkova, *Zmiany ustawy o działalności gospodarczej*, „Firma” 1991, nr 12, s. 21.

²⁴ Tak M. Waligórski, *Administracyjna regulacja...*, s. 147. Jednak jedenaście lat później autor ten napisał zachowawczo, że kolejne zmiany u.d.g., choć zmieniły zakres koncesjonowania działalności gospodarczej, to nie doprowadziły do odejścia od podstawowych założeń pierwotnej wersji tej ustawy. Zob. *idem*, *Koncesje...*, s. 37.

²⁵ C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim...*, s. 135–137.

²⁶ Zob. druk sejmowy nr 608 z 18 lipca 1998 roku, s. 1 uzasadnienia projektu ustawy.

objęte obowiązkiem uzyskania koncesji: poszukiwanie, rozpoznawanie oraz wydobywanie kopalni i surowców mineralnych, przy czym jako odrębną dziedzinę wskazano taką działalność w polskich obszarach morskich, a ponadto wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wytwarzanie, przetwarzanie, magazynowanie, przesyłanie, dystrybucję i obrót paliwami ciekłymi i energią. Projekt ten został jednak wycofany, gdyż jego ustalenia zostały zasadniczo przejęte przez projekt rządowy²⁷, który przewidywał sześć dziedzin koncesjonowanej działalności gospodarczej i różnił się od projektu poselskiego wymaganiem koncesji dodatkowo w odniesieniu do ochrony osób i mienia, transportu lotniczego oraz wykonywania innych usług lotniczych, a także co do budowy i eksploatacji autostrad płatnych. Warto zauważyć, że główny twórca tego projektu, ówczesny wiceminister gospodarki prof. Wojciech J. Katner, opowiadał się za pozostawieniem tylko czterech dziedzin działalności koncesjonowanej z kilkudziesięciu objętych do tej pory obowiązkiem uzyskania koncesji²⁸. Ostatecznie ustawa Prawo działalności gospodarczej z dnia 19 listopada 1999 roku (dalej: u.p.d.g.)²⁹ w art. 14 wprowadziła wymóg uzyskania koncesji dla ośmiu dziedzin działalności gospodarczej, dodając zarządzanie liniami kolejowymi i wykonywanie przewozów kolejowych oraz rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. Po prawie czterech latach w komentarzu do wskazanego artykułu W.J. Katner przestrzegał przed wprowadzaniem nowych koncesji w ramach naiwnego dostarczania w nich źródła właściwego prowadzenia działalności gospodarczej³⁰.

Niewątpliwie u.p.d.g. była wyrazem liberalizacji polskiej gospodarki i dowodem słusznej tendencji ograniczania zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej w III Rzeczypospolitej na przełomie wieków³¹. W opinii Karola Sobczaka ustawa ta w znacznym zakresie zbliżyła Polskę do rozwiązań europejskich i znaczących, wypróbowanych regulacji państw członkowskich UE³². W kwestiach koncesjonowania działalności gospodarczej akt ten spotkał się, jak rzadko, z ogólną akceptacją w literaturze przedmiotu, w której podkreślano jego zasługi w postaci likwidacji dziewięciu rodzajów koncesji oraz zastąpienia w 22 przypadkach dotychczasowych koncesji zezwoleniami i licencją przewozową³³.

²⁷ Zob. druk sejmowy nr 715 z 10 listopada 1998 roku.

²⁸ Zob. *Powielaczowe do kosza*, rozmowa K. Doliniak z W.J. Katnerem, wiceministrem gospodarki, „Gazeta Bankowa” 13–19.06.1998, s. 11.

²⁹ Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.

³⁰ W.J. Katner, *op. cit.*, s. 84–87.

³¹ Podkreśliłem to już na etapie prac ustawodawczych nad projektem tej ustawy, który wyróżniał się wysokim poziomem legislacyjnym i przygotowaniem w konsultacjach z różnymi środowiskami. Zob. J. Gospodarek, *Nowe prawo działalności gospodarczej jako wyraz liberalizacji polskiej gospodarki*, [w:] *Transformacja gospodarki polskiej w drodze do Unii Europejskiej*, Kazimierz Dolny 1999, s. 238–245.

³² K. Sobczak, *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2001, s. 185.

³³ Zob. C. Kosikowski, *Nowa ustawa o działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1, s. 12–16; W. Kubala, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 99–151; J. Kuciński, Z. Trzeciński, *Nowa regulacja ustawowa działalności gospodarczej w Polsce*,

Jak podkreślił Tadeusz Kocowski, poddanie ośmiu dziedzin działalności gospodarczej koncesjonowaniu przez u.p.d.g. było spowodowane względami policyjnymi lub reglamentacyjnymi, a w niektórych przypadkach jednymi i drugimi³⁴. Żeby te kryteria nie były pokusą do zbyt łatwego wprowadzenia kolejnych koncesji, ustawodawca zawarł we wskazanej ustawie przepis art. 14 ust. 2, który dopuszczał to tylko w przypadku, gdy działalność ta nie mogła być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu zezwolenia, wymagając przy tym zmiany tej ustawy. W ocenie C. Kosikowskiego było to dość optymistyczne założenie³⁵, ale do końca obowiązywania tego aktu ustawodawczego liczba dziedzin objętych koncesjonowaniem nie tylko się nie zwiększyła, ale uległa zmniejszeniu do sześciu. Wynikło to z uchylecia w 2003 roku obowiązku uzyskania koncesji na zarządzanie liniami kolejowymi i wykonywanie przewozów kolejowych oraz zastąpienia koncesji na budowę i eksploatację autostrad płatnych nowym systemem finansowania opartym na umowach. Ponadto ustawa z dnia 5 lipca 2002 roku — Prawo lotnicze³⁶ ograniczyła koncesje tylko do przewozów lotniczych, wyłączając inne usługi lotnicze.

Można by w pełni pozytywnie oceniać regulacje u.p.d.g. dotyczące koncesjonowania, gdyby nie ustalenia art. 98 tej ustawy, przewidujące wygaśnięcie z mocy prawa obowiązku uzyskania koncesji w razie nieokreślenia ustawowo zakresu i warunków wykonywania działalności gospodarczej i udzielania koncesji objętych art. 14 analizowanej ustawy, co powinno nastąpić w terminie sześciu miesięcy od wejścia w życie tej ustawy. Termin ten był dwukrotnie przedłużony ustawowo, przy czym zmiana ustawy z 2001 roku miała wejść w życie z mocą wsteczną już po 30 czerwca 2001 roku. Zostało to zakwestionowane w wyroku TK z 10 października 2001 roku jako naruszające zasadę nieretroakcji³⁷.

3. Niekonsekwencje ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 roku co do zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej

Projekt ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 roku (dalej: u.s.d.g.) miał na celu między innymi umocnienie gwarancji swobody działalności gospodarczej i poszerzenie zakresu wolności gospodarczej zwłaszcza przez za-

RPEiS 2000, nr 3, s. 46–50; J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeuszcz, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 67–144; A. Wołoszyn-Cichočka, *op. cit.*, s. 170–172.

³⁴ T. Kocowski, *Prawne formy działań policyjno-reglamentacyjnych*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000, s. 96.

³⁵ C. Kosikowski, *Nowa ustawa...*, s. 12.

³⁶ Dz.U. Nr 130, poz. 1112 ze zm.

³⁷ Sygn. K 28/2001, OTK ZU 7/2001, poz. 212.

stąpienie większości zezwoleń wpisem do rejestru działalności regulowanej jako nową formą reglamentacji gospodarczej³⁸. Założeniem było zmniejszenie zakresu koncesjonowanej działalności gospodarczej i zastąpienie zezwoleniami koncesji na przewozy lotnicze. W związku z bliskim już wtedy wejściem Polski do UE trzeba było jednak dodać, w zgodzie z prawem Unii, koncesje na przewozy lotnicze, co nastąpiło przez autopoprawkę do rządowego projektu³⁹. W sumie więc w pierwotnej wersji u.s.d.g. z 2 lipca 2004 roku⁴⁰ zakres dziedzin koncesjonowanych był mniejszy niż na początku obowiązywania u.p.d.g., ale nie wykazywał różnic w porównaniu ze stanem prawnym z końca jej obowiązywania⁴¹. Intencją u.s.d.g. było ograniczenie tworzenia dodatkowych koncesji i tak należało interpretować przepis art. 40 ust. 3 tej ustawy, który przejął z poprzedniej ustawy przesłanki dopuszczalności wprowadzenia nowych koncesji⁴².

Niestety ustawodawca nie był konsekwentny w kwestii ograniczania zakresu koncesjonowanej działalności gospodarczej, gdyż ustawą z dnia 19 listopada 2009 roku o grach losowych⁴³ wprowadził koncesje na prowadzenie kasyna gry. W druku sejmowym zawierającym projekt tej ustawy brakuje choćby krótkiego wykazania konieczności zastosowania tej formy reglamentacji gospodarczej⁴⁴. Po co więc są ustalane przesłanki dopuszczalności wprowadzenia nowych koncesji, jeśli potem decyzja polityczna zastępuje analizę prawną problemu? Pytanie to jest oczywiście retoryczne.

Podobnie polski ustawodawca postąpił w kwestii dodania obowiązku uzyskania koncesji na przesyłanie dwutlenku węgla w celu jego podziemnego składowania. Takie składowanie dwutlenku węgla w odpowiedniej formacji geologicznej jest kwestią raczej dalekiej przyszłości. Gdy projektowano zmiany polskiego prawa, aby być w zgodzie z prawem UE, które wymaga w tym zakresie uzyskania pozwolenia, trwały dopiero prace badawcze nad tak zwaną technologią CCS, która jest potencjalnym sposobem ograniczenia nadmiernej emisji dwutlenku węgla do atmosfery. Była wtedy mowa jedynie o projekcie demonstracyjnym w tej dziedzinie. Ustawa z 2013 roku, nowelizująca prawo geologiczne i górnicze, wprowadziła do art. 46 ust. 1 u.s.d.g. wymaganie uzyskania koncesji na przesyłanie dwutlenku węgla w celu jego podziemnego składowania, choć w uzasadnieniu projektu ustawy nie znalazło się żadne tłumaczenie, dlaczego nie wprowadzono zezwolenia zamiast koncesji⁴⁵. Trudno tu zatem mówić o konsekwencji polskiego ustawodawcy.

³⁸ Druk sejmowy nr 2118 z 15 października 2003 roku.

³⁹ Druk sejmowy nr 2118-A z 6 lutego 2004 roku.

⁴⁰ Dz.U. Nr 173, poz. 1807.

⁴¹ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 149.

⁴² Tak S. Koroluk w komentarzu do art. 46 ustawy, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powalowski, Warszawa 2007, s. 173–174.

⁴³ Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.

⁴⁴ Druk sejmowy nr 2481 z 12 listopada 2009 roku.

⁴⁵ Zob. druk sejmowy nr 1493 z 18 czerwca 2013 roku.

4. Minimalizm regulacyjny co do koncesji w ustawie Prawo przedsiębiorców z 2018 roku

Obecnie obowiązująca ustawa Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 roku (dalej: u.p.p.)⁴⁶, będąca wiodącym aktem pakietu ustaw nazywanego zupełnie bezpodstawnie tak zwaną Konstytucją Biznesu⁴⁷, przejęła większość ustaleń poprzednio obowiązującej u.s.d.g. Jednak co do kwestii reglamentacji działalności gospodarczej, a zwłaszcza koncesjonowania tej działalności, unormowania u.p.p. są ograniczone do zaledwie ośmiu artykułów, w tym czterech dotyczących koncesji i jednego wspólnego art. 44 odnoszącego się do wszystkich form prawnych reglamentacji. Trudno to uznać za dobrą zmianę, skoro uprzednio aż 20 artykułów u.s.d.g. regulowało całościowo działalność koncesjonowaną. Co więcej, u.p.p. — odmiennie niż poprzednio obowiązujące ustawy — nie zawiera katalogu dziedzin działalności gospodarczej objętych koncesjonowaniem ani warunku zmiany tej ustawy w razie wprowadzenia nowych koncesji, co wydaje się dosyć oczywistą zmianą na gorsze⁴⁸. Artykuł 37 ust. 3 u.p.p. ogranicza się do odesłania do odrębnych przepisów w kwestii szczegółowego zakresu i warunków wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu. Oczywiście chodzi o skomplikowane przepisy ustaw szczególnych, o których wiedza jest ograniczona nawet wśród specjalistów. Jednakże w literaturze przedmiotu z reguły nie krytykuje się tego odesłania, przyjmując je jako odmienne niż dotychczasowe rozwiązanie ustawowe. Skutek jest taki, że nawet w komentarzach do u.p.p. nie zawsze są wymieniane i analizowane wszystkie dziedziny działalności gospodarczej wymagające obecnie uzyskania koncesji⁴⁹, a niekiedy czyni się to przez odwołanie do ustaleń u.s.d.g.⁵⁰

⁴⁶ Dz.U. z 2018 r. poz. 646 ze zm.

⁴⁷ Zob. J. Gospodarek, *Prawo gospodarcze dla ekonomistów i nie tylko*, Warszawa 2019, s. 42–54. Zob. też krytyczne uwagi Michała Strzelbickiego, *Reglamentacja działalności gospodarczej w świetle ustawy prawo przedsiębiorców na tle unormowań wcześniejszych*, RPEiS 2018, nr 4, s. 83–86.

⁴⁸ J. Gospodarek, *Prawo gospodarcze...*, s. 212. Podobnie M. Strzelbicki, *op. cit.*, s. 78 i 82.

⁴⁹ Zob. J. Goła, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 170–171, gdzie wymieniono nie wszystkie i z błędami rodzaje koncesjonowanej działalności gospodarczej; P. Tracz, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, s. 251–252, gdzie zawarto poprzednio ustalony katalog rodzajów działalności objętych koncesją, nie wskazując aktualnego stanu prawnego w tym zakresie; A. Powałowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] A. Dobaczewska, A. Powałowski, H. Wolska, *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018, s. 109, gdzie jedynie w przypisie zostały wymienione ustawy odrębne wprowadzające koncesje bez jakiegokolwiek komentarza.

⁵⁰ Zob. H. Nowicki, *Koncesje jako prawna forma reglamentacji działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo przedsiębiorców*, red. B. Rakoczy, Warszawa 2020, s. 128–129.

Trzeba na koniec analiz aktualnego stanu prawnego w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej w III Rzeczypospolitej stwierdzić, że liczba dziedzin działalności gospodarczej objętych obowiązkiem uzyskania koncesji nie zmieniła się po wejściu w życie u.p.p.⁵¹ Przepis art. 44 ust. 4 tej ustawy odsyła do Punktu Informacji dla Przedsiębiorców, który udostępnia listę rodzajów działalności gospodarczej wymagających uzyskania koncesji wraz ze wskazaniem odpowiednich aktów prawnych. Nie jest to jednak całkowicie pewne źródło informacji o prawie obowiązującym w związku z jego częstymi zmianami. Dobrze, że stan prawny w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej nie uległ zmianie w ostatnich latach, co jest tendencją niespotykaną w III Rzeczypospolitej. Projekt u.p.p.⁵² nie zapowiedział żadnych zmian co do rodzajów koncesjonowanej działalności gospodarczej. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak potrzebę zrezygnowania z koncesji w takich dziedzinach, jak rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych⁵³, prowadzenie kasyna gry, usługi ochrony osób i mienia oraz przesyłanie dwutlenku węgla w celu jego podziemnego składowania⁵⁴. Warto postawić kolejne retoryczne pytanie: czy tendencja malejąca odnośnie do liczby dziedzin koncesjonowanej działalności gospodarczej znajdzie zastosowanie w praktyce legislacyjnej III Rzeczypospolitej?

Wnioski

Dokonane analizy ustawodawstwa III Rzeczypospolitej w świetle literatury przedmiotu i orzecznictwa TK prowadzą do wniosku o występowaniu zdecydowanej tendencji do tworzenia przesadnie szerokiego kręgu dziedzin koncesjonowanej działalności gospodarczej, co następowało kosztem ograniczenia konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Trzeba zauważyć, że z wyjątkiem kilku ostatnich lat polski ustawodawca przy okazji uchwalania kolejnych ustaw dotyczących działalności gospodarczej deklarował zamiar ograniczenia liczby dziedzin koncesjonowanej działalności gospodarczej, ale względy polityczne powodowały finalnie wzrost liczby koncesji. Jedynym wyjątkiem były działania ograniczające zakres koncesjonowania podjęte przez u.p.d.g. Ustawodawca w teorii z reguły chciał ograniczenia zakresu przedmiotowego koncesjono-

⁵¹ Zob. J. Gospodarek, *Prawo gospodarcze...*, s. 211–216.

⁵² Druk sejmowy nr 2051 z 21 listopada 2017 roku.

⁵³ Z. Szażyk, A. Szafranski, *op. cit.*, s. 109.

⁵⁴ Zob. bliżej J. Gospodarek, *Prawo gospodarcze...*, s. 212–214. Jeszcze dalej idące uwagi krytyczne w kwestii uregulowania w u.p.p. zagadnień koncesjonowania zgłosił M. Strzelbicki, *op. cit.*, s. 82–83. Autor ten słusznie zakwestionował stanowisko Macieja Etela (*Reglamentacja działalności gospodarczej na gruncie przepisów ustawy z 6.3.2018 r. — Prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 13, s. 31), jakoby jakość przepisów u.p.p. dotyczących koncesji została poprawiona w porównaniu z regulacjami u.s.d.g.

wanej działalności gospodarczej, ale praktyka gospodarcza powodowała wzrost liczby koncesji odwołujących się do tradycji w tym zakresie oraz tak zwanych potrzeb chwili, motywowanych względami politycznymi.

Najwyraźniej polski ustawodawca nie ma wizji ustawowego rozwiązania problemu takiego ustalenia przedmiotowego zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej, żeby służyło to dobrze polskiej gospodarce i należycie chroniło ważny interes publiczny. Jak słusznie już przed laty podkreślił Marek Szydło, koncesje są instytucją swoiście rezerwową, która powinna być wykorzystywana jedynie w ostateczności⁵⁵. Niestety życie dowodzi, że przy wprowadzaniu kolejnych koncesji w niewielkim stopniu, a niekiedy wcale nie uwzględnia się zasady proporcjonalności, co powoduje ograniczanie wolności działalności gospodarczej. Wolności tej nie służy też zrezygnowanie w u.p.p. z katalogu dziedzin działalności gospodarczej objętych koncesjonowaniem i związanego z nim warunku zmiany tej ustawy w razie wprowadzenia nowej koncesji. Teraz mało kto wie, ile i jakich rodzajów koncesji jest wymaganych przez prawo obowiązujące w Polsce. A zasadniczo im mniej wiedzy, tym mniej wolności...

Bibliografia

- Ablewicz J., *Istota wolności gospodarczej w ujęciu filozoficznym*, Warszawa 2014.
- Biernat S., Wasilewski A., *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997.
- Boć J., *Rzeczpospolita*, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998.
- Borkowski A., *Koncesja w publicznym prawie gospodarczym*, [w:] *Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020.
- Domańska A., *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001.
- Etel M., *Reglamentacja działalności gospodarczej na gruncie przepisów ustawy z 6.3.2018 r. — Prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 13.
- Gola J., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019.
- Gospodarek J., *Koncesjonowanie działalności gospodarczej*, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów SGH” 1997, nr 3.
- Gospodarek J., *Nowe prawo działalności gospodarczej jako wyraz liberalizacji polskiej gospodarki*, [w:] *Transformacja gospodarki polskiej w drodze do Unii Europejskiej*, Kazimierz Dolny 1999.
- Gospodarek J., *Prawo gospodarcze dla ekonomistów i nie tylko*, Warszawa 2019.
- Gospodarek J., *Zakres administracyjnej reglamentacji działalności w dziedzinie turystyki na drodze Polski do Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo w gospodarce rynkowej*, red. J. Gospodarek, Warszawa 1999.

⁵⁵ M. Szydło, *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 12, s. 4. Podobnie o powinności stosowania koncesji tylko w sytuacjach wyjątkowych pisze Joanna Ablewicz, *op. cit.*, s. 194. Autorka zasadnie dodaje do tego warunek konkretnego uzasadnienia wprowadzenia danej koncesji.

- Kabza J., *Koncesje i zezwolenia. Analiza ekonomiczna*, Warszawa 2014.
- Katner W.J., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003.
- Kiczka K., *O praktyce ograniczania wolności działalności gospodarczej*, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013.
- Kijowski D.J., *Pozwolenia w administracji publicznej*, Białystok 2000.
- Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Prawne formy działań policyjno-reglamentacyjnych*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000.
- Kocowski T., *Przedsiębiorcy*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2003.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, M. Biliński, R. Blicharz, T. Długosz, K. Horubski, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Szydło, A. Żurawik, *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Koroluk S., *Komentarz do art. 46 ustawy*, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powalowski, Warszawa 2007.
- Kosikowski C., *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002.
- Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996.
- Kosikowski C., *Nowa ustawa o działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1.
- Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Kubala W., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Kuciński J., Trzciniński Z., *Nowa regulacja ustawowa działalności gospodarczej w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, nr 3.
- Michalak M., *Ważny interes publiczny jako przesłanka ograniczenia wolności działalności gospodarczej*, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013.
- Nieżgódka-Medkova M., *Zmiany ustawy o działalności gospodarczej*, „Firma” 1991, nr 12.
- Nowicki H., *Koncesje jako prawna forma reglamentacji działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo przedsiębiorców*, red. B. Rakoczy, Warszawa 2020.
- Pawalowski A., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] A. Dobaczewska, A. Powalowski, H. Wolska, *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018.
- Powielaczowe do kosza*, rozmowa K. Doliniak z W.J. Katnerem, wiceministrem gospodarki, „Gazeta Bankowa” 13–19.06.1998.
- Snażyk Z., Szafraniś A., *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2009.
- Sobczak K., *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2001.
- Sommer J., Stoga K., Potrzeszcz R., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Strzelbicki M., *Reglamentacja działalności gospodarczej w świetle ustawy prawo przedsiębiorców na tle unormowań wcześniejszych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4.
- Szydło M., *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1.
- Szydło M., *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 12.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011.
- Tracz P., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019.

- Trela A., *Nowe zasady koncesjonowania działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 2.
- Waligórski M., *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998.
- Waligórski M., *Koncesje na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Poznań 2009.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008.
- Wołoszyn-Cichocka A., *Ewolucja polskich regulacji prawnych w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Administracyjnego” 2019, nr 2.
- Żurawik A., *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013.

Tendencies in Licensing Business Activity in Polish Law

Summary

The author analyzes the constantly changing scope of licensed business activity in the Third Republic of Poland, beginning with the 1999 Act of Polish Business Activity Law. He proves that in Poland, there is a tendency to require too many kinds of business types to obtain a license, which results in the limitation of the freedom of business activity and does not serve the Polish economy and the protection of important public interests well. Licenses are often introduced regardless of the proportionality principle and without indicating an important public interest as the reason of their introduction. In this article, the author suggests that the number of types of business activity where a license is required ought to be limited.

Keywords: license, restrictions of business activity, freedom of business activity.

MARIUSZ JABŁOŃSKI

ORCID: 0000-0001-8347-1884

Uniwersytet Wrocławski

mariusz.jablonski@uwr.edu.pl

Specyfika definiowania „przesłanek ograniczania” działalności gospodarczej na przykładzie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych

Abstrakt: W opracowaniu poruszono kwestię „mechanizmu” definiowania przesłanek, których uwzględnienie przez ustawodawcę doprowadziło do wprowadzenia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych w ujęciu aktualnie obowiązującego art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne.

Słowa kluczowe: reklama, zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, prawo farmaceutyczne, ograniczenie wolności i praw jednostki, konstytucja, wolności i prawa konstytucyjne.

Wprowadzenie

Kwestia reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej jest zagadnieniem od lat budzącym ożywioną dyskusję i to nie tylko naukową, której aktywnym uczestnikiem był i cały czas jest prof. Tadeusz Kocowski, uznawany za niekwestionowany autorytet w tym zakresie¹. Jego wieloletnia aktywność między

¹ T. Kocowski, *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996, s. 116–124; *idem*, *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 211–223; *idem*, *Prawo działalności gospodarczej*, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019, s. 399–442; a także suma opracowań zamieszczonych w fundamentalnym opracowaniu *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodar-*

innymi na płaszczyźnie poszukiwania prawdy naukowej i racjonalnej interpretacji projektowanych oraz obowiązujących przepisów w obszarze prawa administracyjno-gospodarczego jest wzorcem dla każdego, kto nawet doraźnie chciałby zapoznać się z podstawowymi problemami z tego zakresu.

Nie budzi wątpliwości, że po dość krótkim okresie (koniec lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiąte XX wieku) dominowania w polskim ustawodawstwie koncepcji „wstrzemięźliwości” w odniesieniu do definiowania zakresu i sposobów ingerencji w sferę wolności jednostki, w tym swobodę działalności gospodarczej², widoczna była (i w dalszym ciągu jest) tendencja intensyfikowania normatywnego zaangażowania się władzy ustawodawczej w proces zawężania granic gwarantowanych podmiotowo swobód. W założeniu przyjmuje on postać konkretyzowania zakazów, wyłączeń, obostrzeń i wszelkiego rodzaju innych wymogów, których spełnienie (lub odwrotnie — niewystąpienie) ma warunkować, przynajmniej w modelowym założeniu, zarówno prawidłowe funkcjonowanie określonego rodzaju działalności i podmiotów ją prowadzących (tu: przedsiębiorców), jak i ochronę jednostki przed różnego rodzaju zagrożeniami³. Od lat zauważa się, że ta wzmożona aktywność prawodawcza nie jest w każdym przypadku ani właściwa, ani też efektywna i w praktyce przynosi zupełnie odmienne niż pierwotnie założone efekty.

W mojej ocenie jednym z przykładów takiego właśnie systemowego „nie-dopracowania” jest kwestia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyjaśnieniu przesłanek uzasadniających przedmiotową konstatację służy niniejsze opracowanie.

1. Istota i charakter zakazu

Zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, a także ich działalności został zawarty w art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne⁴ (dalej: ustawa, pr.farm.). Ustawodawca w 2011 roku przyjął model, w którym zabraniając ogólnie takiej reklamy, zarówno nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem samej reklamy, jak i nie powiązał tego terminu z funkcjonowaniem (działalnością aptek i punktów aptecznych). Wskazał jedynie w ramach definicji negatywnej, że nie

cze, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, zwł. *Działalność gospodarcza*, s. 127–176.

² Z rozrzwinięciem należy wspomnieć pierwszą ustawę o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988 r. Nr 41, poz. 324) i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu choćby do działalności gospodarczej w postaci prowadzenia apteki — orzeczenie TK z dnia 20 sierpnia 1992 roku, sygn. K 4/92.

³ Por. wyrok TK z dnia 14 czerwca 2004 roku, sygn. SK 21/03; zob. też wyroki TK z dnia 27 lipca 2004 roku, sygn. SK 9/03 oraz z dnia 29 kwietnia 2003 roku, sygn. SK 24/02.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.

stanowi reklamą informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94a ust. 1 zd. 2)⁵. W praktyce wszystko inne, co przybiera postać przekazu informacji, co może być zidentyfikowane jako „zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece — niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych”, jest identyfikowane z zabronioną reklamą⁶.

Zakaz w postaci obowiązującej od 1 stycznia 2012 roku jest w praktyce bardzo rygorystycznie egzekwowany nie tylko przez organy administracji państwowej (art. 108 w zw. z art. 94a ust. 2–4 i art. 129b ust. 2–3 ustawy), ale i w orzecznictwie sądowym⁷, także w kontekście wyzwań, przed którymi stanął cały system zdrowia w związku z epidemią wirusa SARS-CoV-2. Nie może przy tym budzić wątpliwości, że istnienie tego zakazu stało się szczególnie niebezpieczne zarówno dla konsumentów (w tym pacjentów), jak i samych przedsiębiorców, którzy od ponad dekady poruszają się po „polu minowym”, nie mając jakichkolwiek gwarancji, że ich neutralne działania o charakterze informacyjnym, podejmowane w interesie publicznym i dla dobra wspólnego (w rozumieniu art. 1 Konstytucji RP)⁸, zostaną uznane za dopuszczalne (legalne), a tym samym nie będą prowadzić

⁵ Dodatkowo w przepisie tym sprecyzowano, że: „1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. 2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. 3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy. 4. Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności”.

⁶ Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 marca 2021 roku, sygn. VI SA/Wa 2376/20 z jednoczesnym odwołaniem się do wyroków WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 roku, sygn. VII SA/Wa 698/08; z dnia 1 lutego 2008 roku, sygn. VII SA/Wa 1960/07; z dnia 20 września 2010 roku, sygn. VI SA/Wa 838/10. Zob. też wyroki NSA z dnia 26 czerwca 2014 roku, sygn. II GSK 668/13; z dnia 11 marca 2015 roku, sygn. II GSK 753/14; z dnia 5 marca 2015 roku, sygn. II GSK 54/14.

⁷ Szerzej zob. A. Pochrzęst-Motyczyńska, *Ponad tysiąc spraw z powodu zakazu reklamy aptek*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-reklamy-aptek-ponad-tysiac-spraw-w-sadach,429762.html#:~:text=Zgodnie%20z%20art.%2094a%20ust.%201%20Prawa%20farmaceutycznego%2C,lokalizacji%20i%20godzinach%20pracy%20apteki%20lub%20punktu%20aptecznego%E2%80%9D> (dostęp: 1.01.2022); Ł. Sławatyniec, K. Mazurek, *Reklama produktów medycznych*, Warszawa 2011, s. 144 n.; zob. np. wyroki NSA z dnia 11 października 2016 roku, sygn. II GSK 682/15; z dnia 25 sierpnia 2016 roku, sygn. II GSK 97/15 oraz sygn. II GSK 550; wyrok NSA z dnia 25 listopada 2021 roku, sygn. II GSK 1966/21 z odwołaniem się do wyroków wcześniejszych NSA: z dnia 20 marca 2019 roku, sygn. II GSK 15/17; z dnia 12 kwietnia 2018 roku, sygn. II GSK 1737/16; z dnia 18 października 2017 roku, sygn. II GSK 5143/16; z dnia 11 października 2016 roku, sygn. II GSK 682/15; z dnia 25 sierpnia 2016 roku, sygn. II GSK 97/15 i II GSK 550/15; z dnia 20 lipca 2017 roku, sygn. II GSK 2583/15; z dnia 20 stycznia 2015 roku, sygn. II GSK 1718/13; z dnia 16 grudnia 2014 roku, sygn. II GSK 1981/13; z dnia 28 września 2017 roku, sygn. II GSK 3346/15; z dnia 29 czerwca 2017 roku, sygn. II GSK 2310/15.

⁸ Por. A. Młynarska-Sobaczewska, *Dobro wspólne jako kategoria normatywna*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 69, 2009, s. 72.

do konsekwencji wynikających z zastosowania administracyjnych sankcji — i to nie tylko w postaci pieniężnych kar administracyjnych.

Przy okazji należy podkreślić irracjonalność automatycznego powoływania się na twierdzenie, że wprowadzenie zakazu reklamy w rozumieniu art. 94a ust. 1 i 1a (dotyczące placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnoszącej się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych) było i w dalszym ciągu jest uzasadnione koniecznością zabezpieczenia ważnego interesu publicznego, w tym przypadku konkretyzowanego w odniesieniu do ochrony zdrowia pacjentów (konsumentów) i wyeliminowania zagrożenia identyfikowanego z zachęcaniem ich do zakupu leków (a w konsekwencji nadmiernego ich spożycia).

Nawet wtedy, gdy mamy do czynienia z ochroną szczególnie istotnego interesu publicznego, konieczne jest stałe i dynamiczne badanie aktualności przesłanek, wazenie interesów przy uwzględnieniu nowych, nakładanych przez ustawodawcę obowiązków (zadań apteki i punktów aptecznych) i ich identyfikacja w kontekście zmieniających się warunków społeczno-gospodarczych oraz przemian technologicznych tak, aby ostatecznie nie okazywało się, że konkretne zakazy mają na celu ochronę jedynie wąskiego kręgu zainteresowanych, zupełnie innych niż ci, których identyfikowano w przeszłości. W praktyce okazuje się też, że to szczególnie istotny interes publiczny uzasadnia konieczność podejmowania działań, które opierając się na informacji, a także odpowiednio dobranym sposobie i formie jej przekazu, gwarantują możliwość realnego dotarcia do konkretnego adresata, służąc właśnie ochronie zdrowia (również prewencji). Sytuacja, w której funkcjonujemy od blisko dwóch lat (czas pandemii), w sposób niebudzący wątpliwości pokazała, że kontynuowanie pewnych rozwiązań (tu: kompleksowych zakazów) z perspektywy celu, jakim jest ochrona zdrowia, musi ulec modyfikacji, niezależnie od istnienia innych uzasadnionych nie tylko konstytucyjnie (ale też z perspektywy standardów unijnych) przesłanek.

Warto podnieść, że wprowadzenie w zasadzie kompletnego zakazu określonego rodzaju aktywności (tu: reklamy) musi wiązać się z występowaniem szczególnych, w odpowiednim zakresie zidentyfikowanych i obiektywnie istniejących, przesłanek potwierdzających, że interes publiczny w powiązaniu z przesłankami wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP uzasadniają tego typu reglamentację. Nawet wtedy stosowanie zakazu musi się jednak łączyć się ze sprecyzowaniem sytuacji szczególnych, których zaistnienie będzie uzasadniać jego ograniczenie i/lub wyłączenie. Trudno też przyjąć, że w sytuacji, w której określonego rodzaju podmiot (tu: apteka czy punkt apteczny) realizuje konkretny zbiór niejednorodnych zadań publicznych, nie działa równocześnie w interesie publicznym. Osiągnięcie celów, które są wyznaczane w związku z tymi zadaniami, musi także wiązać się z działalnością informacyjną, promocyjną, edukacyjną itd.

2. Przesłanki wprowadzenia oraz ewolucji przepisów reglamentujących

Do 2007 roku w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne brakowało regulacji, której istota była identyfikowana z zakazem prowadzenia działalności reklamowej aptek. Dopiero w ustawie z 30 marca 2007 roku⁹ doszło do przyjęcia rozwiązania, zgodnie z którym wprowadzono zasadę (zakaz), że zabroniona jest reklama aptek lub punktów aptecznych. Wedle art. 94a ust. 1 chodzi o reklamę skierowaną do publicznej wiadomości,

która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

W uzasadnieniu do projektu ustawy w sposób lapidarny wskazano, iż zmiany te mają na celu

rozwiązanie wątpliwości interpretacyjnych związanych z obecnie istniejącą regulacją prawną z zakresu reklamy produktów leczniczych oraz kwestii dopuszczalności prowadzenia działań promocyjnych przez apteki ogólnodostępne lub punkty apteczne. Konsekwencją wprowadzenia art. 94a jest przyjęcie zmian w art. 129b ustawy, które ograniczą nadmierne wydatki na leki refundowane oraz wprowadzą sankcję (grzywnę) dla zachowań polegających w szczególności na reklamie działalności aptek lub punktów aptecznych skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych objętych refundacją¹⁰.

Jednocześnie obok sformułowania wskazanego przepisu doszło do ustawowego sprecyzowania sankcji, która dotyczy każdego, kto prowadzi działania (podejmuje czynności) identyfikowane z reklamą. Zgodnie bowiem z treścią art. 129b ustawy taka osoba (podmiot) może zostać ukarana karą pieniężną w wysokości do 50 tysięcy złotych w zakresie nie tylko reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego, ale także ich działalności (ust. 1). Karę taką (stanowiącą dochód budżetu państwa) nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się przede wszystkim okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów. Przyjęto również, że wojewódzki inspek-

⁹ Ustawa z dnia 30 marca 2007 roku o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 492).

¹⁰ Natomiast w odniesieniu do innego zakresu podmiotowego i przedmiotowego wskazano, że są one „odzwierciedleniem zmian zawartych w art. 1 pkt 61–70 dyrektywy 2004/27/WE, dotyczących reklamy przypominającej, wręczania przedmiotów o znikomej wartości związanych z praktyką medyczną bądź farmaceutyczną i wielkości próbek produktów leczniczych przekazywanych w ramach reklamy” — uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 1152), s. 10, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruk/1152> (dostęp: 1.01.2022).

tor farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a kary uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna¹¹.

Opiniowanie tego projektu na płaszczyźnie prac sejmowych było wybiórcze i nie dotyczyło w istocie tych zagadnień, które bezpośrednio odnosiłyby się do ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki¹².

W Senacie w przygotowanej opinii nie uznano za konieczne poddania tej właśnie zmiany (uzupełnienia wcześniej obowiązujących postanowień) szerszej analizie, choć zauważono, że:

W art. 94a ustawy nowelizowanej Sejm przyjął zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych (ust. 1), z uściśleniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (ust. 2). Zakaz ten jest szerszy niż w projekcie ustawy, zgodnie z którym art. 94a zabraniał [reklamy] działalności aptek i punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośrednio odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych, lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych, lub wyrobów medycznych na tych wykazach. Wejście w życie przepisu zakazującego prezentowania produktu leczniczego przez osoby znane publicznie (art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy nowelizowanej) zostało przyjęte w sposób odmienny, niż przewidywał to projekt rządowy, to znaczy w terminie późniejszym niż inne przepisy nowelizacji, czyli po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia¹³.

Kolejna zmiana treści art. 94a ustawy miała miejsce w 2011 roku (weszła w życie, jak wskazywałem wcześniej, 1 stycznia 2012 roku — to tak zwana ustawa refundacyjna). Wprawdzie w skierowanym do Sejmu projekcie ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne takich rozwiązań pierwotnie w ogóle nie przewidywano¹⁴, ostatecznie jednak w trakcie prac parlamentarnych doszło do modyfikacji treści art. 94a, co doprowadziło do ukształtowania się aktualnie obowiązującej wersji tego przepisu¹⁵.

¹¹ Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe: „Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

¹² W Sejmie przygotowano opinię, w której poddano analizie tylko jeden z przepisów projektu. Zob. opinia prawna do art. 3 pkt 1 lit. a rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1152), opinia z 10 stycznia 2007 roku autorstwa R. Tymińskiego, eksperta ds. legislacji, <https://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1152> (dostęp: 1.01.2022).

¹³ Opinia do ustawy zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 357), opinia z 5 marca 2007 roku, autorstwa B. Langer, głównego specjalisty ds. legislacji, s. 2–3, <http://ww2.senat.pl/k6/dok/opinia/2007/029/o/357.pdf> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁴ Zob. art. 58 projektu dotyczący zakresu zmian w ustawie z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne (druk nr 3491), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3491> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁵ Zgodnie z treścią art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. Nr 122, poz. 696) „art. 94a: a) ust. 1 otrzymuje brzmienie: »1. Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pra-

Najczęściej podnosi się, że wprowadzenie tej regulacji służyło ochronie zdrowia, szeroko rozumianemu interesowi publicznemu oraz w założeniu miało doprowadzić do wyeliminowania „agresywnych praktyk reklamowych”¹⁶ i dostosowania przepisów prawa krajowego do wymogów sprecyzowanych w prawie unijnym:

Wprowadzenie art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego do ustawy Prawo farmaceutyczne nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi¹⁷.

Analiza zawartych w nowelizacji zmian i modyfikacji treści art. 88 i kolejnych dyrektywy 2001/83/WE nie powinna jednak nastęrczać problemów w zidentyfikowaniu rzeczywistego zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń, ale i uprawnień państwa członkowskiego do zdefiniowania w ustawodawstwie krajowym istoty zakazu reklamy w odniesieniu do produktów leczniczych¹⁸. Skutkiem regulacji unijnej było rzeczywiście wprowadzenie ograniczeń dotyczących dopuszczalnej reklamy w wyniku nowelizacji ustawy Prawo farmaceutyczne z 2007 roku, ale już nie tych, które obowiązują od 2012 roku. *Ratio legis* noweli z 2007 roku było bowiem zdefiniowanie zakazu reklamy skierowanej do publicznej wiadomości,

kłóra w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych, lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Analiza procesu ustawodawczego wskazuje, że projektodawca nie precyzował przesłanek uzasadniających wprowadzenie przedmiotowego zakazu (zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym), nie odwoływał się do żadnego testu ważenia interesów (zwłaszcza w kontekście oceny, charakteru i zakresu ewentualnych kolizji) ani konstytucyjnego testu proporcjonalności (konieczności w demokratycznym państwie prawnym — art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Po prostu stwierdził, że zmiana ta — przybierająca postać władczego wkroczenia

cy apteki lub punktu aptecznego», b) dodaje się ust. 1a w brzmieniu: »1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych«, c) ust. 2 i 3 otrzymują brzmienie: »2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. 3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy«”.

¹⁶ Więcej zob. <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-agresywne-praktyki-rynkowe-w-reklamie> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 marca 2021 roku, sygn. VI SA/Wa 2376/20. Wyrok ten został uchylony; zob. wyrok NSA z dnia 3 grudnia 2021 roku, sygn. II GSK 2269/21.

¹⁸ Dyrektywa 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 136 z 30.04.2004).

w konstytucyjnie gwarantowaną wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP)¹⁹ — jest następstwem „rozwiązania wątpliwości interpretacyjnych”, nie konkretyzując w ogóle, na czym wątpliwości te miałyby polegać.

W praktyce wielokrotnie — już po uchwaleniu zmian z 2011 roku — w trakcie dyskusji, ale i w treści skarg konstytucyjnych dotyczących zgodności z Konstytucją RP art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne definiowano bardziej szczegółowe przesłanki, cele i beneficjenta przyjętej regulacji. Przede wszystkim wskazywano, że przedmiotowy przepis — w istotny sposób różniący się od tego obowiązującego wcześniej (2007–2011) i stanowiącego element rzeczywistej implementacji rozwiązań prawa unijnego — został wprowadzony w trakcie prac nad ustawą refundacyjną, ale dopiero na etapie daleko zaawansowanych prac parlamentarnych. Jak podnoszono:

To była poprawka poselska inspirowana głosami Naczelnej Izby Aptekarskiej, czyli samorządu zawodowego aptekarzy. Izba stwierdziła, że taki totalny zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych będzie służył lepszemu kontrolowaniu dostępu pacjentów do produktów leczniczych i ograniczy nadmierne spożywanie produktów leczniczych bez konkretnych wskazań medycznych, a ponadto w pewien sposób ochroni konkurencję na rynku usług farmaceutycznych. *Ratio legis* tego przepisu można odkodować z lektury pism kierowanych przez samorząd zawodowy aptekarzy do ministra zdrowia czy też do komisji sejmowych zajmujących się pracami legislacyjnymi nad tym projektem²⁰.

Również w stanowisku Prokuratora Generalnego w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. SK 23/15) wskazywano, iż

przekazane do Sejmu uzasadnienie projektu rządowego nie jest pomocne w ustaleniu celu wprowadzenia zakazu reklamy aptek [*vide* druk sejmowy nr 3491NI — M.J.]. Podmiotem postulującym wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności była natomiast Naczelna Izba Aptekarska, a jej wniosek został uwzględniony na etapie prac komisji sejmowej w drodze poprawki poselskiej [*vide* pismo Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-104/PR/13 — M.J.]. Z późniejszych wypowiedzi organów państwowych i aptekarskiego samorządu zawodowego oraz z orzecznictwa sądowego i administracyjnego, a także wypowiedzi doktryny wynika, że wprowadzenie zakazu uzasadnione było koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach, bez faktycznego wskazania do korzystania z nich [...] ²¹.

¹⁹ Konstytucja RP z 2 dnia kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Szerzej zob. K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 21 n., a także wykaz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, s. XXXI; J. Węgrzyn, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 517 n.; J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej*, Szczecin 2009.

²⁰ Wypowiedź eksperta z Biura Analiz Sejmowych Katarzyny Miaskowskiej-Daszkiwicz zob. Kancelaria Sejmu Biuro Komisji Sejmowych — pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr 12) z dnia 30 marca 2016 roku, s. 7 n., <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/11490D4BA48EE85DC1257F8B0047C7EC/%24File/0044708.pdf> (dostęp: 1.01.2022).

²¹ Z odwołaniem się do pisma Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku; J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska, *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el.; wyrok NSA z dnia

Najbardziej dobitnie kwestia ta została zaprezentowana w jednej ze skarg konstytucyjnych dotyczących konstytucyjności przedmiotowego zakazu reklamy. Stwierdzono w niej, że treść tego przepisu w wersji przekazanej przez Naczelną Radę Aptekarską

został zaaprobowany przez komisję sejmową, a następnie uchwalony w dokładnie takim brzmieniu, jakie zostało zaproponowane przez samorząd aptekarski. W toku procesu legislacyjnego nie zostały podjęte żadne analizy brzmienia proponowanego przepisu czy starania, by nadać mu optymalną z perspektywy wymogów prawidłowej legislacji treść. Przedmiotowa zmiana art. 94a pojawiła się w końcowej fazie procesu legislacyjnego i została formalnie wprowadzona w drodze poprawki poselskiej, bez przeprowadzenia uzgodnień międzyresortowych na przykład z Ministrem Gospodarki czy Prezesem UOKIK, konsultacji społecznych, analizy skutków regulacji, zbadania zgodności projektu z prawem UE. Zaskarżony przepis nie był też w toku prac parlamentarnych opiniowany pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą²².

W dość klarowny sposób wskazano w nim, że sprecyzowany w obowiązującym brzmieniu zakaz

służyć miał ograniczeniu, bądź nawet wyeliminowaniu konkurencji na rynku aptecznym, poprzez pozbawienie aptek możliwości stosowania wolnorynkowych praktyk handlowych i marketingowych, w interesie małych, tradycyjnych aptek, które nie dysponowały takimi środkami na reklamę, jak np. apteki sieciowe, uzasadniane jednakże oficjalnie postulatem przywrócenia właściwego statusu apteki jako placówki ochrony zdrowia. Przedmiotowy zakaz został zatem w rzeczywistości przeforsowany nie tyle w interesie pacjenta, lecz w interesie pewnej grupy aptek (części środowiska aptekarskiego), w celu poprawienia ich sytuacji na rynku aptecznym²³.

20 stycznia 2015 roku, sygn. II GSK 1667/13; pismo Ministra Zdrowia z dnia 14 sierpnia 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-143/PR/13; stanowisko z 26 stycznia 2016 roku, sygn. PG VIII TK 69/15, w sprawie skargi konstytucyjnej SK 23/15, s. 27.

²² Skarżący dodawał ponadto: „Okoliczności wprowadzenia kwestionowanego przepisu wskazują, że generalny zakaz reklamy aptek nie był wszechstronnie rozważoną propozycją organów władzy publicznej (np. Ministra Zdrowia), lecz efektem wieloletnich zabiegów samorządu zawodowego aptekarzy (zwłaszcza Naczelnej Rady Aptekarskiej). Okoliczność tę potwierdza np. treść pisma z 27 maja 2013 r. skierowanego przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP — pana Bogdana Borusewicza, gdzie stwierdzono m.in.: »Wyjaśniam, że problematyczny zapis był inicjatywą, która wyszła od środowiska aptekarskiego, a konkretnie od samorządu aptekarskiego (przykładem niech będzie pismo Prezesa Naczelnej Izby Aptekarskiej, znak L.dz.P-356/2010, w którym samorząd aptekarski proponował dokładnie takie zmiany w zakresie reklamy aptek, jakie ostatecznie znalazły odzwierciedlenie w prawie)«. Minister Zdrowia postrzega inicjatywę zmiany ww. przepisu jako zewnętrzną, wskazując w przywołanym piśmie m.in.: »W ocenie Ministra Zdrowia pacjenci mieli prawo oczekiwać od państwa, że wesprze ono inicjatywę ustawodawczą, która prowadzić będzie do ukroczenia procedury stawiania pacjenta w roli uczestnika gry marketingowej [...]«, przywołując w tym zakresie: pismo z 27 maja 2013 r. skierowane przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP — B. Borusewicza, znak: MZ-PL0-079-16391-104/PR/13 oraz MZ-PL0-460-16063-45/KP/13 (zał. nr 7)» — stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nr V//1/2012 z 11 kwietnia 2012 roku, pismo NIA z dnia 11 sierpnia 2010 roku, sygn. Ldz.P. 250/201, adresowane do Ministra Zdrowia, skarga konstytucyjna o sygn. SK 32/15, s. 15, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=20980&sprawa=16094> (dostęp: 1.01.2022).

²³ *Ibidem*, s. 16 z odwołaniem się do wystąpienia Prezesa NRA, G. Kucharewicz, opisanego w: E. Jarosik, *O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej*, 14.04.2011, <http://nia.org.pl/>.

Mając to na uwadze, należy zastanowić się, czy efekt działalności prawodawcy przyjmujący postać zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych w zakresie sprecyzowanym w treści art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne opiera się na realnych przesłankach ograniczenia wolności i praw z perspektywy treści art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uwzględniając zarówno specyfikę zawodu farmaceuty, jak i rolę samorządu zawodowego w zakresie sprawowania pieczy nad należyтым jego wykonywaniem w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (w kontekście gwarancji zawartych w treści art. 17 Konstytucji RP), można modelowo uznać za zasadne dążenie do zgłaszania przez organy samorządu zawodowego takich propozycji rozwiązań (postulowania ich przyjęcia w ustawie), które funkcję tę (sprawowanie pieczy w interesie publicznym) urealniają. Jednocześnie można jednak skonstatować, że tego typu działania muszą brać pod uwagę nie tylko aspekt czysto zawodowy (ten nie może budzić wątpliwości), ale dodatkowo fakt konkretyzacji skutków ewentualnych obostrzeń na płaszczyźnie szerszej podmiotowo, to znaczy dotyczącej tych wszystkich podmiotów, które jako przedsiębiorcy korzystają z uprawnień przyznanych im w ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności. Jeżeli weźmiemy pod uwagę rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego z 20 sierpnia 1992 roku (sygn. K 4/92), w którym doszło do redefinicji podmiotu uprawnionego do prowadzenia apteki, to w oczywisty sposób dochodzimy do przekonania, że takim przedsiębiorcą może być farmaceuta, inna osoba fizyczna niemająca odpowiednich kwalifikacji zawodowych, ale i o wiele bardziej zorganizowany strukturalnie (także finansowo) podmiot prawa prywatnego.

Mając na względzie, że udział farmaceuty jest warunkiem *sine qua non* uruchamiania i funkcjonowania apteki²⁴ oraz możliwości prowadzenia takiej działalności przez osobę (przedsiębiorcę) niemającą odpowiednich zawodowych kwalifikacji, można zastanawiać się, komu służy generalny zakaz określony w treści art. 94a ust. 1 pr.farm. Jak można zauważyć, łatwo w takiej sytuacji formułować wnioski, że służy on właśnie farmaceutyce, który jest jednocześnie przedsiębiorcą, a nie mając takiego doświadczenia i/lub środków, nie jest równocześnie w stanie odpowiednio konkurować z innymi podobnymi podmiotami na rynku. W takim ujęciu zakaz reklamy staje się więc systemowym uprzywilejowaniem, które trudno uznać za racjonalne z punktu widzenia konstytucyjnej przesłanki, jaką jest ważny interes publiczny w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP, a nie ważny interes farmaceuty będącego przedsiębiorcą. Można też odnieść wrażenie, że właśnie po wydaniu przez TK orzeczenia w sprawie K 4/92 w ciągu kolejnych dwóch de-

²⁴ Szerzej zob. M. Kwiatkowska, *Prawo farmaceutyczne dla aptek*, cz. 1, Warszawa 2017, s. 61 n. Kierownikiem apteki może być bowiem wyłącznie farmaceuta mający prawo do wykonywania zawodu. Szerzej na temat specyfiki stosowania art. 88 i 99 pr.farm. zob. J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, *Komentarz do art. 88 i 99*, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016, s. 1053 n., 1199 n.

kad powoli doszło do uzupełniania przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne o regulacje, które niejako „bocznymi drzwiami” starają się powrócić do czasów, w których wyłącznie farmaceuci mogli prowadzić działalność apteczną.

Uwzględniając ten fakt i inne związane z ustawowo sprecyzowanym mechanizmem legalizującym reklamę produktów leczniczych oraz leków bez recepty (OTC), a także innych produktów (na przykład kosmetyków, suplementów diety) i usług, które mogą być reklamowane przez inne podmioty²⁵, to rzeczywiście pojawia się pytanie, jak uzasadnić *ratio legis* zakazu reklamy dotyczącego samej apteki lub punktu aptecznego, nie zapominając, że ten zakres przedmiotowy jest konkretyzowany odrębnie od zakazu dotyczącego reklamy ich działalności (tak zwany podwójny i sprzężony zakaz reklamy).

Trudno obiektywnie wykazać, że istniejące rozwiązania spowodowały ograniczenie zakupu leków na receptę (niezależnie od tego, że przecież to nie farmaceuci wystawiają recepty) czy innych produktów leczniczych. W rzeczywistości zakaz ten jest przykładem swoistego przeinaczenia rozumienia zarówno treści i istoty prawa do ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji RP), jak i prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 w zw. z art. 49 Konstytucji RP). Ich łączne stosowanie musi mieć bowiem na celu zapewnienie każdemu (nie tylko pacjentowi, ale też szerzej — konsumentowi) zarówno dostępu do świadczeń (usług), jak i uzyskania rzeczowej informacji (wiedzy), która pozwala na podjęcie obiektywnego i wyważonego wyboru swojego postępowania.

Mając na względzie zachodzące w ostatnim czasie modyfikacje roli i zadań realizowanych przez apteki i punkty apteczne, dalsze trwanie przy koncepcji, że ich realizacja może się odbywać bez jednoczesnej akcji informacyjnej, potwierdza systemową ignorancję i zaprzecza istnieniu skutecznego mechanizmu służącego realizacji wskazanych wolności i praw konstytucyjnych. Trudno więc twierdzić, że ważny interes publiczny w odniesieniu do konieczności zapewnienia właśnie ochrony zdrowia wymaga od ustawodawcy zasadniczo całkowitego reglamentowania reklamy aptek i ich działalności. Ograniczenie w wersji z 2007 roku było w istocie wystarczające i potwierdzające przeprowadzenie odpowiedniego testu ważenia interesów oraz testu proporcjonalności także z perspektywy swobody przedsiębiorczości, uwzględniającego, że przedsiębiorca musi funkcjonować w realiach konkurencyjności, co leży przecież w interesie konsumenta.

²⁵ M. Kwiatkowska, *op. cit.*, s. 254–266 z przywołaniem praktyki i poglądów prezentowanych w literaturze przedmiotu; Ł. Sławatyniec, K. Mazurek, *op. cit.*, s. 12 n.; D. Biadun, *Obrót produktami leczniczymi w świetle orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2012, s. 107 n.; *Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020, s. 15 n.; M. Świerczyński, *Reklama produktów leczniczych*, [w:] *Prawo farmaceutyczne*, M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Warszawa 2020, s. 399 n.

Podsumowanie

Istnienie prawnej reglamentacji swobód jest czymś oczywistym także w realiach demokratycznego państwa prawa. Dobrze byłoby jednak, aby przed ustawowym zdefiniowaniem i uchwaleniem zakazów przeprowadzono nie tylko odpowiednie konsultacje, ale przede wszystkim faktyczny, a nie pozorny test ważenia interesów, wolności i praw oraz proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń. Działania te pozwolą na sprecyzowanie zarówno pozytywnych i negatywnych skutków ewentualnego obowiązywania określonej regulacji, jak i faktycznego zidentyfikowania ich beneficjentów. Jednocześnie trudno przyjąć, że przesłanką, którą ma się kierować ustawodawca, jest selektywne eliminowanie zasady konkurencyjności w ramach prowadzonej przez klasycznych przedsiębiorców działalności gospodarczej. Można ją oczywiście ograniczyć — na przykład tak jak reklamę w wersji ustawy — Prawo farmaceutyczne obowiązującej do końca 2011 roku — ale całkowite wyłączenie musi się opierać na realnych przesłankach ochrony ważnego interesu publicznego, w tym oczywiście zdrowia. Ani w 2011 roku, ani obecnie twierdzenie, że obowiązująca treść art. 94a ust. 1 pr.farm. temu właśnie służy, nie wydaje się niczym więcej niż „nadinterpretacją systemową”.

Bibliografia

- Adamski J., Urban K., Warmińska E., *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Biadun D., *Obrót produktami leczniczymi w świetle orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2012.
- Ciapała J., *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej*, Szczecin 2009.
- Jarosik E., *O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej*, 14.04.2011, <http://nia.org.pl/>.
- Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Prawo działalności gospodarczej*, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019.
- Kocowski T., *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020.
- Kocowski T., *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996.
- Kwiatkowska M., *Prawo farmaceutyczne dla aptek*, cz. 1, Warszawa 2017.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Dobro wspólne jako kategoria normatywna*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 69, 2009.
- Pochrząst-Motyczyńska A., *Ponad tysiąc spraw z powodu zakazu reklamy aptek*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-reklamy-aptek-ponad-tysiac-spraw-w-sadach,429762.html#:~:text=Zgodnie%20z%20art.%2094a%20ust.%201%20Prawa%20farmaceutycznego%2C,lokalizacji%20i%20godzinach%20pracy%20apteki%20lub%20punktu%20aptecznego%E2%80%9D>.

- Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020.
- Sławatyniec Ł., Mazurek K., *Reklama produktów medycznych*, Warszawa 2011.
- Stefańczyk-Kaczmarzyk J., *Komentarz do art. 88 i 99, [w:] Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016.
- System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Świerczyński M., *Reklama produktów leczniczych, [w:] Prawo farmaceutyczne*, red. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Warszawa 2020.
- Węgrzyn J., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej, [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.

The Specificity of Defining the “Conditions for Restricting” Economic Activity: The Example of the Ban on Advertising Pharmacies and Pharmacy Outlets

Summary

The fundamental issue raised in this elaboration is the “mechanism” for defining the conditions included by the legislator which led to the introduction of a ban on advertising pharmacies and pharmacy outlets in terms of the currently applicable content of article 94a(1) of the Pharmaceutical Law.

Keywords: advertising, prohibition of advertising pharmacies and pharmacy outlets, pharmaceutical law, restriction of individual freedoms and rights, constitution, freedoms and constitutional rights.

KATARZYNA KOKOCIŃSKA

ORCID: 0000-0002-1008-3538

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

katarzyna.kokocinska@amu.edu.pl

Spółeczna akceptacja rozstrzygnięć planistycznych w zakresie rozwoju

Abstrakt: Potrzeby społeczne i gospodarcze, wyznaczone celami polityki rozwoju społeczno-gospodarczego, wyrażane są w uchwalanych okresowo aktach polityki władzy wykonawczej — strategiach rozwoju, planach i programach. Są one nie tylko wyrazem kierunków reform, ale też punktem odniesienia dla działalności organów administracji publicznej. Planowanie rozwoju dotyczy interesów wielu podmiotów, ukierunkowując ich działania na realizację celów motywowanych interesem publicznym. Dlatego istotne jest ustalenie prawnej dopuszczalności i zabezpieczenia wpływu społeczeństwa na treść rozstrzygnięć planistycznych w zakresie rozwoju.

Opracowanie dotyczy problematyki prawnej organizacji planowania rozwoju społeczno-gospodarczego — jego legislacyjnej konstrukcji strukturalnej i proceduralnej w kontekście realizacji idei społeczeństwa obywatelskiego. Analiza przepisów prawa pozwoliła na zidentyfikowanie standardów i ocenę prawnych instrumentów uczestnictwa obywateli w procesie planowania rozwoju i uzyskiwania społecznej akceptacji treści aktów polityki.

Słowa kluczowe: społeczna akceptacja, planowanie, rozwój, konsultacje, prawo publiczne.

Zwyczajem środowiska akademickiego jest wyrażanie wdzięczności i uznania uczonemu i nauczycielowi poprzez ofiarowanie mu rozprawy, która nawiązuje do zagadnień poruszanych przez niego w trakcie jego naukowej aktywności. Dla prof. Tadeusza Kocowskiego bez wątplenia kluczowym obszarem badań są zagadnienia szczególnie istotne dla nauki publicznego prawa gospodarczego — funkcje państwa w gospodarce. Wyrazem zaś aktywności Jubilata jest jego dorobek, w którym dominują opracowania naukowe poświęcone ingerencji państwa w gospodarkę, przede wszystkim funkcji reglamentacyjnej i policji administra-

cyjnej¹. Funkcje te stanowią wynik przyjętych założeń ustroju gospodarczego, którego konsekwencją jest prowadzona przez władzę publiczną polityka państwa na rzecz rozwoju społeczno-gospodarczego.

1. Planowanie rozwoju społeczno-gospodarczego. Wprowadzenie

Nieodzownym elementem polityki państwa jest planowanie gospodarcze². Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (dalej: u.z.p.p.r. lub ustawa z 2006 roku)³ planowanie ukierunkowane jest na rozwój i osiągnięcie określonych celów publicznych. Aktualnie potrzeby społeczne i gospodarcze, wyznaczane celami polityki rozwoju, wyrażane są w uchwalanych okresowo aktach polityki władzy wykonawczej — strategiach rozwoju, planach i programach. Akty te są zarówno wyrazem kierunków reform, jak i punktem odniesienia dla działalności organów administracji publicznej odpowiedzialnych za ich realizację. Złożoność i kompleksowość procesu planowania rozwoju powodują, że dotyka ono interesów wielu podmiotów, ukierunkowując ich działania na realizację celów motywowanych interesem publicznym. Dlatego tak istotne jest ustalenie prawnej dopuszczalności i zabezpieczenia wpływu społeczeństwa (obywateli) na treść rozstrzygnięć planistycznych.

Opracowanie dotyczy problematyki prawnej organizacji planowania rozwoju społeczno-gospodarczego⁴ — jego legislacyjnej konstrukcji w kontekście reali-

¹ Zob. m.in. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009; *idem*, § 25 *Policja gospodarcza*, § 26 *Reglamentacja działalności gospodarczej*, *Rozdział V. Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze* red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013 i cytowana tam literatura autorstwa Jubilata.

² C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006; *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.

³ Ustawa z dnia 6 grudnia 2007 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1057).

⁴ Zob. m.in. J. Łętowski, *Miejsce i funkcje planowania w działalności administracji*, „*Studia Prawnicze*” 1983, z. 1 (75), s. 3–34; A. Bator, *Normy planowania gospodarczego w systemie prawa*, Wrocław 1992, s. 107; K. Strzyczkowski, *Administracyjnoprawne instytucje planowania*, Warszawa 1985, s. 3; P. Badura, *Das Planungsermessen und die rechtsstatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, *Festschrift zum 25. Jährigen Bestehen des Bayerisches Verfassungsgerichtshof*, München 1972, s. 167; E. Schmidt-Assmann, *Planung unter dem Grundgesetz*, „*Die Öffentliche Verwaltung*” 1974, nr 16, s. 545; E. Wille, *Konzeptionelle probleme öffentlicher planung*, Frankfurt am Main-Bern-New York 1984; W. Hoppe, H. Scharmann, R. Buchner, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, München 2001, s. 373; E. Buitelaar, M. Galle, N. Sorel, *Plan-Led Planning Systems in Development-Led Practices: An Empirical Analy-*

zacji idei społeczeństwa obywatelskiego. Dlatego jako kluczowe należy postawić pytanie: czy ustawodawca w zasadniczej regulacji z zakresu planowania rozwoju społeczno-gospodarczego, jaką jest u.z.p.p.r., stwarza warunki uczestnictwa obywateli w procesie planowania rozwoju? Podstawowy problem badawczy dotyczy należytego zabezpieczenia interesów obywateli (i ich organizacji przedstawicielskich) poprzez wprowadzenie, odpowiednich do zakresu spraw publicznych poddanych regulacji, prawnych instrumentów uzyskiwania społecznej akceptacji treści aktów polityki⁵.

2. Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju

W rozważaniach w obszarze działania aparatu władzy wykonawczej na rzecz rozwoju nie można pominąć zachodzących przemian społeczno-gospodarczych. Na aktualną konstrukcję normatywną prowadzenia polityki na rzecz rozwoju wpływ miały transformacja systemowo-ustrojowa, a w konsekwencji przebudowa struktur państwa, reforma administracji publicznej i nowa koncepcja podziału terytorialnego. Wraz z kształtującym się od końca lat dziewięćdziesiątych modelem państwa opartym na decentralizacji władzy publicznej i jej wielopodmiotowości, a także wzmocnieniem pozycji samorządu terytorialnego formował się nowy model zarządzania państwem. Dlatego też uzasadnione jest umiejscawianie w polu szczególnego zainteresowania sposobu ułożenia stosunków między władzą centralną a zdecentralizowanymi podmiotami władzy publicznej. Stanowią one bowiem zasadniczą, prawną gwarancję udziału społeczeństwa w sprawowaniu rządów. Prawny mechanizm oddziaływania państwa w sferze rozwoju to także wynik procesu integracji z Unią Europejską. Na państwa zostaje wówczas nałożony obowiązek planowania rozwoju, którego istotnym elementem są zasady wydatkowania środków z unijnego budżetu, w tym partnerstwa, partycypacji społecznej oraz wielopoziomowego sprawowania rządów⁶.

sis into the (Lack of) Institutionalisation of Planning Law, „Environment and Planning A: Economy and Space” 43, 2011, s. 928–941.

⁵ Analiza ogranicza się do aktywności planistycznej *sensu stricto* w obszarze prowadzenia polityki rozwoju, czyli proceduralnych aspektów opracowywania dokumentów strategicznego programowania.

⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 roku ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wspierania Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej (Dz.Urz. UE z 30.06.2021, L 231/159).

Kompleksowe unormowanie prowadzenia polityki rozwoju stanowi u.z.p.p.r., określająca podmioty i tryb współpracy⁷. Prowadzenie polityki rozwoju stało się powinnością publiczną podmiotów zobowiązanych do podejmowania działań w skali i zakresie dotąd niespotykanym, obejmującym zarówno rozwój społeczny, jak i gospodarczy, prowadzony w wymiarze przestrzennym. O istocie prawnego mechanizmu prowadzenia polityki rozwoju przesądza zarówno określony ustawowo krąg podmiotów: Rada Ministrów, samorząd województwa oraz samorząd lokalny, jak i zachodzące pomiędzy nimi relacje opierające się na wzajemnie powiązanych działaniach.

Ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju dotyczy zadań o fundamentalnym znaczeniu również dla innych sfer aktywności organów władzy publicznej (dziedzin związanych z rozwojem kraju i spójnością w każdym jej ustawowo określonym wymiarze). Jednocześnie odnosi się ona do ustroju państwa — struktury władzy wykonawczej⁸. Wprowadzając prawne rozumienie polityki rozwoju jako „zespołu wzajemnie powiązanych działań” (art. 2 u.z.p.p.r.), opierające się na ustawowym założeniu, jakim jest wielopoziomowość jej prowadzenia, wpisując jednostki samorządu terytorialnego w całość działań państwa na rzecz spójności i rozwoju, podkreśla się znaczenie zdecentralizowanych struktur samorządowych.

3. Partnerstwo w podejmowaniu rozstrzygnięć planistycznych na rzecz rozwoju

Idea samorządności terytorialnej, która znalazła odniesienie w u.z.p.p.r., stanowi o respektowaniu przez ustawodawcę demokratyzacji życia publicznego. Prezentowane w ustawie podejście do miejsca i roli układów terytorialnych w prowadzeniu polityki rozwoju, między innymi poprzez zapewnienie jednostkom samorządu terytorialnego udziału w zarządzaniu publicznym, należy łączyć ze wzmacnianiem faktycznego uczestnictwa społeczeństwa obywatelskiego w sprawowaniu władzy. Istota zagadnienia w tym ujęciu sprowadza się do właściwego zarządzania w ramach wyodrębnionych układów terytorialnych. Z punktu widzenia regulacji prawnych oznacza to odpowiednio ukształtowany normatywnie system kompetencyjny podmiotów władzy publicznej i zachodzące między nimi relacje, które powinny się opierać nie tylko na współpracy (art. 1 u.z.p.p.r.),

⁷ K. Kokocińska, *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014.

⁸ Art. 14 Konstytucji RP (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483; Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319; Dz.U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471; Dz.U. z 2009 r. Nr 114, poz. 946).

ale też jej kwalifikowanej formie — wzajemnie powiązanych działaniach (art. 2 u.z.p.p.r.)⁹.

Postulat wzmocnienia instytucjonalnego i funkcjonalnego organów regionalnych i lokalnych jako partnerów w procesie rozwoju¹⁰ wynika także z konieczności włączania samorządów regionalnych i lokalnych w opracowywanie unijnych i krajowych planów reform¹¹. To właśnie w tej sferze aktywności państwa, jaką są działania podejmowane na rzecz wzmocnienia spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej¹², należy szczególnie podkreślać konieczność współpracy struktur centralnych i terytorialnych. Istotnym jej elementem, oprócz wielopoziomowego zarządzania¹³, jest partnerstwo.

4. Prawne instrumenty udziału społeczeństwa w rozstrzygnięciach planistycznych na rzecz rozwoju

Kwestią zasadniczą jest zakres normatywnych gwarancji partycypacji społeczeństwa w sprawowaniu władzy publicznej, który w analizowanym obszarze należy rozpatrywać w co najmniej dwóch ujęciach. Po pierwsze, odnosząc do zakresu udziału układów terytorialnych — regionalnych i lokalnych — w prowadzeniu polityki rozwoju, co jak zostało już wykazane, ustawodawca realizuje, wskazując wśród podmiotów prowadzących politykę rozwoju jednostki samorządu terytorialnego i wyposażając je w środki prawne do realizacji zadań. Po drugie, równie istotne jest zapewnienie bezpośredniego udziału partnerów społecznych i gospodarczych w procesie kształtowania polityki rozwoju, a także zagwarantowanie obywatelom (poza formalnymi strukturami) możliwości współuczestniczenia

⁹ Opinia Komitetu Regionów „Decentralizacja w Unii Europejskiej oraz rola samorządu lokalnego i regionalnego w kształtowaniu i realizacji polityki UE” (Dz.Urz. UE C 139/39, s. 1).

¹⁰ M. Kulesza, *Rozwój regionalny. Zagadnienia instytucjonalne*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 10, s. 6 n.

¹¹ Biała Księga „Zarządzanie Europą”, COM (2001) 428, Bruksela 25 lipca 2001; zob. L. Hooghe, *Subnational Mobilization in the European Union*, „West European Politics” 18, 1995, nr 3, s. 175–198.

¹² Art. 174 TFUE.

¹³ Rozporządzenie ogólne 2021/1060; Regulations Commission Delegated Regulation (EU) No 240/2014 of 7 January 2014 on the European code of conduct on partnership in the framework of the European Structural and Investment Funds (Dz.Urz. UE z 4.03.2014, L. 74/1); zob. A. Rodríguez-Pose, V. Tselios, *Well-Being, Political Decentralisation and Governance Quality in Europe*, „Journal of Human Development and Capabilities” 20, 2019, nr 1, s. 69–93. Państwa członkowskie zostały zobowiązane także do wspierania rozwiązań lokalnych i subregionalnych (w Polsce: ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o rozwoju lokalnym z udziałem lokalnej społeczności, tekst jedn. Dz.U. 2019 r. poz. 1167).

w kształtowaniu polityki rozwoju. W przypadku prowadzenia polityki rozwoju jest to szczególnie ważne na etapie opracowywania i przyjmowania dokumentów strategicznego programowania rozwoju.

Ustawa z 2006 roku od początku swego obowiązywania przewidywała konsultacje jako podstawową instytucję udziału jednostek samorządu terytorialnego i przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego w prowadzeniu polityki rozwoju na etapie jej planowania. Wyrażną podstawą do rekonstrukcji zasady konsultacji jest przepis art. 6 u.z.p.p.r., traktujący wprost o obowiązku konsultacji jako integralnej części procesu planowania, który aktualnie dotyczy projektu koncepcji rozwoju kraju¹⁴, strategii rozwoju¹⁵ oraz projektów polityk publicznych¹⁶. Konsultacjom podlegają także dokumenty operacyjno-wdrożeniowe, czyli programy służące realizacji umowy partnerstwa, oraz programy rozwoju. Wśród dokumentów poddanych obowiązkowym konsultacjom w trybie u.z.p.p.r. ustawodawca nie wymienia jednak nowego aktu polityki rozwoju Rady Ministrów — planu rozwojowego. Zgodnie z treścią przepisu art. 5 pkt 7aa u.z.p.p.r. jest to dokument określający reformy i inwestycje z udziałem środków UE, które mają na celu łagodzenie społecznych i gospodarczych skutków kryzysu oraz wzmacnianie zrównoważonego rozwoju kraju, czyli zgodnie z przepisami unijnymi Krajowy Plan Odbudowy¹⁷.

Dokumenty strategicznego planowania dotyczące polityki ogólnokrajowej uchwalane przez Radę Ministrów, projekty innych strategii odnoszących się między innymi do określonych dziedzin i branży oraz projekty polityk publicznych wynikające z tych strategii rozwoju podlegają konsultacjom przede wszystkim z jednostkami samorządu terytorialnego i ich związkami, partnerami społecznymi i gospodarczymi oraz z Komisją Wspólną Rządu i Samorządu Terytorialnego. Odrębnie wskazany został katalog podmiotów uprawnionych do konsultowania w procedurze przygotowywania strategii rozwoju województwa¹⁸ oraz strategii rozwoju gminy¹⁹. Odpowiednio projekt strategii rozwoju województwa podlega

¹⁴ Art. 5 pkt 4ba u.z.p.p.r.

¹⁵ Art. 9 u.z.p.p.r.

¹⁶ Art. 5 pkt 7b u.z.p.p.r.

¹⁷ Zgodnie z art. 17 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/241 z dnia 12 lutego 2021 roku ustanawiającego Instrument na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności (Dz.Urz. UE z 18.02.2021, L. 57/17) państwa członkowskie przedstawiają plan obejmujący program reform i inwestycji, w tym działania służące realizacji reform i inwestycji publicznych. Zgodnie z rozdziałem 2aa (art. 141a–141b) u.z.p.p.r. obowiązek opracowania KPO w celu otrzymania wsparcia z Next Generation EU został nałożony na Radę Ministrów i podlega on uzgodnieniom, konsultacjom publicznym lub opiniowaniu w trybie określonym uchwałą nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2013 r. poz. 979).

¹⁸ Art. 11 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1668; Dz.U. z 2021 r. poz. 1038, 1834).

¹⁹ Art. 10e ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1372, 1834).

konsultacjom z jednostkami samorządu terytorialnego z obszaru tego województwa i ich związkami, partnerami społecznymi i gospodarczymi, właściwym dyrektorem regionalnego zarządu gospodarki wodnej Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie oraz z Komisją Wspólną Rządu i Samorządu Terytorialnego. Z kolei strategii rozwoju ponadlokalnego²⁰ oraz strategii rozwoju gminy, zgodnie z treścią art. 6 ust. 3 u.z.p.p.r., powinny być konsultowane głównie z sąsiednimi gminami i ich związkami, lokalnymi partnerami społecznymi i gospodarczymi, mieszkańcami gmin (w przypadku strategii rozwoju ponadlokalnego) albo gminy (w przypadku strategii rozwoju gminy) oraz z właściwym dyrektorem regionalnego zarządu gospodarki wodnej Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie.

Regulacje proceduralne obowiązkowych konsultacji mają charakter ogólny i tworzą katalog wymogów wobec podmiotu zobowiązanego do opracowania projektu aktu polityki. Zamieszcza on na swojej stronie internetowej informację o konsultacjach, terminie i sposobie przekazywania uwag oraz o terminie i miejscu spotkań konsultacyjnych. Dodatkowo ogłoszenie może zamieścić, odpowiednio do rodzaju dokumentu planistycznego, w prasie o zasięgu krajowym, regionalnym lub lokalnym. Podmioty uprawnione do konsultacji w terminie 35 dni od dnia ogłoszenia mogą wyrazić opinię do projektu, a jej niezgłoszenie w terminie oznacza rezygnację z prawa jej wyrażenia. W terminie 30 dni od dnia zakończenia konsultacji podmioty je organizujące przygotowują sprawozdanie z przebiegu i wyników konsultacji, ustosunkowując się do zgłaszanych uwag wraz z uzasadnieniem, oraz podają je do publicznej wiadomości na swojej stronie internetowej²¹.

Z normy-zasady art. 6 u.z.p.p.r. wynika przede wszystkim dyrektywa zapewnienia udziału przedstawicielom różnych grup interesu w przygotowywaniu dokumentów planistycznych dotyczących rozwoju. Trzeba przy tym podkreślić szeroko określony normatywnie zakres podmiotowy konsultacji. Przyjęte ustawowe rozwiązanie należy traktować jako minimum gwarancji zapewniających realizację współdziałania, stanowiące nieodzowny element mechanizmu prowadzenia polityki rozwoju w związku z wyraźnym, prawnym rozróżnieniem rządowej polityki rozwoju kraju oraz polityki rozwoju prowadzonej przez władze samorządowe.

Prowadzenie polityki rozwoju służy realizacji spójnych celów, dlatego należy przyjąć, że ustawodawca uczynił konsultacje instrumentem prawnym harmonizacji działań ukierunkowanych na rozwój (w skali kraju, województwa bądź w skali lokalnej), włączając w ten proces zainteresowane podmioty i akcentując

²⁰ Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 9 pkt 6 u.z.p.p.r. strategia rozwoju ponadlokalnego to dokument, o którym mowa w art. 10g ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym i w art. 12a ust. 1 ustawy z dnia 9 marca 2017 roku o związku metropolitalnym w województwie śląskim.

²¹ Art. 19a u.z.p.p.r.: „projekty programów podlegają konsultacjom z jednostkami samorządu terytorialnego oraz partnerami społecznymi i gospodarczymi”. W takim przypadku przepisy art. 6 ust. 4-6 stosuje się odpowiednio.

przy tym terytorialny wymiar dokumentów planistycznych. Ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że do konsultowania rozstrzygnięć planistycznych uprawieni są — oprócz podmiotów, które stanowią przykład zinstytucjonalizowanych form współpracy o charakterze przedstawicielskim — również mieszkańcy danego terytorium²².

Instytucję konsultacji w procedurze opracowywania aktów planowania rozwoju należy traktować jako jedną z form wypełnienia obowiązku prowadzenia polityki rozwoju opartej na wzajemnych, uzupełniających się działaniach. Jest ona przykładem wyraźnego dążenia do zabezpieczenia wpływu jednostek samorządu terytorialnego, a także organizacji reprezentujących określone grupy społeczne, gospodarcze i zawodowe na treść rozstrzygnięć dokumentów polityki rozwoju. Zapewnia możliwość prowadzenia „dialogu”, uwzględnienia interesów podmiotów sektora zarówno publicznego, jak i prywatnego, a także łączenia potrzeb sfer gospodarczej i społecznej.

Analizując przyjęte rozwiązania prawne u.z.p.p.r., należałoby oczekiwać określenia zasad, mechanizmów współpracy oraz koordynacji działań planistycznych²³ podejmowanych przez Radę Ministrów z tymi podejmowanymi przez samorząd terytorialny i odwrotnie, co w efekcie wyznaczyłoby relacje pomiędzy niezależnymi organami struktur publicznych w polityce rozwoju. Ten postulat nie stoi w sprzeczności z koncepcją „luźniejszego charakteru procesu planowania”²⁴ oraz ideą znacznej samodzielności jego kształtowania. Rozważenia wymaga jednak zwiększenie wpływu partnerów, w tym jednostek samorządu terytorialnego, na rozstrzygnięcia planistyczne stanowiące wynik ogólnokrajowej polityki rozwoju prowadzonej przez Radę Ministrów.

Wnioski

Rola administracji publicznej, jej zadania, a także efekty podejmowanych przez organy władzy publicznej działań oceniane są przez pryzmat realizacji obowiązków względem społeczeństwa. Oczekuje się nie tylko skuteczniejszego zaspokajania bieżących potrzeb, lecz również określania nowych dążeń, stymulowania rozwoju, które są odpowiedzią na zmieniające się uwarunkowania. Planowanie rozwoju należy postrzegać jako zasadniczy element kształtowania życia społeczno-gospodarczego, który jako trwały składnik interwencjonizmu państwowego w gospodarce, w swej prawnej konstrukcji powinien uwzględniać element

²² E. Buitelaar, M. Galle, N. Sorel, *op. cit.*, s. 928–941.

²³ E.R. Alexander, *Institutional Transformation and Planning: From Institutionalization Theory to Institutional Design*, „Planning Theory” 4, 2005, nr 3, s. 209–223.

²⁴ J. Łętowski, *Administracja. Prawo. Orzecznictwo sądowe*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 83 n.

partycypacyjny. Obywatele mają bowiem do odegrania ważną rolę w zwiększaniu przejrzystości i odpowiedzialności władz publicznych oraz w zwiększaniu skuteczności realizowania zadań publicznych. Planowanie rozwoju społeczno-gospodarczego jest wszak przykładem sfery działań państwa, w której kształtowanie relacji między państwem i jej administracją a społeczeństwem opiera się na jego aktywnym udziale w podejmowanych rozstrzygnięciach. Uspołecznienie procesu planowania jest nieodzownym elementem sprawnego zarządzania państwem²⁵.

Prawna konstrukcja instrumentów oddziaływania społeczeństwa na rozstrzygnięcia władzy publicznej, zarówno od strony strukturalnej, jak i proceduralnej, powinna spełniać określone standardy, aby móc je uznać za przykład zinstytucjonalizowanego partnerstwa. Standard wielopoziomowego sprawowania rządów nie tylko oparty na partnerstwie pomiędzy określonymi poziomami sprawowania władzy publicznej, ale także przy zapewnieniu obywatelom możliwości współdecydowania i podejmowania współodpowiedzialności za podejmowane decyzje powinien opierać się na otwartości, uczestnictwie, reprezentatywności i takim ukształtowaniu prawnych instrumentów, któremu nie będzie można zarzucić charakteru rozwiązań pozornych. Ustawodawca powinien zabezpieczyć interesy społeczeństwa, wprowadzając prawne gwarancje w zakresie przejrzystości procedur, zapewnienia identyfikacji właściwych partnerów oraz odpowiedniej do zakresu i treści rozstrzygnięcia ich reprezentatywności.

Badania w zakresie prawnych aspektów planowania rozwoju społeczno-gospodarczego potwierdzają, że ze względu na zakres spraw objętych polityką rozwoju konieczne jest odejście od tradycyjnych rozwiązań. Wobec zmieniających się uwarunkowań i konieczności rozwiązywania coraz to nowszych problemów konstrukcje funkcjonowania wykonawczej władzy publicznej w sferze prowadzenia polityki nie powinny się opierać na sformalizowanych procedurach legislacyjnych. Bieżące zarządzanie, w tym przypadku w sferze rozwoju kraju i spójności, wymaga bowiem elastycznych strukturalnych i proceduralnych rozwiązań. Wymaga również — obok prawnych instrumentów służących realizacji zasady konsultacji — budowania aparatu pomocniczego opartego na wiedzy eksperckiej oraz zwiększenia prawnych gwarancji uczestnictwa partnerów społecznych i gospodarczych w organach opiniodawczo-doradczych. Z perspektywy proponowanych rozwiązań normatywnych chodzi o faktyczną realizację zasady partycypacji społecznej. Obowiązujące regulacje, w tym kluczowy przepis art. 6 u.z.p.p.r., nie są bowiem wystarczające.

Uspołecznienie procesu planowania poprzez wprowadzenie odpowiednich rozwiązań instytucjonalnych stanowiących wyraz bezpośredniego udziału przedstawicieli różnych grup interesariuszy w procesie planowania wymaga jednak

²⁵ Podobnie jak standard zintegrowanego podejścia. Zob. K. Kokocińska, *Integrated Programming in National Development*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, nr 4, s. 139–149.

rewizji prawnych rozwiązań procesu planowania w prowadzeniu polityki rozwoju jako powinności publicznej o charakterze ogólnosystemowym. Ich realizacja powinna opierać się na współpracy i współuczestnictwie, szerokim udziale podmiotów reprezentujących władze samorządowe oraz partnerów społecznych i gospodarczych, co pozwoliłoby na realizację zasady wielopoziomowego zarządzania i stanowiło przykład wspólnego administrowania. Chodzi o skupienie działań formalnie odrębnych organów dążących do realizacji określonych celów publicznych²⁶.

Bibliografia

- Alexander E.R., *Institutional Transformation and Planning: From Institutionalization Theory to Institutional Design*, „Planning Theory” 4, 2005, nr 3, <https://doi.org/10.1177/1473095205058494>.
- Badura P., *Das Planungsmessen und die rechtsstatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Festschrift zum 25. Jährigen Bestehen des Bayerisches Verfassungsgerichtshof*, München 1972.
- Bardach E., *Gettning Agencies to Work Together. The Practice and Theory of Managerial Craftsmanship*, Washington 1998.
- Bator A., *Normy planowania gospodarczego w systemie prawa*, Wrocław 1992.
- Buitelaar E., Galle M., Sorel N., *Plan-Led Planning Systems in Development-Led Practices: An Empirical Analysis into the (Lack of) Institutionalisation of Planning Law*, „Environment and Planning A: Economy and Space” 43, 2011, <https://doi.org/10.1068/a43400>.
- Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Hooghe L., *Subnational Mobilization in the European Union*, „West European Politics” 18, 1995, nr 3.
- Hoppe W., Scharmann H., Buchner R., *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, München 2001.
- Kocowski T., § 25 Policinga gospodarcza, § 26 Reglamentacja działalności gospodarczej, *Rozdział V. Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kokocińska K., *Integrated Programming in National Development*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, nr 4, <https://doi.org/10.14746/rpeis.2019.81.4.11>.
- Kokocińska K., *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006.
- Kulesza M., *Rozwój regionalny. Zagadnienia instytucjonalne*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 10.
- Lisowski P., *Relacje strukturalne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wrocław 2013.
- Łętowski J., *Administracja. Prawo. Orzecznictwo sądowe*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985.

²⁶ J. Supernat, *Administracja jako splot umów*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewiącka-Bokun, Wrocław 2008, s. 163; E. Bardach, *Gettning Agencies to Work Together. The Practice and Theory of Managerial Craftsmanship*, Washington 1998; P. Lisowski, *Relacje strukturalne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wrocław 2013, s. 565.

- Łętowski J., *Miejsce i funkcje planowania w działalności administracji*, „Studia Prawnicze” 1983, z. 1 (75).
- Rabska T., *Elementy prawne polityki regionalnej*, [w:] *Z problematyki prawa administracyjnego i nauki administracji. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Zbigniewa Leońskiego*, red. Z. Janku *et al.*, Poznań 1999.
- Rodríguez-Pose A., Tselios V., *Well-Being, Political Decentralisation and Governance Quality in Europe*, „Journal of Human Development and Capabilities” 20, 2019, nr 1, <https://doi.org/10.1080/19452829.2018.1563773>.
- Schmidt-Assmann E., *Planung unter dem Grundgesetz*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1974, nr 16.
- Starościak J., *Podstawy prawne działania administracji*, Warszawa 1973.
- Strzyczkowski K., *Administracyjnoprawne instytucje planowania*, Warszawa 1985.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Supernat J., *Administracja jako splot umów*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008.
- Wille E., *Konzeptionelle probleme öffentlicher planung*, Frankfurt am Main-Bern-New York 1984.

Social Approval for Planning Decisions in the Area of Development

Summary

Social and economic needs, as determined by the goals of socio-economic development policy, are expressed in development strategies, plans and programmes, which the executive branch adopts at periodic intervals. Not only do such acts reflect the directions of reform, but also provide a frame of reference for the activities of public administration bodies. Planning has an impact on the interests of multiple entities channelling their actions towards the accomplishment of objectives motivated by the public interest. For this reason, one should establish the scope of legal admissibility and the extent of public influence on the substance of development-related planning decisions.

This study is thus concerned with the legal issues involved in planning social and economic development, focusing on the structural and procedural elements of the legislative process, all in the context of pursuing the ideals of civil society. Following an analysis of pertinent laws and regulations, it has become possible to identify the standards and assess the instruments that enable citizen participation in the process of development planning as well as result in obtaining social approval for the premises, solutions and measures included in policy acts.

Keywords: social approval, planning, development, public consultation, public law.

JAN OLSZEWSKI

ORCID: 0000-0002-5704-7526

Uniwersytet Rzeszowski

jolszewski@ur.edu.pl

Compliance jako prewencyjna forma informowania

Abstrakt: Celem artykułu jest ukazanie instytucji *compliance* jako użytecznej formy prewencyjnego informowania o obowiązującym prawie. Opisano ją w odniesieniu do aspektów pojęciowego, prawnego i organizacyjnego. W tekście pojawią się także odwołania do ewolucji tej instytucji w Polsce i propozycje jej praktycznego wykorzystania.

Słowa kluczowe: *compliance*, prawo informacji, instytucje prewencyjne.

Uwagi wstępne

Aby państwo mogło wypełnić swoje obowiązki, obok typowych działań interwencjonizmu, jak na przykład kontroli lub nadzoru, powinny w coraz większym zakresie pojawiać się inne formy. W szczególności chodzi tu o poszukiwanie znacznie tańszych i bardziej akceptowalnych instytucji prewencyjnego oddziaływania. Wszelkie typy oddziaływań ostrzegawczych w administracji można podzielić co najmniej na dwie wyraźne grupy: inicjatywy wewnętrzne i zewnętrzne. W dalszych analizach interesować nas będą jedynie prewencyjne formy wewnętrzne, które można opisać w ujęciu administracyjnoprawnym.

Działania prewencyjne zewnętrzne są już od jakiegoś czasu opisywane w literaturze¹. Obejmują one utrwalone instrumenty normatywnie uregulowane, ale

¹ P. Izdebski, *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym — rola oraz charakter prawny. Część 1*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 3, s. 78–88. Autor wskazał między innymi, że *soft law* odgrywa fundamentalną rolę w strukturze nadzoru nad współczesnym rynkiem finansowym. Prawo to stanowi istotną alternatywę dla norm prawa trady-

także na bieżąco doskonalone typu *soft law*. Formy ostrożnościowe wewnętrzne są rzadsze. Obecnie dotyczą one jedynie niewielkiego odsetka przedsiębiorców. Przede wszystkim odnoszą się do takich, którzy tworzą je we własnym zakresie do podnoszenia konkurencyjności poprzez szybsze rozwiązywanie bieżących problemów. Powszechnie wiadomo, iż najkorzystniejsze są tu wszelkiego typu formy prewencyjne, szczególnie niskokosztowe, proste we wprowadzeniu, o indywidualnym charakterze. Takie walory ma już kilka instytucji, zwłaszcza *compliance*. Powszechnie uważa się też, iż jest ono jedną z najważniejszych wewnętrznych form *soft law*.

Uwzględniając pozytywne doświadczenia w stosowaniu tej instytucji, przedstawimy ją i jej otoczenie organizacyjno-prawne. Celem niniejszej publikacji ze względu na ograniczenia wydawnicze jest jedynie zarysowanie kilku kwestii dotyczących tej instytucji. Będą się one odnosić do ustaleń: pojęciowego, prawnego i organizacyjnego. Pojawia się także odwołania do ewolucji tej instytucji w Polsce, przede wszystkim w zakresie charakterystycznych aspektów organizacyjnych dotyczących jej wdrażania. Zaprezentujemy ponadto, jakie obszary tematyczne powinny być podejmowane w aktach prawnych, w których planowane byłoby wprowadzenie obowiązku tworzenia *compliance* przez przedsiębiorców. Dlatego też zostaną ukazane wzorcowe konstrukcje prawne i zakresy ich oddziaływania, jakie w ramach badań empirycznych dostrzeżono w niektórych podmiotach poddanych badaniom. Podstawową metodą badawczą były badania literatury przedmiotu² oraz analiza stosownych regulacji. Do opisów wprowadzono także kilka uwag o charakterze empirycznym, jakie autor dostrzegł w pracy niektórych przedsiębiorców stosujących *compliance*, w tym z rynku USA³.

1. Podstawowe pojęcia

Soft law

Wskazując, iż *compliance* jest formą typu *soft law*, należy określić, co rozumiemy przez to pojęcie, a następnie ustalić cechy tego prawa. *Soft law* obejmuje

cyjnego. Dzięki niemu Komisja Nadzoru Finansowego ma możliwość podjęcia szybkiej reakcji na niepokojące zjawiska zachodzące wewnątrz rynku. Celem niniejszego artykułu jest omówienie oraz analiza problematyki aktów prawa miękkiego stosowanych przez krajowy organ nadzoru, w tym ich pojęcia, istoty, rodzajów, a także celów oraz roli, jaką odgrywają we współczesnej infrastrukturze nadzoru nad rynkiem finansowym. Podobne uwagi zob. np. A. Nadolska, *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, Warszawa 2021.

² W zakresie dialogu zob. zwł. A. Dobaczewska, *Dialog społeczny w społecznej gospodarce rynkowej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 37, 2017, s. 242–257.

³ Autor oprócz pracy na uczelniach w USA odbywał staże w Ministerstwie Sprawiedliwości USA, a następnie w tamtejszych niezależnych organach regulujących.

pewne zalecane zasady zawarte w różnego rodzaju normach, niewiązanych lub dobrowolnych rezolucjach, zaleceniach, kodeksach postępowania i standardach. W literaturze za *soft law* uznaje się „przepisy normatywne zawarte w tekstach niewiązanych”⁴. Podnosi się też, że istnieją dwa sposoby rozgraniczania *soft law*. Podstawą pierwszego jest binarne rozróżnienie pomiędzy regułami prawnymi i nieprawnymi, podczas gdy drudzy wybierają ideę stopniowanej normatywności lub kontinuum, a nawet istnienie półcienia w zakresie oddziaływania prawnego, w którym poprzez instrumenty prawa miękkiego można rozpocząć proces przyjmowania nowych podmiotów lub nawet państwa do wdrażania standardów pierwotnie nieakceptowalnych.

Cele tworzenia *soft law* na przestrzeni lat się zmieniały. Zasadniczo uważa się, iż *soft law* jest pomocne także do nieco ukrytego procesu nieformalnego stanowienia prawa międzynarodowego w związku ze swoją formą powolnego wdrażania i wzmacniania jego autorytetu. *Soft law* pomaga w ten sposób w sprawdzaniu pewnych teorii, a potem kreowaniu⁵ ich wpięrow poprzez niewiązącą formę wobec stabilniejszych stanowisk prawnych.

Cechą wspólną instytucji typu *soft law* jest bardziej praktyczne ukazanie stanowiska organów⁶, które je opracowały. Są one zazwyczaj ukierunkowane na określone problemy prawno-organizacyjne. Aby ten cel zrealizować, *soft law* przyjmuje różne formy. Wspólną cechą *soft law* jest również to, że organ tworzący takie prawo najczęściej dokonuje samozwiązania się z prezentowanym stanowiskiem, dzięki czemu powstaje nowy typ roszczenia wobec takiego organu. Jak wskazuje Paweł Izdebski⁷, działania tego typu mają charakter prewencyjny wobec uczestników rynku, a także quasi-legislacyjny, gdyż wypełniają luki informacyjne w aspektach wymagających nowej lub dokładniejszej interpretacji.

Wiedza

Charakterystyczną cechą *compliance* jest to, iż w procesie jego opracowywania tworzy się u odbiorcy wiedzę. Powstaje ona dzięki informacjom przygotowanym stosownie do potrzeb, jako że początkowo uwzględnia się poziom zdolności absorpcyjnych odbiorców, a dopiero w następnym etapie przekazuje się odpowiednio dla nich ujęte informacje. Poprzez połączenie praktyki z informacjami rzeczywiście rozwiązuje się wówczas problemy (do których odnosi się *compliance*). Dowodzi to, że na użytek *compliance* tworzy się wiedzę.

⁴ T. Fajardo, *Soft Law*, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml> (dostęp: 1.03.2022).

⁵ J. D’Aspremont, T. Aalberts, *Symposium on Soft Law*, „Leiden Journal of International Law” 25, 2012, nr 2, s. 309–372.

⁶ Najczęściej dotyczy to organów publicznych.

⁷ P. Izdebski, *op. cit.*, s. 88.

Z tego względu ustalenie pojęcia wiedzy jest konieczne do zrozumienia specyfiki *compliance*. W naukach prawnych przez wiedzę rozumie się połączenie informacji teoretycznych i praktycznych, które zapewniają umiejętności dające podstawę do faktycznego rozwiązywania problemów z danego obszaru rzeczywistości. Wiedza tworzona jest w procesie przyswajania i weryfikowania. Zasadniczo ma postać niematerialną. Tak jak składające się na nią informacje zależy od wielu czynników. W określonym kontekście, przy stosownych elementach osobowościowych, skutkuje lepszymi lub gorszymi efektami. Wiedzę mogą wdrażać i urzeczywistniać w działaniu jednostki i zespoły funkcjonujące w organizacjach. W sytuacjach gdy wiedza jest udostępniana, wskazane jest tworzenie instrumentów do jej sprawnej i efektywnej absorpcji⁸. Proces ten może być jednopoziomowy, choć najczęściej obejmuje kilka poziomów.

Zgodność

Zgodność jest zbiorem powiązanych z sobą wzorców zachowań, w tym prawnych i etycznych, nakładających na adresatów obowiązek dostosowania się do nich. W *compliance* stworzenie stanu zgodności następuje poprzez informowanie i powiązanie tego procesu z systemem kontroli tak, by adresaci określonych norm zachowywali się w sposób wskazany przez normodawcę. Zgodność, którą zapewnia *compliance*, z zasady jest kompleksowa i obejmuje swoim zakresem kilka sfer. Jako pierwsza wymieniana jest sfera funkcjonowania podmiotu w życiu publicznym.

W *compliance* zgodność obejmuje, oprócz prawa powszechnie obowiązującego, także normy wewnętrzne, kulturę organizacyjną oraz etos zawodowy⁹. Jest kilka poziomów tworzenia zgodności. Należy tu uwzględnić przede wszystkim zobowiązania o charakterze ogólnym, by następnie przejść do bardziej szczegółowych. Przykładem kwestii ujmowanych zwykle w sposób ogólny jest misja. W wielu organizacjach wspomina się o niej wprost, ale bywają także ujęcia pośrednie, w których termin „misja” mieści się w ogólnej aksjologii, wartościach branżowych¹⁰ czy też kulturze organizacyjnej.

Przykład misji nazwanej wprost widać u wielu podmiotów (na przykład w wytycznych CBA¹¹ — wskazuje się tam, iż program zgodności powinien być

⁸ J. Olszewski, *Obowiązki informacyjne w gospodarce jako element zwiększania konkurencji*, Rzeszów 2020, s. 53.

⁹ CBA, *Wytyczne w zakresie tworzenia i wdrażania efektywnych programów zgodności (compliance) w sektorze publicznym. Rządowy program przeciwdziałania korupcji na lata 2018–2020*, Warszawa 2020, s. 4.

¹⁰ D. Teneta-Skwieracz, *Koherencja i swoistość wartości sektorów publicznego i prywatnego*, „Humanities and Social Sciences” 1, 2017, s. 199.

¹¹ CBA, *op. cit.*

w pełni zintegrowany z misją podmiotu, który opracowuje *compliance*). Szczególnie złożone opisy misji mogą pojawić się w sferze publicznej. Tu spojrzenie na cele zawarte w takiej misji powinno obejmować nie tylko stan obecny, ale także to, czym dany podmiot powinien być dla społeczeństwa. Pomocne do takich ustaleń są ustawowe cele jego istnienia, aczkolwiek misję tworzy się również przez odniesienia do aksjologii (które mogą podawać, komu wprost, a komu ubocznie podmiot służy, jaką wartość publiczną kreuje dla społeczeństwa). Misja stanowi w takim ujęciu ogół wartości, jakich oczekuje społeczeństwo, a przede wszystkim klienci danego podmiotu i inni interesariusze.

Stopień i zaangażowanie w realizację zgodności zależy ponadto od możliwości finansowych i organizacyjnych każdego podmiotu. Dlatego też w procesie tworzenia zabezpieczeń dla zachowania zgodności powinno się uwzględniać, jakie dany podmiot ma zasoby. Podmioty w lepszej sytuacji finansowej i organizacyjnej mogą w treści *compliance* wyposażyć organy weryfikujące w szersze i kosztowniejsze procedury.

Compliance

Pojęcie *compliance* wywodzi się od angielskiego zwrotu *to comply with* ('zastosować się do określonych reguł'). Przede wszystkim chodzi tu o zapewnienie legalności (zgodności prawnej) działania każdego podmiotu w jego otoczeniu prawnym¹².

Podmioty stosujące tego typu wskazania mogą poprzez specjalnie ujęte ostrzeżenia dokonać skonsolidowania wielu zadań. Ponadto zharmonizowanie umożliwia dokonywanie wszelkiego typu kontroli w nowy, ekonomiczniejszy sposób, w tym przede wszystkim sprawdzanie zgodności z normami prawnymi i etycznymi. *Compliance* należy uznać za dobrze opracowane, gdy zapewnia, że wszystkie przepisy zostaną wykonane nie tylko formalnie, ale też zgodnie z najnowszymi wykładnikami i według oczekiwań organów kontrolnych.

Poprzez wprowadzenie *compliance* każdy podmiot uzyskuje dodatkowo liczne korzyści niezauważalne wprost. Do takich pośrednich zalet można zaliczyć na przykład to, że cały proces zarządzania staje się szybszy i tańszy (gdyż nie następuje powielanie działań). Będzie on też bardziej transparentny, a przede wszystkim bezpieczniejszy dla załogi i otoczenia danego podmiotu. Podstawową zaletą *compliance* jest to, iż oceniane jest ono jako działalność wzmacniająca wiarygodność każdego podmiotu, który je stosuje.

¹² B. Makowicz, *Raport z badania stanu compliance i systemów zarządzania zgodnością w działających w Polsce przedsiębiorstwach*, Warszawa-Słubice 2020, s. 6.

2. Geneza i obszary wykorzystywania *compliance*

Compliance ma źródło w zwyczajach gospodarczych pochodzących z Stanów Zjednoczonych Ameryki¹³. Tam też w pewien specyficzny dla tej formy sposób opracowano jego strukturę i ustalono katalog minimalnych ostrzeżeń¹⁴.

Szczególnie warte wskazania jest *compliance* postrzegane z punktu widzenia nadzoru korporacyjnego, gdyż w tym obszarze konieczne jest przestrzeganie wyjątkowo wysokich standardów. Taki stan wynika przede wszystkim z potrzeby utrzymania wiarygodności u inwestorów. Dlatego też *compliance* w przypadku korporacji odnosi się do większej liczby tematów niż konieczne do prowadzenia zwykłej działalności gospodarczej.

Informacje zawarte w korporacyjnym *compliance* ustalają zachowania względem wszelkich działań mających na celu zapewnienie przestrzegania aktów normatywnych, ale również odnoszą się do wielu innych grup tematycznych i reguł postępowania¹⁵. Na bieżąco w ramach *compliance* dokonuje się także identyfikacji różnego rodzaju zagrożeń, a nawet stanów o wysokim poziomie ryzyka¹⁶. Poprzez procesy ostrzegawczego informowania dąży się do minimalizacji takich zagrożeń. Co za tym idzie *compliance* tworzy kilka grup rozmaitych działań. Dalej przedstawimy to w trzech grupach tematycznych — będą to działania w zakresie zarządzania zgodnością, oddziaływania na organizację struktury wewnętrznej oraz zarządzania procesami monitorowania.

3. Zasady zarządzania zgodnością w *compliance*

Z dotychczasowych rozważań wynika, że *compliance* jest instytucją, która zakłada wiele sposobów zarządzania zgodnością z normami, jakie obowiązują w sferze związanej z danym podmiotem. Ukażemy zatem, jakie obszary tematyczne powinny być zwłaszcza podejmowane w aktach prawnych, w których planowane jest wprowadzenie obowiązku tworzenia *compliance* przez przedsiębiorców. Zanim jednak je wyliczymy, należy podkreślić, iż instytucja ta jest z natury

¹³ Szerzej na ten temat zob. M. Król-Bogomilska, *Programy compliance i pozyskiwanie informacji od sygnalistów (whistleblowers) oraz inne alternatywne dla kar formy przeciwdziałania i zwalczania naruszeń prawa antymonopolowego*, [w:] *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, red. M. Bernat *et al.*, Warszawa 2017, s. 309–326.

¹⁴ B. Makowicz, *op. cit.*

¹⁵ M. Korus, *Compliance, czyli zarządzanie zgodnością prawną — praktyczny przewodnik*, „Przegląd Corporate Governance” 2012, nr 7, <https://www.koruslegal.pl/post/compliance-praktyczny-przewodnik> (dostęp: 7.06.2021).

¹⁶ Na przykład ryzyka związanego z nieomalże każdym nieetycznym zachowaniem.

niezwykle zmienna, gdyż oprócz zakładania obowiązku przestrzegania prawa podpowiada, jak odwoływać się do stale zmieniających się wartości.

Należy podkreślić, iż *compliance* określa się też skrótem CMS (ang. *Compliance Management System*). Jest to system oparty na wartościach wynikających z przestrzegania wszelkich norm aksjologii i prawa. Ze względu na to, że normy te ulegają ewolucji, wskazane jest nieomalże ciągle dostosowywanie *compliance* do nowych wymagań. Takie podejście ma na celu najpierw tworzenie, a potem utrzymanie długofalowej kultury *compliance*. Co istotne, *compliance* to nie tylko przestrzeganie norm, ale w głównej mierze wytwarzanie we wszelkiego typu podmiotach postaw stosowania najwyższych standardów. Dlatego też konieczne jest aktualizowanie zachowań pracowniczych w ten sposób, aby zawsze *compliance* tworzyło ostrzeżenia, a także wysoką świadomość u pracowników rozumiejących całościowo prawo i normy etyczne, którym podlegają. Przede wszystkim powinni dostrzegać, jakie regulacje obowiązują w poszczególnych obszarach ich działalności. Inny zakres potrzebnych im informacji tworzy znacznie szerszy i trudniejszy w opisie katalog zachowania się w określonych sytuacjach.

Największym problemem przy opracowywaniu dobrego *compliance* jest odnajdywanie potencjalnych stanów ryzyka i konfliktu. Dlatego też powinno ono dotyczyć, oprócz odniesień do różnego rodzaju norm, także trudnych sytuacji, w których może dochodzić do nakładania się na siebie sprzecznych norm czy też wartości¹⁷. W ten sposób *compliance* ustala zachowania do wszelkich granicznych sytuacji i pokazuje, jak postąpić w nich zgodnie ze wspomnianymi regulacjami. Dodajmy jeszcze, że do podstawowych narzędzi zapewniających powstanie zgodności należą systemy motywacyjne oraz samoregulacja.

Według Bartosza Makowicza¹⁸ *compliance* jest sposobem organizacji przedsiębiorstwa, który redukuje do minimum ryzyko wystąpienia nieprawidłowości. Następuje to poprzez stworzenie drugiego poziomu weryfikacji, obejmującego wszelkie formalne i pozaformalne zachowania w organizacji. W literaturze wskazuje się, iż wiele sytuacji nadzwyczajnych¹⁹, ale też standardowych stanów wymaga wyprzedzającego i stosownego do zagrożenia przygotowania prawnego. Dlatego należy postulować obowiązkowe opracowywanie przez przedsiębiorców własnego *compliance*. Jest to istotne zwłaszcza w kontekście zmieniających się wymogów regulacyjnych²⁰.

¹⁷ B. Makowicz, *op. cit.*, s. 6.

¹⁸ *Ibidem*, s. 6–7.

¹⁹ T. Kocowski, *Przedsiębiorcy i ich sytuacja prawna w stanach nadzwyczajnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106, 2016, s. 194.

²⁰ B. Makowicz, *op. cit.*; I. Małobęcka-Szwast, *Compliance w zakresie prawa ochrony konkurencji jako wyzwanie dla organów spółki*, „Monitor Prawa Handlowego” 2018, nr 3, s. 25–32.

4. Polskie unormowania instytucji *compliance*

W Polsce w 2019 roku, w celu wymuszenia na pewnej grupie przedsiębiorców większej dbałości o przestrzeganie coraz bardziej złożonych norm, zaczęto opracowywać projekt ustawy zakładającej obowiązek tworzenia obligatoryjnych wewnętrznych *compliance*. Ostatecznie pojawił się on w ramach nowego projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary i zmianie niektórych ustaw²¹. W akcie tym, oprócz poszerzenia podstaw odpowiedzialności podmiotów zbiorowych i wprowadzenia licznych nowych sankcji w zakresie osobistej odpowiedzialności menadżerów²², pojawił się obowiązek tworzenia własnego systemu *compliance*. Opierając się na tym rozwiązaniu, można postulować, aby prawodawca nałożył podobnie obligatoryjny obowiązek na podmioty, które dopuściły się naruszeń z pewnych obszarów prawa. Obowiązek tworzenia *compliance* powinien obejmować także podmioty z każdej branży, w której urzędy nadzorcze wykryją dużą skalę naruszeń prawa. Dla przykładu UOKiK powinien wskazywać takie regulacje z obszaru prawa konsumentów i ochrony konkurencji, zaś KNF w zakresie usług inwestycyjnych, prawa bankowego itp.

5. Praktyczne wskazania w zakresie opracowania *compliance*

W literaturze²³ podkreśla się, że nie ma uniwersalnego programu *compliance*, dlatego użyteczne może być przedstawienie propozycji w tym zakresie. Jako jedno z pierwszych działań przygotowawczych konieczne jest podjęcie się przez przedsiębiorcę formalizacji działań informacyjnych.

Formalizacja działań informacyjnych w procedurach *compliance* realizowana jest wieloobszarowo, gdyż sam fakt sformalizowania zapewnia obniżanie niepewności, ale taką rolę na pewno odgrywają także same informacje. Formalizacja zapewnia ponadto pewną przewidywalność, przynajmniej w zakresie części reguł. Za *compliance* przemawia też to, iż prezentacja informacji zawsze wymaga pewnego uszeregowania. Układ danych i innych elementów językowych, jakie mogą narzucić normy *compliance*, powoduje z kolei lepsze zrozumienie tekstu

²¹ Projekt ustawy zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12312062/katalog/12511901> (dostęp: 10.09.2019).

²² Na przykład rezygnacja z wymogu uprzedniego uzyskania prejudykatu, czyli wyroku skazującego osobę fizyczną.

²³ I. Małobęcka-Szwast, *op. cit.*, s. 29.

przez odbiorcę. Znaczące korzyści uzyskuje się przy tym również dzięki temu, że prezentacja informacji staje się krótsza i oszczędniejsza, a taka konstrukcja jest zdecydowanie wyrazistsza w przekazie. Dodatkowo struktura narzucona regulacjami znacznie częściej pozwala się skoncentrować na problemach wskazanych w regułach *compliance*, czyli też kwestiach bardziej rzeczywistych.

Dalszy przegląd form informowania ma na celu poszukiwanie w ramach tej sfery prawa najlepszych rozwiązań — i to w aspekcie uniwersalnym, i szczegółowym.

6. *Compliance* a obszary zadaniowe, które powinny być objęte obowiązkiem informowania

Analiza *compliance* wykazuje duże zróżnicowanie pomiędzy jego rodzajami, niemniej jednak parę grup tematycznych nierzadko się powtarza. Jedną z nich jest grupa związana ze statusem prawnym, strukturą organizacyjną, procesami tworzenia regulacji wewnętrznych i ustalaniem obszarów ryzyka. Dla przykładu podajemy kilka z częściej pojawiających się zadań w *compliance*, uwzględniając wskazany wykaz tematyczny:

- sprawdzanie statusu prawnego i opracowywanie wykazu aktualnych wymagań z tym związanych;
- ustalanie struktury organizacyjno-prawnej i opracowywanie wykazu aktualnych wymagań z tym związanych;
- ustalanie procedury funkcjonowania poszczególnych organów w warunkach standardowych, a także warunkach podwyższonego ryzyka i innych sytuacjach, które mogą się pojawić;
- tworzenie i okresowa weryfikacja wszelkiego rodzaju wewnętrznych aktów regulacyjnych. W aktach tych uwzględnia się przepisy prawa, dobre obyczaje, kodeksy etyki i inne elementy wskazane w przynajmniej jednym z punktów *compliance*.

Przykładowe zadania zwykle ukazuje się w układzie kaskadowym. W ten sposób wiąże się je w struktury tematyczne i chronologiczne. Teksty *compliance* opracowuje się indywidualnie dla każdej grupy odbiorców. Normy zadaniowe mogą uwzględniać jedynie zakres obowiązków dotyczących danego miejsca pracy lub zakładać również racjonalne podejście do każdego problemu. Standardem jest także bieżące notyfikowanie o wszelkich nowych obowiązkach.

Podsumowanie

Jak wykazały zaprezentowane w tekście analizy, *compliance* jest szczególnie potrzebne przedsiębiorcom w branżach, w których istnieje duża liczba regulacji, lub tam, gdzie może dochodzić do krzyżowania się obowiązków. Opracowanie *compliance* w zasadzie w każdej sytuacji znacząco zwiększa przejrzystość operacyjną.

Na gruncie badań literatura²⁴ wypracowała pogląd, iż cechą *compliance* jest tworzenie *soft law* poprzez bardziej praktyczne ukazanie różnorodnych obowiązków, które spoczywają na danym podmiocie. *Compliance* są najczęściej ukierunkowane na określone problemy prawno-organizacyjne. Aby ten cel zrealizować, zawarte w nich ostrzeżenia przyjmują różne formy.

Na podstawie niniejszych analiz można także zasygnalizować jeszcze jedną cechę *compliance*, a mianowicie, że instytucja ta jest kreatorem samozwiązania, a nawet motorem wspierania legislacji. Dzieje się tak dlatego, że organ tworzący swoiste dla danego przedsiębiorcy reguły najczęściej dokonuje samozwiązania się z prezentowanym stanowiskiem. Ostrzeżenia w *compliance* mają w związku z tym charakter prewencyjny wobec obowiązującego prawa, ale także odnoszą się do różnorodnych i często niedostrzegalnych obyczajów gospodarczych. Ostatecznie *compliance* ma cechy quasi-legislacyjne, gdyż wypełnia luki informacyjne w aspektach wymagających nowej lub dokładniejszej interpretacji.

Bibliografia

- CBA, *Wytyczne w zakresie tworzenia i wdrażania efektywnych programów zgodności (compliance) w sektorze publicznym. Rządowy program przeciwdziałania korupcji na lata 2018–2020*, Warszawa 2020.
- D’Aspremont J., Aalberts T., *Symposium on Soft Law*, „Leiden Journal of International Law” 25, 2012, nr 2.
- Dobaczewska A., *Dialog społeczny w społecznej gospodarce rynkowej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 37, 2017.
- Fajardo T., *Soft Law*, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml>.
- Izdebski P., *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym — rola oraz charakter prawny. Część I*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 3.
- Kocowski T., *Przedsiębiorcy i ich sytuacja prawna w stanach nadzwyczajnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 106, 2016.
- Korus M., *Compliance, czyli zarządzanie zgodnością prawną — praktyczny przewodnik*, „Przegląd Corporate Governance” 2012, nr 7, <https://www.koruslegal.pl/post/compliance-praktyczny-przewodnik>.

²⁴ A. Nadolska, *op. cit.*, s. 8–10.

- Makowicz B., *Raport z badania stanu compliance i systemów zarządzania zgodnością w działających w Polsce przedsiębiorstwach*, Warszawa-Słubice 2020.
- Małobęcka-Szwast I., *Compliance w zakresie prawa ochrony konkurencji jako wyzwanie dla organów spółki*, „Monitor Prawa Handlowego” 2018, nr 3.
- Nadolska A., *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, Warszawa 2021.
- Olszewski J., *Obowiązki informacyjne w gospodarce jako element zwiększania konkurencji*, Rzeszów 2020.
- Teneta-Skwieracz D., *Koherencja i swoistość wartości sektorów publicznego i prywatnego*, „Humanities and Social Sciences” 1, 2017.
- Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, red. M. Bernat, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz, Warszawa 2017.

Compliance as a Preventive Form of Information

Summary

The aim of the publication is to present the institution of compliance as a useful form of providing preventive information about the law in force. Its conceptual, legal and organizational aspects are described. The article also includes references to the evolution of this institution in Poland and proposals for practical use.

Keywords: compliance, information law, preventive institutions.

KATARZYNA POKRYSZKA

ORCID: 0000-0003-4975-7496

Uniwersytet Śląski

katarzyna.pokryszka@us.edu.pl

Uproszczenie procedur administracyjnych w sprawach przedsiębiorców. Wybrane zagadnienia związane z implementacją dyrektywy usługowej w prawie polskim

Abstrakt: Celem artykułu jest przedstawienie wpływu dyrektywy 2006/123 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej usług na rynku wewnętrznym na regulację ogólnych zasad proceduralnych załatwiania spraw przedsiębiorców, wprowadzonych najpierw w przepisach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a obecnie uregulowanych w ustawie Prawo przedsiębiorców. Artykuł koncentruje się na budzącej największe kontrowersje w doktrynie prawa polskiego implementacji instytucji milczącego załatwienia sprawy, przyjętej w przepisach dyrektywy usługowej odnoszących się do systemów zezwoleń i procedur ich udzielania oraz na analizie możliwości jej zastosowania w postępowaniach administracyjnych w sprawach przedsiębiorców dotyczących działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji w świetle przepisów prawa polskiego.

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, działalność gospodarcza, reglamentacja działalności gospodarczej, uproszczenie procedur administracyjnych, milczące załatwienie sprawy.

Wprowadzenie

Dyrektywa 2006/123 Parlamentu Europejskiego i Rady o usługach na rynku wewnętrznym¹ została uchwalona przede wszystkim ze względu na konieczność

¹ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 roku dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. UE L 376/36); dalej: dyrektywa usługowa lub dyrektywa 2006/123.

wyeliminowania wielu barier istniejących na obszarze rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, które uniemożliwiały lub utrudniały przedsiębiorcom prowadzenie działalności gospodarczej oraz świadczenie usług poza granicami swojego państwa pochodzenia². W wydanym w 2018 roku wyroku w sprawach połączonych C-360/15 i C-31/16³ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że przepisy rozdziału III tej dyrektywy, dotyczące swobody przedsiębiorczości, mają zastosowanie również w sytuacjach, w których przedsiębiorca podejmuje działalność gospodarczą we własnym państwie członkowskim⁴. W świetle tego wyroku dyrektywę usługową zaczęto postrzegać nie tylko jako istotny instrument liberalizacji zasad podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w Unii Europejskiej w wymiarze transgranicznym, lecz także jako akt prawny umożliwiający wprowadzenie wspólnych standardów regulacji działalności gospodarczej w państwach członkowskich w sytuacjach czysto wewnętrznych⁵.

Celem artykułu jest przedstawienie wpływu dyrektywy usługowej na regulację ogólnych zasad proceduralnych załatwiania spraw przedsiębiorców, a przede wszystkim na wprowadzenie instytucji milczącego załatwienia sprawy⁶ oraz możli-

² A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 318.

³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z dnia 30 stycznia 2018 roku w sprawach połączonych C-360/15 i C-31/16, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort przeciwko XBV* (C-360/15) oraz *Visser Vastgoed Beleggingen BV przeciwko Raad van de gemeente Appingedam* (C-31/16), ECLI:EU:C2018:44.

⁴ Wyrok TSUE w sprawach połączonych C-360/15 i C-31/16, *Visser*, pkt 98–110.

⁵ J. Snell, *Independence Day for a Services Directive: Visser. Joined Cases C-360/15 & C-31/16, College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort v. X BV and Visser Vastgoed Beleggingen BV v. Raad van de gemeente Appingedam, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 January 2018*, *EU:C:2018:44*, „Common Market Law Review” 56, 2019, nr 4, s. 1120, 1134–1135. Zob. też K. Pokryszka, *Basic Standards of Quality of Economic Activity of Entrepreneurs in the European Union in the Provisions of the Services Directive*, „European Journal of Accounting, Finance & Business” 27, 2021, s. 1–4, 7 i powołana tam literatura. Zastosowanie przepisów dyrektywy usługowej dotyczących uproszczenia procedur administracyjnych oraz reglamentacji działalności gospodarczej w sytuacjach czysto wewnętrznych zostało dostrzeżone w literaturze polskiej niedługo po uchwaleniu tej dyrektywy. Zob. M. Strzelbicki, *Podstawowe problemy funkcjonowania swobody przepływu usług i próba ich rozwiązania w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 4 (174), s. 75–76, 92.

⁶ Pojęcie i regulacja prawna milczącego załatwienia sprawy zostały uregulowane w przepisach art. 122a–122f ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.; dalej: k.p.a.). Instytucja ta została wprowadzona na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 935; dalej: ustawa o zmianie k.p.a. z 2017 roku). W niniejszym artykule pojęcie milczącego załatwienia sprawy używane jest jednak także do określenia regulacji wprowadzonych w przepisach art. 13 ust. 4 dyrektywy usługowej oraz art. 11 ust. 9 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.; dalej: ustawa s.d.g.), wprowadzających zasadę, zgodnie z którą bezskuteczny wpływ czasu przeznaczanego na załatwienie sprawy przedsiębiorcy wywołuje skutek w postaci przyjęcia, że sprawa została rozstrzygnięta zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy.

wość jej zastosowania w sprawach dotyczących działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji w świetle przepisów prawa polskiego.

1. „Systemy zezwoleń” oraz procedury związane z udzielaniem zezwoleń na wykonywanie działalności gospodarczej w świetle przepisów dyrektywy usługowej

Jedną z podstawowych barier w podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, zdaniem ustawodawcy unijnego, stanowi „niepewność prawna” procedur administracyjnych, a przede wszystkim ich skomplikowany przebieg oraz długotrwałość. Z tego względu uproszczenie procedur administracyjnych zostało uznane za jeden z priorytetowych celów dyrektywy usługowej. Osiągnięcie tego celu powinno być możliwe dzięki ograniczeniu obowiązku otrzymywania przez przedsiębiorców zezwoleń na wykonywanie działalności gospodarczej do przypadków, w których jest to niezbędne, oraz dzięki wprowadzeniu zasady dorozumianego udzielenia zezwolenia przez właściwe organy administracji w sytuacji, gdy wniosek przedsiębiorcy nie zostanie rozpatrzony w ustalonym terminie⁷. Jedno z najistotniejszych z punktu widzenia przedsiębiorców rozwiązań związanych z uproszczeniem procedur administracyjnych, zmierzające bezpośrednio do skrócenia czasu ich trwania, zostało wprowadzone w przepisach rozdziału III dyrektywy usługowej, który dotyczy swobody przedsiębiorczości dla usługodawców i reguluje problematykę dopuszczalności stosowania „systemów zezwoleń” w związku z podejmowaniem i prowadzeniem działalności gospodarczej oraz procedur niezbędnych do ich udzielania⁸. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 6 dyrektywy usługowej pod pojęciem systemu zezwoleń należy rozumieć „każdą procedurę, zgodnie z którą od usługodawcy lub usługobiorcy faktycznie wymaga się podjęcia kroków w celu uzyskania od właściwego organu formalnej lub dorozumianej decyzji dotyczącej podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej”. Z perspektywy prawa polskiego termin ten obejmuje zatem takie formy reglamentacji, które wiążą się z koniecznością uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji, zezwolenia lub licencji, wydawanych w formie indywidu-

⁷ M. Kurach, *Milczenie prawne oraz fikcja decyzji pozytywnej — remedia na niepewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym?*, [w:] *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, red. A. Błaś, Warszawa 2012, s. 333–334; pkt 43 preambuły dyrektywy 2006/123. W pkt 43 preambuły dyrektywy usługowej ustawodawca unijny zastosował pojęcie „zezwoleń” w znaczeniu procedur administracyjnych objętych definicją „systemu zezwoleń” wprowadzoną w art. 4 pkt 6 dyrektywy 2006/123.

⁸ M. Kurach, *op. cit.*, s. 333–334.

alnej decyzji administracyjnej umożliwiającej przedsiębiorcy wykonywanie określonego rodzaju działalności gospodarczej. Nie wydaje się natomiast, by w pojęciu systemu zezwoleń mieściła się działalność regulowana, gdyż jej podjęcie nie jest uzależnione od wydania przez organ administracji formalnej lub dorozumianej decyzji administracyjnej, a przedsiębiorca przed dokonaniem wpisu do rejestru działalności regulowanej nie podlega kontroli w zakresie spełniania warunków niezbędnych do wykonywania działalności regulowanej⁹.

Podstawowe zasady proceduralne udzielania zezwoleń regulują przepisy art. 13 dyrektywy usługowej. Rozwiązanie budzące najwięcej kontrowersji, a jednocześnie najbardziej radykalnie zmierzające do zabezpieczenia interesów przedsiębiorców i uchronienia ich przed konsekwencjami beczynności organów administracji i przewlekłości postępowań zostało wprowadzone w art. 13 ust. 4 dyrektywy usługowej¹⁰. Zgodnie z jego regulacją w przypadku, gdy organ administracji nie rozpatrzy wniosku przedsiębiorcy o udzielenie zezwolenia w terminie wynikającym z przepisów lub przedłużonym w sposób określony w art. 13 ust. 3 dyrektywy usługowej, przyjmuje się, że zezwolenie zostało przedsiębiorcy udzielone. Państwa członkowskie mogą w tym zakresie wprowadzić uregulowania odmienne, jednak wyłącznie wtedy, gdy uzasadnia to nadrzędny interes publiczny, w tym interes stron trzecich¹¹. Należy podkreślić, że przepisy dyrektywy usługowej w zakresie procedur związanych z wydawaniem zezwoleń na podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej wprowadziły obowiązek uznania, że zezwolenie zostało wydane jako podstawowy skutek nierozstrzygnięcia sprawy w terminie przez organ administracji. Rozwiązanie to w świetle przepisów dyrektywy usługowej ma zatem charakter zasady, od której odstępstwa są dopuszczalne jedynie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym, który obejmuje także interesy osób trzecich¹².

⁹ I. Kawka, *Gospodarcza działalność usługowa w prawie polskim w świetle unijnych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług*, Warszawa 2015, s. 275–276. Pojęcie systemu zezwoleń zostało także wyjaśnione w pkt 39 preambuły dyrektywy usługowej. Z uwagi na szeroką definicję pojęcia „system zezwoleń” w świetle przepisów dyrektywy usługowej w literaturze przyjmowano również, że obejmuje ono swoim zakresem wszystkie formy reglamentacji działalności gospodarczej wymienione w przepisach ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej, czyli koncesję, wpis do rejestru działalności regulowanej, zezwolenie, licencję oraz zgodę. Zob. M. Strzelbicki, *op. cit.*, s. 78–79; K. Pokryszka, *Legal Aspects of Undertaking and Conducting Business Activity by Foreign Entrepreneurs in Poland after the Implementation of the “Services Directive”*, [w:] *Free Movement of Goods and Persons Across the Polish–Czech–Slovak Borders. Legal Differences and Similarities*, red. B. Mikołajczyk, Katowice 2012, s. 183.

¹⁰ M. Kurach, *op. cit.*, s. 333–334.

¹¹ Pojęcie nadrzędnego interesu publicznego zostało zdefiniowane w przepisach art. 4 pkt 8 dyrektywy usługowej. Wskazówki interpretacyjne dotyczące terminu „nadrzędny interes publiczny” zostały zawarte także w pkt 40 preambuły dyrektywy usługowej. Bardziej szczegółowo na ten temat zob. I Kawka, *op. cit.*, s. 343–344.

¹² D. Sześciło, *Milcząca zgoda organu — instrument przeciwdziałania przewlekłości postępowania czy narzędzie deregulacji?*, [w:] *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*,

2. Implementacja podstawowych zasad proceduralnych związanych z udzielaniem zezwoleń przyjętych w dyrektywie usługowej w przepisach prawa polskiego

Dyrektywa usługowa została implementowana w prawie polskim na mocy ustawy z dnia 4 marca 2010 roku o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹³. Ustawa ta nie tylko określała podstawowe zasady transgranicznego świadczenia usług przez przedsiębiorców z państw członkowskich Unii Europejskiej na terytorium Polski, ale też wprowadzała liczne zmiany w regulacjach ustawy s.d.g. oraz w przepisach ustaw odrębnych dotyczących wykonywania określonych rodzajów działalności gospodarczej¹⁴.

Najwięcej kontrowersji wzbudziła implementacja przepisów art. 13 ust. 4 dyrektywy usługowej, wskazujących, że konsekwencją nierozpatrzenia wniosku przedsiębiorcy o wydanie zezwolenia w terminie wynikającym z przepisów lub przedłużonym zgodnie z wymogami dyrektywy jest uznanie, że zezwolenie zostało przedsiębiorcy udzielone. Regulacja ta została implementowana w art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g., który wprowadzał klauzulę generalną, zgodnie z którą jeżeli organ administracji nie rozpatrzy wniosku przedsiębiorcy w terminie, to stanowi to podstawę uznania, że wydał on rozstrzygnięcie zgodnie z tym wnioskiem. Rozwiązania odmienne mogły zostać wprowadzone w przepisach ustaw odrębnych, lecz musiały być uzasadnione ze względu na nadrzędny interes publiczny. Wyjątki te zostały wprowadzone do ustaw odrębnych na mocy postanowień ustawy o świadczeniu usług na terytorium RP¹⁵.

Przed wszystkim należy zaznaczyć, że przyjęcie tej zasady w art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g. stanowiło pierwszą próbę kompleksowego uregulowania instytucji milczącego załatwienia sprawy w prawie polskim. W przepisach szczególnych występowało wiele różnych wariantów normatywnych w tym zakresie, brakowało natomiast uregulowania modelowego, które zostało wprowadzone dopie-

red. J. Supernat, B. Kowalczyk, Warszawa 2017, s. 269–270, 273. Zob. też M. Kurach, *op. cit.*, s. 333–334 oraz pkt 63 preambuły dyrektywy usługowej.

¹³ Ustawa z dnia 4 marca 2010 roku o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 893 ze zm.); dalej: ustawa o świadczeniu usług na terytorium RP.

¹⁴ Zmiany w przepisach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynikające z implementacji dyrektywy usługowej zostały wskazane w przepisach art. 46 ustawy o świadczeniu usług na terytorium RP. Bardziej szczegółowo na temat nowelizacji ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dokonanej na skutek implementacji dyrektywy usługowej zob. K. Pokryszka, *Legal Aspects...*, s. 182–188.

¹⁵ I. Kawka, *op. cit.*, s. 456–457. Zob. też M. Szalewska, *Klauzula generalna fikcji pozytywnego rozstrzygnięcia w sprawach administracyjnych przedsiębiorców*, „Administracja TDP” 2010, nr 4 (21), s. 84.

ro w przepisach ustawy s.d.g.¹⁶ Regulacja przyjęta w art. 11 ust. 9 tej ustawy miała jednak wiele mankamentów stanowiących podstawę krytycznej oceny tego przepisu w literaturze oraz orzecznictwie. Poważne problemy powstające na tle jego wykładni związane były przede wszystkim z określeniem zakresu jego zastosowania, charakteru prawnego przyjętych rozwiązań i ich skutków prawnych, a także możliwości stosowania systemu kontroli i weryfikacji stanu prawnego powstałego na skutek zastosowania art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g.¹⁷

3. Problemy interpretacyjne związane z implementacją instytucji milczącego załatwienia sprawy w postępowaniach dotyczących działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji w prawie polskim

Interesujący jest fakt, że ustawodawca polski, implementując przepisy art. 13 ust. 4 dyrektywy usługowej, wprowadził instytucję milczącego załatwienia sprawy w znacznie szerszej kategorii spraw, niż wymagają tego postanowienia dyrektywy usługowej, które dotyczą wyłącznie postępowań prowadzonych w sprawach związanych z udzielaniem zezwoleń w rozumieniu dyrektywy 2006/123¹⁸. Przepisy art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g. odnosiły się natomiast do „załatwiania spraw przedsiębiorców”, nie precyzując kategorii spraw, do których miały zastosowanie, co mogło prowadzić do wniosku, że przepis ten powinien być stosowany we wszystkich sprawach, w których stroną jest przedsiębiorca¹⁹.

Warto zauważyć, że w literaturze prezentowany był pogląd, zgodnie z którym przepis art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g. nie powinny mieć zastosowania w sprawach

¹⁶ Z. Szażyk, *Milcząca zgoda administracji — wnioski de lege ferenda*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015, nr 1 (45), s. 10–11,16. Zob. także I. Kawka, *op. cit.*, s. 456–457; D. Sześciło, *op. cit.*, s. 273.

¹⁷ M. Szalewska, *op. cit.*, s. 88–98; A. Treła, *Milczenie administracji publicznej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114. *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, 2018, s. 656–658; Z. Szażyk, *op. cit.*, s. 16–19; I. Kawka, *op. cit.*, s. 456–461.

¹⁸ I. Kawka, *op. cit.*, s. 439–440.

¹⁹ D. Sześciło, *op. cit.*, s. 273; I. Kawka, *op. cit.*, s. 439–440. Zob. także M. Szalewska, *op. cit.*, s. 89. Odmienne wyrok NSA z dnia 23 marca 2016 roku, sygn. II GSK 2266/14, LEX nr 2037074; zob. A. Treła, *op. cit.*, s. 656–657. Na temat przedstawianych w orzecznictwie NSA poglądów związanych z określeniem zakresu zastosowania art. 11 ust. 9 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zob. A. Treła, *op. cit.*, s. 656–658.

udzielania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej²⁰. Takie stanowisko przyjął również WSA w Warszawie w wyroku z dnia 20 maja 2014 roku dotyczącym koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych²¹. W orzeczeniu tym WSA odniósł się do specyficznych cech koncesji, której konstrukcja prawna oparta jest na uznaniu administracyjnym, i podkreślił, że z tego względu wymaga ona, by organ koncesyjny w sposób wyraźny i jednoznaczny wyraził wolę przyznania koncesji lub odmowy jej udzielenia, i że wola ta w konsekwencji musi zostać wyrażona w formie decyzji, a nie w sposób domyślny, poprzez „milczenie” organu koncesyjnego, na podstawie art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g.²²

W jednym z ostatnich orzeczeń dotyczących zakresu zastosowania przepisów art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g., w wyroku z dnia 3 sierpnia 2021 roku²³, NSA uznał natomiast, że z uwagi na to, że wykonywanie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę na terenie specjalnej strefy ekonomicznej wymaga stosownego zezwolenia, a działalność taka musi być prowadzona zgodnie z warunkami określonymi w zezwoleniu, sprawy związane z uzyskaniem, utratą lub zmianą zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej na terenie specjalnej strefy ekonomicznej są sprawami przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 1 ustawy s.d.g. W rezultacie, zdaniem NSA, do załatwiania takich spraw mają zastosowanie przepisy art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g. W wyroku tym NSA podkreślił także, że interpretacja całości regulacji art. 11 ustawy s.d.g. jest bardzo utrudniona ze względu na to, że ustawodawca nie był konsekwentny w kwestii terminologii zastosowanej w tym przepisie i mającej znaczenie dla jego wykładni, wprowadzając w art. 11 ustawy s.d.g. jednocześnie takie pojęcia, jak „załatwienie sprawy”, „termin rozpatrzenia wniosku” oraz „terminy załatwiania spraw wynikających z pism i wniosków”²⁴.

Problemów interpretacyjnych związanych z wykładnią art. 11 ust. 9 ustawy s.d.g. nie rozwiązało wprowadzenie instytucji milczącego załatwienia sprawy do przepisów k.p.a. na mocy nowelizacji uchwalonej w 2017 roku²⁵. W uzasadnieniu do ustawy o zmianie k.p.a. z 2017 roku ustawodawca podkreślił, że wprowadzenie do regulacji kodeksowych instytucji milczącego załatwienia sprawy powinno doprowadzić do przyspieszenia i uproszczenia postępowania administracyjnego oraz do usprawnienia i zmniejszenia kosztów funkcjonowania administracji. Niezwykle zdawkowo odniósł się jednak do kwestii implementacji przepisów prawa Unii Europejskiej, w tym zakresie wskazując jedynie, że uproszczenie procedur admi-

²⁰ Pogląd taki prezentowała Inga Kawka. Zob. *eadem, op. cit.*, s. 459.

²¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2014 roku, sygn. VI SA/Wa 2901/13, LEX nr 1564743; I. Kawka, *op. cit.*, s. 459.

²² I. Kawka, *op. cit.*, s. 459; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2014 roku, sygn. VI SA/Wa 2901/13, LEX nr 1564743.

²³ Wyrok NSA z dnia 3 sierpnia 2021 roku, sygn. II GSK 237/19, LEX nr 3279383.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Zob. A. Trela, *op. cit.*, s. 658–659.

nistracyjnych, które obejmuje między innymi wprowadzenie milczącego załatwiania spraw, stanowi jedno z zagadnień uregulowanych w dyrektywie 2006/123/WE²⁶.

Instytucja milczącego załatwienia sprawy została uregulowana w rozdziale VIIIa k.p.a., obejmującym art. 122a–122f. Jej przesłanki oraz podstawowe formy zostały określone w art. 122a k.p.a. Regulacja milczącego załatwienia sprawy przyjęta w przepisach kodeksu ma charakter ramowy, gdyż upływ terminu załatwienia sprawy powoduje uznanie, że skutek taki nastąpił w postępowaniu prowadzonym przez organ administracji jedynie wtedy, gdy wynika to wyraźnie z przepisu szczególnego. Ponadto przepisy k.p.a. regulują wyłącznie kwestie proceduralne związane z milczącym załatwieniem sprawy i normują je tylko w takim zakresie, który nie został uregulowany w przepisach szczególnych prawa materialnego²⁷. Uzasadniając konieczność uzależnienia możliwości zastosowania instytucji milczącego załatwienia sprawy od istnienia podstawy prawnej w przepisie prawa materialnego, który skutek taki przewiduje, ustawodawca wyjaśnił, że tryb ten nie może znajdować zastosowania w każdej sprawie. Może on być wykorzystywany przede wszystkim w postępowaniach w takich sprawach, w których przepisy nakładają obowiązek spełnienia określonych warunków, które są stronie znane, a ich weryfikacja przez organy administracji jest łatwa i szybka. Wyraźne wskazanie kategorii takich spraw w przepisach prawa materialnego jest konieczne, by uniknąć ryzyka naruszenia interesu publicznego lub pewności obrotu w rezultacie ewentualnego milczącego załatwienia sprawy przez organ administracji w sposób niezamierzony²⁸.

Ustawa s.d.g. oraz ustawa o świadczeniu usług na terytorium RP zostały uchylone z dniem wejścia w życie pakietu ustaw określanego mianem „Konstytucji biznesu”²⁹. Podstawowe zasady załatwiania spraw przedsiębiorców dotyczących działalności gospodarczej oraz postępowania organów administracji w kontak-

²⁶ Uzasadnienie do ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 1183, s. 45, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183> (dostęp: 1.03.2022).

²⁷ R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 728–729.

²⁸ Uzasadnienie do ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 roku..., s. 46. Zob. także R. Kędziora, *op. cit.*, s. 728–730; L. Staniszewska, *Milczenie organów administracji jako instytucja materialnego i procesowego prawa administracyjnego*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 2 (22), s. 60.

²⁹ Pakiet ustaw określaný jako „Konstytucja biznesu” obejmuje następujące ustawy: ustawę z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.; dalej: ustawa Prawo przedsiębiorców); ustawę z dnia 6 marca 2018 roku o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2296 ze zm.); ustawę z dnia 6 marca 2018 roku o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 648); ustawę z dnia 6 marca 2018 roku — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz.U. z 2018 r. poz. 650) oraz ustawę z dnia 6 marca 2018 roku o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 994).

tach z przedsiębiorcami, a także reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce zostały określone w przepisach ustawy Prawo przedsiębiorców³⁰. Do możliwości zastosowania instytucji milczącego załatwienia sprawy odnoszą się obecnie przepisy art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców. Artykuł ten należy do regulacji poświęconych załatwianiu spraw z zakresu działalności gospodarczej, ale sama instytucja milczącego załatwienia sprawy została w nim wskazana w kontekście rozpatrywania wniosków o wydanie koncesji, zezwolenia lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.

W świetle art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców organ administracji, załatwiając sprawę dotyczącą działalności gospodarczej, ma obowiązek niezwłocznego potwierdzenia przyjęcia wniosku przedsiębiorcy. W przypadku gdy wniosek dotyczy wydania koncesji, zezwolenia lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, potwierdzenie to powinno zawierać informację o przysługujących przedsiębiorcy środkach prawnych, a gdy przepisy odrębne przewidują milczące załatwienie sprawy, organ administracji w potwierdzeniu przyjęcia wniosku powinien o tym przedsiębiorcę pouczyć (art. 32 ust. 1 i 3 ustawy Prawo przedsiębiorców). W zakresie dotyczącym obowiązku potwierdzenia przyjęcia wniosku przedsiębiorcy przepisy art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców dokładnie odzwierciedlają regulacje dyrektywy usługowej, a nawet wykraczają poza wynikające z jej przepisów wymogi, nakładając na organy administracji obowiązek potwierdzenia przyjęcia wniosku w każdym przypadku, gdy zostanie on złożony przez przedsiębiorcę³¹. Trzeba jednak zauważyć, że zastosowanie instytucji milczącego załatwienia sprawy zostało wskazane w tym przepisie wyłącznie w związku z załatwianiem spraw dotyczących uzyskania koncesji, zezwolenia lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, co stanowi odniesienie do przepisów dyrektywy usługowej wymagających stosowania tej instytucji w procedurach udzielania zezwoleń w rozumieniu tej dyrektywy. Ustawodawca nie wprowadził jednak wymaganej przepisami dyrektywy usługowej klauzuli generalnej milczącego załatwienia sprawy w sprawach dotyczących działalności podlegającej reglamentacji, a jedynie wskazał, że rozwiązanie takie może wynikać z przepisów ustaw szczególnych. W uzasadnieniu do ustawy Prawo przedsiębiorców ustawodawca nie odniósł się do kwestii implementacji przepisów dyrektywy usługowej wprowadzających zasadę, w myśl której nierozpatrzenie przez organ administracji wniosku przedsiębiorcy we właściwym terminie jest równoznaczne z uznaniem, że zezwolenie w rozumieniu dyrektywy usługowej zostało przedsiębiorcy udzielone, ani do wprowadzonej w 2017 roku ramowej regulacji milczącego załatwienia sprawy w przepisach art. 122a–122f k.p.a. Analizując treść art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców, można jednak odnieść wrażenie, że stanowi on próbę przyjęcia rozwiąza-

³⁰ Zob. przepisy art. 10–16, art. 27–35, art. 37–44 ustawy Prawo przedsiębiorców.

³¹ A. Wołoszyn-Cichočka, [w:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 423. Zob. także I. Kawka, *op. cit.*, s. 439–440.

nia kompromisowego między koniecznością implementacji dyrektywy usługowej a uwzględnieniem ramowej regulacji instytucji milczącego załatwienia sprawy wprowadzonej w przepisach k.p.a. Wskazuje na to odniesienie do możliwości zastosowania tej instytucji w postępowaniach dotyczących udzielania koncesji i zezwoleń oraz dokonywania wpisów do rejestru działalności regulowanej, czego wymaga dyrektywa usługowa³², a równocześnie zastrzeżenie, że możliwość taka musi wynikać z przepisów ustaw odrębnych, co stanowi wyraźne nawiązanie do regulacji art. 122a k.p.a.³³

Wprowadzenie rozwiązania kompromisowego nie pozwoliło jednak na uniknięcie problemów związanych ze stosowaniem instytucji milczącego załatwienia sprawy w procedurach wydawania koncesji i zezwoleń. W literaturze wskazuje się, że instytucja ta nie powinna być stosowana w sprawach dotyczących wydania koncesji lub zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej z uwagi na specyfikę postępowań w tych sprawach, w których organ administracji powinien dokonać kontroli spełniania przez przedsiębiorcę warunków wykonywania działalności gospodarczej i dopiero na tej podstawie wydać decyzję o przyznaniu lub odmowie przyznania mu koncesji lub zezwolenia. Kwestia ta jest niezwykle istotna zwłaszcza w przypadku koncesji, która jako najbardziej restrykcyjna forma reglamentacji działalności gospodarczej w prawie polskim wymagana jest w sferach gospodarki o strategicznym znaczeniu, a jej przyznanie uzależnione jest nie tylko od spełnienia przez przedsiębiorcę warunków przewidzianych przepisami prawa, lecz także musi odpowiadać względem bezpieczeństwa państwa i obywateli³⁴. Z tego powodu w przepisach niektórych ustaw odrębnych instytucja milczącego załatwienia sprawy w związku z wydaniem koncesji nie tylko nie została przewidziana, ale stosowanie przepisów art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców zostało wyłączone³⁵.

³² Warto zauważyć, że przepisy ustawy Prawo przedsiębiorców wskazują możliwość zastosowania instytucji milczącego załatwienia sprawy w postępowaniach dotyczących udzielania koncesji i zezwoleń na wykonywanie działalności gospodarczej oraz dokonywania wpisów do rejestru działalności regulowanej, choć w literaturze wskazuje się, że w świetle przepisów dyrektywy usługowej pojęcie systemu zezwoleń obejmuje takie środki reglamentacji działalności gospodarczej, jak koncesja i zezwolenie, nie wydaje się natomiast, by pojęcie to miało zastosowanie do działalności regulowanej. Zob. I. Kawka, *op. cit.*, s. 275–276.

³³ Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przepisami art. 13 ust. 5 lit. c dyrektywy usługowej potwierdzenie przyjęcia wniosku o wydanie zezwolenia powinno zawierać „w stosownych przypadkach oświadczenie, że w przypadku braku odpowiedzi w określonym terminie uznaje się, że zezwolenie zostało udzielone”. Wydaje się, że regulację tę należy interpretować w świetle przepisów art. 13 ust. 4 tej dyrektywy. Oznacza to, że w myśl przepisów dyrektywy usługowej takie oświadczenie powinno być zawarte w potwierdzeniu przyjęcia wniosku o wydanie zezwolenia w przypadku, gdy w zakresie konsekwencji nierozstrzygnięcia sprawy w terminie nie zostały wprowadzone rozwiązania odmienne uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym, w tym interesem osób trzecich.

³⁴ A. Wołoszyn-Cichočka, *op. cit.*, s. 427. Zob. także I. Kawka, *op. cit.*, s. 459–460.

³⁵ A. Wołoszyn-Cichočka, *op. cit.*, s. 427. Agnieszka Wołoszyn-Cichočka wskazuje, że zastosowanie przepisów art. 32 ustawy Prawo przedsiębiorców wyłącza przepisy art. 24 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1995) w sprawach

Uwagi końcowe

Przepisy dyrektywy usługowej wywarły duży wpływ na rozwój polskich regulacji prawnych dotyczących załatwiania spraw przedsiębiorców. Najwięcej kontrowersji w literaturze i orzecznictwie budziła implementacja przepisów art. 13 ust. 4 dyrektywy usługowej, nakazujących przyjęcie, że zezwolenie zostało przedsiębiorcy udzielone w przypadku, gdy organ administracji nie rozpatrzył wniosku przedsiębiorcy we właściwym terminie. Warto zwrócić uwagę, że wprowadzona w przepisach k.p.a. oraz ustawy Prawo przedsiębiorców regulacja umożliwiająca stosowanie instytucji milczącego załatwienia sprawy wyłącznie w sytuacjach *expressis verbis* wskazanych w przepisach prawa materialnego różni się zasadniczo od koncepcji przyjętej w dyrektywie usługowej, która wymaga stosowania takiego rozwiązania jako zasady załatwiania spraw przedsiębiorców związanych z podejmowaniem działalności podlegającej „systemowi zezwoleń” w rozumieniu tej dyrektywy³⁶. Trzeba jednak podkreślić, że przyjęcie regulacji, zgodnie z którą możliwość milczącego załatwienia sprawy musi wyraźnie wynikać z przepisów szczególnych, i w konsekwencji uniemożliwienie stosowania tej instytucji jako zasady załatwiania spraw przedsiębiorców dotyczących działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji uwzględnia specyfikę koncesji i zezwoleń w prawie polskim, których udzielenie wymaga dokonania przez organ administracji kontroli spełniania przez przedsiębiorcę warunków prowadzenia działalności gospodarczej objętej reglamentacją, a w przypadku koncesji również wzięcia pod uwagę kwestii związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa i obywateli³⁷. Są to zatem sytuacje, w których możliwość zastosowania instytucji milczącego załatwienia sprawy powinna zostać wyjątkowo uważnie przeanalizowana przez ustawodawcę, tak by uniknąć automatycznego wydawania pozytywnych decyzji w sprawach, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego³⁸. Z tego względu przyjęta w prawie polskim regulacja stosowania instytucji milczącego załatwienia sprawy w postępowaniach dotyczących udzielania koncesji i zezwoleń na wykonywanie działalności gospodarczej, choć nie odzwierciedla w pełni koncepcji ustawodawcy europejskiego, zasługuje na aprobatę³⁹.

dotyczących koncesjonowania oraz kontroli działalności gospodarczej polegającej na ochronie osób i mienia oraz przepisy art. 21 ust. 2 z dnia 9 czerwca 2011 roku Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1420 ze zm.) w sprawach dotyczących koncesjonowania działalności podlegającej przepisom tej ustawy.

³⁶ Zob. D. Sześciło, *op. cit.*, s. 269–270.

³⁷ A. Wołoszyn-Cichocka, *op. cit.*, s. 427.

³⁸ Uzasadnienie do ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 roku..., s. 46–47; R. Kędziora, *op. cit.*, s. 729–730. Zob. także I. Kawka, *op. cit.*, s. 458.

³⁹ Zob. I. Kawka, *op. cit.*, s. 458–461.

Bibliografia

- Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.
- Kawka I., *Gospodarcza działalność usługowa w prawie polskim w świetle unijnych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług*, Warszawa 2015.
- Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Kurach M., *Milczenie prawne oraz fikcja decyzji pozytywnej — remedia na niepewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym?*, [w:] *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, red. A. Błaś, Warszawa 2012.
- Pokryszka K., *Basic Standards of Quality of Economic Activity of Entrepreneurs in the European Union in the Provisions of the Services Directive*, „European Journal of Accounting, Finance & Business” 27, 2021.
- Pokryszka K., *Legal Aspects of Undertaking and Conducting Business Activity by Foreign Entrepreneurs in Poland after the Implementation of the “Services Directive”*, [w:] *Free Movement of Goods and Persons Across the Polish–Czech–Slovak Borders. Legal Differences and Similarities*, red. B. Mikołajczyk, Katowice 2012.
- Snażyk Z., *Milcząca zgoda administracji — wnioski de lege ferenda*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015, nr 1 (45).
- Snell J., *Independence Day for a Services Directive: Visser. Joined Cases C-360/15&C-31/16, College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort v. X BV and Visser Vastgoed Beleggingen BV v. Raad van de gemeente Appingedam, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 January 2018, EU:C:2018:44*, „Common Market Law Review” 56, 2019, nr 4.
- Staniszewska L., *Milczenie organów administracji jako instytucja materialnego i procesowego prawa administracyjnego*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 2 (22).
- Strzelbicki M., *Podstawowe problemy funkcjonowania swobody przepływu usług i próba ich rozwiązania w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 4 (174).
- Szalewska M., *Klauzula generalna fikcji pozytywnego rozstrzygnięcia w sprawach administracyjnych przedsiębiorców*, „Administracja TDP” 2010, nr 4 (21).
- Sześciło D., *Milcząca zgoda organu — instrument przeciwdziałania przewlekłości postępowania czy narzędzie deregulacji?*, [w:] *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, red. J. Supernat, B. Kowalczyk, Warszawa 2017.
- Trela A., *Milczenie administracji publicznej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114. *Praworzędność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, 2018.
- Zdyb M., Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka A., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019.

Simplification of Administrative Procedures in Entrepreneurs' Matters: Selected Issues Related to the Implementation of the Services Directive in Polish Law

Summary

The aim of the article is to present how Directive 2006/123 of the European Parliament and of the Council on services in the internal market has influenced the regulation of general procedural rules of dealing with entrepreneurs' matters introduced first in the provisions of the Freedom of Economic Activity Act and now regulated in the Entrepreneurs' Law. The article focuses on the most controversial implementation of the institution of "tacit settlement of cases" in the doctrine of Polish law, introduced in the provisions of the Services Directive relating to the "authorization schemes" and authorisation procedures. The author also analyzes the possibility of its application in administrative procedures regarding entrepreneurs' matters which concern business activities subject to state control under Polish law.

Keywords: entrepreneur, economic activity, state control of economic activity, simplification of administrative procedures, tacit settlement of cases.

ANDRZEJ ŚMIEJA

ORCID: 0000-0002-5535-6587

Uniwersytet Wrocławski (em. prof.), Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu
ansmieja@hotmail.com

Miarkowanie kary umownej

Abstrakt: Po zwięzłym przedstawieniu istoty kary umownej według polskiego prawa cywilnego autor przechodzi do omówienia dwóch sytuacji, w których — według art. 484 § 2 kodeksu cywilnego — sąd na żądanie dłużnika może obniżyć wysokość kary umownej, a mianowicie przypadków: 1. gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz 2. gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przedstawiając zróżnicowane poglądy nauki i orzecznictwa, autor poddaje analizie dominujące w tym zakresie koncepcje interpretacyjne, a następnie podejmuje próbę ustosunkowania się do nich.

Słowa kluczowe: kara umowna, miarkowanie kary umownej, rażąco wygórowana kara umowna.

1. Zwięzła charakterystyka kary umownej¹

W sytuacji gdy dłużnik naruszył ciężące na nim zobowiązanie, wierzyciel może dochodzić od niego — na podstawie art. 471 k.c. — naprawienia doznanej szkody. Odpowiedzialność przewidziana w przywołanym przepisie (zwana kontraktową) powstaje z mocy prawa i zazwyczaj pozwala wierzycielowi na żądanie odszkodowania równego wielkości doznanej szkody. Rozmiar poniesionego uszczerbku musi jednak udowodnić wierzyciel, co często może mu sprawiać poważne problemy. Tego typu trudnościom zapobiega zastrzeżenie w umowie kary umownej², czyli ustalenie przez strony kwoty, jaką dłużnik z góry zobowiązuje się

¹ Ze względu na ograniczone rozmiary niniejszego opracowania pominięto w nim: problem stopnia obniżenia przez sąd kary umownej, zagadnienia procesowe związane z dochodzeniem kary umownej oraz kwestię stosunku między art. 484 k.c. a art. 362, art. 5 i art. 58 k.c.

² Co do podstawowej literatury dotyczącej kary umownej zob. zwł. J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006 oraz P. Drapała, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5. *Prawo zobowiązań — część ogólna*, red. E. Łę-

zapłacić na wypadek nieprawidłowego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.). Zaletą tej instytucji jest okoliczność, że przewidzianej w umowie kary wierzyciel może się domagać niezależnie od wysokości doznanego przez niego uszczerbku (art. 484 § 1 k.c.). Co więcej, według przeważającego w doktrynie i orzecznictwie poglądu roszczenie takie przysługuje mu nawet wtedy, gdy dłużnik wykaże, że nieprawidłowe wykonanie zobowiązania nie spowodowało powstania po stronie wierzyciela żadnej szkody³.

Instytucja kary umownej ma jednak również wady. Po pierwsze, jak już zaznaczono, odszkodowanie umowne może zostać zastrzeżone tylko na wypadek naruszenia zobowiązania niepieniężnego. Po drugie, jeżeli strony umowy nie postanowią inaczej, wierzyciel musi się zadowolić otrzymaniem ustalonej kary nawet wtedy, gdy nie pokrywa mu ona całości doznanego uszczerbku (kara wyłączna — art. 484 § 1 k.c.). Kontrahentom wolno jednak nadać karze umownej inny charakter, przewidując ją jako karę zaliczalną, alternatywną, a nawet — co już jest sporne — kumulatywną⁴.

Warto dodać, że także w przypadku kary umownej dłużnik może się uchylić od obowiązku jej zapłaty poprzez wykazanie, że nieprawidłowe wykonanie zobowiązania

towska, Warszawa 2006, s. 955–981. Bardzo liczne orzecznictwo dotyczące art. 483–484 k.c. przywołuje W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis/el., uwagi do art. 483 i 484 k.c.

³ Tak między innymi J. Szwaja, *op. cit.*, s. 86–90; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2018, s. 376; W. Popiołek, *op. cit.*, uwagi do art. 484 k.c., nb 4; T. Szanciło, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, Legalis/el., uwagi do art. 484, nb 1. Zagadnienie jest jednak sporne, gdyż nie brakuje także autorów, według których gdy dłużnik udowodni brak szkody po stronie wierzyciela, kara umowna nie będzie mu się należała; tak przykładowo J. Dąbrowa, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1. *Zobowiązania — część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 831; P. Drapała, *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 6, s. 61; *idem*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 964. Gdy idzie o orzecznictwo, sprawę w zasadzie rozstrzygnęła na rzecz pierwszego stanowiska uchwała siedmiu sędziów SN (zasada prawna) z dnia 6 listopada 2003 roku, sygn. III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69.

⁴ W razie zastrzeżenia kary zaliczalnej wierzyciel może dochodzić niepokrytej przez karę części szkody, opierając się na zasadach ogólnych, gdy zaś strony przewidziały karę alternatywną — wolno mu wybierać między domaganiem się kary a żądaniem odszkodowania przysługującego na podstawie art. 471 k.c. Pewne kontrowersje wywołuje w doktrynie kwestia dopuszczalności powołania kary kumulatywnej, w przypadku której wierzycielowi należy się zarówno kara umowna, jak i odszkodowanie na zasadach ogólnych. Niektórzy autorzy uważają ją za niedopuszczalną; tak np. P. Zakrzewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. M. Hądas, M. Frasz, Warszawa 2018, s. 935 i 936; P. Drapała, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 968; F. Zoll, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6. *Prawo zobowiązań — część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1226. Z kolei za dopuszczalnością tego typu kary opowiadają się między innymi: K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 906 i 907; J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 289 i 290; W. Borysiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3a. *Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1116. Podobnie wyrok SN z dnia 22 maja 2003 roku, sygn. II CK 367/02, Legalis.

wiązania stanowi następstwo okoliczności, za które nie odpowiada (zob. art. 472 i 474 k.c.)⁵.

2. Obniżenie wysokości kary umownej przez sąd — uwagi wstępne

Wychodząc z założenia, że w niektórych przypadkach zasądzenie na rzecz wierzyciela kary umownej w pełnej wysokości mogłoby razić w poczucie słuszności (sprawiedliwości), w tym prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela, ustawodawca przewidział w art. 484 § 2 k.c. sytuacje, w których dłużnik może domagać się od sądu obniżenia wysokości kary⁶, czyli miarkowania kary umownej⁷. Powołany przepis ma charakter imperatywny, w związku z czym postanowienia umowne wprowadzające odstępstwa od jego treści należy uznać za nieważne. Trzeba też zaznaczyć, że sąd nie jest władny dokonać miarkowania z urzędu, lecz może obniżyć karę umowną dopiero na wniosek dłużnika⁸. Podzielałam w tej mierze pogląd krytyczny wobec stanowiska prezentowanego niekiedy w orzecznictwie⁹, jakoby takiego wniosku wolno było upatrywać już w samym tylko żądaniu pozwanego dłużnika, domagającego się oddalenia powództwa¹⁰.

⁵ Zob. art. 472 i 474 k.c. W praktyce oznacza to, że odpowiedzialność nie powstanie, gdy do nieprawidłowego wykonania stosunku obligacyjnego doszło mimo dołożenia należytej staranności zarówno przez samego dłużnika, jak i osoby, którymi posłużył się przy wykonywaniu zobowiązania. Strony mogą jednak zastrzec w umowie, że dłużnik będzie odpowiadał na zasadach surowszych aniżeli przewidziane w powołanych przepisach (art. 473 § 1 k.c.) lub przeciwnie — złagodzić zasady jego odpowiedzialności. W tym ostatnim przypadku nie są jednak w stanie zwolnić dłużnika z obowiązku odszkodowawczego na wypadek, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z jego winy umyślnej (art. 473 § 2 k.c.). Jeżeli natomiast umowa przewiduje, że nic nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty ustalonej w umowie kwoty, nie mamy już do czynienia z karą umowną, lecz ze zobowiązaniem typu gwarancyjnego.

⁶ Orzeczenie sądu obniżające wysokość kary ma zatem charakter konstytutywny. Sporne jest tylko, czy wywołuje ono skutek *ex nunc* czy *ex tunc*.

⁷ W doktrynie przeważa stanowisko, że sąd nie może tu całkowicie znieść kary umownej. Jak jednak słusznie zauważa Witold Borysiak, przyjęcie tego poglądu oznaczałoby, że „sąd może zmiarkować karę umowną do symbolicznej złotówki, ale nie może już jej zmiarkować do zera” — *idem*, *op. cit.*, s. 1125.

⁸ Nie wydaje się, aby wniosek taki musiał być wyrażony *expressis verbis*. Sprawa jest natomiast oczywista, gdy to sam dłużnik występuje z powództwem o obniżenie wysokości kary umownej.

⁹ Zob. np. wyrok SN z dnia 14 lipca 1976 roku, sygn. ICR 221/76, OSNCP 1977, Nr 4, poz. 76, a z nowszej judykatury wyrok SN z dnia 22 stycznia 2010 roku, sygn. V CSK 217/09, Legalis.

¹⁰ Przeciwno temu pogładowi wypowiadał się już Janusz Szwaja (*op. cit.*, s. 136). Współcześnie stanowisko krytyczne przeważa w doktrynie; zob. np. K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 207–208. Zdarzają się jednak wypowiedzi odmienne; zob. zwł. P. Drapała, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 972 i powołane tam dalsze pozycje.

Prawodawca nie przyznał organowi orzekającemu pełnej swobody w podjęciu decyzji o obniżeniu wysokości kary, lecz ograniczył możliwość jej miarkowania do dwóch sytuacji, mianowicie gdy:

1. zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub
2. kara umowna jest rażąco wygórowana.

Jak łatwo można zauważyć, w obu wymienionych w art. 484 § 2 k.c. przypadkach użyto zwrotów niedookreślonych. Nie ułatwia to udzielenia odpowiedzi na pytanie, jak należy je interpretować, tym bardziej że rozstrzygnięcie zależy najczęściej od okoliczności konkretnego przypadku. Nie może przeto dziwić, że zarówno w doktrynie, jak i judykaturze nie ma w rozważanej materii pełnej zgodności poglądów.

3. Wykonanie zobowiązania w znacznej części

Zacząć wypada od ustalenia znaczenia zwrotu, w którym mowa o wykonaniu zobowiązania w znacznej części. Z natury rzeczy wymieniona przesłanka obniżenia wysokości kary umownej nie dotyczy zobowiązań, których prawidłowe wykonanie może nastąpić jedynie poprzez jednorazową czynność dłużnika, na przykład wydanie jednej niepodzielnej rzeczy lub też wniesienie powództwa przez adwokata działającego na zlecenie klienta. To samo dotyczy chociażby sytuacji, gdy w umowie przedwstępnej zabezpieczono zawarcie umowy przyrzeczonej karą umowną, strona zobowiązana zaś uchyla się od zawarcia tej umowy. Zasadniczo chodzi tu zatem przede wszystkim o tak zwane zobowiązania jednorazowe i zobowiązania niepodzielne.

Słusznie podkreśla się zarazem, że gdy kara umowna została w umowie zastrzeżona na wypadek uchybienia przez dłużnika ściśle określonego obowiązku, wówczas nawet pełne zrealizowanie przez niego pozostałych powinności nie daje podstaw do obniżenia przez sąd wysokości tej kary.

Znacznie trudniej znaleźć jasne wskazówki pomocne w przypadkach, w których dopiero spełnienie przez dłużnika wielu świadczeń prowadzi do prawidłowego wykonania zobowiązania. Chociaż również wtedy zdarzają się klarowne stany faktyczne, w których już samo porównanie wartości spełnionych przez dłużnika świadczeń z wartością zobowiązania dostarcza wystarczających wskazówek. Dobrym przykładem są tu zobowiązania wynikające z umów o roboty budowlane, w których z reguły zamieszcza się klauzule o karze umownej. Nie ulega wątpliwości, że jeżeli wykonawca inwestycji w postaci osiedla mieszkaniowego nie wykonał jedynie niektórych elementów tak zwanej małej architektury (na przykład nie umocował ławek lub nie wysypał ścieżek żwirem), a mimo to zamawiający dokonał odbioru wspomnianych obiektów (choćby z zastrzeżeniami), zobowiązanie wolno uznać za wykonane w znacznej części. Tak samo przedstawia się sy-

tuacja, gdy dłużnik zobowiązał się zebrać zboże z należącego do zamawiającego pola o powierzchni 150 hektarów, lecz prace żniwne wykonał w sumie na areale 130 hektarów, a następnie — z obciążających go przyczyn — swoje działania definitywnie zakończył.

Nie oznacza to jeszcze, jakoby porównanie wartości spełnionych przez dłużnika świadczeń z wartością wszystkich świadczeń składających się na przedmiot zobowiązania zawsze było niezawodnym kryterium pozwalającym na ustalenie, że zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Tak więc gdy wykonawca robót budowlanych wprawdzie zakończył prace przy wznoszeniu wieżowca, ale wciąż nie doprowadził do niego mediów i nie zamierza tego zrobić, nie będzie mógł domagać się miarkowania naliczonej mu kary umownej, gdyż bez brakujących instalacji inwestor w ogóle nie będzie mógł korzystać z budowli, a zatem jego interes nie zostanie zaspokojony. To samo dotyczy przypadku, w którym wykonawca dzieła wprawdzie wykonał skomplikowane i kosztowne urządzenie, ale — wbrew umowie — nie dostarczył takich jego elementów, które mają zabezpieczyć obsługujących je pracowników przed nieszczęśliwym wypadkiem, i to nawet gdy wartość tych elementów jest niewielka w stosunku do wartości całej instalacji. Dlatego w nowszych publikacjach doktryny można dostrzec wysuwanie na plan pierwszy kryterium stopnia, w jakim został zaspokojony interes wierzyciela¹¹.

Zasadniczo jest to wskazówka godna poparcia. Tyle tylko, że pojęcie „interes wierzyciela” jest niejasne, a przy tym — co przyznaje także zwolennik tego kryterium Jacek Jastrzębski¹² — zabarwione elementami o charakterze subiektywnym. Być może lepiej byłoby zatem dokonywać tu oceny w nieco szerszym kontekście, mianowicie — poprzez uwzględnienie „przydatności przedmiotu świadczenia dla wierzyciela oraz z punktu widzenia kryteriów wykonania zobowiązania ustanowionych w art. 354 k.c.”¹³.

4. Kara rażąco wygórowana

Także wyjaśnienie tego, kiedy kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną, jest trudne. Przede wszystkim rodzi się pytanie, w stosunku do czego ma się ona jawić jako nadmiernie wysoka. W tym zakresie w orzecznictwie i doktrynie można znaleźć rozmaite koncepcje, które nakazują przy uwzględnianiu przesłanki wygórowania kary traktować — jako podstawowe kryterium — przede wszystkim jej stosunek do:

¹¹ Zob. P. Drapała, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1166.

¹² Zob. J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 339–340.

¹³ Z. Gawlik, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. 3, Warszawa 2014, s. 761.

1. wartości świadczenia, jakie miał spełnić dłużnik¹⁴;
2. stopnia zaspokojenia interesu wierzyciela;
3. wysokości doznanej przez wierzyciela szkody¹⁵;
4. wysokości odszkodowania, jakiego mógłby żądać wierzyciel, gdyby dochodził swego roszczenia na podstawie zasad ogólnych¹⁶ (art. 471 k.c.).

Wydaje się, że dwa pierwsze kryteria znajdują zastosowanie stosunkowo rzadko. Gdy chodzi o pierwsze, warto zauważyć, że w praktyce nieprawidłowe spełnienie świadczenia o relatywnie niewielkiej wartości jest w stanie wywołać duży uszczerbek po stronie wierzyciela. Z kolei sięgnięcie po kryterium w postaci stopnia zaspokojenia interesu wierzyciela zakłada odwoływanie się do pojęcia, które samo w sobie jest mało wymierne, a przy tym ma w znacznej mierze zabarwienie subiektywne. O ile w przypadku przesłanki miarkowania ze względu na znaczny stopień wykonania zobowiązania korzystanie z tego kryterium wydaje się pożądane ze względu na brak lepszych wskazań, o tyle w sytuacji gdy rozważane jest rażące wygórowanie kary umownej, za bardziej prawidłowe należy uznać odwołanie się do dwóch ostatnich koncepcji, związanych ze szkoda i odszkodowaniem. Chociaż i w tym zakresie mogą pojawiać się pewne wątpliwości. Ich źródłem jest przede wszystkim okoliczność, że istnienie szkody nie stanowi przesłanki decydującej o powstaniu roszczenia o zapłatę kary umownej. Tym samym brakuje tu jednego z warunków ustawowych charakterystycznych dla odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zarazem jednak art. 483 § 1 k.c. głosi, że zastrzeżenie kary umownej ma na celu naprawienie szkody. W ślad za tym zdecydowana większość przedstawicieli doktryny przyjmuje, że główną funkcję kary umownej pełni funkcja kompensacyjna. Te podobieństwa do odpowiedzialności na zasadach ogólnych pogłębia jeszcze okoliczność, że zarówno od odpowiedzialności z art. 471 k.c., jak i od obowiązku zapłacenia kary umownej dłużnika zwalnia taki sam dowód w postaci wykazania, że przyczyną nieprawidłowego wykonania zobowiązania były okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Z tych względów wolno — jak sądzę — przyjąć, że odpowiedzialność z tytułu kary umownej ma charakter *sui generis* odpowiedzialności odszkodowawczej. W konsekwencji przy ustalaniu, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, decydować powinno przede wszystkim porównanie wysokości kary z rozmiarami szeroko rozumianej szkody doznanej przez wierzyciela, co nie oznacza jeszcze, że jest to jedyne kryterium.

¹⁴ Tak na przykład P. Granecki, *Glosa do wyr. SN z 8.7.2004, IV CK 522/03*, OSP 2006, Nr 1, poz. 7.

¹⁵ Tak J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 339, który jednak ujmuje szkodę bardzo szeroko, rozumiejąc przez nią (na potrzeby miarkowania kary) ogół majątkowych i niemajątkowych interesów wierzyciela, jakie miał on w wykonaniu zobowiązania; w tym ujęciu pojęcie szkody zbliża się w istocie do interesu wierzyciela.

¹⁶ Tak przede wszystkim J. Szwaja, *op. cit.*; K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 907.

Poza już wymienionymi w literaturze i orzecznictwie wskazuje się również na inne czynniki, jakie należy brać pod uwagę¹⁷.

Aprobując stanowisko wysuwające na plan pierwszy rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela, pragnę jednak podkreślić, że jestem zwolennikiem bardzo ostrożnego stosowania instrumentów z art. 484 § 2 k.c.¹⁸ i miarkowania kary umownej tylko w przypadkach, w których potrzeba obniżenia przez sąd jej wysokości jest — w obliczu ustalonych okoliczności — dostrzegalna niejako już „na pierwszy rzut oka”¹⁹. Przyjęcie prymatu funkcji kompensacyjnej kary umownej nie oznacza jeszcze, jakoby wolno było całkowicie lekceważyć pozostałe kierunki oddziaływania tej instytucji, w tym jej funkcje represyjną oraz procesową (symplikacyjną). Niewątpliwie w praktyce jednym z ważniejszych motywów przyświecających stronom (a w każdym razie wierzycielowi) w trakcie zastrzeżenia w umowie odszkodowania umownego jest dążenie do w miarę szybkiego zakończenia ewentualnego sporu poprzez uproszczenie postępowania. Tymczasem konieczność ustalania przez sąd wysokości szkody, a tym bardziej odszkodowania, jakie otrzymałby wierzyciel w razie dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, pozbawiłoby karę umowną tego waloru, gdyż oznaczałoby konieczność badania wielu okoliczności stanu faktycznego istotnych dla ustalenia rozmiaru uszczerbku po stronie wierzyciela lub roszczenia, jakie przysługiwałoby wierzycielowi, gdyby dochodził naprawienia szkody na podstawie art. 471 k.c. Ponadto, ponieważ w doktrynie przeważa (moim zdaniem — dyskusyjny) pogląd, że celem kary umownej jest też wyrównanie szkód niemajątkowych doznanych przez wierzyciela wskutek nieprawidłowego wykonania zobowiązania, w trakcie procesu miarkowania kary także tego typu szkody musiałyby zostać wzięte pod uwagę, chociaż nie bardzo wiadomo, na jakich zasadach.

¹⁷ Nie brakuje również wypowiedzi, których autorzy są zdania, że należy brać pod uwagę liczne dalsze okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Zdaniem Tomasza Szanciły, który za główne kryterium uznaje wysokość szkody doznanej przez wierzyciela, niekiedy należy również uwzględniać „stosunek kary umownej do wartości wynagrodzenia, zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika postanowień umownych, wagę naruszonych postanowień umownych [...], zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości, nieznaczny stopień zawinięcia dłużnika czy wykonanie zobowiązania w umówionym terminie było realne” — *idem*, *op. cit.*, uwagi do art. 484 k.c., nb 9. Także judykatura odwołuje się do różnorodnych kryteriów; w tej mierze zob. orzecznictwo powołane przez W. Popiołka, *op. cit.*, uwagi do art. 484, nb 8.

¹⁸ Tak J. Dąbrowa, *op. cit.*, s. 833. Zob. także W. Popiołek, *op. cit.*, uwagi do art. 484, nb 10; podobnie, choć tylko w odniesieniu do rażącego wygórowania, K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 907.

¹⁹ Zob. także J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 342, który pisze, że miarkowanie powinno być dopuszczalne, gdy „już *prima facie* dysproporcja między wysokością kary umownej a możliwym interesem wierzyciela w niewykonaniu musi być szokująca i rażąca poczucie słuszności”.

Bibliografia

- Borysiak W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3a. *Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
- Dąbrowa J., [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1. *Zobowiązania — część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981.
- Drapała P., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5. *Prawo zobowiązań — część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
- Drapała P., *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 6.
- Gawlik Z., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. 3, Warszawa 2014.
- Granecki P., *Glosa do wyr. SN z 8.7.2004, IV CK 522/03*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 1, poz. 7.
- Jastrzębski J., *Kara umowna*, Warszawa 2006.
- Lemkowski M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2. *Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Legalis/el.
- Popiołek W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2018.
- Szanciło T., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, Legalis/el.
- Szwaja J., *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967.
- Zagrobelny K., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013.
- Zakrzewski P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018.
- Zoll F., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6. *Prawo zobowiązań — część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.

Contractual Penalty Moderation

Summary

After briefly presenting the essence of contractual penalties according to Polish civil law, the author goes on to discuss two situations where — according to art. 484 § 2 of the Civil Code — the court, at the request of the debtor, may reduce the amount of the contractual penalty, namely in the following cases: 1. when the obligation has been performed to a significant degree, and 2. when the contractual penalty is grossly excessive. By presenting various views on science and jurisprudence, the author analyzes the prevailing interpretative concepts in this area, and then attempts to respond to them.

Keywords: contractual penalty, contractual penalty moderation, grossly excessive contractual penalty.

DIANA TRZCIŃSKA

ORCID: 0000-0003-1439-7240

Uniwersytet Gdański

diana.trzcinska@prawo.ug.edu.pl

Konsekwencje sprzeczności przeznaczenia terenu w planie miejscowym ze studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego z perspektywy inwestora — rozważania ogólne

Abstrakt: Artykuł podejmuje problematykę skutków stwierdzenia nieważności planu miejscowego ze względu na jego sprzeczność ze studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz ich wpływu na sytuację inwestora realizującego zamierzenie inwestycyjne zgodne z wyeliminowanym z obrotu prawnego planem.

Słowa kluczowe: planowanie przestrzenne, plan miejscowy, przestrzeń, inwestor.

Jak stanowi art. 28 ustawy z 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹ (dalej: u.p.z.p.), istotne naruszenie zasad sporządzania studium lub planu miejscowego, istotne naruszenie trybu ich sporządzania, a także naruszenie właściwości organów w tym zakresie powodują nieważność uchwały rady gminy w całości lub części. Wskazana regulacja, przewidująca prawne konsekwencje stwierdzenia takich wadliwości uchwał — szczególnie aktu prawa miejscowego ustanowionego przez organ gminy — znajduje uzasadnienie w art. 171 ust. 1 Konstytucji RP², który przewiduje, że działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności. W ustawach ustrojowych adresowanych do poszczególnych jednostek samorządowych ustawodaw-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 741 ze zm.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 473 ze zm.).

ca przesądza z kolei, że uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego (rady gminy) sprzeczna z prawem jest nieważna (art. 91 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym³).

Z perspektywy przywołanych przepisów istotne jest więc określenie relacji między art. 91 ust. 1 u.s.g., dotyczącym uchwał rad gmin, a art. 28 ust. 1 u.p.z.p., który tyczy się uchwał rad gminy z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego. W doktrynie i judykaturze w odpowiedzi na to zagadnienie wskazuje się, że „art. 28 ust. 1 u.p.z.p. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 91 ust. 1 u.s.g.”⁴. Analiza treści art. 28 ust. 1 u.p.z.p. prowadzi bowiem do wniosku, że objęte nim przypadki uzasadniające stwierdzenie nieważności w stosunku do art. 91 ust. 1 u.s.g. są zakreślone bardziej szczegółowo, a w konsekwencji katalog tych sytuacji jest węższy. Co więcej, w ramach wykładni art. 28 ust. 1 u.p.z.p. i art. 91 ust. 1 u.s.g. należy wziąć pod uwagę treść art. 91 ust. 4 u.s.g., z którego wynika, że w przypadku nieistotnego naruszenia prawa organ nadzoru nie stwierdza nieważności uchwały lub zarządzenia, ograniczając się do określenia, iż uchwałę (lub zarządzenie) wydano z naruszeniem prawa. Oznacza to, że naruszenie prawa uzasadniające stwierdzenie nieważności uchwały organu gminy musi mieć charakter istotny. W przeciwnym razie ustawodawca przewiduje sankcję w postaci wskazania wydania uchwały z naruszeniem prawa.

Nie każda sprzeczność z prawem o charakterze istotnym będzie przy tym wyczerpywać przesłanki stwierdzenia nieważności wynikające z art. 28 ust. 1 u.p.z.p. Przepis ten kreuje bowiem autonomiczne przesłanki stwierdzenia nieważności aktów planowania przestrzennego w postaci: 1. istotnego naruszenia zasad sporządzania studium lub planu miejscowego; 2. istotnego naruszenia trybu ich sporządzania, a także 3. naruszenia właściwości organów w tym zakresie (bez wskazania jego charakteru jako istotnego), których istnienie wyłącza zastosowanie art. 91 ust. 1 i 4 u.s.g. W literaturze zwraca się uwagę na zasadność takiej relacji pomiędzy tymi przepisami, albowiem

przyjęcie stanowiska, że art. 28 ust. 1 u.p.z.p. wyłącza stosowanie art. 91 ust. 1 u.s.g. w stosunku do planu miejscowego i studium, uzasadnia racjonalność prawodawcy, gdyż art. 91 ust. 1 u.s.g. obejmuje szerszy katalog naruszeń prawa. Ustanowienie przepisu węższego zakresowo jako swoistego uzupełnienia art. 91 ust. 1 u.s.g. nie miałyby racjonalnego uzasadnienia. Skoro bowiem art. 28 ust. 1 u.p.z.p. nie uzupełnia katalogu kategorii naruszeń prawa, które zawierają się w klauzuli sprzeczności z prawem wyrażonej w art. 91 ust. 1 w zw. z ust. 4 u.s.g., to przyjęcie poglądu innego niż taki, że jest on *lex specialis* w stosunku do art. 91 ust. 1 w zw. z ust. 4 u.s.g. nie miałyby uzasadnienia⁵.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1372 ze zm.; dalej: u.s.g. Por. M. Wincenciak, [w:] *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, Warszawa 2021, LEX/el., art. 28.

⁴ M. Wincenciak, *op. cit.*, z powołaniem na wskazane tam orzecznictwo: wyrok WSA w Kielcach z dnia 30 listopada 2012 roku, sygn. II SA/Ke 588/12, LEX nr 1240869; wyrok WSA w Krakowie z dnia 23 czerwca 2008 roku, sygn. II SA/Kr 377/08, LEX nr 499859.

⁵ *Ibidem*. Odmiennie I. Zachariasz, [w:] H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 215–216.

Wskazuje się jednocześnie, że wystarczające dla stwierdzenia nieważności jest wykazanie jednego z naruszeń określonych w art. 28 ust. 1 u.p.z.p. Każda z wymienionych w nim przesłanek ma charakter samodzielny i stanowi zupełnie odrębną podstawę mogącą uzasadniać stwierdzenie nieważności uchwały ze sfery planowania przestrzennego⁶.

Jeśli chodzi o jedną z tych przesłanek, to znaczy dotyczącą naruszenia trybu sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, ustawodawca przewidział, że tylko istotne naruszenie procedury uchwalenia planu może skutkować stwierdzeniem jego nieważności. Pojęcie trybu sporządzenia planu odnosi się do trybu postępowania związanego z podejmowaniem uchwały w przedmiocie planu, a więc do sekwencji czynności, jakie organ podejmuje w celu doprowadzenia do podjęcia uchwały, począwszy od uchwały o przystąpieniu do sporządzania planu, a skończywszy na uchwaleniu planu (por. art. 14 ust. 1 oraz art. 17 u.p.z.p.). W doktrynie wskazuje się, że „istotne naruszenie trybu postępowania prowadzi do sytuacji, w której przyjęte ustalenia planistyczne są odmienne od tych, jakie zostałyby podjęte, gdyby nie naruszono trybu sporządzania aktu planistycznego”⁷.

Odrębną przesłanką stwierdzenia nieważności aktu planistycznego jest naruszenie właściwości organów w związku z podejmowaniem analizowanej uchwały, co dotyczy nie tylko uchwalenia samego planu, lecz także właściwości organów współdziałających w procedurze planistycznej (por. art. 17 pkt 6 u.p.z.p.). W tym przypadku każde naruszenie właściwości, nie tylko rzeczowej, ale i miejscowej, skutkuje stwierdzeniem nieważności całego planu.

Kolejna przesłanka nawiązująca do tytułowego zagadnienia związana jest z istotnym naruszeniem zasad sporządzania studium lub planu miejscowego. W doktrynie i judykaturze wskazuje się, że „pojęcie zasad sporządzania planu zagospodarowania przestrzennego należy wiązać ze sporządzaniem aktu planistycznego, a więc zawartością aktu planistycznego (część tekstowa, graficzna i załączniki), zawartych w nim ustaleń, a także standardów dokumentacji planistycznej”⁸. Jako jeden z podstawowych przykładów naruszenia zasad sporządzania planu lub studium dotychczas zaliczono w judykaturze „przyjęcie w planie miejscowym postanowień w zakresie zabudowy niezgodnych z postanowieniami studium”⁹.

Natomiast jeśli chodzi o sam charakter sankcji w postaci stwierdzenia nieważności uchwały, podnieść należy, że w doktrynie prawa pojęcie nieważności odnoszone jest do przypadków „szczególnie dotkliwego naruszenia prawa, którego skutki są różnie określane i rozumiane w odniesieniu do rozmaitych gałęzi

⁶ M. Wincenciak, *op. cit.*

⁷ Por. *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2011, s. 263 n.

⁸ Por. M. Wincenciak, *op. cit.*, art. 28 z powołaniem na wyrok NSA z dnia 25 maja 2009 roku, sygn. II OSK 1778/08, LEX nr 574411, nt 1.

⁹ *Ibidem*. Por. też powołany tam wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 grudnia 2010 roku, sygn. II SA/Wr 610/10, LEX nr 755659.

prawa”¹⁰. Przyjmuje się jednocześnie, że nieważność aktu prawa miejscowego następuje ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*). W takim przypadku konieczny jest jednak akt stwierdzający nieważność uchwały dotkniętej tak istotnym naruszeniem. W odniesieniu do aktów prawa miejscowego takim aktem jest orzeczenie sądu administracyjnego uwzględniające skargę indywidualną lub organu nadzoru na uchwałę jednostki samorządu terytorialnego bądź też rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody¹¹. Stwierdzenie nieważności planu miejscowego na podstawie art. 28 ust. 1 u.p.z.p. ma więc charakter deklaratoryjny i niweczy skutki jego postanowień „od samego początku”.

Odnosząc się do relacji między planem miejscowym a studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego (dalej: studium), należy wskazać, co wynika z art. 4 ust. 1 u.p.z.p., że ustalenie przeznaczenia terenu, rozmieszczenie inwestycji celu publicznego oraz określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu następuje w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z art. 14 ust. 8 u.p.z.p. plan miejscowy jest aktem prawa miejscowego, który uchwała rada gminy po stwierdzeniu, że nie narusza on ustaleń studium (por. art. 20 ust. 1 zd. 1 u.p.z.p.). Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1 u.p.z.p. w celu określenia polityki przestrzennej gminy, w tym lokalnych zasad zagospodarowania przestrzennego, rada gminy podejmuje uchwałę o przystąpieniu do sporządzania studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy (dalej: „studium”). „Studium” sporządza się dla obszaru w granicach administracyjnych gminy (ust. 3 art. 9). Jak przesądza ustawodawca w art. 9 ust. 4 i 5 u.p.z.p., ustalenia „studium” są wiążące dla organów gminy przy sporządzaniu planów miejscowych, mimo że nie jest to akt prawa miejscowego. Powołane przepisy wymieniają najistotniejsze akty prawne ze sfery gminnego planowania przestrzennego, a także nakreślają relacje zachodzące między nimi. Wynika z nich, że studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, jako akt polityki przestrzennej w gminie, uchwalany jest dla całego jej obszaru i musi poprzedzać uchwalenie planu miejscowego. Jednocześnie w odniesieniu do planu ustawa nie formułuje obowiązku, by obejmował on cały obszar gminy. W sensie formalnoprawnym „studium” jest podejmowane w formie uchwały rady gminy, jednak nie ma charakteru aktu prawa miejscowego. Jest to więc akt o charakterze wewnętrznie obowiązującym, jednak — co istotne — jego ustalenia wiążą radę gminy przy ustalaniu planu miejscowego, który nie może naruszać ustaleń studium (art. 20 ust. 1 u.p.z.p.). Zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 1 lit. a i b u.p.z.p. w studium określa się w szczególności: 1. uwzględniające bilans terenów przeznaczonych pod zabudowę: a) kierunki zmian w strukturze przestrzennej gminy oraz w przeznaczeniu terenów, w tym wynikające z audytu

¹⁰ J. Borkowski, *Nieważność decyzji administracyjnej*, Łódź-Zielona Góra 1997, s. 34, cyt. za: T. Bąkowski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Kraków 2004, art. 28.

¹¹ T. Bąkowski, [w:] *idem, Ustawa o planowaniu...*, art. 28.

krajobrazowego, b) kierunki i wskaźniki dotyczące zagospodarowania oraz użytkowania terenów, w tym terenów przeznaczonych pod zabudowę oraz terenów wyłączonych spod zabudowy. Z kolei w planie miejscowym, stosownie do art. 15 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p., określa się obowiązkowo między innymi przeznaczenie terenów oraz linie rozgraniczające tereny o różnym przeznaczeniu lub różnych zasadach zagospodarowania. W obu aktach zatem organ gminy przesądza o przeznaczeniu terenu. Ustalenia w tym zakresie powinny być wobec tego zbieżne. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, w sytuacji podjęcia przez radę gminy planu miejscowego, którego postanowienia naruszają przepisy studium, na przykład w zakresie określenia przeznaczenia terenu, mamy do czynienia z istotnym naruszeniem zasad sporządzenia planu w rozumieniu art. 28 ust. 1 u.p.z.p., którego źródłem jest naruszenie opisanych już relacji pomiędzy tymi dwoma aktami planistycznymi, zakorzenionych w szczególności w treści art. 20 ust. 1 u.p.z.p., oraz pozostałych przywołanych przepisów¹².

Najprostszą w praktyce sytuacją niezgodności ustaleń studium z planem w omawianym zakresie jest wskazanie w studium terenu jako wyłączonego spod zabudowy, zaś w planie — przeznaczenie go pod zabudowę kubaturową (mieszkaniami czy usługową). Innym przypadkiem niezgodności może być przeznaczenie w planie terenu określonego w studium jako predysponowanego do realizacji funkcji mieszkaniowej pod funkcję usługową.

Nie budzi większych wątpliwości, że inwestorzy planujący realizację różnego rodzaju przedsięwzięć związanych z wprowadzaniem zmian w przestrzeni muszą dostosowywać swoje zamierzenia inwestycyjne do obowiązujących przepisów prawa, a więc niewątpliwie do planu miejscowego uchwalonego dla terenu inwestycji. Istotny wpływ na kształt inwestycji ma bowiem określenie przeznaczenia terenu inwestycji w planie miejscowym, ponieważ determinuje ono dopuszczalność inwestycji co do samej zasady. Gdy plan wyklucza zabudowę, na danym terenie nie można będzie zrealizować żadnej inwestycji związanej z postawieniem obiektów budowlanych. Ta sytuacja jest klarowna dla uczestników obrotu prawnego, gdyż — jak już wskazano — muszą oni badać zgodność swoich zamierzeń budowlanych z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Mniej klarowna dla potencjalnych inwestorów jest natomiast sytuacja, gdy w zakresie przeznaczenia terenu objętego planem zachodzi niezgodność uchwalonego planu ze studium. Realizacja inwestycji sprzecznej ze studium (a nie z planem) może się okazać niemożliwa ze względu na wynikającą z art. 28 ust. 1 u.p.z.p. sankcję nieważności, której skutki — w razie stwierdzenia nieważności planu przez sąd lub organ nadzoru — następują *ex tunc*.

¹² Więcej na temat charakteru prawnego planu miejscowego oraz studium zob. D. Trzczińska, *Prawo planowania i zagospodarowania przestrzennego z perspektywy środowiska i jego ochrony*, Warszawa 2018.

Planując realizację inwestycji, inwestor musi więc zbadać jej zgodność ze wszystkimi przepisami prawa reglamentującymi proces budowlany, na co wskazuje art. 35 ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane¹³ (dalej: p.b.). Jak bowiem wynika z tego przepisu, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej decyzji o projekcie zagospodarowania działki lub terenu oraz projekcie architektoniczno-budowlanym organ administracji architektoniczno-budowlanej sprawdza zgodność projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego przede wszystkim z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i innymi aktami prawa miejscowego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku nieopracowania planu miejscowego. Inwestor nie uzyska zatem pozwolenia na budowę w sytuacji, gdy zaplanowana przez niego inwestycja okaże się sprzeczna z planem miejscowym. Organ architektoniczno-budowlany, w ramach analizy wniosku inwestora o wydanie pozwolenia na budowę, stosownie do przywołanego art. 35 ust. 1 p.b., nie bada zgodności planu ze studium, które nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego. Sprzeczność inwestycji ze studium w zakresie przeznaczenia terenu nie stanowi więc przesłanki odmowy wydania pozwolenia na budowę i zatwierdzenia projektu budowlanego. Jeśli zaś plan miejscowy zostanie usunięty z obrotu prawnego z uwagi na sprzeczność z postanowieniami studium, wydane pozwolenie na budowę może zostać wzruszone. Nie jest przy tym obowiązkiem inwestora badanie zgodności planu ze studium, gdyż należy to do podstawowych obowiązków organu gminy uchwalającego plan (art. 20 ust. 1 u.p.z.p.). Zaistnienie jednak owej sprzeczności pomiędzy omawianymi aktami prawnymi, skutkujące stwierdzeniem nieważności planu, może mieć wpływ na sytuację prawną inwestora w związku z realizacją przez niego inwestycji, na którą uzyskał pozwolenie na budowę. Przykładem może być położenie inwestora, który uzyskał pozwolenie na budowę, dotyczące na przykład budynku usługowego, oparte na planie akceptującym ten rodzaj zabudowy w terenie, a którego nieważność stwierdzono ze względu na niezgodność z postanowieniami studium przewidującymi w miejscu inwestycji tereny zielone.

W orzecznictwie sądów administracyjnych można w tym zakresie wskazać dwa poglądy. Pierwszy z nich zakłada konieczność wyeliminowania z obrotu prawnego pozwolenia na budowę wydanego na podstawie unieważnionego planu. Podnosi się, że na skutek unieważnienia planu decyzje o pozwoleniu na budowę obarczone są wadą polegającą na braku podstawy prawnej do ich wydania. Konieczne jest zatem stwierdzenie nieważności tych rozstrzygnięć w trybie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.¹⁴ Pogląd ten wydaje się zbyt rygorystyczny dla inwestora i pewności obrotu prawnego, co zostało uwzględnione w bardziej elastycznej linii orzeczniczej. Według drugiego stanowiska w judykaturze, które należy wyróżnić,

¹³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.

¹⁴ Por. np. wyrok NSA z dnia 25 maja 2012 roku, sygn. II OSK 400/11, LEX nr 1403277.

stwierdzenie nieważności planu miejscowego nie stanowi automatycznej podstawy stwierdzenia nieważności decyzji o pozwoleniu na budowę wydanej na jego podstawie. Konieczne jest wówczas ustalenie związku, jaki występuje między przyczyną stwierdzenia nieważności planu miejscowego a ewentualną przyczyną nieważności decyzji o pozwoleniu na budowę. Dla przykładu w ewentualnych postępowaniach w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji o pozwoleniach na budowę na terenach, co do których stwierdzono nieważność zaskarżonego planu z powodu braku linii zabudowy, trzeba ocenić, jakie znaczenie dla ważności tych decyzji miało to, że zostały one wydane na podstawie planu miejscowego, w którym dla niektórych terenów nie wyznaczono linii zabudowy¹⁵.

Podsumowując, należy podkreślić, że w przypadku stwierdzenia nieważności planu, na podstawie którego inwestor uzyskał pozwolenie na budowę, uaktualnia się prawna możliwość wzruszenia tego pozwolenia w postępowaniu nadzwyczajnym w przedmiocie stwierdzenia nieważności. Jak już bowiem wskazano, wydanie pozwolenia na budowę jest uzależnione od stwierdzenia zgodności planowanej zabudowy z przepisami z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego, to jest bądź z planem (jeśli obowiązuje), bądź z decyzją o warunkach zabudowy (w wypadku jego braku). Stwierdzenie nieważności planu, będącego skutkiem sprzeczności przeznaczenia terenu w planie z przeznaczeniem wynikającym ze studium, sprawia — o czym była wcześniej mowa — że plan nie obowiązywał w dacie wydawania pozwolenia na budowę. Zamierzenie budowlane inwestora będzie więc musiało podlegać ocenie z perspektywy zgodności z przepisami planowania i zagospodarowania przestrzennego, której wynik pozytywny przełoży się na możliwość realizacji inwestycji i odmowę stwierdzenia nieważności pozwolenia na budowę. Jednak stwierdzenie sprzeczności inwestycji z wskazanymi przepisami może doprowadzić do stwierdzenia nieważności pozwolenia na budowę i kolejnego postępowania — tym razem toczącego się przed organami nadzoru budowlanego. Jego przedmiotem będzie doprowadzenie inwestycji do zgodności z przepisami prawa, zwłaszcza planowania i zagospodarowania przestrzennego. Brak prawnej możliwości doprowadzenia inwestycji do tej zgodności będzie natomiast skutkowało rozbiórką obiektu budowlanego (jeśli został wybudowany) lub niemożliwością kontynuowania budowy (jeśli jest w trakcie).

Bibliografia

- Bąkowski T., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Kraków 2004.
Borkowski J., *Nieważność decyzji administracyjnej*, Łódź-Zielona Góra 1997.
Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2011.

¹⁵ Por. wyrok NSA z dnia 10 listopada 2016 roku, sygn. II OSK 294/15, LEX nr 2190764.

Trzcińska D., *Prawo planowania i zagospodarowania przestrzennego z perspektywy środowiska i jego ochrony*, Warszawa 2018.

Wincenciak M., [w:] *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, Warszawa 2021, LEX/el.

Zachariasz I., [w:] H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2013.

Consequences of a Contradiction between the Purpose of the Land in the Local Spatial Development Plan and in the Study of Spatial Development Conditions and Directions from the Investor's Perspective: General Remarks

Summary

The article analyzes the consequences of a declaration of the invalidity of a local spatial development plan based on its contradiction with the study of spatial development conditions and directions, as well as their influence on the situation of the investor operating according to a spatial plan that had been erased from the legal system.

Keywords: spatial planning, local spatial development plan, space, investor.

PAWEŁ WAJDA

ORCID: 0000-0003-4423-8881

Uniwersytet Warszawski

p.wajda@wpia.uw.edu.pl

Przesłanki wymiaru administracyjnych kar pieniężnych stosowanych wobec banków krajowych w reżimie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe

Abstrakt: Zgodnie z art. 138 ust. 3c Prawa bankowego Komisja Nadzoru Finansowego (KNF), ustalając wysokość kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a i ust. 3b Prawa bankowego, uwzględnia wagę naruszenia oraz czas jego trwania, przyczyny naruszenia, sytuację finansową banku, na który nakładana jest kara, oraz uprzednie naruszenia przez bank przepisów, o których mowa w art. 138 ust. 3 Prawa bankowego. Norma z art. 138 ust. 3c Prawa bankowego powinna być postrzegana przede wszystkim przez pryzmat jej funkcji gwarancyjnej, to jest jako instrument zapewniający, że administracyjna kara pieniężna stosowana przez KNF wobec banków krajowych w reżimie z art. 138 ust. 3 pkt 3a Prawa bankowego będzie karą spełniającą wymóg proporcjonalności. Równie ważne jest, by KNF nadawała każdej z tych przesłanek odpowiednią moc, tak aby nie dochodziło do sytuacji, w której okoliczności łagodzące zostaną ustalone, ale w ujęciu praktycznym nie zostaną wzięte pod uwagę i nie będą miały istotnego wpływu na wymiar kary administracyjnej.

Słowa kluczowe: Prawo bankowe, kara pieniężna, kara administracyjna, Komisja Nadzoru Finansowego.

Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone analizie ustawowych przesłanek wymiaru administracyjnych kar pieniężnych (tak zwanych dyrektyw wymiaru kary) stosowanych wobec banków krajowych w reżimie ustawy z dnia 29 sierp-

nia 1997 roku Prawo bankowe¹ (dalej: p.b.), to jest analizie przesłanek z art. 138 ust. 3c p.b.

Motywacją do przeprowadzenia analizy były występujące w praktyce obrotu wątpliwości odnośnie do rozumienia poszczególnych przesłanek z art. 138 ust. 3c p.b., jak również wpływu poszczególnych przesłanek na wymiar administracyjnej kary pieniężnej w reżimie p.b. oraz nie do końca jasna relacja między normami z art. 138 ust. 3c p.b. i art. 138 ust. 8 p.b., a wreszcie pojawiające się w doktrynie poglądy, zgodnie z którymi Komisja Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) powinny stosować środki nadzoru z art. 138 ust. 3 p.b. po kolei².

W ramach analizy autor skupił się na kwestiach *stricte* praktycznych, to jest na rozumieniu poszczególnych przesłanek z art. 138 ust. 3c p.b. przyjmowanym w orzecznictwie sądów administracyjnych obu instancji, w których przedmiotem skargi/skargi kasacyjnej była w szczególności wykładnia lub stosowanie przez KNF przepisu z art. 138 p.b. W artykule dokonano analizy orzeczeń sądów administracyjnych dotyczących kwestii aplikowania przez KNF przepisu z art. 138 p.b.

1. Sankcje z art. 138 ust. 3c oraz ust. 8 p.b. — uwagi ogólne

Zgodnie z art. 138 ust. 3c p.b. KNF, ustalając wysokość kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a i ust. 3b p.b., uwzględnia wagę naruszenia oraz czas jego trwania, przyczyny naruszenia, sytuację finansową banku, na który nakładana jest kara, oraz uprzednie naruszenia przez bank przepisów, o których mowa w art. 138 ust. 3 p.b.

Katalog przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej znajdujący zastosowanie przy orzekaniu przez KNF administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b. (także w sytuacji stypizowanej w art. 138 ust. 3b p.b.) obejmuje:

1. wagę i okres naruszenia (w czym niejako kryje się waga naruszenia oraz czas jego trwania);
2. stopień przyczynienia się i odpowiedzialność podmiotów lub osób;
3. stosunek wysokości kary finansowej do skali działalności podmiotów mierzonej wielkością przychodów, zysku lub majątku;
4. korzyści osiągnięte przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia;
5. szkody wyrządzone osobom trzecim w wyniku naruszenia;
6. poprzednie naruszenia, ich zakres i częstotliwość (w czym kryją się uprzednie naruszenia przez bank przepisów z art. 138 ust. 3 p.b.);
7. skutki naruszenia dla stabilności finansowej i rynku finansowego;
8. współpracę podmiotu lub osoby z KNF.

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.

² Tak błędnie G. Sikorski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el., komentarz do art. 138 p.b. (teza 5); wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2018 roku, sygn. II GSK 168/18, LEX.

Zestawienie katalogu przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 3c p.b. z katalogiem przesłanek z art. 138 ust. 8 p.b. prowadzi do wniosku, że zbiory te są zbieżne, ale nie identyczne (katalog z art. 138 ust. 3c p.b. jest katalogiem otwartym, natomiast ten z art. 138 ust. 8 p.b. — zamkniętym).

Norma z art. 138 ust. 3c p.b. znajduje zastosowanie do administracyjnych kar pieniężnych, o których mowa w art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b., podczas gdy norma z art. 138 ust. 8 p.b. znajduje zastosowanie podobnie do administracyjnych kar pieniężnych, o których mowa w art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b. W treści przepisu z art. 138 ust. 3c p.b. prawodawca umieścił katalog przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, a w treści przepisu z art. 138 ust. 8 p.b. — katalog okoliczności, które muszą być brane pod uwagę przez KNF przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy administracyjnej, której przedmiotem jest odpowiedzialność administracyjna banku krajowego, i stosowaniu przez KNF kary administracyjnej z art. 138 ust. 3, 3a albo 7a p.b.

Norma z art. 138 ust. 3c p.b. znajdzie zatem zastosowanie wyłącznie przy ustalaniu wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, natomiast zakres zastosowania normy z art. 138 ust. 8 p.b. jest istotnie szerszy. Obejmuje on bowiem zarówno stosowanie administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b., jak i administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 7a p.b. oraz pozostałych kar administracyjnych z art. 138 ust. 3 p.b.

2. Waga i okres naruszenia

Pierwszą z przesłanek wymiaru kary administracyjnej z art. 138 ust. 3c p.b. jest waga naruszenia oraz okres trwania. Konieczne jest wskazanie, że jakkolwiek powołana przesłanka otwiera katalog przesłanek wymiaru administracyjnych kar pieniężnych z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 p.b., to okoliczność ta nie powinna być w jakimkolwiek przypadku interpretowana jako udzielenie tej przesłance swoistego prymatu.

Pod pojęciem „waga naruszenia” należy rozumieć ciężar gatunkowy danego naruszenia, a zatem jego negatywny wpływ na funkcjonowanie rynku bankowego i na realizację celów, którym służy poddanie tego rynku nadzorowi KNF oraz regulacji normatywnej. W ujęciu praktycznym³ KNF poddaje ocenie:

— jaka jest ekspozycja danego deliktu administracyjnego na prawidłowe funkcjonowanie i bezpieczeństwo rynku bankowego⁴ (dopuszczenie się przez bank krajowy deliktu administracyjnego godzącego istotnie w powyższe, skutku-

³ Wyrok NSA z dnia 4 października 2018 roku, sygn. II GSK 813/18, LEX.

⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 października 2011 roku, sygn. VI SA/Wa 995/11, LEX; wyrok NSA z dnia 20 września 2019 roku, sygn. II GSK 2392/17, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 listopada 2013 roku, sygn. VI SA/Wa 2442/13, LEX.

jące nałożeniem kary, będzie bardziej dolegliwe niż w przypadku deliktu administracyjnego, który nie będzie godził istotnie we wskazane wartości⁵;

— jakich przepisów dotyczy naruszenie (naruszenie przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkuje nałożeniem kary bardziej dolegliwej niż w przypadku naruszenia postanowień statutu⁶);

— jaka jest skala negatywnych skutków wywołanych deliktem administracyjnym⁷ (w przypadku istotnych negatywnych skutków deliktu wymiar kary administracyjnej będzie odpowiednio wyższy niż w przypadku nieodnotowania takich negatywnych skutków⁸);

— jaki jest stopień ekspozycji na ryzyko związane z danym deliktem administracyjnym pośród uczestników rynku bankowego⁹ (wymiar kary powinien być wyższy w przypadku deliktów administracyjnych godzących w interesy ogółu niż w przypadku deliktów administracyjnych godzących w interes pojedynczych podmiotów¹⁰);

— jakie było nastawienie banku krajowego, którego działalność podlega sankcjonowaniu, w toku postępowania w przedmiocie deliktu administracyjnego (to jest — czy podmiot ten kwestionował samo naruszenie, czy też uznał stanowisko KNF w przedmiocie naruszenia¹¹);

— jaka jest wewnętrzna organizacja banku krajowego podlegającego sankcjonowaniu, to jest — czy podmiot ten jest zorganizowany właściwie i zapewnia, że procesy pracy i pracownicy są profesjonalni (należy wskazać, że okolicznością obciążającą będzie przykładowo sytuacja, w której bank krajowy dopuścił się deliktu administracyjnego w rezultacie błędnej organizacji pracy w ramach banku i niezapewnienia odpowiedniego profesjonalizmu pracowników¹²);

— jak zachował się podmiot, którego działalność jest sankcjonowana po tym, gdy KNF stwierdziła naruszenie¹³ — chodzi tutaj o działania tego podmiotu¹⁴, które dotyczą skutków deliktu administracyjnego;

— jakie działania zostały podjęte przez bank krajowy, którego działalność jest sankcjonowana, by uniknąć wystąpienia podobnych naruszeń w przyszłości.

⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2015 roku, sygn. VI SA/Wa 721/15, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 października 2012 roku, sygn. VI SA/Wa 931/12, LEX; wyrok NSA z dnia 4 października 2018 roku...

⁶ Wyrok NSA z dnia 7 sierpnia 2013 roku, sygn. II GSK 567/12, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 listopada 2013 roku...

⁷ Wyrok NSA z dnia 26 września 2017 roku, sygn. II GSK 3595/15, LEX.

⁸ Wyrok NSA z dnia 22 maja 2013 roku, sygn. II GSK 329/12, LEX.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2016 roku, sygn. VI SA/Wa 1138/16, LEX.

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 22 maja 2013 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 listopada 2013 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 czerwca 2008 roku, sygn. VI SA/Wa 541/08, LEX.

¹¹ Wyrok NSA z dnia 20 września 2019 roku...

¹² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 października 2011 roku...

¹³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2016 roku...

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 grudnia 2006 roku, sygn. VI SA/Wa 2046/06, LEX.

Przesłanka ta wpisuje się niewątpliwie w prewencyjną funkcję sankcji administracyjnych i jest referencją do obowiązku KNF w przedmiocie dokonania oceny działań podjętych przez podmiot, które zostały podjęte w celu zapobieżenia wystąpieniu naruszeń w przyszłości. Jeśli zatem bank krajowy podejmie działania nakierowane na zapobieżenie wystąpieniu deliktów administracyjnych w przyszłości, będzie to musiało zostać potraktowane przez KNF jako okoliczność łagodząca. Istotne znaczenie będzie miało przy tym również to, czy działania te zostały podjęte przez ten bank krajowy jeszcze przed wszczęciem przez KNF postępowania w tej sprawie, czy też w jego trakcie. W tym pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia z okolicznością łagodzącą o większym znaczeniu, niż ma to miejsce w drugiej sytuacji¹⁵. Jeżeli zaś podmiot ten nie podejmie jakichkolwiek działań, będzie to traktowane przez KNF jako okoliczność obciążająca.

KNF, poddając ocenie przesłankę okresu trwania naruszenia, będzie oceniać, jak długo występował stan deliktu administracyjnego, który stanowi podstawę faktyczną zastosowania instrumentów odpowiedzialności administracyjnej. Im dłużej ten stan naruszenia występował, tym wymiar kary powinien być odpowiednio wyższy oraz odwrotnie — im krócej występował ten stan, tym sankcja powinna być odpowiednio mniej dolegliwa¹⁶. KNF oceni, czy mamy do czynienia z pojedynczym naruszeniem¹⁷, czy z naruszeniem powtarzającym się, czy wreszcie — z naruszeniem wielokrotnym; przy czym okolicznością łagodzącą będzie to, że mamy do czynienia z pojedynczym naruszeniem¹⁸.

W określeniu „waga naruszenia” mieszczą się okoliczności przedmiotowe i podmiotowe związane z zachowaniem się podmiotu sankcjonowanego po stwierdzeniu naruszenia prawa w obszarze usunięcia skutków tego naruszenia i przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Przesłanka wagi naruszenia i okresu jego trwania będzie miała największy wpływ na stosowanie przez KNF kar administracyjnych, przy czym każdorazowo dolegliwość ta będzie dopasowana do okoliczności sprawy. KNF będzie uprawniona do zastosowania sankcji administracyjnej najwyższej wysokości wyłącznie wtedy, gdy stwierdzi, że miało miejsce najpoważniejsze naruszenie przepisów¹⁹, i jednocześnie nie występują jakiegokolwiek okoliczności łagodzące. Niedopuszczalne jest stosowanie przez KNF najbardziej dolegliwych sankcji w każdym przypadku, niezależnie od stwierdzonego przez organ nadzoru stopnia naruszenia przepisów prawa.

¹⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2015 roku...

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1609/17, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 listopada 2008 roku, sygn. VI SA/Wa 1318/08, LEX.

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 22 maja 2013 roku...

¹⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 13 sierpnia 2015 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 września 2012 roku, sygn. VI SA/Wa 480/12, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2012 roku, sygn. VI SA/Wa 714/12, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 czerwca 2016 roku, sygn. VI SA/Wa 706/14, LEX.

¹⁹ Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2008 roku, sygn. II GSK 218/08, LEX.

3. Stopień przyczynienia się i odpowiedzialności podmiotów lub osób

Kolejną z przesłanek z katalogu z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 p.b. jest przesłanka „stopnia przyczynienia się i odpowiedzialności podmiotów lub osób”, która jest referencją do motywacji banku krajowego dopuszczającego się deliktu administracyjnego. Kara administracyjna musi być uzależniona zarówno od okoliczności sprawy, jak i czynników leżących po stronie podmiotu dopuszczającego się deliktu administracyjnego²⁰. Z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) wynika zakaz mechanicznego i rygorystycznego regulowania sytuacji prawnej podmiotów, na których spoczywa obowiązek respektowania pewnych obowiązków publicznoprawnych²¹.

KNF jest zobowiązana do oceny okoliczności, czy naruszenie było intencjonalne, czy było ono w pełni nieintencjonalne²². W przypadku naruszeń intencjonalnych (celowych) KNF powinna stosować kary administracyjne o wyższym poziomie dolegliwości, niż ma to miejsce w przypadku naruszeń nieintencjonalnych²³.

Omawiana przesłanka stanowi referencję do wypracowanej w orzecznictwie TK, TSUE i ETPC koncepcji odpowiedzialności zobiektywizowanej²⁴, to jest umożliwiającą zwolnienie podmiotu od odpowiedzialności administracyjnej, jeżeli wykaze on, że uczynił wszystko, czego można było się od niego domagać w granicach rozsądku, aby do naruszenia przepisów prawa nie doszło²⁵. Podmiot powinien mieć w każdym przypadku możliwość obrony i wykazania, że niedopełnienie obowiązków jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności²⁶.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2009 roku, sygn. VI SA/Wa 425/09, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 września 2012 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2012 roku, sygn. VI SA/Wa 469/12, LEX.

²¹ M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych*, „Studia Prawnicze” 2003, nr 4, s. 140–144; wyrok TSUE z dnia 8 lipca 1999 roku, sygn. C-49/92, *Komisia przeciwko Anic Participazioni*.

²² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1449/18, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1482/18, LEX.

²³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 października 2012 roku...

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 26 października 2011 roku, sygn. VI SA/Wa 1410/11, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 listopada 2013 roku...

²⁵ Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 roku, sygn. P 12/01, OTK-A 2002, Nr 4, poz. 50; I. Niżnik-Dobosz, *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym*, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 135.

²⁶ Wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 roku, sygn. C-45/08, LEX.

4. Stosunek wysokości kary finansowej do skali działalności podmiotów mierzonej wielkością przychodów, zysku lub majątku

Stosunek wysokości kary finansowej do skali działalności podmiotu sankcjonowanego, która to mierzona jest wielkością przychodów, zysku lub majątku banku krajowego, stanowi kolejną przesłankę z katalogu art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 p.b. Obowiązkiem KNF jest uwzględnić sytuację finansową banku krajowego (stan majątkowy²⁷; to jest w istocie zarówno posiadany majątek, jak i osiągnięte czy możliwe do osiągnięcia przychody/zyski²⁸), *ergo* — idealnie dopasować dolegliwość kary do aktualnej sytuacji finansowej banku²⁹.

Celem jest spełnienie wymogu proporcjonalności³⁰, to jest zapewnienie, że kara będzie adekwatna i dopasowana do możliwości płatniczych podmiotu sankcjonowanego, a tym samym nie będzie tak dolegliwa³¹, że będzie prowadzić do upadłości tego podmiotu, oraz na tyle dolegliwa, by podmiot, który dopuścił się deliktu administracyjnego, odczuł dolegliwość kary i wypracowany został dzięki temu cel prewencyjny sankcji w wymiarze szczególnym³².

Ocena sytuacji finansowej jest dokonywana zawsze na dzień wydania decyzji administracyjnej — okoliczność pogorszenia się sytuacji finansowej podmiotu sankcjonowanego musi zostać uwzględniona przez KNF, *ergo* — musi ona prowadzić do obniżenia wymiaru kary administracyjnej³³.

5. Korzyści osiągnięte przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia

Przesłanka ta ma walor przesłanki *stricte* obligatoryjnej, to znaczy — KNF musi zawsze ustalić skalę (wartość) tych korzyści. Pod rządami art. 138 ust. 3c

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 marca 2011 roku, sygn. VI SA/Wa 2526/10; LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 października 2011 roku...

²⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 września 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 958/18, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 grudnia 2017 roku, sygn. VI SA/Wa 1294/17, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1867/17, LEX

²⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2015 roku...

³⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 września 2012 roku, sygn. VI SA/Wa 1267/12, LEX.

³¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2018 roku...

³² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2012 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 września 2012 roku...; Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 122–123.

³³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 stycznia 2019 roku, sygn. VI SA/Wa 1481/18, LEX.

w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 4 p.b. prawodawca uczynił tę przesłankę *stricte* obligatoryjną bez wskazania jakiejkolwiek sytuacji (jak w art. 96 ust. 1h pkt 4 i 5, art. 97 ust. 1g pkt 4 i 5 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, a także art. 228 ust. 4b pkt 4 ustawy z dnia 29 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych i o zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi), w których KNF może odstąpić od ustalenia tej przesłanki.

Z użytego przez prawodawcę sformułowania „korzyści osiągnięte przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia” wynika, że KNF zobowiązana jest ustalić, jaka jest skala (wartość) tych korzyści, lecz nie jest uprawniona odstąpić od tego ustalenia. Zgodnie z literalną wykładnią przepisów z art. 138 ust. 3c p.b. w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 4 p.b. KNF nie może zatem w jakimkolwiek przypadku odstąpić od ustalenia korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia. KNF jest bowiem zobowiązana — zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu administracyjnym³⁴ — podjąć wszelkie działania, kierując się przepisami prawa powszechnie obowiązującego i urzędową (zawodową) starannością, nakierowane na ustalenie stanu faktycznego sprawy administracyjnej³⁵, to jest na ustalenie wystąpienia przesłanki z art. 138 ust. 8 pkt 4 p.b.

Przywołana wykładnia językowa prowadzi do wypracowania suboptymalnych rezultatów. Można bowiem wyobrazić sytuację sobie, gdy KNF podejmie wszelkie możliwe działania nakierowane na ustalenie skali (wartości) korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia, które zakończą się niepowodzeniem. Nieustalenie tej przesłanki skutkowałoby zaś tym, że KNF nie mogłaby w ogólności zastosować administracyjnej kary pieniężnej; co pozornie byłoby korzystne z perspektywy banku krajowego, którego działalność jest przedmiotem sankcjonowania.

Można też wziąć pod uwagę sytuację, w której KNF w rezultacie niemożliwości ustalenia skali (wartości) korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia nie może zastosować administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b. i w konsekwencji stosuje administracyjną karę niepieniężną. W takim wypadku poziom dolegliwości tej decyzji jest istotnie wyższy niż poziom dolegliwości jakiejkolwiek administracyjnej kary pieniężnej, albowiem związana jest ona ze swoistą śmiercią cywilną banku krajowego.

W sytuacji, w której KNF nie będzie w stanie ustalić skali (wartości) korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia, Komisja będzie uprawniona do odstąpienia od ustalenia tej skali (wartości) (co musi być szczegółowo wyjaśnione w treści uzasadnienia decyzji, *argumentum ex art.* 107 § 3

³⁴ P. Wajda, M. Śliwa, *Zasada prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.) i ciężar dowodu w postępowaniach administracyjnych prowadzonych przez KNF*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 5, s. 54–72.

³⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2012 roku...

k.p.a.). Zgodnie z art. 7a § 1 k.p.a. wszelkie wątpliwości prawne należy interpretować *in favorem* zapewnienia jak najwyższego poziomu ochrony sfery praw i interesów strony³⁶. Taki właśnie kierunek interpretacji jest z korzyścią dla sfery praw i interesów strony postępowania, albowiem immunizuje on tę stronę przed sytuacją, w której KNF w rezultacie obiektywnej niemożności ustalenia tej przesłanki zmuszona jest odstąpić od zastosowania administracyjnej kary pieniężnej z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b. i zastosować którąś z administracyjnych kar niepieniężnych z art. 138 ust. 3 p.b.

Zgodnie z art. 138 ust. 3b p.b.: „W przypadku gdy jest możliwe ustalenie kwoty korzyści osiągniętej przez bank albo straty, której bank uniknął w wyniku naruszenia, karę pieniężną, o której mowa w ust. 3 pkt 3a, można ustalić w wysokości dwukrotności korzyści albo straty”. Należy przyjąć, że w treści przesłanki z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 4 p.b. chodzi zarówno o skalę (wartość) korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia, jak i o skalę (wartość) strat unikniętych przez bank w wyniku naruszenia.

KNF nie może przyjąć *a priori*, że nie będzie ustalać kwestii ujętych w treści analizowanej przesłanki. O ile możliwe jest ustalenie skali (wartości) korzyści osiągniętych przez podmiot lub osobę w wyniku naruszenia, to KNF jest obowiązana ustalić tę skalę (wartość). W sytuacji gdy skala ta (wartość) nie będzie możliwa do ustalenia, Komisja będzie uprawniona do odstąpienia od ustalenia tej skali (wartości). Obowiązkiem KNF jest podjąć wszelkie działania i starania nakierowane na ustalenie tych wartości. W obliczu niepodjęcia tych działań KNF nie stosuje przepisu z art. 138 ust. 2b p.b., co samo w sobie będzie stanowić naruszenie przepisów prawa powszechnie obowiązującego (Komisja, wymierzając sankcję administracyjną, stosuje bowiem nieprawidłowy przepis prawa materialnego, to jest w miejsce przepisu z art. 138 ust. 3b p.b. zaaplikuje przepis z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b.).

Przesłanka ta powinna być rozumiana jako obowiązek niejako ustalenia przez KNF tego, ile podmiot dopuszczający się deliktu administracyjnego zarobił w rezultacie popełnienia deliktu, czy też ile nie stracił w rezultacie popełnienia deliktu, kiedy w przypadku niepopołnienia deliktu strata ta by wystąpiła. Sankcja administracyjna w systemie prawa powinna być bowiem czynnikiem finansowym, który ma zniechęcać podmioty obowiązane do popełnienia naruszeń prawa, a także obniżyć ekonomiczną atrakcyjność tych naruszeń³⁷.

W sytuacji gdy korzyści zostały odniesione albo udało się uniknąć strat przez podmiot, KNF będzie traktować to jako okoliczność obciążającą. Gdy natomiast takie korzyści nie zostały odniesione albo też nie miała miejsca sytuacja uniknięcia strat, sytuacja ta powinna mieć neutralny wpływ na wymiar kary administracyjnej.

³⁶ Wyrok NSA z dnia 23 września 1982 roku, sygn. II SA 1031/82, ONSA 1982, Nr 2, poz. 91; wyrok NSA z dnia 8 marca 2000 roku, sygn. V SA 1482/99, ONSA 2001, Nr 3, poz. 109.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 października 2012 roku...

Gdy podmiot sankcjonowany poniósł straty w miejsce korzyści albo też poniósł większą stratę, niż poniósłby w sytuacji, gdyby delikt administracyjny nie miał miejsca, obowiązkiem KNF będzie potraktować to jako okoliczność łagodzącą.

W odniesieniu do przedmiotowej przesłanki szczególnie ważny będzie odpowiedni udział strony³⁸. W praktyce obrotu³⁹ przyjmuje się, że to strona postępowania powinna podejmować działania nakierowane na ustalenie treści tej przesłanki na gruncie danej sprawy administracyjnej.

6. Szkody wyrządzone osobom trzecim w wyniku naruszenia

Przesłanka ta jest zbliżona do tej z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 4 p.b. W przypadku tej przesłanki obowiązkiem KNF jest podjąć wszelkie działania nakierowane na ustalenie tej skali i wyłącznie w sytuacji, gdyby okazało się to obiektywnie niemożliwe, KNF będzie uprawniona odstąpić od uwzględnienia tej przesłanki.

Przesłanka skali (wartości) „szkod wyrządzonych osobom trzecim w wyniku naruszenia” powinna być zatem rozumiana jako spoczywający na KNF obowiązek, by ustalić tę skalę (wartość). W rezultacie Komisja powinna ustalić, jaki jest rozmiar szkód (zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*) wyrządzonych podmiotom trzecim, które to szkody pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z deliktem administracyjnym. W sytuacji gdy skala ta (wartość) nie będzie możliwa do ustalenia, KNF będzie uprawniona do odstąpienia od ustalenia tej skali (wartości).

Gdy KNF wykaże, iż takie szkody powstały, jej obowiązkiem będzie potraktować to jako okoliczność obciążającą. W przypadku gdy takie szkody nie powstały, sytuacja ta powinna mieć neutralny wpływ na wymiar kary administracyjnej. Gdy zaś podmioty trzecie odniosły wręcz korzyści w rezultacie dopuszczenia się przez bank krajowy deliktu administracyjnego, obowiązkiem KNF będzie potraktować to jako okoliczność łagodzącą.

³⁸ Wyrok NSA z dnia 22 kwietnia 2015 roku, sygn. II GSK 581/14, LEX.

³⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 lutego 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1668/17, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 lutego 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1637/17, LEX.

7. Poprzednie naruszenia, ich zakres i częstotliwość

Wskazana przesłanka z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 6 p.b. stanowi referencję do obowiązku KNF w przedmiocie dokonywania oceny dotychczasowego postępowania banku krajowego, którego działalność podlega sankcjonowaniu (referencja do jego swoistej historii i dorobku, jeśli chodzi o dopuszczenie się popełnienia deliktów administracyjnych dotyczących przepisów z art. 138 ust. 3 p.b.).

KNF jest zobowiązana poddać ocenie, czy podmiot ten był kiedykolwiek sankcjonowany za swoją działalność w obrębie rynku bankowego⁴⁰, to jest — czy kiedykolwiek uprzednio dopuścił się jakiegokolwiek deliktu administracyjnego sprowadzającego się do naruszenia przepisów wymienionych w art. 138 ust. 3 p.b. Podmiot, który do tej pory dopuścił się licznych czy częstych naruszeń przepisów wymienionych w art. 138 ust. 3 p.b., powinien podlegać dolegliwszej sankcji administracyjnej niż podmiot, który dopuszcza się pojedynczego naruszenia po raz pierwszy.

8. Skutki naruszenia dla stabilności finansowej i rynku finansowego

Ta przesłanka z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 7 p.b. powinna być rozumiana jako obowiązek ustalenia przez KNF tego, jaki wpływ na stabilność finansową⁴¹ i na funkcjonowanie rynku finansowego ma stwierdzony delikt administracyjny, to jest ustalenia, jak bardzo negatywny jest wpływ deliktu na funkcjonowanie rynku finansowego.

Należy wskazać, że każdy delikt administracyjny ma w istocie negatywny wpływ na funkcjonowanie rynku⁴². W orzecznictwie sądów administracyjnych⁴³ przyjmuje się, że każdy delikt administracyjny w obrębie rynku wywołuje skutki prawne i faktyczne wyrażające się w samym naruszeniu prawa. W efekcie bez znaczenia jest to, czy w obrębie rynku wystąpiła realna szkoda, czy też nie⁴⁴. Obowiązkiem KNF jest zatem poddać ocenie, jak poważnie dany delikt admini-

⁴⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2018 roku...

⁴¹ M. Kiedrowska, P. Marszałek, *Stabilność finansowa — pojęcie, cechy i sposoby zapewnienia. Część I*, „Bank i Kredyt” 2002, nr 3, s. 22; *eidem*, *Bank centralny i stabilność finansowa*, „Bank i Kredyt” 2003, nr 6, s. 5.

⁴² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 stycznia 2019 roku...

⁴³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 marca 2019 roku, sygn. VI SA/Wa 1948/18, LEX.

⁴⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 marca 2011 roku...

stracyjny godzi w funkcjonowanie rynku finansowego i stoi w opozycji do celów, których realizacji służy instytucja nadzoru nad rynkiem bankowym⁴⁵.

Przesłanka ta ma z natury obciążający charakter, przy czym skala wpływu tej przesłanki będzie funkcją tego, jak poważnie dany delikt administracyjny godzi w podstawowe pryncypia funkcjonowania rynków finansowych. Jeżeli delikt istotnie zagraża stabilności finansowej i funkcjonowaniu rynków finansowych, będzie to musiało zostać potraktowane przez KNF jako ważna okoliczność obciążająca. W sytuacji zaś gdy poziom takiego zagrożenia będzie niewielki — będzie to okoliczność obciążająca wyłącznie w niewielkim stopniu.

9. Współpraca podmiotu lub osoby z KNF

Przesłanka ta zobowiązuje KNF do dokonania obiektywnego ustalenia, czy podmiot podjął współpracę z Komisją w zakresie wyjaśnienia okoliczności sprawy, czy odmówił podjęcia współpracy. Chodzi tutaj o to, które z zachowań przyjęł podmiot, którego działalność ma być sankcjonowana w ramach postępowania administracyjnego — sprowadza się to do stwierdzenia, czy podmiot współpracował z KNF, nie współpracował z KNF w ogóle (powołując się na art. 86 w zw. z art. 83 k.p.a.), czy wreszcie — utrudniał KNF ustalenie stanu faktycznego sprawy administracyjnej⁴⁶.

W pierwszym przypadku Komisja rzeczoną współpracę (niezależnie od jej efektu, to jest niezależnie od tego, czy podmiot przyczynił się faktycznie do wyjaśnienia sprawy; w tym ostatnim kontekście należy bowiem wskazać to, że prawodawca w treści przepisu z art. 138 ust. 3c w zw. z art. 138 ust. 8 pkt 8 p.b. *explicite* wskazał, że przedmiotem oceny jest sama współpraca, a nie materialny/proceduralny wynik tej współpracy) powinna potraktować jako okoliczność łagodzącą⁴⁷, w środkowym przypadku jako okoliczność neutralną, natomiast w ostatnim — jako okoliczność obciążającą⁴⁸.

⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1449/18; wyrok WSA w Warszawie z 7 grudnia 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1482/18; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 września 2012 roku...

⁴⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 4 czerwca 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 821/17, LEX.

⁴⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2018 roku...

⁴⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2016 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 4 czerwca 2018 roku...; wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 22/18, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 lutego 2018 roku, sygn. VI SA/BiWa 1637/17, LEX; wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 lutego 2018 roku, sygn. VI SA/Wa 1668/17; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 stycznia 2019 roku, sygn. VI SA/Wa 1553/18, LEX.

Podsumowanie

Norma z art. 138 ust. 3c p.b. powinna być postrzegana przede wszystkim przez pryzmat jej funkcji gwarancyjnej, to jest jako instrument zapewniający, że administracyjna kara pieniężna stosowana przez KNF wobec banków krajowych w reżimie z art. 138 ust. 3 pkt 3a p.b. będzie spełniała wymóg proporcjonalności. Komisja nie powinna także ograniczać się wyłącznie do stosowania przesłanek o walorze obciążającym i nie stosować jednocześnie tych przesłanek, które mają łagodzący wpływ na wymiar kary. Takie działanie byłoby w pełni nieprawidłowe i skutkowałoby koniecznością derogowania zaskarżonej decyzji z obrotu prawnego.

Równie ważne jest, by KNF nadawała każdej z tych przesłanek odpowiednią moc, tak aby nie dochodziło do sytuacji, w której okoliczności łagodzące zostaną ustalone, ale w ujęciu praktycznym nie zostaną wzięte pod uwagę i nie będą miały istotnego wpływu na wymiar kary administracyjnej. Należy bowiem unikać sytuacji, w których KNF będzie stosowała najwyższy albo bliski najwyższemu wymiar kary administracyjnej, gdy podmiot, którego działalność jest przedmiotem sankcjonowania, dopuścił się naruszenia nieintencjonalnego, które nie wywołało jakichkolwiek strat u podmiotów trzecich, podmiot nie osiągnął w rezultacie jakichkolwiek korzyści, jak również miał do tej pory nienaganną historię (to jest nigdy nie odpowiadał administracyjnie) i współpracował z KNF podczas wyjaśniania okoliczności tego naruszenia. Takie działanie Komisji stanowiłoby podobnie oczywiste naruszenie przepisu z art. 138 ust. 3c p.b. w zw. z art. 138 ust. 8 p.b. i musiałoby skutkować derogowaniem tak wydanej decyzji z obrotu prawnego.

Bibliografia

- Kiedrowska M., Marszałek P., *Bank centralny i stabilność finansowa*, „Bank i Kredyt” 2003, nr 6.
Kiedrowska M., Marszałek P., *Stabilność finansowa — pojęcie, cechy i sposoby zapewnienia. Część I*, „Bank i Kredyt” 2002, nr 3.
Kmieciak Z., *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000.
Niżnik-Dobosz I., *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym*, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011.
Sikorski G., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el.
Szydło M., *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych*, „Studia Prawnicze” 2003, nr 4.
Wajda P., Śliwa M., *Zasada prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.) i ciężar dowodu w postępowaniach administracyjnych prowadzonych przez KNF*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 5.

Prerequisites for the Assessment of Administrative Pecuniary Penalties Applied to Domestic Banks under the Provisions of the Act of 29 August 1997, Banking Law

Summary

Pursuant to art. 138 sec. 3c of the Banking Law, the Polish Financial Supervision Authority (PFSA), determining the amount of the pecuniary penalty under art. 138 sec. 3 point 3a and sec. 3b of the Banking Law, takes into account the seriousness of the violation and its duration, the reasons for the violation, the financial situation of the bank on which the penalty is imposed, and the bank's prior violation of the provisions referred to in art. 138 sec. 3 of the Banking Law. Regulation of art. 138 sec. 3c of the Banking Law should be perceived primarily through the prism of its guarantee function, that is, as an instrument ensuring that the administrative pecuniary penalty applied by the PFSA against domestic banks under art. 138 sec. 3 point 3a of the Banking Law will be a penalty that meets the requirement of proportionality. It is equally important that the PFSA gives each of these premises the appropriate power, so that there is no situation in which the mitigating circumstances will be established, but in practical terms they will not be taken into account and will not have a significant impact on the administrative penalty.

Keywords: Banking Law, pecuniary penalty, administrative penalty, Polish Financial Supervision Authority.

PIOTR WOJTULEK

ORCID: 0000-0001-8359-4737

Uniwersytet Wrocławski
piotr.wojtulek@uwr.edu.pl

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach i jej znaczenie z punktu widzenia gospodarki złożami kopalin

Abstrakt: Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest instrumentem oceny wpływu planowanych inwestycji na środowisko. Jej waga dostrzegalna jest zwłaszcza w przedsięwzięciach znacznie oddziałujących na środowisko, do których zaliczają się inwestycje regulowane w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 roku — Prawo geologiczne i górnicze. W postępowaniach administracyjnych, przede wszystkim koncesyjnych, regulowanych tą ustawą decyzja ta stanowi rozstrzygnięcie prejudycjalne warunkujące wydanie koncesji. W dobie transformacji energetycznej, która zmienia priorytety w gospodarce surowcami mineralnymi, decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach zyskuje także funkcję instrumentu regulacji zarządzania złożami kopalin. Istotne znaczenie w tym procesie ma również udział społeczeństwa w postępowaniu o ocenie oddziaływania na środowisko.

Słowa kluczowe: decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, ocena oddziaływania na środowisko, inwestycje, geologia, górnictwo.

Wprowadzenie

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest istotną instytucją prawną w zakresie ochrony środowiska. Jest związana z potrzebą oszacowania potencjalnego wpływu konkretnej inwestycji na środowisko i służy „określeniu środowiskowych wymogów towarzyszących realizacji planowanego przez inwestora przedsięwzięcia, tj. warunków, które czynią je dopuszczalnymi z punktu widzenia

przepisów prawa ochrony środowiska”¹. Decyzja ta pojawia się w postępowaniach administracyjnych przed wydaniem decyzji administracyjnych, stanowiących instrumenty reglamentacji podejmowania działalności gospodarczej (czyli bezpośredniej administracyjnoprawnej ingerencji państwa w gospodarkę²), takich jak koncesje i zezwolenia. Dotyczy to także tego typu aktów regulowanych w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 roku — Prawo geologiczne i górnicze³ (dalej: p.g.g.), co czyni decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach jednym z najważniejszych elementów postępowania administracyjnych w geologii i górnictwie.

Celem artykułu jest charakterystyka instytucji decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w kontekście postępowania koncesyjnych przewidzianych w p.g.g. Warunkuje ona wydanie końcowych decyzji w tych postępowaniach, a w dobie zmian w gospodarce surowcami mineralnymi, wywołanych między innymi transformacją energetyczną, stanowi istotny instrument kształtowania tej gospodarki.

Geneza instytucji decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

Zarówno decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, jak i związana z nią ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko nie są pierwszymi tego typu instytucjami w polskim systemie prawa⁴. Już bowiem ustawa z dnia 7 kwietnia 1949 roku o ochronie przyrody⁵ nakazywała władzom państwowym zasięgać opinii Państwowej Rady Ochrony Przyrody „w sprawach zamierzeń mogących wpłynąć w sposób istotny na równowagę sił przyrody” (art. 9 ust. 2). Fakultatywny charakter miało późniejsze rozwiązanie, nadające uprawnienie właściwego organu administracyjnego do zobowiązania inwestora do przedstawienia oceny oddziaływania inwestycji na środowisko z art. 70 ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska po nowelizacji ustawą z dnia 27 kwietnia 1989 roku o zmianie ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska i ustawy — Prawo wodne⁶.

¹ D. Trzińska, *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach*, [w:] *Leksykon ochrony środowiska*, red. J. Ciechanowicz-McLean, Warszawa 2009, s. 10.

² T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 109.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2269.

⁴ Zwraca na to uwagę między innymi Wojciech Radecki, *Nowe przepisy o udostępnianiu informacji o środowisku oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, cz. 1. *Uwagi ogólne, przedmiot regulacji prawnej, zagadnienia organizacyjne*, „Problemy Ekologii” 2001, nr 1.

⁵ Dz.U. z 1949 r. Nr 25, poz. 180.

⁶ Dz.U. z 1989 r. Nr 26, poz. 139 ze zm. Ewolucję systemu ocen oddziaływania na środowisko omawia Anna Haładyj, *Ewolucja systemu ocen oddziaływania na środowisko planowanych przedsięwzięć w polskim systemie prawnym — aspekty proceduralne*, [w:] *Środowiskowe bariery i czynniki rozwoju gospodarczego Polski*, red. L. Preisner, Kraków 2006, a także Agata Kosieradzka-

Tak sformułowane regulacje nie zabezpieczały jednak w należyтым stopniu środowiska i nie przystawały do zmieniających się realiów w kwestii jego ochrony. Już od lat siedemdziesiątych XX wieku zauważa się bowiem przyspieszenie procesu wzmocnienia regulacji w tym zakresie, co wyraża się między innymi postępującym umiędzynarodowieniem regulacji środowiskowych⁷. Proces ten ma także istotne odzwierciedlenie w prawie Unii Europejskiej, której akty prawa wtórnego zobligowały państwa członkowskie do stworzenia efektywnych systemów oceny wpływu inwestycji na środowisko⁸. Rezultatem tych tendencji jest obecnie obowiązująca dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 roku w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko⁹ (dalej: dyrektywa 2011/92/UE).

Dyrektywa 2011/92/UE już na początku przesądza jej stosowanie do „oceny skutków środowiskowych wywieranych przez przedsięwzięcia publiczne i prywatne, które mogą powodować znaczące skutki w środowisku” (art. 1 ust. 1), przy czym „przedsięwzięcie” definiuje także jako „inne interwencje w otoczeniu naturalnym i krajobrazie, włącznie z wydobywaniem zasobów mineralnych” (art. 1 ust. 2 lit. a tiret 2). Oznacza to, że przedsięwzięcia te należy rozumieć szeroko. Ponadto wskazanie w definicji przedsięwzięć związanych z wydobywaniem zasobów mineralnych dodatkowo wzmocnia intencję autorów dyrektywy, by objąć jej przepisami inwestycje geologiczne i górnicze.

Przedmiot decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

Przejawem implementacji dyrektywy 2011/92/UE w polskim systemie prawa jest instytucja decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wymaganej dla przedsięwzięć znajdujących się w fazie planowania, które zawsze albo choćby potencjalnie będą znacząco oddziaływać na środowisko (art. 71 ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania

-Federczyk, *Ocena oddziaływania na środowisko. Węzłowe zagadnienia prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2019.

⁷ Istotnym przejawem tego procesu jest na przykład Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturowego i naturalnego, uchwalona przez UNESCO 16 listopada 1972 roku w Paryżu, ratyfikowana przez Polskę 6 maja 1976 roku.

⁸ Ewolucję prawa Unii Europejskiej w zakresie ocen oddziaływania na środowisko przedstawiają Marcin Pchałek i Michał Behnke, *Postępowanie w sprawie oceny oddziaływania na środowisko w prawie polskim i UE*, Warszawa 2009.

⁹ Dz.U. UE L 26 ze zm.

na środowisko¹⁰; dalej: u.o.o.ś.). Z mocy ustawy wydanie decyzji będzie zawsze poprzedzać następujące rozstrzygnięcia związane ze stosowaniem p.g.g. (art. 72 ust. 1 u.o.o.ś.):

1. decyzja w sprawie koncesji na poszukiwanie lub rozpoznawanie kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, koncesji na wydobywanie kopaliny ze złóż, koncesji na podziemne bezzbiornikowe magazynowanie substancji, koncesji na podziemne składowanie odpadów oraz koncesji na podziemne składowanie dwutlenku węgla;

2. decyzja zatwierdzająca plan ruchu do wykonywania robót geologicznych związanych z poszukiwaniem i rozpoznawaniem złoża węglowodorów lub decyzja inwestycyjna w celu wykonywania koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złoża węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złoża;

3. decyzja zatwierdzająca plan ruchu do wykonywania robót geologicznych na podstawie koncesji na poszukiwanie lub rozpoznawanie złoża kopaliny;

4. decyzja określająca szczegółowe warunki wydobywania kopaliny.

Wskazane wyliczenie nie wyczerpuje katalogu przypadków, w których zaistnieje konieczność dokonania oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Na podstawie delegacji z art. 60 u.o.o.ś. Rada Ministrów wydała bowiem rozporządzenie z dnia 10 września 2019 roku w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko¹¹ (dalej: r.p.o.ś.), wydzielając trzy kategorie tego typu przedsięwzięć (§ 1 ust. 1 r.p.o.ś.). Pierwsza kategoria obejmuje przedsięwzięcia, które zawsze mogą znacząco oddziaływać na środowisko. Do drugiej kategorii zaliczono przedsięwzięcia o potencjalnie znaczącym oddziaływaniu, natomiast w kategorii trzeciej znalazły się przypadki, w których zmiany dokonywane w obiektach są kwalifikowane jako przedsięwzięcia o zawsze albo potencjalnym znaczącym oddziaływaniu na środowisko. W pierwszej z tych grup znalazły się przedsięwzięcia z branży geologicznej i górniczej związane z koniecznością uzyskania koncesji, takie jak między innymi (§ 2 ust. 1 r.p.o.ś.):

1. wydobywanie ze złoża, w tym metodą otworów wiertniczych, lub prób: gazu w ilości większej niż 500 000 m³ na dobę, ropy naftowej lub jej naturalnych pochodnych w ilości większej niż 500 ton na dobę, ropy naftowej, jej naturalnych pochodnych oraz gazu — na obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej;

2. wydobywanie kopaliny ze złoża metodą: odkrywkową na powierzchni obszaru górniczego nie mniejszej niż 25 hektarów, podziemną o wydobyciu kopaliny nie mniejszym niż 100 000 m³ na rok.

W drugiej grupie przedsięwzięć znalazły się z kolei chociażby takie przedsięwzięcia regulowane ustawą p.g.g., jak (§ 3 ust. 1 r.p.o.ś.):

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2373.

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1839.

1. podziemne bezzbiornikowe magazynowanie substancji;
2. wydobywanie kopalin ze złoża metodą odkrywkową o mniejszej powierzchni obszaru górniczego niż 25 hektarów, przy czym minimalną wielkością obszaru kwalifikującą te przedsięwzięcia do drugiej grupy jest obszar 2 hektarów oraz wydobyć większe niż 20 000 m³ na rok (zastrzeżenie tego minimalnego progu uznania wydobywania kopalin metodą odkrywkową za potencjalnie znacznie oddziałujące na środowisko nie dotyczy przy tym licznych wyjątków określonych w § 3 ust. 1 pkt 40 lit. a r.p.o.ś.¹²).

Od tak określonego stanu rzeczy u.o.o.ś. przewidziała wyjątki, w których nie wymaga się uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, jeśli zmiana dotyczy koncesji lub decyzji polegających na (art. 72 ust. 2 pkt 2 u.o.o.ś.):

1. zmniejszeniu powierzchni, w granicach której ma być prowadzona działalność;
2. przeniesieniu koncesji lub decyzji na inny podmiot;
3. zmianie głębokości robót geologicznych związanych z poszukiwaniem lub rozpoznawaniem złoża kopalin, wykonywanych metodą otworów wiertniczych;
4. zmianie koncesji lub decyzji, polegającej na zmianie terminu rozpoczęcia działalności lub ograniczeniu prowadzenia działalności objętej koncesją lub decyzją, o ile mieści się ono w zakresie objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach;
5. zmianie zakresu prac geologicznych, w tym robót geologicznych, lub harmonogramu robót geologicznych niestanowiących przedsięwzięcia mogącego znacząco lub potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko;
6. zmianie terminu rozpoczęcia prac i robót geologicznych;
7. zmianie zapisu dotyczącego przekazywania próbek i danych geologicznych;
8. zmniejszeniu granic obszaru górniczego i terenu górniczego.

Nie wymaga się także nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w sytuacji zmiany planu ruchu do wykonywania robót geologicznych określonych w art. 72 ust. 1 pkt 4a i 4b u.o.o.ś, co do którego wydano już zarówno decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, jak i decyzję zatwierdzającą plan ruchu.

Kontrowersje związane z wyłączeniami

Obecnie obowiązujący katalog wyłączeń został określony ustawą z dnia 24 czerwca 2021 roku o zmianie ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach

¹² Katalog złóż z tego przepisu jest bardzo szeroki. Przykładowo dotyczy on złóż eksploatowanych metodą odkrywkową, takich jak torf lub kreda jeziorna. Przepis ten odnosi się także do złóż na obszarach narażonych na niebezpieczeństwo powodzi.

oddziaływania na środowisko¹³. Przed tą nowelizacją przykładowo wyłączano z konieczności uzyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach sytuacje „jednokrotnego wydłużenia terminu obowiązywania koncesji na wydobywanie węgla brunatnego do 6 lat, wyłącznie w przypadku gdy wydłużenie koncesji uzasadnione jest racjonalną gospodarką złożem oraz bez rozszerzenia zakresu koncesji”. Było to przedmiotem krytyki Grzegorza Dobrowolskiego¹⁴, który słusznie argumentował, że nie można przedłużać koncesji bez przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, nawet jeśli przemawiałaby za tym racjonalna gospodarka złożem kopaliny.

Wskazane kontrowersje miały konsekwencje w wytoczonym Polsce procesie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Republikę Czeską w dniu 26 lutego 2021 roku (sygn. C-121/21 — sprawa Turowa). Podstawowym zarzutem strony skarżącej jest naruszenie przez Polskę dyrektywy 2011/92 ze względu na ustanowienie przepisów,

zgodnie z którymi można przedłużyć koncesję na wydobywanie węgla brunatnego o 6 lat bez przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko i zgodnie z którymi postępowanie w sprawie udzielenia koncesji na działalność wydobywczą jest w większości przypadków niepubliczne¹⁵.

Mimo że skutek wycofania skargi przez stronę czeską opisywana sprawa nie została rozstrzygnięta co do istoty, to zarzuty strony skarżącej zostały uwiarygodnione przez TSUE w postanowieniu wiceprezesa Trybunału z dnia 21 maja 2021 roku¹⁶. Zastosowany środek tymczasowy w postaci nakazu zaprzestania wydobycia węgla brunatnego w kopalni Turów jest jednak krytykowany w literaturze jako nieproporcjonalny¹⁷.

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach w postępowaniach koncesyjnych w p.g.g.

Konieczność uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dotyczy większości przedsięwzięć w ramach działalności objętych przymusem kon-

¹³ Dz.U. z 2021 r. poz. 1211.

¹⁴ G. Dobrowolski, *Kilka uwag dotyczących ocen oddziaływania na środowisko w geologii i górnictwie*, „Roczniki Administracji i Prawa” 20, 2020, z. 2, s. 239–248.

¹⁵ Sygn. C 138/23, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CN0121&from=EN> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁶ <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-05/cp210089pl.pdf> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁷ K. Zawodziński, *Nakaz zaprzestania wydobycia węgla brunatnego w kopalni Turów nałożony w ramach środków tymczasowych zarządzonych w sprawie C-121/21 R (postanowienie Wiceprezesa Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 maja 2021 r.)*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2021, nr 2 (10).

cesyjnym w p.g.g. (art. 21 ust. 1 p.g.g.)¹⁸. Decyzja ta poprzedza wydanie decyzji administracyjnych, takich jak koncesja, a zatem stanowi rozstrzygnięcie o charakterze prejudycjalnym¹⁹, co przesądza brzmienie przepisów zarówno u.o.o.ś. (art. 72 ust. 1 pkt 4, 4a, 4b i 5), jak i p.g.g. Dotyczy to nie tylko postępowań koncesyjnych wszczynanych na wniosek zainteresowanego podmiotu, ale też tych, w których organ koncesyjny wszczyna postępowanie przetargowe na udzielenie koncesji²⁰.

W pierwszym przypadku art. 24 ust. 6 p.g.g. precyzuje, że „do wniosku o udzielenie koncesji, poprzedzonej decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach wydaną w postępowaniu wymagającym udziału społeczeństwa, dołącza się również załącznik graficzny [...]”. Oznacza to, że postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach toczy się w związku ze wszczętym postępowaniem koncesyjnym i kończy się przed jego rozstrzygnięciem. W drugim natomiast przypadku organ koncesyjny przed wszczęciem postępowania przetargowego uzyskuje decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (art. 49g ust. 1 pkt 2 lit. c p.g.g.).

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach a gospodarka złożami kopalin

Niewątpliwie decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest istotnym instrumentem pozwalającym na większą kontrolę oddziaływania inwestycji na środowisko. Biorąc pod uwagę warunki jej uzyskania i jej znaczenie, stanowi ona decyzję o znacznej relewancji, warunkując wydanie pozytywnej decyzji końcowej w sprawie. Z tych powodów decyzja ta jest także ważnym instrumentem wywierania wpływu na gospodarkę, co jest szczególnie widoczne w branży geologicznej i górniczej, w której inwestycje z istoty rzeczy znacznie oddziałują na środowisko. O możliwości ich prowadzenia będzie przesądzać poziom restrykcyjności norm środowiskowych, zależny od aktualnie prowadzonej polityki ochrony środowiska. Zależność ta jest obecnie najbardziej zauważalna w branży węglowej, gdzie wymagania środowiskowe są znaczące w związku z tak zwaną transformacją energetyczną, w wyniku której węgiel został uznany za niepożądany surowiec energetyczny. Powoduje to, jak zauważył G. Dobrowolski, że część przedsiębiorców wydobywających obecnie (czyli w dobie transformacji energetycznej) węgiel ka-

¹⁸ Omawia je Mikołaj Machowski, *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach w przypadku przedsięwzięć z zakresu geologii górnictwa*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2016, nr 2, s. 41–58.

¹⁹ W ten sposób wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2012 roku, sygn. II OSK 1483/11.

²⁰ Zob. P. Wojtulek, T. Kocowski, W. Małecki. *Prawo geologiczne i górnicze*, Warszawa 2020.

mienny może nie być w stanie uzyskać decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach ze względu na potencjalne skutki prowadzonej działalności dla środowiska²¹.

Niewykluczone, że podobnie restrykcyjne normy środowiskowe mogą w przyszłości dotyczyć także innych gałęzi przemysłu wydobywczego. Zwiększenie wymagań w tym zakresie będzie każdorazowo stosunkowo łatwe do uzasadnienia, wszak przykładowo działalność górnicza zawsze wywołuje znaczące zmiany w stosunkach wodnych czy też zaburza stateczność górotworu. Decydujący w tym aspekcie wydaje się głos strony społecznej oraz próg jej tolerancji dla inwestycji geologicznych i górniczych prowadzonych w sąsiedztwie skupisk ludzkich. Przed wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach organ właściwy do jej wydania zapewnia przecież możliwość udziału społeczeństwa w postępowaniu, w ramach którego przeprowadza ocenę oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko (art. 79 ust. 1 u.o.o.s.).

Bibliografia

- Dobrowolski G., *Kilka uwag dotyczących ocen oddziaływania na środowisko w geologii i górnictwie*, „Roczniki Administracji i Prawa” 20, 2020, z. 2.
- Haładaj A., *Ewolucja systemu ocen oddziaływania na środowisko planowanych przedsięwzięć w polskim systemie prawnym — aspekty proceduralne*, [w:] *Środowiskowe bariery i czynniki rozwoju gospodarczego Polski*, red. L. Preisner, Kraków 2006.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kosieradzka-Federczyk A., *Ocena oddziaływania na środowisko. Węzłowe zagadnienia prawno-międzynarodowe*, Warszawa 2019.
- Machowski M., *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach w przypadku przedsięwzięć z zakresu geologii górnictwa*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2016, nr 2.
- Pchałek M., Behnke M., *Postępowanie w sprawie oceny oddziaływania na środowisko w prawie polskim i UE*, Warszawa 2009.
- Radecki W., *Nowe przepisy o udostępnianiu informacji o środowisku oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, cz. 1. *Uwagi ogólne, przedmiot regulacji prawnej, zagadnienia organizacyjne*, „Problemy Ekologii” 2001, nr 1.
- Trzczińska D., *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach*, [w:] *Leksykon ochrony środowiska*, red. J. Ciechanowicz-McLean, Warszawa 2009.
- Wojtulek P., Kocowski T., Małecki W., *Prawo geologiczne i górnicze*, Warszawa 2020.
- Zawodziński K., *Nakaz zaprzestania wydobywania węgla brunatnego w kopalni Turów nałożony w ramach środków tymczasowych zarządzanych w sprawie C-121/21 R (postanowienie Wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 maja 2021 r.)*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2021, nr 2 (10).

²¹ G. Dobrowolski, *op. cit.*

The Decision on Environmental Conditions and Its Importance in Terms of the Management of Mineral Deposits

Summary

The decision on environmental conditions is an instrument for assessing the impact of planned investments on the environment. Its importance is especially noticeable in projects significantly affecting the environment, which include investments regulated in the Polish Geological and Mining Law. In administrative proceedings, especially in concession proceedings regulated by this act, the decision on environmental conditions is a preliminary conclusion for the issuance of a concession. In the era of energy transformation changing the priorities in the management of mineral resources, the decision on environmental conditions also becomes an instrument for regulating the management of mineral deposits. Public participation in the environmental impact assessment procedure is also of significant importance in this process.

Keywords: decision on environmental conditions, environmental impact assessment, investments, geology, mining.

LIDIA ZACHARKO

ORCID: 0000-0002-3799-5502

Uniwersytet Śląski w Katowicach

lidia.zacharko@us.edu.pl

Przedsiębiorstwa publiczne we Francji. Prywatyzacja zadań publicznych — kierunki zmian*

Abstrakt: Rozważania nad tematem statusu przedsiębiorstw publicznych we Francji w warunkach dynamicznie zmieniającego się otoczenia administracji publicznej potwierdzają złożoność problemów, które są przedmiotem szerokiego dyskursu naukowego. Administracja publiczna nie może odgrywać jedynie roli regulatora rynku usług, w związku z czym miarodajnym kryterium rozstrzygnięć odnośnie do granic prywatyzacji zadań publicznych winno być nie tylko kryterium opłacalności, ale też kryterium interesu publicznego, to jest zagwarantowanie ciągłości zaspokajania potrzeb społecznych.

Słowa kluczowe: prywatyzacja zadań publicznych, jednostka samorządu terytorialnego, interes publiczny.

Zagadnienia wprowadzające

Dorobek naukowy Jubilat stał się inspiracją do zajęcia stanowiska w dyskursie akademickim dotyczącym funkcji i celów państwa w gospodarce rynkowej¹.

* J.M. Sauvé, *Les entreprises publiques*, <https://www.conseil-etat.fr/actualites> (dostęp: 20.08.2021). Jean-Marc Sauvé wyraził pogląd, iż w odniesieniu do prywatyzacji przedsiębiorstw publicznych mamy podwójny ruch: dywersyfikacji i prywatyzacji.

¹ T. Kocowski, W. Małecki, *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020, s. 129–146; T. Kocowski, *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 378–405; *idem*, *Kontrola policyjna w warunkach wolności działalności gospodarczej*, [w:] *Kontrola działań administracji publicznej w sferze gospodarczej*, red. K. Ko-

Dobrym przykładem będą rozwiązania francuskie odnośnie do statusu przedsiębiorstw publicznych i ich prywatyzacji.

Udział sektora publicznego we Francji wynosi około 5%, a liczba pracowników zatrudnionych w sektorze publicznym to około 800 tysięcy. Przedsiębiorstwa publiczne przechodzą kolejny okres zmian, którym początek dała wielka reforma samorządowa². Do tej pory można wyróżnić trzy podstawowe etapy prywatyzacji przedsiębiorstw publicznych.

Pierwszy etap miał miejsce w latach 1986–1988, były to reformy kierowane przez rząd Jacques'a Chiraca. W 1993 roku rozpoczęto drugi etap, obejmujący znaczącą część dziedzin gospodarki, a po 1997 roku trzeci etap — dotyczący prywatyzacji kapitału takich przedsiębiorstw publicznych, jak Renault czy Air France. Prywatyzacja doprowadziła w latach 1985–2011 do spadku zatrudnienia w sektorze publicznym z 10,5 do 3,5%³.

Zdaniem Guya Petersa jedną z najbardziej charakterystycznych cech współczesnego państwa jest zacieranie się granic między tym, co prywatne, i tym, co publiczne⁴. Tym, co odróżnia administrację publiczną od podmiotów rynku, jest odmienność celów. W administracji publicznej akcentuje się trzy czynniki: skuteczność, legalizm oraz podmiotowość klientów, mniej zaś wspomina się o efektywności działania i zysku⁵. Zorientowanie działań na klienta może przyczynić się do poprawy jakości usług oraz ich lepszego dostosowania do zróżnicowanych potrzeb⁶.

kocińska, Poznań 2018, s. 43–58; *idem*, *Przedsiębiorstwo prywatne, państwowe, komunalne*, [w:] *T. Bigo o administracji i prawie administracyjnym: refleksje wrocławskiej szkoły administratywno-prawnej*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020, s. 229–237; *idem*, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 184–233; *idem*, *Od administracji zarządzającej do administracji nadzorczej*, [w:] *Administracja publiczna pod rządami Prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dr hab. Adama Błasia*, red. J. Korczak, Wrocław 2016, s. 245–260.

² <https://www.service-public.fr> (dostęp: 20.07.2021); J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Paris 2006, s. 86 n.; L. Zacharko, A. Zacharko, *Pozycja ustrojowa mera w systemie samorządu terytorialnego we Francji — kilka refleksji*, [w:] *Pozycja ustrojowa organów jednostek samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019, s. 618 n.; J. Jeżewski, *We Francji*, [w:] *Samorząd terytorialny i administracja w wybranych krajach. Gmina w państwach Europy Zachodniej*, red. J. Jeżewski, Wrocław 1999, s. 148 n.

³ https://fr.wikipedia.org/wiki/Privatisation_en_France (dostęp: 20.07.2021); szerzej zob. Y. Luchaire, *Droit de la décentralisation*, Paris 1989; J. Bourdon, J.M. Pontier, J.C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 1997; J.C. Némery, *Réforme de la décentralisation et transferts de compétences*, „Annuaire des Collectivités Locales” 2004, nr 1, s. 67–84.

⁴ G. Peters, *Administracja publiczna w systemie politycznym*, przeł. K.W. Frieske, Warszawa 1999, s. 33 n.

⁵ W. Zieliński, *Misja administracji publicznej a motywy inicjowania zmian*, „Przegląd Organizacji” 2007, nr 11, s. 19; T. Szot-Gabrys, *Zarządzanie strategiczne przedsiębiorstwem i gminą. Analiza porównawcza*, „Przegląd Organizacji” 2002, nr 10, s. 19.

⁶ A. Zalewski, *Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2007, s. 79.

W tej sytuacji postrzeganie podmiotów administracji publicznej jako tych, które mogą w sposób optymalny realizować zadania publiczne, uległo zmianie. Prywatyzacja zadań publicznych stała się jednym z ważnych czynników kształtujących administrację publiczną. Prywatyzacja zmieniła bowiem pozycję i rolę administracji publicznej z bezpośredniego wykonawcy na organizatora i gwaranta publicznego ich realizacji⁷.

Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu⁸, prywatyzacja zadań publicznych jest procesem złożonym zarówno w aspekcie społeczno-politycznym, ekonomicznym, jak i prawnym⁹.

1. Kategorie przedsiębiorstw publicznych i ich prywatyzacja

W modelu francuskim można wyróżnić dwie zasadnicze kategorie przedsiębiorstw publicznych: przedsiębiorstwa publiczne państwa i przedsiębiorstwa publiczne lokalne. Dodatkowo zgodnie z art. 34 Konstytucji francuskiej władza ustawodawcza jest kompetentna do tworzenia nowych kategorii przedsiębiorstw publicznych (fr. *établissements publics*).

Wśród przedsiębiorstw publicznych należy wymienić dwie kolejne kategorie: przedsiębiorstwa publiczne administracyjne (fr. *établissement public administratif*, EPA; *régie direct*) oraz przedsiębiorstwa publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym (fr. *établissement public industriel et commercial*, EPIC; *régie indirect*). Jednostki pierwszego typu są jedną z agend administracji i funkcjonują na podstawie budżetu dołączonego do budżetu jednostki. Decyzje w zakresie organizacji zadań przez te jednostki podejmuje przede wszystkim organy administracji publicznej. Przedsiębiorstwa publiczne administracyjne mają ograniczoną autonomię administracyjną i finansową, choć działają w imię interesu publicznego. Podejmują jednostronne akty administracyjne i zawierają umowy administracyjne; korzystają z prerogatyw władzy publicznej. Do przedsiębiorstw publicznych lokalnych w ramach EPA, działających pod nadzorem administracji terytorialnej, w tym departamentu, należy zaliczyć na przykład Miejskie Centra Akcji Społecz-

⁷ H.J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, *Verwaltungsrecht*, München 2004, s. 500–501.

⁸ Szerzej zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Zagadnienie prawne*. Warszawa-Kraków 1994; L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjno-prawne*, Katowice 2000; *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012.

⁹ N. Thirion, *Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques: processus inéluctable*, „Revue du Centre d'Etudes et Recherches en Administration publique. Menagement et état de droit” 2000, nr 2, s. 85 n.; J.P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, Paris 2018; A.G. Delion, *La notion d'entreprises publique*, „L'Actualité juridique — Droit administratif (AJDA)” 1979, s. 3.

nej¹⁰. Z kolei przedsiębiorstwa o charakterze przemysłowo-handlowym to jednostki mające przymiot osobowości prawnej. Jednostki te działają samodzielnie przy wykonaniu zadań publicznych, ich finansowaniu i ponoszeniu odpowiedzialności. Mają własny budżet i aparat administracyjny. Nie oznacza to jednak, że funkcjonują w oderwaniu od organów administracji publicznej — na przykład decyzje dotyczące ich likwidacji, reorganizacji czy wzmocnienia kapitałowego podejmują organy administracji publicznej. W tej formie są prowadzone między innymi: instytucje transportowe (fr. *régie autonome des transport parisiens*, zarządzanie portami), instytucje kultury (Opera Paryska) czy francuska sieć kolejowa¹¹.

W doktrynie wskazuje się na pewne podstawowe cechy lokalnych przedsiębiorstw publicznych. Są to:

- działanie w imię interesu publicznego,
- trwałość celów,
- przejrzystość działalności,
- kontrola działalności sprawowana przez organy wspólnot lokalnych oraz
- przedsiębiorczość jako sposób działania.

Wyróżnia się kilka kategorii lokalnych przedsiębiorstw publicznych: lokalne spółki publiczne, lokalne spółki deweloperskie czy spółki o kapitale mieszanym¹².

W nauce francuskiej wymienia się także podstawowe modele prywatyzacji przedsiębiorstw publicznych:

1. sprzedaż przedsiębiorstwa publicznego w drodze przetargu, dotyczy to na przykład dużych przedsiębiorstw przemysłowo-handlowych;
2. prywatyzacja przedsiębiorstw publicznych, czyli przekształcenie historycznych EPIC¹³ w spółki akcyjne, jak Francuski Telecom (1996)¹⁴, Aeroport de Paris (2005), La Poste (2010);
3. prywatyzacja kapitału spółek publicznych, co skutkuje mniejszościowym udziałem państwa w spółkach.

Prywatyzacja przedsiębiorstw publicznych implikuje redefinicję funkcji państwa w gospodarce rynkowej. Kwestia roli państwa w gospodarce jest przy tym przedmiotem dyskursu zarówno publicznego, jak i akademickiego. Można wskazać kilka nurtów myśli ekonomicznej. Z jednej strony są teoretycy, którzy uważają interwencję państwa za zasadną, z drugiej mamy liberałów, którzy są przeciwni interwencji, albowiem sądzą, że rynek jest najlepszym sposobem zarządzania gospo-

¹⁰ A. Zacharko, *Publicznoprawny status departamentu we Francji*, niepublikowana praca doktorska, Wrocław 2019, s. 65.

¹¹ *Ibidem*, s. 68–69.

¹² M. Cataldi, *Les entreprises publiques locales*, 2.10.2012, <https://www.lagazettedescommunes.com> (dostęp: 20.07.2021); L. Zacharko, *op. cit.*, s. 55 i cytowana tam literatura.

¹³ Przedsiębiorstwa publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym.

¹⁴ E. Cohen, *France Telecom: les trois modernisations*, [w:] *Le service public? La voie moderne*, red. A. Dawid *et al.*, Paris 1995, s. 107–124; zob. także ustawę nr 96-660 z dnia 26 lipca 1996 roku dotyczącą krajowej firmy France Telecom, JORF z dnia 27 lipca 1996.

darką, gdyż opiera się na czterech fundamentach: wolności gospodarczej, prywatnej własności środków produkcji, regulacji rynkowej oraz minimalnej roli państwa.

W ewolucji poglądów na temat roli państwa w gospodarce należy przywołać poglądy Johna Maynarda Keynesa (1883–1946), twórcy teorii interwencjonizmu państwowego. Keynes sprzeciwiał się idei, że gospodarka rynkowa to mechanizmy samoregulujące, funkcjonujące bez interwencji państwa z zewnątrz¹⁵. Warto wskazać też na poglądy Léona Walrasa (1834–1910), francuskiego ekonomisty, twórcy teorii równowagi ekonomicznej. Autor ten analizował powiązania podaży, popytu i ceny w gospodarce. Z kolei Richard E. Wagner (1941–), amerykański ekonomista, stwierdzał, że zjawiska makroekonomiczne się pojawiają, ale nie są przedmiotem wyboru. Państwo powinno interweniować w celu korygowania niepożądanych alokacji zasobów. Tymczasem teoria Richarda Abela Musgrave’a (1910–2007) inspirowała teoretyków francuskich w kwestii wskazywania podstawowych funkcji państwa w gospodarce rynkowej. Musgrave przyjął bowiem trzyfunkcyjną misję państwa, to jest dotyczącą stabilizacji makroekonomicznej, redystrybucji dochodów (zrekompensowanie nierówności między obywatelami) i alokacji wydatków państwa na finansowanie dóbr zbiorowych, takich jak na przykład obronność, edukacja i infrastruktura. Jego zdaniem państwo powinno być regulatorem aktywności gospodarczej¹⁶.

Pod koniec XX wieku teoretycy francuscy podkreślali, że państwo jako kluczowy podmiot rozwoju doświadczyło odrodzenia, albowiem organizacje społeczeństwa obywatelskiego oraz tendencje prywatyzacyjne w gospodarce nie mogą być już skuteczne bez silnego państwa¹⁷.

Jak wskazuje Sophie Niciński, państwo regulacyjne działa na wszystkich etapach procesu gospodarczego. Państwo odgrywa rolę gwaranta prawidłowego funkcjonowania rynku oraz winno dbać o zaufanie podmiotów gospodarczych. Powinno ono zagwarantować i ustabilizować swobodę gry na rynku¹⁸.

Rada Stanu w sprawozdaniu opublikowanym w 2001 roku opowiedziała się za wzmocnioną gwarancją bezstronności interwencji państwa¹⁹. Zasada bezstronności i przejrzystości zostały wprowadzone ustawą z dnia 4 sierpnia 2008 roku o modernizacji gospodarki oraz rozporządzeniem z dnia 13 listopada 2008 roku o modernizacji regulacji konkurencji²⁰.

¹⁵ Szerzej zob. J.M. Keynes, *Ogólna teoria zatrudnienia, procentu i pieniądza*, przeł. M. Kallecki, S. Rączkowski, Warszawa 2021; J. Fontanel, *Les fondements de l'action économique de l'Etat*, s. 42, <https://hol.univ-grenoble-alpes.fr/document> (dostęp: 20.07.2021).

¹⁶ D. Rosati, *Europejski model społeczny: doświadczenia i przyszłość*, Warszawa 2008, s. 125 n.

¹⁷ Szerzej zob. F. Ecalte, *Maitriser. Les finances publiques. Pourquoi comment?*, wstęp R. Barre, Paris 2005; R. Guesnerie, *L'économie de marché*, Le Pommier 2013; J.P. Fitoussi, *La démocratie et le marché*, Grasset 2004.

¹⁸ S. Niciński, *Droit public des affaires*, Paris 2010, s. 28.

¹⁹ Conseil d'Etat, *Rapport public 2001: Les autorités administratives indépendantes*, s. 272, <https://www.vie-publique.fr/rapport/24697-rapport-public-2001-conseil-etat-autorites-administratives-independantes> (dostęp: 20.08.2021).

²⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr> (dostęp: 20.08.2021).

Tymczasem w doktrynie francuskiej wskazuje się cztery podstawowe cele i funkcje państwa w gospodarce rynkowej:

1. Państwo interweniuje bezpośrednio lub pośrednio, nabywając towary lub usługi bądź oferując je jako podmiot gospodarczy. Państwo powinno zapewnić równe traktowanie podmiotów gospodarczych w procedurze zamówień publicznych, a także respektować zasady uczciwej konkurencji. Działa ono jako organ regulacyjny w zakresie funkcjonowania rynku, na przykład wydając nakazy, zakazy czy zezwolenia. Działa również jako udziałowiec czy akcjonariusz w spółkach publicznych. Konieczne staje się zatem zapewnienie wysokiego poziomu kontroli nad spółkami publicznymi, dotyczy to na przykład restrukturyzacji francuskiego sektora jądrowego czy konsolidacji przemysłu obronnego.

2. Drugim celem działalności organów państwa jest zapewnienie podstawowych usług publicznych. Prywatyzacja zadań publicznych nie zwalnia jednak z odpowiedzialności za ich realizację (chodzi przede wszystkim o takie pola, jak edukacja, zdrowie czy transport).

3. Kolejnym celem działalności organów państwa jest wspieranie, konsolidacja firm działających w sektorach strategicznych. Państwo nie może działać biernie, ograniczając się jedynie do podstawowych uprawnień właścicielskich, takich jak na przykład zatwierdzanie rachunków, monitorowanie finansów, ale musi odgrywać aktywną rolę w zarządzaniu sektorem publicznym. Jako przykład należy podać wsparcie państwa w restrukturyzacji La Poste w latach 2014–2020.

4. Ostatnim celem państwa jest interwencja w przypadku upadłości przedsiębiorstw, które są ważne dla gospodarki krajowej i międzynarodowej. Państwo nie tylko jest zatem gwarantem suwerenności, odpowiedzialnym za politykę mikroekonomiczną czy makroekonomiczną, ale regulatorem, akcjonariuszem, udziałowcem, klientem czy też dostawcą usług. Organy państwa muszą więc w swoich działaniach wyważyć interes publiczny i słuszny interes prywatny, albowiem konflikt tych interesów jest nieunikniony²¹.

Aby państwo realizowało wymienione funkcje, musi dysponować odpowiednimi strukturami. W modelu francuskim do takich organów należy zaliczyć: Państwową Agencję Partycypacji (utworzoną w 2004 roku)²² czy Publiczny Bank Inwestycyjny (2012)²³.

²¹ J.M. Sauvé, *op. cit.* Szerzej zob. J.P. Colson, P. Idoux, *op. cit.*; J. Bourdon, J.M. Pontier, J.C. Ricci, *Les privatisations en France*, [w:] *Les privatisations en Europe*, red. Ch. Debbasch, Paris 1989, s. 119–128.

²² Dekret nr 2019-160 z dnia 1 marca 2019 roku zmieniający dekret nr 2004-963 z dnia 9 września 2004 roku ustanawiający Państwową Agencję Partycypacji; dekret z dnia 19 sierpnia 2014 roku w sprawie organizacji Państwowej Agencji Partycypacji zob. <https://www.legifrance.gouv.fr> (dostęp: 20.08.2021). Państwowa Agencja Partycypacji składa się z czterech departamentów do spraw uczestnictwa, centrum wiedzy i sekretariatu generalnego. Agencja podlega Ministrowi Gospodarki i Finansów.

²³ <https://en.wikipedia.org/wiki/Bpifrance> (dostęp: 20.08.2021).

Na uwagę zasługują ponadto regulacje zawarte w ustawie nr 2015-990 z dnia 6 sierpnia 2015 roku dotyczące wzrostu aktywności i wyrównania szans ekonomicznych dokonane reformą w zakresie sprzedaży udziałów i akcji spółek publicznych i procedur ich sprzedaży²⁴ oraz w rozporządzeniu nr 2014-948 z dnia 20 sierpnia 2014 roku w sprawie zarządzania działalnością na kapitale spółek publicznych²⁵.

2. Prawne formy prywatyzacji zadań publicznych

Przechodząc do problematyki form prawnych prywatyzacji zadań publicznych, szczególną uwagę należy poświęcić modelom kontraktowania usług i warunkom dopuszczenia do ich realizacji podmiotów niepublicznych w drodze umów.

W doktrynie francuskiej wskazuje się, że administracja publiczna może zawierać dwa rodzaje umów. Pierwszym są umowy o charakterze prywatnoprawnym, których przedmiotem jest stosunek regulowany przepisami kodeksu cywilnego (art. 1134 i n. *du Code civil*). W tym przypadku administracja działa tak samo jak osoba prywatna. Spory na tle wskazanych umów rozstrzygają sądy powszechne. Drugą kategorią są umowy administracyjne. Zakres przedmiotowy umowy administracyjnej leży w obszarze regulacji prawa publicznego, a spory rozstrzygają sądy administracyjne. Jak podkreśla się w nauce francuskiej, istnieje zasadnicza różnica między umowami cywilnymi a administracyjnymi, w których przepisy prawa przewidują liczne prerogatywy dla administracji publicznej. Na uwagę zasługują prace takich autorów, jak André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne, Christophe Guettier czy Laurent Richer²⁶.

Martine Lombard i Gilles Dumont do prerogatyw administracji publicznej zaliczają:

— prawo do kierowania i kontroli; ma gwarantować realizację interesu publicznego — organy administracji mają prawo wydawania aktów wewnętrznych (aktów instrukcyjnych i wytycznych) w celu usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy²⁷;

²⁴ Istotne zmiany w modelu przedsiębiorstw publicznych zostały wprowadzone do 2014 roku ustawą nr 86-793 z dnia 2 lipca 1986 roku; zob. <https://www.legifrance.gouv.fr> (dostęp: 20.08.2021).

²⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr> (dostęp: 20.08.2021).

²⁶ Szerzej zob. A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris 1956; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1–2, Paris 1983; Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Paris 2004; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Paris 2021.

²⁷ M. Lombard, G. Dumont, *Droit administratif*, Paris 2009, s. 285 n.; E. Spiliotopoulos, *Droit administratif hellénique*, wstęp J. Rivero, Paris 1991, s. 139; L. Zacharko, A. Zacharko, *Umowa publicznoprawna jako forma prawna realizacji zadań publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *Wzajemne oddziaływanie gałęzi prawa publicznego i prawa prywatnego*, red. P. Bieś-Srokosz, J. Srokosz,

— prawo do jednostronnej zmiany umowy, prawo do jednostronnego wypowiedzenia kontraktu — w przypadku istotnego naruszenia warunków realizacji umowy organ administracji publicznej ma prawo do jednostronnej zmiany umowy bądź do jednostronnego wypowiedzenia kontraktu w imię interesu publicznego;

— prawo do wymierzania sankcji.

Na szczególną uwagę zasługuje prawo wymierzania sankcji, które może przybierać różne formy: kar pieniężnych czy wykonania przymusowego, to znaczy — organ administracji może wyznaczyć inny podmiot na koszt i ryzyko strony umowy²⁸.

Christophe Guettier stwierdza, że klauzule władcze są niedopuszczalne w prawie prywatnym. Świadczą one o nierówności stron stosunków umowy przez przyznanie administracji pozycji uprzywilejowanej. Interesem nadrzędnym jest bowiem interes publiczny oraz cel umowy, którym jest wykonanie służby publicznej (realizacja usług publicznych)²⁹.

W doktrynie francuskiej wyróżnia się kilka rodzajów umów administracyjnych:

- umowy regulowane przepisami zamówień publicznych;
- umowy dotyczące powierzania usług publicznych, to jest koncesje na usługi publiczne i roboty publiczne;
- umowy partnerstwa publiczno-prywatnego³⁰;
- zarządzanie usługą publiczną (fr. *régie intéressée*), to jest zarząd obliczony na zysk — to sposób zarządzania usługami publicznymi przez osobę prywatną, która jest wynagradzana przez samorząd terytorialny w formie udziału w zyskach przedsiębiorstwa, w zależności od wysokości jego obrotu. Samorząd korzysta z pozostałej części zysku³¹.

Co istotne, państwo nie wyrzekając się odpowiedzialności za rozwiązywanie problemów społecznych, tworzy skuteczny mechanizm przekazywania podmiotom prywatnym zadań, które z powodzeniem mogą być przez nie wykonywane (zasada pomocniczości).

Kluczową zasadą do kontraktowania zadań publicznych jest zasada partnerstwa, która oznacza prawo do współdefiniowania zadań publicznych oraz przyjmowanie na siebie obowiązku informowania o planowanych i podejmowanych działaniach³². W modelach kontraktowania usług społecznych na uwagę zasługują uprawnienia kontrolne organów administracji publicznej, a także —

E. Żelasko-Makowska, Częstochowa 2017, s. 71 n., a także L. Zacharko, *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018, s. 209.

²⁸ L. Zacharko, A. Zacharko, *Umowa publicznoprawna jako forma prawna...*, s. 71 n.; L. Zacharko, *Umowa administracyjna...*, s. 209–210.

²⁹ Ch. Guettier, *op. cit.*, s. 341.

³⁰ L. Zacharko, *Umowa administracyjna...*, s. 210–211.

³¹ L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań...*, s. 54–55.

³² L. Irisha, K. Simon, R. Kushena, *Prawne regulacje działania organizacji pozarządowych*, red. wyd. polskiego M. Juszczyński, Warszawa 1999, s. 95.

w przypadku realizacji zadań publicznych na podstawie umów administracyjnych — przesunięcie odpowiedzialności publicznoprawnej na podmiot prywatny.

Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok ETS z dnia 27 lutego 2003 roku (sygn. C-373/00, w sprawie *Adolf Trulej GmbH and Bestattung Wien GmbH*), w którym stwierdza się, że „zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, należy traktować jako obligatoryjne zadanie państwa, nawet jeśli wykonuje je podmiot prywatny, powołany w tym celu przez właściwe władze publiczne”.

Zakończenie

Rozważania na temat statusu przedsiębiorstw publicznych we Francji w warunkach dynamicznie zmieniającego się otoczenia administracji publicznej potwierdzają złożoność problemów, które są przedmiotem szerokiego dyskursu naukowego. Należy jednak wskazać, że efektem prywatyzacji przedsiębiorstw publicznych jest podporządkowanie ich logice rynku. Administracja publiczna nie może bowiem odgrywać jedynie roli regulatora rynku usług, w związku z czym miarodajnym kryterium rozstrzygnięć co do granic prywatyzacji zadań publicznych winno być nie tylko kryterium opłacalności, ale też kryterium interesu publicznego, to jest zagwarantowanie ciągłości zaspokajania potrzeb społecznych³³.

Bibliografia

Literatura

- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Zagadnienie prawne*, Warszawa-Kraków 1994.
- Bourdon J., Pontier M.J., Ricci C.J., *Droit des collectivités territoriales*, Paris 1997.
- Bourdon J., Pontier M.J., Ricci C.J., *Les privatisations en France*, [w:] *Les privatisations en Europe*, red. Ch. Debbasch, Paris 1989.
- Cohen E., *France Telecom: les trois modernisations*, [w:] *Le service public? La voie moderne*, red. A. Dawid, A. Denis, A. Hatchuel, E. Heurgon, I. Joseph, Paris 1995.
- Colson P.J., Idoux P., *Droit public économique*, Paris 2018.
- Delion G.A., *La notion d'entreprises publique*, „L'Actualité juridique — Droit administratif (AJDA)” 1979.
- Ecalte F., *Maitriser. Les finances publiques. Pourquoi comment?*, wstęp R. Barre, Paris 2005.
- Encaoua D., Santini J.J., *Les privatisations en France: éléments d'analyse et bilan*, „L'Actualité économique” 65, 1989.

³³ L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań...*, s. 128; D. Encaoua, J.J. Santini, *Les privatisations en France: éléments d'analyse et bilan*, „L'Actualité économique” 65, 1989, s. 21–52; L. Mauduit, *Prédations. Histoire des privatisations des biens publics*, Paris 2020.

- Fitoussi P., *La démocratie et le marché*, Grasset 2004.
- Geis E.M., *Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017.
- Guesnerie R., *L'économie de marché*, Paris 2013.
- Guettier Ch., *Droit des contrats administratifs*, Paris 2004.
- Irisha L., Simon K., Kushena R., *Prawne regulacje działania organizacji pozarządowych*, red. wyd. polskiego M. Juszczyński, Warszawa 1999.
- Jeżewski J., *We Francji*, [w:] *Samorząd terytorialny i administracja w wybranych krajach. Gmina w państwach Europy Zachodniej*, red. J. Jeżewski, Wrocław 1999.
- Keynes M.J., *Ogólna teoria zatrudnienia, procentu i pieniądza*, przeł. M. Kalecki, S. Rączkowski, Warszawa 2021.
- Kocowski T., *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Kontrola policyjna w warunkach wolności działalności gospodarczej*, [w:] *Kontrola działań administracji publicznej w sferze gospodarczej*, red. K. Kokocińska, Poznań 2018.
- Kocowski T., *Od administracji zarządzającej do administracji nadzorczej*, [w:] *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dr hab. Adama Błasia*, red. J. Korczak, Wrocław 2016.
- Kocowski T., *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kocowski T., *Przedsiębiorstwo prywatne, państwowe, komunalne*, [w:] *T. Bigo o administracji i prawie administracyjnym: refleksje wrocławskiej szkoły administratywistycznej*, red. T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020.
- Kocowski T., Małecki W., *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020.
- Laubadère A. de, *Traité théorique et pratique des contrats administratif*, Paris 1956.
- Laubadère A. de, Moderne F., Delvolvé P., *Traité des contrats administratif*, t. 1–2, Paris 1983.
- Lombard M., Dumont G., *Droit administratif*, Paris 2009.
- Luchaire Y., *Droit de la décentralisation*, Paris 1989.
- Mauduit L., *Prédations. Histoire des privatisations des biens publics*, Paris 2020.
- Némery C.J., *Réforme de la décentralisation et transferts de compétences*, „Annuaire des Collectivités Locales” 2004, nr 1.
- Niciński S., *Droit public des affaires*, Paris 2010.
- Peters G., *Administracja publiczna w systemie politycznym*, przeł. K.W. Frieske, Warszawa 1999. *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012.
- Richer L., Lichère F., *Droit des contrats administratifs*, Paris 2021.
- Rivero J., Waline J., *Droit administratif*, Paris 2006.
- Rosati D., *Europejski model społeczny: doświadczenia i przyszłość*, Warszawa 2008.
- Spiliotopoulos E., *Droit administratif hellénique*, wstęp J. Rivero, Paris 1991.
- Sześciło D., *Rynek. Prywatyzacja. Interes publiczny. Wyzwania urynkowania usług publicznych*, Warszawa 2014.
- Szot-Gabryś T., *Zarządzanie strategiczne przedsiębiorstwem i gminą. Analiza porównawcza*, „Przeгляд Organizacji” 2002, nr 10.
- Tamowicz P., *Prywatyzacja usług komunalnych. Przegląd doświadczeń zagranicznych*, Gdańsk 1990.
- Thirion N., *Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques: processus inéluctable*, „Revue du Centre d'Etudes et Recherches en Administration publique. Management et état de droit” 2000, nr 2.
- Wolff J.H., Bachof O., Stober R., *Vewaltungsrecht*, München 2004.

- Zacharko A., *Publicznoprawny status departamentu we Francji*, niepublikowana praca doktorska, Wrocław 2019.
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.
- Zacharko L., *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018.
- Zacharko L., Zacharko A., *Pozycja ustrojowa mera w systemie samorządu terytorialnego we Francji — kilka refleksji*, [w:] *Pozycja ustrojowa organów jednostek samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019.
- Zacharko L., Zacharko A., *Umowa publicznoprawna jako forma prawna realizacji zadań publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *Wzajemne oddziaływanie gałęzi prawa publicznego i prawa prywatnego*, red. P. Bieś-Srokosz, E. Żelasko-Makowska, Częstochowa 2017.
- Zalewski A., *Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2007.
- Zieliński W., *Misja administracji publicznej a motywy inicjowania zmian*, „Przegląd Organizacji” 2007, nr 11.

Źródła internetowe

- Cataldi M., *Les entreprises publiques locales*, [https:// www. lagazettedescommunes.com](https://www.lagazettedescommunes.com).
- Conseil d'Etat, *Rapport public 2001: Les autorités administratives indépendants*, <https://www.vie-publique.fr/rapport/24697-rapport-public-2001-conseil-etat-autorites-administratives-independantes>.
- Fontanel J., *Les fondements de l'action économique de l'Etat*, <https://hol.univ-grenoble-alpes.fr/document>.
- Sauvé J.M., *Les entreprises publiques*, <https://www.conseil-etat.fr/actualites>.

Public Enterprises in France: Privatization of Public Tasks — Directions of Changes

Summary

Considerations on the status of public enterprises in France in the conditions of the dynamically changing environment of public administration confirm the complexity of the problems that are the subject of a wide scientific debate. Public administration cannot play the role of a regulator of the services market only, hence the decisive criteria for decisions on the limits of privatization of public tasks should be not only the profitability criterion, but also the criterion of public interest, that is, ensuring the continuity of satisfying social needs.

Keywords: privatization of public tasks, unit of local government, public interest.

AGNIESZKA ŻYWICKA

ORCID: 0000-0002-5789-8355

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

agnieszka.zywicka@ujk.edu.pl

Funkcja reglamentacyjna państwa w sferze jednolitości miar i wymaganej dokładności pomiarów — tachografów (na przykładzie ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o tachografach)

Abstrakt: Reglamentacja działalności gospodarczej jest jedną z najstarszych funkcji realizowanych przez państwo w gospodarce w wielu jej obszarach. W artykule została podjęta analiza tej funkcji na przykładzie instrumentów prawnych stosowanych przez administrację miar na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o tachografach. Udowodniana jest teza, że działania podejmowane przez organy administracji miar w sferze zapewnienia jednolitości i dokładności pomiarów (tachografów) są wyrazem współczesnej funkcji reglamentacyjnej państwa w gospodarce.

Słowa kluczowe: reglamentacja działalności gospodarczej, administracja miar, dokładność i jednolitość pomiarów, tachografy.

Wstęp

Ingerencja państwa w gospodarkę odbywa się na podstawie prawa i w jego granicach oraz następuje przez podejmowanie właściwych działań prawnych organów administracji gospodarczej¹ w interesie publicznym. Z tego powodu w na-

¹ Por. K. Kiczka, *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 55; M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 68–75; W. Małecki, *O właściwej i niewłaściwej*

uce publicznego prawa gospodarczego funkcje państwa w gospodarce są często utożsamiane z funkcjami administracji gospodarczej². Problematyka ta jest przedmiotem zainteresowania wielu przedstawicieli doktryny, którzy analizują odrębne obszary prawa publicznego odnoszącego się do gospodarki przez pryzmat funkcji, wśród których wymieniają funkcję reglamentacji gospodarczej.

Funkcja reglamentacyjna jest również jednym z obszarów predylekcji Szanownego Jubilata, który poświęcił temu zagadnieniu wiele publikacji, w tym znakomitą monografię *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*³. Idąc zatem w ślad za zainteresowaniami Jubilata, autorka niniejszego artykułu podejmuje się poczynienia kilku refleksji dotyczących funkcji reglamentacyjnej państwa w obszarze metrologii prawnej — tachografów — i dokonuje analizy instrumentów prawnych stosowanych przez administrację miar w tej sferze.

Autorka dowodzi, że aktywność państwa (administracji miar) w sferze metrologii prawnej jest wyrazem współczesnej funkcji reglamentacyjnej państwa w gospodarce, zaś dynamika stosunków społeczno-gospodarczych i rozwój technologiczny, których rezultatem jest wprowadzanie i stosowanie nowych urządzeń i technologii, powoduje ciągły wzrost jej znaczenia. Prawidłowe pomiary warunkują bowiem niezakłócony przebieg procesów gospodarczych w sektorach infrastrukturalnych i przemyśle, co oznacza, że zapewnienie jednolitości miar i wymaganej dokładności pomiarów wielkości fizycznych ciągle jest aktualną funkcją państwa. Postawiona teza zostanie udowodniona na przykładzie rozwiązań zawartych w ustawie z dnia 5 lipca 2018 roku o tachografach⁴.

1. Funkcja reglamentacyjna — uwagi ogólne

Mimo że w doktrynie prawa administracyjnego pojęcie „reglamentacja” nie jest ujmowane jednolicie do opisanego różnych działań państwa⁵, to właśnie funkcja reglamentacyjna (obok policyjnej i regulacyjnej) jest najczęściej wymieniana jako jedna z podstawowych funkcji administracji publicznej w sferze gospodarczej⁶. Warto jednak podkreślić za Kazimierzem Strzyczkowskim, że wyodrębnie-

reglamentacji podejmowania działalności gospodarczej, „Prawo” 329. *Państwo a przedsiębiorca. Aktualne wyzwania*, red. A. Borkowski, W. Małcki, 2019, s. 193–196.

² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 149.

³ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 900.

⁵ Na ten temat szerzej zob. B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej...*, s. 72.

⁶ Por. K. Jaroszyński, *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *Prawo gospodarcze. Aspekty publicznoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2020, s. 204–205.

nie określonej funkcji jest efektem uogólnień dokonanych na gruncie obowiązujących przepisów, które wskazują zróżnicowanie założeń, celów, podmiotów, przedmiotu, środków i instrumentów prawnych oraz trybu wykonywania ingerencji państwa w sferę gospodarki. Zdaniem tego autora reglamentacja działalności gospodarczej stanowi obecnie, obok policji gospodarczej, jedną z podstawowych funkcji wykonywanych przez organy państwa, pozwalające zagwarantować łagodzenie negatywnych skutków samoistnego oddziaływania w gospodarce praw rynkowych⁷.

Tadeusz Kocowski jako reglamentację gospodarczą definiuje taką sferę restrykcyjnej działalności organów państwa, której celami są prewencja i ochrona interesów gospodarczych pewnych zbiorowości (interes publiczny) w przeciwstawieniu do indywidualnych interesów podmiotów gospodarujących (przedsiębiorców)⁸. Reglamentacja oznacza objęcie regulacją publicznoprawną określonych dziedzin życia społecznego⁹ — w analizowanym przypadku: działalności gospodarczej unormowanej w ustawie o tachografach. Zakres ograniczeń wprowadzanych w ramach funkcji reglamentacyjnej jest niestały i zmienny, co wynika przede wszystkim ze zmienności sytuacji gospodarczej. Kocowski zauważa, że liczba wprowadzanych ograniczeń reglamentacyjnych jest uzależniona od aktualnej sytuacji gospodarczej z jednej strony, a z drugiej — od ustalonych celów społecznych, jakie państwo w danej chwili chce realizować, a których realizacja wymaga ingerencji w gospodarkę¹⁰. Na gruncie niniejszego opracowania do takich interesów zalicza się dokładność pomiarów dokonywanych za pomocą tachografów stosowanych w pojazdach.

W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że dodatkowym stymulatorem funkcji reglamentacyjnej i implementowania związanych z tym rozwiązań jest porządek prawny Unii Europejskiej¹¹. Taka sytuacja zachodzi również na gruncie ustawy o tachografach, której wprowadzenie służyło dostosowaniu polskiego prawa do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 roku w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym i uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 3821/85 w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym oraz zmieniającego rozporzą-

⁷ K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 144–150.

⁸ T. Kocowski, *Reglamentacja...*, s. 11.

⁹ Por. T. Kocowski, [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. A. Borkowski *et al.*, Wrocław 2009, s. 490–491; T. Długosz *et al.*, *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 710–712; K. Jaroszyński, *op. cit.*, s. 205–206.

¹⁰ T. Kocowski, *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne — reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z 21 sierpnia 1997 r.*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej...*, s. 130.

¹¹ T. Długosz *et al.*, *op. cit.*, s. 719.

dzenie (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego¹².

Dla klarowności dalszych rozważań celowe jest jeszcze przypomnienie, że reglamentacja ujmowana jest w piśmiennictwie szeroko i wąsko. *Sensu largo* reglamentacja oznacza ograniczanie swobody działalności gospodarczej poprzez wprowadzanie ograniczeń prawnych podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Jej przejawem jest system obowiązków i ograniczeń dotyczących działalności gospodarczej jako następstwo realizacji preferowanego celu publicznego¹³. *Sensu stricto* reglamentacja oznacza natomiast proces uzyskiwania przez przedsiębiorców koncesji, zezwoleń, licencji i zgód¹⁴. Aby zachować zwięźłość tekstu, autorka zdecydowała się na skoncentrowanie rozważań wyłącznie na drugim z prezentowanych znaczeń, nie zapominając przy tym o wielu innych ograniczeniach dotyczących aktywności gospodarczej związanej ze stosowaniem tachografów (*sensu largo*), które zostaną omówione w innym opracowaniu.

2. Interes publiczny chroniony ustawą o tachografach. Funkcja reglamentacyjna czy policyjna?

W literaturze przyjmuje się, że celem współczesnej działalności reglamentacyjnej organów państwa jest kształtowanie działalności gospodarczej z zamiarem wywołania określonych skutków, uznanych przez organy państwa za pożądane z punktu widzenia interesu publicznego, determinowanego przez inne cele niż ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego, chociaż pośrednio może ona implikować taki rezultat. Jako wyznaczniki interesu publicznego wskazuje się określone interesy i dobra podlegające ochronie ze społecznego punktu widzenia, takie jak: naturalne zasoby kraju, środowisko naturalne, efektywność rozwoju struktur gospodarczych, sprawiedliwość społeczna, rynek i wolność gospodarcza, wolna i uczciwa konkurencja¹⁵. Bezpieczeństwo i porządek publiczny są natomiast uznawane w piśmiennictwie za interesy podlegające ochronie w ramach funkcji policyjnej¹⁶. Zarazem jednak wielokrotnie wskazuje się na związek funkcji reglamentacyjnej i policyjnej, podkreślając, że reglamentacja, podobnie jak policja czy regulacja, polega na ustanawianiu przez organy państwa warunków, wzorców za-

¹² Dz.Urz. UE L 60 z 28.02.2014 r., s. 1.

¹³ Por. T. Długosz *et al.*, *op. cit.*, s. 680.

¹⁴ M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 378; T. Kocowski, *Ograniczenia...*, s. 133.

¹⁵ Tak T. Kocowski, [w:] *System...*, s. 685; oraz *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, red. A. Powalowski, Warszawa 2019, s. 249.

¹⁶ Por. T. Kocowski, *Ograniczenia...*, s. 127–128.

chowań w formie nakazów i zakazów zawartych w aktach generalnych czy indywidualnych. Rozróżnienie między policją a reglamentacją nie jest do końca pełne, ponieważ obu funkcjom można częściowo przypisać podobny cel i środki¹⁷.

Nowe zjawiska zachodzące w gospodarce i związana z tym konieczność ochrony interesów publicznych powoduje, że granica ta coraz bardziej się zaciera. W nowszych publikacjach widoczna jest zatem ewolucja tych poglądów, co wynika z dynamiki stosunków społeczno-gospodarczych i konieczności wprowadzania kolejnych regulacji dostosowanych do nowych, zmienionych realiów rynku. Kocowski zauważa, że

w coraz większej liczbie przypadków w aktach normatywnych mamy do czynienia z wprowadzeniem rozwiązań upoważniających organy administracji publicznej do podejmowania działań ograniczających swobodę podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w interesie publicznym celem nie tylko i wyłącznie ochrony rozumianych szeroko dóbr policyjnych, ale też stanów i interesów podlegających ochronie z punktu widzenia reglamentacji. W regulacjach prawnych dotyczących gospodarki coraz częściej znajdujemy konieczność ochrony stanu określanego mianem bezpieczeństwa w powiązaniu semantycznym, wcześniej niewystępującym, co wskazuje na zjawisko swoistej ekspansji pojęcia bezpieczeństwa w tych regulacjach¹⁸.

Bezpieczeństwo i porządek publiczny to aktualnie dobra chronione w ramach funkcji reglamentacyjnej.

Wskazany proces występuje w ustawie o tachografach, której głównymi celami są ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w zakresie transportu drogowego, zapewnienie bezpieczeństwa obrotu gospodarczego oraz ochrona obywateli i interesów przedsiębiorców (funkcja policyjna), a kolejnym zapewnienie odpowiedniego poziomu i rzetelności usług realizowanych przez przedsiębiorców prowadzących warsztaty instalacji, sprawdzanie, przeglądy i naprawę urządzeń rejestrujących w pojazdach (funkcja reglamentacyjna). W ramach interesu publicznego przede wszystkim chronione są interesy państwa, a następnie interesy podmiotów zbiorowych, to jest określonych grup społecznych odbiorców usług, klientów, konsumentów. W odniesieniu do funkcji reglamentacyjnej realizowanej przez administrację miar na gruncie ustawy o tachografach można wymienić kolejno: podmioty prowadzące działalność objętą reglamentacją, przedsiębiorców transportowych realizujących przewozy pojazdami, w których instalowane są tachografy, oraz uczestników ruchu drogowego. Tym samym bezpieczeństwo i porządek publiczny będą wartościami chronionymi w ramach funkcji reglamentacyjnej na skutek funkcji policyjnej.

Wprowadzenie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów bezpośrednio wpływa na funkcjonowanie branży transportowej, a konkretnie na transport drogowy wykonywany pojazdami, w których wymagany jest obowiązek stosowania tachografów.

¹⁷ *Ibidem*, s. 128.

¹⁸ Por. T. Długosz *et al.*, *op. cit.*, s. 730; Ł. Kamiński, *Pojęcie bezpieczeństwa w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10, s. 49 n.

Bolesław Kurzępa stwierdza, że transport drogowy towarów i osób jest istotnym elementem działalności gospodarczej w naszym kraju, czego najlepszym potwierdzeniem jest to, że Polska dysponuje największą flotą pojazdów ciężarowych w Unii Europejskiej (około 1 miliona zarejestrowanych pojazdów tego rodzaju). Rozwijające nadmierną prędkość pojazdy ciężarowe czy autobusy stwarzają tymczasem poważne niebezpieczeństwo dla innych użytkowników dróg. Z tego powodu od wielu lat szczególną uwagę zwraca się na przestrzeganie norm prawnych nie tylko w sferze bezpieczeństwa ruchu drogowego, ale także w zakresie obowiązków lub warunków przewozu towarów i osób.

Współczesne ciężarówki i autobusy to skomplikowane urządzenia zapewniające sprawne i bezpieczne poruszanie się po drogach oraz odpowiednie warunki przewozu osób i towarów. Aby jednak stan taki uzyskać, niezbędna jest ciągła kontrola wszystkich podzespołów i usuwanie powstałych — nawet najmniejszych — usterek. Człowiek nie zawsze jest jednak w stanie je dostrzec i wykryć, z pomocą przychodzi mu zatem różnego rodzaju urządzenia kontrolne zainstalowane w pojeździe. Do najważniejszych zalicza się tachograf. Zasady produkcji, instalacji i użytkowania tachografu zostały unormowane w prawie UE, dlatego polski ustawodawca nie sformułował definicji tachografu; znajdujemy ją w rozporządzeniu (UE) nr 165/2014. Zgodnie z tym aktem prawnym tachograf to przyrząd pomiarowy przeznaczony do instalowania w pojazdach w celu automatycznego lub półautomatycznego wyświetlania, rejestrowania, drukowania, przechowywania i wysyłania szczegółowych danych dotyczących ruchu, w tym prędkości takich pojazdów, i o pewnych okresach aktywności osób kierujących tymi pojazdami¹⁹. Aby tego typu urządzenie działało bez zakłóceń, potrzebne jest zastosowanie rozmaitych wymogów i zabezpieczeń, również wymogów prawnych. Te ostatnie zawarte są w przepisach zarówno krajowych, jak i unijnych²⁰. Z uwagi na to, że urządzenie to należy do przyrządów pomiarowych, kompetencje w tym zakresie sprawuje administracja miar, do której ustawowych obowiązków należy zapewnienie jednolitości miar i wymaganej dokładności pomiarów.

3. Ograniczenia reglamentacyjne *sensu stricto* działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów

Wśród prawnych instrumentów realizacji funkcji reglamentacyjnej w jej ścisłym znaczeniu w piśmiennictwie wskazuje się koncesje, zezwolenia oraz wpis do

¹⁹ Definicja z art. 2 ust. 2 lit a rozporządzenia Parlamentu UE i Rady 165/2014 z 4.02.2014 r.

²⁰ B. Kurzępa, *Odpowiedzialność karna za nieprzestrzeganie ustawy o tachografach*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 6.

rejestrze działalności regulowanej, które w procesie stosowania prawa przybierają postać aktów administracyjnych — decyzji (koncesje i zezwolenia) oraz czynności formalno-technicznych (wpis do rejestru działalności regulowanej). W tak prezentowanym ujęciu przejawem reglamentacyjnej ingerencji państwa w sferze zapewnienia jednolitości miar i wymaganej dokładności pomiarów zawartych w ustawie o tachografach jest przede wszystkim zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów (art. 10 ustawy o tachografach). Zważywszy na zwięzłość wywodów, rozważania zostaną ograniczone wyłącznie do specyficznych cech tej decyzji, pomijając wątki proceduralne.

Zezwolenie jest najszerzej rozpowszechnionym aktem reglamentacji i stanowi tak zwany zwykły instrument, z którego korzysta ustawodawca, unormowany w sposób ogólny w art. 42 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców²¹. Stanowi ono akt zgody uprawnionego organu administracji publicznej, udzielony przedsiębiorcy zainteresowanemu podjęciem i wykonywaniem, na warunkach uregulowanych przepisami prawa, określonego rodzaju działalności gospodarczej²². Zezwolenie może być traktowane jako warunek podejmowania w sposób legalny określonej działalności gospodarczej bądź jako uchylenie ogólnego zakazu wynikającego z norm zezwalających. Można je też interpretować jako zespół obowiązków wypływających z ustaw, nałożonych na przedsiębiorcę zamierzającego podjąć i prowadzić działalność gospodarczą w konkretnej dziedzinie. Wskazane obowiązki polegają na zrealizowaniu szczególnych warunków określonych prawem, równoległe z obowiązkami o charakterze generalnym, dotyczącymi wszystkich przedsiębiorców²³. O ile art. 42 Prawa przedsiębiorców statuuje zasadę, że zezwolenie jest decyzją związaną, o tyle przepisy odrębne mogą przewidywać w tym zakresie wyjątki. W literaturze podkreśla się, że o związanym charakterze zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej przesądza użyty przez ustawodawcę zwrot „organ zezwalający udziela”, który wskazuje na obowiązek, a nie jedynie na możliwość działania. Oznacza to, iż organ administracji zobligowany do rozstrzygnięcia danej sprawy przy zaistnieniu ustawowo określonych przesłanek nie ma swobody w kształtowaniu treści aktu²⁴. Eugeniusz Ochendowski twierdzi, że akty wydane w zakresie ścisłego związania ustawowego występują, gdy ustawodawca posługuje się zwrotami: organ „wyda”, „ustali”, „nakazuje”²⁵.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

²² W. Kubala, *Zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 7, s. 417.

²³ M. Waligórski, *Koncesje, zezwolenia i licencje w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Poznań 2012, s. 749.

²⁴ R. Michalska-Badziak, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2021, s. 448.

²⁵ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1999, s. 21.

Zdaniem Marcina Miemca nie w każdym przypadku zezwolenie jest jedynie prostym uchyleniem zakazu z formalnego punktu widzenia. Niejednokrotnie organ administracji w jego treści określa bowiem dodatkowe warunki jego wykonywania. Akty te, obok koncesji, zawierają normy indywidualne kształtujące sytuację podmiotów w sposób podobny jak w przypadku norm zawartych w aktach generalnych²⁶. To właśnie dodatkowe warunki formułowane w indywidualnym akcie zezwolenia, adresowane do konkretnego wnioskodawcy, kształtują niepowtarzalną sytuację prawną podmiotu uprawnionego, nadaną w drodze aktu administracyjnego, zarówno w obrocie gospodarczym, jak i w relacji z organem administracji. Opisana sytuacja zachodzi na gruncie ustawy o tachografach.

Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy lub jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych²⁷, w zależności od zakresu wnioskowanej przez te podmioty działalności. Treść wniosku i szczegółowe wymogi określają art. 11 i 12 ustawy o tachografach. Wykazanie indywidualnych cech zezwolenia świadczących o jego uznaniowym charakterze w tym konkretnym przypadku, które kształtują sytuację podmiotów w sposób podobny jak w wypadku norm zawartych w aktach generalnych²⁸, wymaga analizy szczegółowych wymagań, które musi spełnić wnioskodawca. Z art. 10 ust. 1 ustawy o tachografach wynika, że Prezes Głównego Urzędu Miar wydaje, w drodze decyzji, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów lub napraw tachografów (dalej: zezwolenie), co mogłoby przemawiać za jej związanym charakterem. Analiza szczegółowych przesłanek, które musi spełnić przedsiębiorca ubiegający się o wydanie zezwolenia, prowadzi do wniosku, że organ ma jednak pewien zakres luzu decyzyjnego, gdy odwołuje się do klauzuli generalnej bezpieczeństwa. W myśl art. 11 ust. 2 pkt. 3 lit. c przedsiębiorca obowiązany jest złożyć oświadczenie, że jego działalność zawodowa nie stanowi potencjalnego zagrożenia dla ogólnego bezpieczeństwa systemu tachografów, zdefiniowanego w przepisach UE. Organ może zatem odmówić wydania zezwolenia, jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania zostanie stwierdzone, że wnioskodawca prowadzi działalność zawodową, która stanowi potencjalne zagrożenie dla tego bezpieczeństwa (art. 12 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 14 ustawy o tachografach). Zastosowana konstrukcja przemawia za uznaniowym charakterem tej decyzji.

Udzielenie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów zostało rzecz jasna obwarowane spełnieniem przez przedsiębiorcę licznych warunków, które można podzielić na wymogi: formalno-prawne, prawno-techniczne oraz organizacyjno-

²⁶ M. Miemiec, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2013, s. 306.

²⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305.

²⁸ T. Kocowski, *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze regulacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996, s. 115 n.

-prawne. Do pierwszej grupy warunków w świetle art. 12 ust. 1 ustawy o tachografach należy: posiadanie — w zależności od zakresu wniosku — certyfikatu technika warsztatu lub zatrudnianie technika warsztatu odpowiednio w zakresie tachografów analogowych lub w zakresie tachografów cyfrowych; niekaralność za przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, wymiarowi sprawiedliwości, porządkowi publicznemu, ochronie informacji, wiarygodności dokumentów, mieniu, obrotowi gospodarczemu, obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi lub za przestępstwo skarbowe oraz za przestępstwo przeciwko wiarygodności tachografów określone w art. 50 tej ustawy. Do drugiej grupy warunków należy zakwalifikować: posiadanie urządzeń niezbędnych do wykonywania instalacji, sprawdzania, przeglądów lub napraw, odpowiednio w zakresie tachografów analogowych lub cyfrowych; posiadanie opisu procedur w zakresie wnioskowanej działalności, określających bardzo szczegółowo sposób prowadzenia tej działalności: sposób używania kart warsztatowych i ich zabezpieczania oraz zachowania bezpieczeństwa użytkowania kart warsztatowych; określenie sposobu ewidencjonowania, przechowywania, stosowania oraz zabezpieczania materiałów i wyposażenia używanego do nakładania zabezpieczeń oraz sprawowania kontroli nad tymi materiałami i wyposażeniem; ustalenie sposobu wykonywania instalacji, sprawdzania, przeglądów lub napraw tachografów, zgodnie z zakresem wnioskowanej działalności (w tym metod sprawdzania, stosowania przyrządów pomiarowych i spełniania wymagań określonych dla tych przyrządów, szacowania niepewności pomiarów); opisanie sposobu przechowywania danych pobranych z kart warsztatowych; określenie sposobu pobierania z tachografu cyfrowego zapisanych w nim danych, ich przechowywania i przekazywania, a także organizacji kontroli wewnętrznej oraz uregulowania zakresu uprawnień i odpowiedzialności pracowników.

Szczególnym warunkiem o charakterze organizacyjno-prawnym jest obowiązek zapewnienia bezstronności i niezależności od podmiotów, na rzecz których są świadczone usługi, oraz wykazanie niezachodzenia konfliktu interesów z tymi podmiotami. Z uwagi na konflikt interesów przedsiębiorca wnioskujący o udzielenie zezwolenia nie może prowadzić działalności gospodarczej w zakresie przewozu drogowego pojazdami objętymi obowiązkiem instalacji i użytkowania tachografu oraz nie może być podmiotem zależnym od takiego przedsiębiorcy, osobą uprawnioną do jego reprezentacji, jak również wykonywać na rzecz tego podmiotu czynności, które mogą powodować powstanie konfliktu interesów polegającego na braku bezstronności i niezależności od tego podmiotu.

Niespełnienie któregokolwiek z warunków skutkuje wydaniem decyzji odmownej. Organ odmawia ponadto wydania zezwolenia przedsiębiorcy, który w ciągu czterech lat poprzedzających złożenie wniosku był stroną decyzji o cofnięciu zezwolenia (z wyjątkiem postępowania prowadzonego na wniosek przedsiębiorcy) oraz na którego we wskazanym okresie została nałożona kara pieniężna w związku z naruszeniem przepisów ustawy o tachografach.

Podsumowanie

Przeprowadzone w artykule rozważania objęły wprawdzie jedynie wąski wy-cinek aktywności administracji miar w analizowanym obszarze, jednak pozwalają na potwierdzenie tezy o aktualności funkcji reglamentacyjnej w gospodarce. Można tutaj sformułować wniosek, że funkcja reglamentacyjna ulega transformacji wywoływanej przez zmiany stosunków gospodarczych i nowe zagrożenia identyfikowane w gospodarce.

Biorąc pod uwagę wartości i dobra chronione w ramach tradycyjnie wyróż-nianych funkcji administracji gospodarczej, można zauważyć, że tradycyjny po-dział na funkcje administracji gospodarczej stopniowo się zaciera. Występuje zja-wisko przenikania i uzupełnia się funkcji (zwłaszcza reglamentacyjnej, policyjnej i regulacyjnej). W tym konkretnym przypadku (działalności w zakresie instalacji, sprawdzania, przeglądów i napraw tachografów) celem wprowadzonego ograni-czenia swobody działalności gospodarczej w postaci zezwolenia jest ochrona nie tylko interesów przedsiębiorców i konsumentów, ale też bezpieczeństwa i porządku publicznego (bezpieczeństwa drogowego).

Bibliografia

- Długosz T., Horubski K., Kieres L., Kocowski T., *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Jaroszyński K., *Funkcje administracji gospodarczej*, [w:] *Prawo gospodarcze. Aspekty publiczno-prawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2020.
- Kamiński Ł., *Pojęcie bezpieczeństwa w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10.
- Kiczka K., *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kocowski T., [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne — reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z 21 sierpnia 1997 r.*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji publicznej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996.
- Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996.
- Kubala W., *Zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 7.

- Kurzępa B., *Odpowiedzialność karna za nieprzestrzeganie ustawy o tachografach*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 6.
- Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, red. A. Powalowski, Warszawa 2019.
- Lewicki M., *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 8.
- Małecki W., *O właściwej i niewłaściwej reglamentacji podejmowania działalności gospodarczej*, „Prawo” 329. *Państwo a przedsiębiorca. Aktualne wyzwania*, red. A. Borkowski, W. Małecki, 2019.
- Michalska-Badziak R., [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2021.
- Miemiec M., *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2013.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1999.
- Popowska B., *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Waligórski M., *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998.
- Waligórski M., *Koncesje, zezwolenia i licencje w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Poznań 2012.
- Waligórski M., *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001.

The Role of the State in the Control and Regulation of the Uniformity of Measurements and the Required Measurement Accuracy (Act of 5 July 2018 on the System of Digital Tachographs — Case Study)

Summary

Control and regulation of economic activity by the state is one of its oldest roles concerning several areas of the economy. This article provides an analysis of this state function using the example of legal instruments applied by the administration of measures as to regulation under the Act of 5 July 2018 on the System of Digital Tachographs. The paper defends the thesis that by undertaking regulatory activity aimed at ensuring uniformity and accuracy of (tachograph) measurements, the state performs its function of economic regulation in a contemporary manner.

Keywords: regulation of economic activity, administration of measures, accuracy and uniformity of measurements, tachographs.

Z PROBLEMATYKI PRAWA KONKURENCJI I REGULACJI SEKTOROWEJ

MATEUSZ BŁACHUCKI

ORCID: 0000-0001-5805-048X

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

mateusz.blachucki@inp.pan.pl

Zawieszenie postępowania antymonopolowego i kontrola sądowa czynności Prezesa UOKiK w tym zakresie

Abstrakt: Przedmiotem artykułu jest analiza instytucji zawieszenia postępowania antymonopolowego. Analizując różne rodzaje spraw rozpatrywanych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, wykazano, że postępowanie to może być zawieszane jedynie z urzędu. W tym zakresie autor tekstu rewiduje dotychczasowe poglądy doktryny i Prezesa UOKiK o dopuszczalności zawieszenia postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji na wniosek. Ustalenia artykułu podważają jednocześnie dominujący pogląd o niezaskarżalności postanowień o zawieszeniu postępowania wydawanych na podstawie ustawy antymonopolowej. W opracowaniu wskazano również, że kontrolę sądową czynności organu antymonopolowego w sprawie zawieszenia sprawują sądy powszechne i Sąd Najwyższy.

Słowa kluczowe: postępowanie antymonopolowe, zawieszenie postępowania, zażalenie administracyjne, Prezes UOKiK, sąd antymonopolowy.

Wprowadzenie

Postępowanie antymonopolowe tworzy procesowe ramy rozpatrywania spraw z zakresu ochrony konkurencji toczących się przed Prezesem UOKiK na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)¹. Od

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275).

początku transformacji ustrojowej działania organu antymonopolowego nakierowane były na stworzenie otwartej gospodarki wolnorynkowej. Przykładem takich starań były między innymi działania organu antymonopolowego w procesie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych². Działalność Prezesa UOKiK jako organu policji gospodarczej³ wymagała jednak stworzenia odpowiednich ram prawnych.

Regulacja antymonopolowa jest przykładem reglamentacji, czyli objęcia regulacją prawną danego obszaru życia społecznego lub gospodarczego w celu ograniczenia praw podmiotów, w tym podmiotów podejmujących i prowadzących działalność gospodarczą⁴. Z uwagi na to regulacja antymonopolowa musiała zostać ukształtowana tak, aby ingerując w wolność gospodarczą przedsiębiorców, jednocześnie zawierała specyficzne i dostosowane do jej przedmiotu normy. Wyrazem tej specyfiki jest sposób uregulowania zawieszenia postępowania antymonopolowego. Z jednej strony widoczne są modyfikacje dopuszczalności tej czynności, a z drugiej — wprowadzone uzupełnienia przepisów k.p.a.⁵ doprowadziły do sporów doktrynalnych i wątpliwej prawnie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK.

Niniejsze opracowanie jest pierwszą w literaturze polskiej analizą wskazanego zagadnienia; przedstawia też propozycję nowej interpretacji przepisów oraz rozwiązania zidentyfikowanych problemów naukowych i jurysdykcyjnych. Jednocześnie stanowi wyraz uznania dla dokonań naukowych prof. Tadeusza Kocowskiego i formę podziękowania za płynące z jego badań inspiracje.

Postępowanie antymonopolowe i rodzaje spraw antymonopolowych

Odrębności postępowania antymonopolowego względem k.p.a. stawiają przed doktryną pytanie o charakter prawny tego postępowania. Duża część jej przedstawicieli skłania się ku twierdzeniu, że postępowanie antymonopolowe powinno być także określane jako postępowanie hybrydowe⁶. Z kolei doktryna procesu

² M. Guziński, T. Kocowski, *Struktura prawna władczych działań organów administracji w procesie prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego*, „Państwo i Prawo” (dalej: PiP) 1994, nr 9, s. 65.

³ T. Kocowski, W. Małecki, *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020, s. 135.

⁴ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 679.

⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 735).

⁶ Z. Kmieciak, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, PiP 2002, nr 4, s. 47.

cywilnego często ujmuje postępowanie antymonopolowe jako przedsądowe postępowanie administracyjne⁷. Akceptując wskazane poglądy, koncentrujące się na sposobie budowy norm oraz modyfikacji jurysdykcji sądowej w sprawach antymonopolowych, tracimy jednak z pola widzenia istotę badanej procedury i jej administracyjny charakter. Musimy bowiem wziąć pod uwagę, że postępowanie antymonopolowe jest przykładem postępowania administracyjnego szczególnie. Przy przyjęciu tej tezy można wskazać, że skoro istotą postępowania administracyjnego jest rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej przez właściwy organ administracji publicznej w drodze decyzji, to postępowanie antymonopolowe spełnia ten podstawowy warunek. Sprawy antymonopolowe są sprawami administracyjnymi, Prezes UOKiK zaś jest centralnym organem administracji rządowej i rozstrzyga sprawy w formie decyzji administracyjnej. Należy przy tym podkreślić, że charakter postępowania administracyjnego jest najlepiej dostosowany do celu, jakim jest ochrona interesu publicznego poprzez zagwarantowanie istnienia wolnej konkurencji na skutek niedopuszczenia do działań przedsiębiorców o charakterze antykonkurencyjnym. To właśnie ochrona interesu publicznego stanowi o wyraźnie administracyjnym charakterze tego postępowania⁸.

Ustalenie charakteru prawnego postępowania antymonopolowego ma znaczenie kluczowe, gdyż w razie wątpliwości pozwoli na wskazanie, jaki wzorzec postępowania powinien być punktem referencyjnym. W tym miejscu warto jeszcze określić, jakie sprawy są rozstrzygane w toku tego postępowania. Są to sprawy antymonopolowe toczące się na podstawie przepisów u.o.k.k. w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, których przedmiotem jest publicznoprawna ochrona konkurencji. O zakwalifikowaniu danej sprawy decydują więc elementy formalny i materialny. Pierwszy człon definicyjny wskazuje na przepisy prawa powszechnie obowiązującego, będące podstawą zaistnienia sprawy, oraz na organ właściwy do ich realizacji. Druga przesłanka odsyła do wartości, to jest ochrony konkurencji, która ma być przedmiotem ochrony w postępowaniu, a jednocześnie podstawowym kryterium rozstrzygania sprawy, oraz wskazuje na charakter tej ochrony — publicznoprawny⁹. Sprawami antymonopolowymi *sensu stricto* będą sprawy dotyczące: 1. praktyk ograniczających konkurencję, 2. kontroli koncentracji, 3. nakładania kar administracyjnych z tytułu deliktów antymonopolowych. Sprawą antymonopolową *sensu largo* będzie sprawa stanowiąca przedmiot postępowania wyjaśniającego.

⁷ T. Ereciński, *Postępowanie w sprawach o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym*, PiP 1991, nr 1, s. 33.

⁸ Szerzej zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 148–152.

⁹ *Ibidem*, s. 134.

Zawieszenie postępowania w k.p.a. i u.o.k.k.

Postępowanie administracyjne powinno toczyć się sprawnie i nieprzerwanie, aby doprowadzić do rozstrzygnięcia sprawy. Niestety w trakcie postępowania mogą pojawić się przeszkody. Jeżeli są one nieusuwalne, postępowanie należy zakończyć bez rozstrzygania o istocie sprawy, umarzając je. Jeśli zaś przeszkody mają charakter usuwalny i czasowy, wtedy należy zawiesić postępowanie. Podkreśla się, że niejednokrotnie w toku procesu mogą zajść takie zdarzenia, wskutek których dalszy bieg postępowania stanie się na razie niemożliwy lub niewskazany. Wówczas bieg postępowania musi ulec zastojowi czasowemu do chwili ustania przeszkody dalszego postępowania¹⁰.

Podstawą zawieszenia postępowania antymonopolowego mogą być przepisy k.p.a. lub u.o.k.k. Zgodnie z przepisami k.p.a. mogą wystąpić obligatoryjne (art. 97 § 1) lub fakultatywne (art. 99 § 1) przesłanki zawieszenia postępowania antymonopolowego. Zawieszenie następuje w formie postanowienia, które jest zaskarżalne¹¹. Skutkiem zawieszenia postępowania jest wstrzymanie biegu terminów przewidzianych w kodeksie. Natomiast u.o.k.k. dodaje jeszcze jedną podstawę do zawieszenia postępowania, zawartą w art. 87 ust. 3. Zgodnie z tym przepisem jeżeli właściwy organ ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej prowadzi postępowanie w tej samej sprawie na podstawie art. 101 lub 102 TfUE, a Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie, może on — w drodze postanowienia — zawiesić postępowanie do czasu wydania rozstrzygnięcia przez właściwy organ ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE. Przepis ten wynika ze zdecentralizowanego systemu wdrażania europejskiego prawa konkurencji i umożliwia uniknięcie dublowania prowadzenia postępowań w tych samych sprawach. Co istotne, zasadność zawieszenia postępowania jest pozostawiona w tej sytuacji ocenie Prezesa UOKiK. Wskazana regulacja oznacza, że we wszystkich sprawach antymonopolowych wszczynanych z urzędu (dotyczących praktyk antykonkurencyjnych i kar) możliwe jest zawieszenie postępowania na podstawie k.p.a. i w jednej sytuacji opierając się na u.o.k.k. Obserwację tę potwierdza praktyka Prezesa UOKiK, który na przykład zawiesił postępowanie, gdyż czekał na prejudykat w postaci orzeczenia SN¹². Natomiast w wypadku spraw kontroli koncentracji można teoretycznie rozważać dopuszczalność zawieszenia na wniosek, ale bliższa analiza przepisów jej nie potwierdza.

¹⁰ M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe cywilne. Dynamika procesu (postępowanie)*, Warszawa 1947, s. 305.

¹¹ Niezaskarżalna jest odmowa zawieszenia postępowania.

¹² Postanowienie Prezesa UOKiK w sprawie DOK2-411-4/06, niepubl.

Niedopuszczalność zawieszenia postępowania antymonopolowego na wniosek

Jedynie postępowania antymonopolowe w sprawach kontroli koncentracji mogą się toczyć na wniosek i dlatego tylko w ich przypadku można rozważać dopuszczalność ich zawieszania na wniosek strony. W dotychczasowej literaturze przedmiotu dowiedziono, że art. 98 k.p.a. znajduje pełne zastosowanie w postępowaniu antymonopolowym, co dopuszcza wskazany sposób zawieszenia¹³. Podobnie Prezes UOKiK w wielu sprawach dopuszczał taką możliwość¹⁴. Niestety uzasadnienie stanowiska organu jest niezwykle lakonicznie i właściwie sprowadza się do stwierdzenia, że skoro postępowanie toczy się na wniosek, to strona ma prawo żądać jego zawieszenia, a w takich sprawach nie występują okoliczności zagrażające interesowi społecznemu.

Blizsza analiza charakteru spraw antymonopolowych z zakresu kontroli koncentracji daje podstawę do zakwestionowania zarówno dotychczasowych ustaleń doktryny, jak i praktyki Prezesa UOKiK. Specyfiką tych spraw jest bowiem określony w art. 96 u.o.k.k. termin zakończenia postępowania w tych sprawach. Zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem orzecznictwa i doktryny jest to termin prawa materialnego¹⁵. Tymczasem art. 103 k.p.a., stanowiący podstawę wstrzymania biegu terminów po zawieszeniu postępowania, nie dotyczy przepisów prawa materialnego, a jego zakres ogranicza się do wybranych terminów określonych w k.p.a.¹⁶ Powoduje to, że ewentualne zawieszenie postępowania ad-

¹³ Tak M. Błachucki, *Charakter prawny postępowania antymonopolowego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbrowicz, Wrocław 2009, s. 796; D. Sylwestrzak, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2012, s. 189.

¹⁴ Postanowienia Prezesa UOKiK w sprawach DOK3-421/42/04, DOK-1-422/13/05, DOK3-421-11/06, DKK1-421-18/07, DKK1-422/22/15, DKK1-421/43/15 czy DKK-2.421.60.2018, niepubl.

¹⁵ T. Woś, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 1993 r., III CZP 63/93*, PiP 1995, nr 5, s. 106.

¹⁶ To stanowisko jednoznacznie akceptuje doktryna (zob. B. Adamiak, *Glosa do wyroku WSA w Gliwicach z 3.12.2009 r., II SA/GI 434/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 2, s. 101; M. Romańska, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Sudyka, Warszawa 2019, LEX/el., art. 103; A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Warszawa 2021, LEX/el., art. 103; J. Wegner, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. W. Chróścielewski, Z. Kmiecik, Warszawa 2019, LEX/el., art. 103; G. Łaszczycza, [w:] C. Martysz, A. Matan, G. Łaszczycza, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, LEX/el., art. 103) i orzecznictwo (wyroki NSA: z dnia 26 stycznia 1993 roku, sygn. II SA 930/92, Wokanda 1993/7, s. 20; z dnia 28 kwietnia 2003 roku, sygn. II SA 3953/01, CBOSA; z dnia 30 czerwca 2010 roku, sygn. I OSK 81/10, CBOSA; wyroki WSA: z dnia 3 grudnia 2009 roku, sygn. II SA/GI 434/09, CBOSA; z dnia 3 września 2008 roku, sygn. I SA/Bk 170/08, CBOSA).

ministracyjnego, dla którego przepisy prawa materialnego przewidują termin na jego przeprowadzenie, nie wpływa na bieg tych terminów, które nadal płyną. Jeżeli zatem taki termin prawa materialnego upłynie w trakcie zawieszenia postępowania, to organ traci kompetencję do rozstrzygnięcia sprawy i takie postępowanie staje się bezprzedmiotowe. W sprawach kontroli koncentracji może to prowadzić do szczególnie groźnych dla interesu publicznego sytuacji w postaci milczącej autoryzacji antykonkurencyjnych koncentracji. Oznacza to, że w sprawach antymonopolowych z zakresu kontroli koncentracji aktualizuje się negatywna przesłanka zawieszenia postępowania na wniosek w postaci zagrożenia dla interesu społecznego. Co za tym idzie — zawieszenie na wniosek postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji jest prawnie niedopuszczalne.

Niedopuszczalność zawieszenia postępowania wyjaśniającego

Choć sprawy będące przedmiotem postępowania wyjaśniającego są sprawami antymonopolowymi jedynie *sensu largo*, samo zaś postępowanie wyjaśniające nie stanowi formy postępowania antymonopolowego, ale jest jedynie sformalizowaną procedurą, która może poprzedzać jego wszczęcie, to dla zupełności analizy warto wskazać, że postępowanie wyjaśniające nie może zostać zawieszone. Celem tego postępowania jest zasadniczo zebranie informacji, nie dochodzi w nim do konkretyzacji niczyich praw czy obowiązków kogokolwiek, a więc nie ma stron. Powoduje to, że zawieszenie postępowania na wniosek w ogóle nie wchodzi w grę. Podobnie nie ma możliwości zawieszenia postępowania z urzędu, gdyż w postępowaniu tym nie dochodzi do żadnego merytorycznego rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej kogokolwiek, a tego dotyczą przesłanki zawieszenia z art. 97 k.p.a.

Zaskarżalność postanowień w przedmiocie zawieszenia postępowania antymonopolowego

W doktrynie toczy się spór dotyczący zaskarżalności postanowienia w przedmiocie zawieszenia postępowania antymonopolowego. Jedni autorzy podkreślają, że na postanowienie w przedmiocie zawieszenia postępowania na podstawie

art. 87 ust. 3 u.o.k.k. zażalenie nie przysługuje¹⁷. Natomiast część przyjmuje, że z uwagi na treść art. 101 § 3 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. na postanowienie w przedmiocie zawieszenia postępowania przysługuje zażalenie¹⁸. Czasem również wyrażano twierdzenie, że stosownie do art. 141 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. na postanowienie wydane na podstawie art. 87 ust. 3 u.o.k.k. nie przysługuje zażalenie, zawieszenie postępowania zaś, opierając się na przesłankach wskazanych w przepisach k.p.a., następuje w drodze postanowienia zaskarżalnego na podstawie art. 101 § 3 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 81 ust. 5 u.o.k.k.¹⁹

Bliższa analiza instytucji zawieszenia postępowania uregulowanej w u.o.k.k. i k.p.a. prowadzi do wniosku, że w każdym przypadku zawieszenia postępowania przysługuje zażalenie. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie modyfikuje bowiem w tym zakresie regulacji kodeksowej, ale ją uzupełnia, wprowadzając dodatkową przesłankę fakultatywnego zawieszenia postępowania antymonopolowego. Natomiast zawieszenie postępowania to ta sama instytucja procesowa na gruncie obydwu aktów — przybiera tę samą formę prawną i wywołuje te same skutki prawne. Dlatego twierdzenie, że racjonalny ustawodawca różnicuje zaskarżalność tego samego co do formy i istoty aktu administracyjnego, jest wykluczone z punktu widzenia systemowego. Co więcej, skoro zawieszenie postępowania zaburza sprawny przebieg postępowania, wpływając na prawo strony do szybkiego i sprawnego uzyskania rozstrzygnięcia, to uzasadnia to twierdzenie, że celowe jest, aby w każdym przypadku istniała możliwość kontrolowania tej czynności przez właściwy sąd.

Kontrola czynności Prezesa UOKiK w przedmiocie zawieszenia postępowania

Niezaskarżalne postanowienia o odmowie zawieszenia i podjęciu zawieszono-
nego postępowania antymonopolowego nie podlegają kontroli ani instancyjnej,
ani sądowej, co potwierdza orzecznictwo Prezesa UOKiK²⁰. Natomiast postano-

¹⁷ K. Kowalik-Bańczyk, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, Legalis/el., art. 87; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, LEX/el., art. 87.

¹⁸ D. Sylwestrzak, *op. cit.*, s. 190.

¹⁹ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009, LEX/el., art. 87; M. Błachucki, *Rola i właściwość sądów powszechnych i administracyjnych w sprawach antymonopolowych w świetle najnowszego orzecznictwa i zmian normatywnych*, „Studia Prawnicze” 2017, nr 3, s. 128.

²⁰ Postanowienia Prezesa UOKiK w sprawach DKK1-421/43/15 czy DOK3-421-11/06, niepubl.

wienia Prezesa UOKiK o zawieszeniu lub odmowie podjęcia postępowania antymonopolowego są zaskarżalne. Zażalenia na te postanowienia będą podlegały rozpoznaniu przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a nie sąd administracyjny²¹. Co ważne, wnioski doktryny są zbieżne z praktyką Prezesa UOKiK²².

Wnioski

Przeprowadzone badania wykazały, że regulacja zawieszenia postępowania antymonopolowego jest dowodem na szczególny charakter tej procedury administracyjnej. Nie oznacza to jednak, że należy wybiórczo stosować normy k.p.a. w postępowaniu antymonopolowym, zwłaszcza w stosunku do instytucji wspólnych dla k.p.a. i u.o.k.k. Powoduje to, że nie ma podstaw, aby traktować postanowienia o zawieszeniu postępowania wydawane na podstawie u.o.k.k. jako niezaskarżalne, w odróżnieniu od postanowień wydawanych na podstawie k.p.a. Takie zróżnicowanie nie ma oparcia w wykładni systemowej i prowadzi do braku spójności przepisów, a na dodatek jest rozwiązaniem nielogicznym.

Wyniki badań dają podstawę do uznania, że postępowanie antymonopolowe nie może być zawieszane na wniosek. Wynika to z brzmienia art. 103 k.p.a. i materialnego charakteru terminów w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Powoduje to konieczność fundamentalnej zmiany praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK, gdyż prowadzi ona do skutków nie do pogodzenia z interesem społecznym (publicznym). Potencjalne skutki instrumentalnego wykorzystywania przez przedsiębiorców dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK w tym zakresie stwarza bardzo duże niebezpieczeństwo autoryzacji antykonkurencyjnych koncentracji. Jednocześnie nie istnieją prawne możliwości rektyfikacji takich czynności organu antymonopolowego, a dalsze orzekanie w sprawach zawieszonych, w których upłynął termin materialnoprawny, jest oczywiście bezpodstawne i stanowi rażące naruszenie prawa.

Przeprowadzone badania pokazują zatem, jak złożony charakter ma postępowanie antymonopolowe, co czyni zeń inspirujący przedmiot badań.

²¹ M. Błachucki, *System postępowania...*, s. 418.

²² Postanowienia Prezesa UOKiK w sprawach DKK1-421-18/07 czy DKK-2.421.60.2018, niepubl.

Bibliografia

- Adamiak B., *Glosa do wyroku WSA w Gliwicach z 3.12.2009 r., II SA/Gl 434/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 2.
- Błachucki M., *Charakter prawny postępowania antymonopolowego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbrowicz, Wrocław 2009.
- Błachucki M., *Rola i właściwość sądów powszechnych i administracyjnych w sprawach antymonopolowych w świetle najnowszego orzecznictwa i zmian normatywnych*, „Studia Prawnicze” 2017, nr 3.
- Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012.
- Ereciński T., *Postępowanie w sprawach o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 1.
- Guziński M., Kocowski T., *Struktura prawna władczych działań organów administracji w procesie prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 9.
- Jaśkowska M., Wilbrandt-Gotowicz M., Wróbel A., *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Warszawa 2021, LEX/el.
- Kmieciak Z., *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 4.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Kocowski T., Małecki W., *Niezbędność organów państwowego nadzoru policyjnego w gospodarce*, „Prawo” 331, 2020.
- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. W. Chróścielewski, Z. Kmieciak, Warszawa 2019, LEX/el.
- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Sudyka, Warszawa 2019, LEX/el.
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, LEX/el.
- Martysz C., Matan A., Łaszczycza G., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, LEX/el.
- Sylwestrzak D., *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2012.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, Legalis/el.
- Waligórski M., *Polskie prawo procesowe cywilne. Dynamika procesu (postępowanie)*, Warszawa 1947.
- Woś T., *Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 1993 r., III CZP 63/93*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 5.

Suspension of Antimonopoly Proceedings and Judicial Review of the Actions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection in This Regard

Summary

The subject of the article is an analysis of the institution of suspension of antimonopoly proceedings. A review of different types of cases examined in the course of proceedings before the President of Office for Competition and Consumer Protection (OCCP) has shown that these proceedings may be suspended only *ex officio*. In this respect the article revises the hitherto prevailing views of the legal doctrine and the jurisprudence of the OCCP President on the admissibility of suspension upon request of antimonopoly proceedings in merger control cases. The article's findings also challenge the common view that suspension orders, when issued on the basis of the Antimonopoly Act, are not appealable. The article also indicates that the judicial control of the antimonopoly authority's actions on suspension of proceedings is exercised by the common courts and the Supreme Court.

Keywords: antimonopoly proceedings, suspension of proceedings, administrative appeal, President of the Office for Competition and Consumer Protection, antimonopoly court.

ANNA BRZEZIŃSKA-RAWA

ORCID: 0000-0003-3865-9823

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

rawa@umk.pl

Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach zmów przetargowych

Abstrakt: Przedmiotem zainteresowania autorki w niniejszym opracowaniu są decyzje Prezesa UOKiK. W tekście dokonano analizy z zakresu porozumień ograniczających konkurencję w postaci umowy przetargowej z ostatnich dziesięciu lat. W tym czasie Prezes UOKiK wydał 75 decyzji z tego zakresu. Od tych decyzji w 32 przypadkach złożono odwołanie; w 64 decyzjach nałożono karę pieniężną, a w przypadku pozostałych 11 decyzji postępowanie umorzono albo odstąpiono od wymierzenia kary.

W artykule przeanalizowano kwestię oceny szkodliwości zmów przetargowych przez Prezesa UOKiK, zaistniałe formy zmów przetargowych i dowody świadczące o ich zawarciu, a ponadto przypadki odstąpienia od wymierzenia kary ze względu na precedensowy charakter sprawy. W swoich decyzjach Prezes UOKiK nie miał wątpliwości co do szkodliwości zmów przetargowych i naruszenia interesu publicznego w wypadkach, gdy umowy te zostały zawarte. Licznie wykrywane były umowy, które polegały na uzgodnieniu warunków składanych ofert, a także umowy, w których działania przedsiębiorców zakładały rozstawianie i wycofywanie ofert. W analizowanych decyzjach Prezes UOKiK konsekwentnie formułował i podtrzymywał tezę o trudnościach dowodowych w wypadku praktyk uzgodnionych, gdy nie doszło do zawarcia umowy cywilnoprawnej między uczestnikami porozumienia.

Słowa kluczowe: przetarg, zmowa przetargowa, Prezes UOKiK, porozumienia ograniczające konkurencję.

Wprowadzenie

Inspiracją do wyboru problematyki niniejszego artykułu był dorobek prof. Tadeusza Kocowskiego. Pan Profesor w swoich licznych opracowaniach podejmuje bowiem kilka nurtów badawczych w ramach publicznego prawa gospodarczego. Szczególnie interesujące są dla mnie prace z zakresu pożarnictwa¹ jako potencjal-

¹ T. Kocowski, *Ochotnicza straż pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326, 2018, s. 23–36; *idem*, *Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 323, 2017, s. 101–112.

nie zbieżne z moimi zainteresowaniami naukowymi, na przykład w zakresie bezpieczeństwa pożarowego przy projektowaniu budynków i budowli. Z kolei podejmowana przez Pana Profesora problematyka zamówień publicznych², bardzo mi odległa, znajduje punkt styyczny z moimi predylekcjami w instytucji z umowy przetargowej³ jako formy porozumienia ograniczającego konkurencję, zakazanego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.i.k.)⁴. Przepis ten przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające zwłaszcza na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Kompleksowa analiza tej instytucji⁵, choćby tylko na płaszczyźnie publicznego prawa konkurencji⁶, w tym zagadnienia rodzajów zmwów przetargowych,

² T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020, s. 153–167; K. Horubski, T. Kocowski, *O nadzorze w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 2, s. 7–25; T. Kocowski, *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 533–546; T. Kocowski, K. Horubski, *Status komisji przetargowej w prawie zamówień publicznych: wybrane zagadnienia*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4, s. 3–17.

³ Zmowa przetargowa jest definiowana w literaturze przez Małgorzatę Sieradzką jako: „działanie wyłączające konkurencję na rzecz wzajemnej koordynacji zachowań” — *eadem*, *Przestępstwo z umowy przetargowej*, Warszawa 2016, s. 1; przez Ryszarda Szostaka jako: „wyjątkowo nieuczciwe i bardzo szkodliwe dla obrotu porozumienia, nawiązywane pomiędzy osobami przystępującymi do przetargu, niekiedy także z udziałem organizatora, ograniczające lub choćby tylko zakłócające konkurencję” — *idem*, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 30. Jak natomiast wskazuje Zbigniew Jurczyk: „Praktyka zmwów przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość zmwów przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji” — *idem*, *Kartelee w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 372.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 275.

⁵ Należy też zwrócić uwagę na art. 305 kodeksu karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2345): „§ 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. § 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamyślający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

⁶ Zob. M. Minkiewicz, *Ochrona zamawiającego przed zmwami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych*, „IKAR” 2015, nr 4, s. 19–38;

decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) o uznaniu umowy przetargowej za praktykę ograniczającą konkurencję i nakazującą jej zaniechania, wymiaru kary pieniężnej, a także odpowiedzialności osób zarządzających⁷, przekraczałyby w sposób istotny wyznaczone ramy objętościowe artykułu. Dlatego też przedmiot zainteresowania niniejszego opracowania zostanie ograniczony do analizy decyzji Prezesa UOKiK wydanych w ostatnich dziesięciu latach (2012–2021). W tym czasie Prezes UOKiK wydał 75 decyzji z tego zakresu, z czego od tych decyzji w 32 przypadkach strona bądź strony złożyły odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W 64 decyzjach Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną za zawarcie niedozwolonego porozumienia, w przypadku pozostałych 11 decyzji postępowanie umorzono⁸ albo też organ odstąpił od wymierzenia kary⁹.

1. Ocena szkodliwości zmów przetargowych przez Prezesa UOKiK

W swoich decyzjach Prezes UOKiK nie miał żadnych wątpliwości co do szkodliwości zmów przetargowych i naruszenia interesu publicznego w wypadkach, gdy umowy te zostały zawarte. Zdaniem Prezesa UOKiK:

zmowa przetargowa jest to jedno z najbardziej szkodliwych niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych występujących w obrocie gospodarczym. Właściwie zorganizowany przetarg zapewnia [...] jego uczestnikom silne bodźce, by przedstawić organizatorowi możliwie korzystną ofertę. Warunkiem zapewnienia efektywności procedury przetargowej jest jednak zachowanie konkurencji pomiędzy oferentami. W sytuacji gdy oferenci podejmują ze sobą współpracę, postępowanie przetargowe nie spełni swojej funkcji¹⁰.

Wskazywał, że ich celem jest „uzyskanie przez będących w porozumieniu wykonawców określonych zleceń przy większych zyskach niż w stanie skutecznej konkurencji. Strony porozumienia — zazwyczaj wykonawcy — dopuszczają

G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 12, s. 4–13; szerzej zob. A. Brzezińska-Rawa, D. Sylwestrzak, *Administratywizacja prawa karnego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, „Studia Iuridica Toruniensia” 26, 2020, s. 85–106.

⁷ P. Korycińska-Rządca, *Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „IKAR” 2017, nr 1, s. 109–125.

⁸ Na przykład decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 marca 2019 roku, nr DOK-1/2019; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 października 2016 roku, nr RGD 3/2016. Wszystkie powołane w artykule decyzje znajdują się na stronie: http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_pres.nsf (dostęp: 1.03.2022).

⁹ Na przykład decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2016 roku, nr DOK-3/2016; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 października 2017 roku, nr DOK-2/2017.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 kwietnia 2017 roku, nr RKT-04/2017.

się określonej manipulacji składanymi ofertami, tak aby osiągnąć pożądaną wy-nik przetargu”¹¹. Zdaniem Prezesa UOKiK zasadniczo powoduje to przedstawienie przez uczestników przetargu ofert mniej korzystnych niż w warunkach konkurencji, zaś wyłoniona oferta najczęściej będzie niekorzystna dla zamawiającego¹². Co więcej, Prezes UOKiK argumentuje, że

ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa¹³.

W konkluzji tej decyzji Prezes UOKiK stwierdza, że z umowy przetargowe „powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywołują przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny”¹⁴.

2. Formy zmów przetargowych i dowody świadczące o ich zawarciu

W analizowanych sprawach zawierane były różnego rodzaju z umowy przetargowe, zazwyczaj pomiędzy oferentami. Stosunkowo liczne były przypadki zmów polegających na uzgodnieniu warunków składanych ofert¹⁵. Ponadto często wykrywane były z umowy, w których działania przedsiębiorców zakładały rozstawianie i wycofywanie ofert, to jest oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio różnicowane, następnie po otwarciu ofert, gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają dwie kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę, była wycofywana¹⁶ bądź — w przypadku gdy była niekompletna — uzupełniana błędnie, co skutkowało jej odrzuceniem¹⁷. Zidentyfikowano również podział rynku, czyli przypadek, w którym celem z umowy przetargowej było uniknięcie konkurencji pomiędzy sobą

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 listopada 2021 roku, nr RKT-5/2021.

¹² Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-04/2017.

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 9 października 2012 roku, nr RPZ 28/2012.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Na przykład decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-5/2021.

¹⁶ Na przykład decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 sierpnia 2015 roku, nr RKR 8/2015; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 lipca 2021 roku, nr RPZ 4/2021.

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 lipca 2021 roku, nr RPZ 4/2021.

i podzielenie się przychodami i zyskiem z tytułu świadczenia usług poprzez wykonywanie przez każdego z przedsiębiorców usług na jego „stałym” terenie¹⁸.

W analizowanych decyzjach Prezes UOKiK konsekwentnie formułował i podtrzymywał tezę o trudnościach dowodowych w przypadku praktyk uzgodnionych, gdy nie doszło do zawarcia umowy cywilnoprawnej między uczestnikami porozumienia. Prezes UOKiK często przyznawał, że nie dysponuje bezpośrednimi dowodami zмовы, i dokonał oceny zachowania przedsiębiorców na podstawie zgromadzonych dowodów pośrednich, konkludując, że dane zachowanie uczestników postępowania nie miało cech przypadkowości, lecz wskazuje na uzgodnienia, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b u.o.k.i.k.¹⁹ Zdarzało mu się korzystać z informacji zawartych we wniosku *leniency*, to jest wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej²⁰.

W toku analizy dowodów pośrednich Prezes Urzędu musiał ocenić, czy zachowania przedsiębiorców będących stronami postępowania dają się wyjaśnić w sposób spójny i logiczny bez konieczności przyjęcia, iż doszło do porozumienia tych podmiotów na rynku właściwym. Jeżeli takie wyjaśnienie jest możliwe, brakuje podstaw, by uznać, że doszło do zawarcia porozumienia²¹. O istnieniu zмовы przetargowej mogła świadczyć sekwencja zdarzeń, na przykład:

1. składanie ofert w tej samej wysokości;
2. popełnianie tych samych błędów w ofertach;
3. składanie i uzupełnianie ofert w tym samym czasie;
4. następnie wskazanie przez tego przedsiębiorcę, który złożył korzystniejszą ofertę, drugiego z tych przedsiębiorców jako podwykonawcy²².

Dowody w sprawach oceniane były na podstawie całokształtu okoliczności danej sprawy. W wielu przypadkach Prezes UOKiK opierał się między innymi na istniejących powiązaniach rodzinnych: małżeństwo²³, bracia²⁴, ojciec i córka²⁵ bądź na występowaniu relacji towarzyskich²⁶. Dowodem był też ten sam adres siedziby, współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji²⁷ bądź ten sam numer telefonu i faxu²⁸. Ponadto dowodem była okoliczność wcześniejszej współpracy pomiędzy stronami postępowania w ramach prowadzonej przez nich

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 kwietnia 2017 roku, nr RKT 04/2017; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 6 marca 2019 roku, nr RKR 1/2019.

¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-5/2021.

²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR 1/2019.

²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 7 lipca 2015 roku, nr DOK-1/2015.

²² Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT 04/2017.

²³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 sierpnia 2016 roku, nr RWR 08/2016.

²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 sierpnia 2016 roku, nr RLU 5/2016.

²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 sierpnia 2015 roku, nr RKR-8/2015.

²⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-5/2021.

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR 08/2016.

²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 28/2012.

działalności gospodarczej, na przykład w postaci użyczenia sprzętu, sprzedaży wzajemnej²⁹ lub udostępniania sobie opracowań, wzorów pism bądź szablonów³⁰.

Jako dzień zaniechania praktyki przyjmowano albo dzień wyboru najkorzystniejszej z ofert³¹, albo dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego³². Zazwyczaj z umowy uznawane były za naruszenia krótkotrwałe, natomiast w przypadku umowy przetargowej obejmującej większą liczbę postępowań przetargowych — za naruszenie długotrwałe³³.

3. Odstąpienie od wymierzenia kary ze względu na precedensowy charakter sprawy

W kilku decyzjach Prezes UOKiK zdecydował o odstąpieniu od wymierzenia kary ze względu na precedensowy charakter sprawy. Odstąpienie od jej wymierzenia jest dopuszczalne, albowiem, jak wynika z art. 106 u.o.k.i.k., kara ma charakter fakultatywny. Jest to zgodne z ugruntowanym doktrynalnie stanowiskiem, w myśl którego kary powinny być nakładane tylko wtedy, gdy możliwe było przewidywanie takich konsekwencji przez karany podmiot, nie zaś gdy rozstrzygnięcie zostało oparte na całkiem nowej interpretacji przepisu określającego daną praktykę³⁴.

Decyzje te dotyczyły kwestii wymiany poufnych informacji w trakcie negocjacji co do współpracy w ramach systemu zamówień publicznych³⁵. Zdaniem Prezesa UOKiK udostępnianie potencjału jest przewidziane przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowi rozwiązanie powszechne w obrocie gospodarczym, co nie oznacza, że przedsiębiorcy, korzystając z tej regulacji, nie mogą jednocześnie naruszyć reguł konkurencji. Prezes ocenił, że z uwagi na niewykształcone reguły interpretacyjne wskazujące na bezprawny charakter jednostronnej wymiany poufnych i strategicznych informacji w toku negocjacji dotyczących udostępnienia potencjału przed złożeniem oferty przyjęcie nieświadomości przedsiębiorców odnośnie do popełnienia deliktu antymonopolowego jest uzasadnione — strony postępowania były w błędnym przekonaniu co do legalności swoich działań.

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU 5/2016.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR 08/2016.

³¹ *Ibidem*.

³² Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR 8/2015.

³³ *Ibidem*.

³⁴ M. Król-Bogomilska, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 1321.

³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-3/2016; decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-2/2017.

Podsumowanie

W artykule przeanalizowano decyzje Prezesa UOKiK w sprawie zamówień przetargowych z ostatnich dziesięciu lat. Poruszono zwłaszcza kwestię oceny szkodliwości zamówień przetargowych przez Prezesa UOKiK, zaistniałe formy zamówień przetargowych i dowody świadczące o ich zawarciu, a ponadto przypadki odstąpienia od wymierzenia kary ze względu na precedensowy charakter sprawy. Zmowy przetargowe dotyczyły właściwie wszystkich branż, w których organizowane są przetargi, na przykład oczyszczania ulic czy przewozu osób z niepełnosprawnościami.

Orzecznictwo Prezesa UOKiK należy ocenić jako niezbyt bogate jak na tak długi analizowany okres. Jest ono jednak spójne i konsekwentne, co powinno dać jasny sygnał przedsiębiorcom co do niedopuszczalności zamówień przetargowych. Tymczasem 29 grudnia 2021 roku pojawiła się informacja o przeszukaniach w siedzibach trzech przedsiębiorców: Asseco Poland, Comarch Healthcare oraz Bestprojects, przeprowadzonego w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego umowy przetargowej na dostawę i wdrożenie systemów informatycznych wykorzystywanych przez służbę zdrowia³⁶. Szczegóły nie są jeszcze znane, ale jeśli dojdzie do ustalenia umowy przetargowej, nie będzie to raczej świadczyło o nieznaności prawa (bo są to duże podmioty), lecz o przekonaniu co do niskiej wykrywalności zamówień lub o ich „opłacalności” mimo grożących wysokich kar pieniężnych.

Bibliografia

- Brzezińska-Rawa A., Sylwestrzak D., *Administratywizacja prawa karnego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, „Studia Iuridica Toruniensia” 26, 2020.
- Horubski K., Kocowski T., *O nadzorze w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 2.
- Jurczyk Z., *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
- Kocowski T., *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018.
- Kocowski T., *Gmina a Ochotnicze Straże Pożarne w wykonywaniu zadań w zakresie ochrony przeciwpożarowej*, „Prawo” 323, 2017.
- Kocowski T., *Ochotnicza straż pożarna jako stowarzyszenie*, „Prawo” 326, 2018.
- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020.
- Kocowski T., Horubski K., *Status komisji przetargowej w prawie zamówień publicznych: wybrane zagadnienia*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4.

³⁶ UOKiK, Komunikat prasowy z dnia 29 grudnia 2021 roku, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18150 (dostęp: 1.03.2022).

- Korycińska-Rządca P., *Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „IKAR” 2017, nr 1.
- Król-Bogomilska M., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014.
- Materna G., *Zakres podmiotowy zakazu zmwów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 12.
- Minkiewicz M., *Ochrona zamawiającego przed zmwami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych*, „IKAR” 2015, nr 4.
- Sieradzka M., *Przestępstwo zmwowy przetargowej*, Warszawa 2016.
- Szostak R., *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.

Decisions of the President of the OCCP in the Field of Bid Rigging

Summary

This article concerns the decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) in the field of anti-competitive agreements in the form of bid rigging in the last ten years. During that time, the President of the OCCP issued 75 decisions. These decisions were appealed in 32 cases. A fine was imposed in 64 decisions. In the case of the remaining 11 decisions, the proceedings were discontinued or the penalty was not imposed. The article analyzes the issue of the harmfulness of bid rigging in the decisions of the President of the OCCP, the existing forms of bid rigging and evidence of their conclusion, as well as the cases of waiving the penalty due to the precedent nature of the case. In his decisions, the President of the OCCP had no doubts as to the harmfulness of bid rigging and the violation of public interest in those cases in which it occurred. Instances of bid rigging, consisting both in agreeing on the terms of the offers submitted as well as in placing and withdrawing offers, were detected in large numbers. In the analyzed decisions, the President of the OCCP consistently formulated and maintained the position on the difficulties of evidence in the case of concerted practices as part of which no civil law agreement was concluded between the participants of the agreement.

Keywords: procurement, bid rigging, President of the OCCP, anti-competitive agreements.

MATEUSZ CHOŁODECKI

ORCID: 0000-0002-4043-1687

Uniwersytet Warszawski

mateusz.cholodecki@amu.edu.pl

Ustanowienie operatora wyznaczonego na rynku pocztowym w świetle ustawy o doręczeniach elektronicznych

Abstrakt: Ustawa o doręczeniach elektronicznych wprowadziła do porządku prawnego nowe rodzaje usług w postaci publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej. Świadczenie obu tych usług z mocy prawa powierza się operatorowi wyznaczonemu w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe. Najpóźniej w roku 2025 regulator rynku pocztowego — Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) — będzie jednak zobowiązany przeprowadzić konkurs na operatora wyznaczonego z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez ustawę o doręczeniach elektronicznych. W konkursie tym oceniane będą dodatkowe wymagania związane z koniecznością świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej. W artykule analizie poddano zatem nowe kryteria udziału w konkursie oraz przesłanki wyboru operatora wyznaczonego przez Prezesa UKE.

Słowa kluczowe: Prezes UKE, usługa powszechna, operator wyznaczony, usługi pocztowe, doręczenia elektroniczne.

Wprowadzenie

W ostatnich latach szeroko rozumiany rynek pocztowy ulega bardzo dynamicznym zmianom na niemal wszystkich płaszczyznach swojej działalności. Za główny powód tych zmian przyjmuje się postęp technologiczny, w tym rozwój cyfrowy. Zmiany te wymagały jednak ustanowienia nowego ładu regulacyjnego. W Unii Europejskiej zapoczątkowano je w 1997 roku stopniowym procesem liberalizacji rynku pocztowego. Polegał on na znoszeniu obszarów zastrzeżonych

(monopolu prawnego) dla dotychczasowych krajowych operatorów pocztowych¹. Końcowy etap liberalizacji przyniosła trzecia dyrektywa pocztowa 2008/6/WE, która zobowiązywała państwa członkowskie UE do zniesienia wszystkich dotychczasowych praw wyłącznych. Odpowiedzią na ewentualne negatywne konsekwencje liberalizacji rynku pocztowego stało się zagwarantowanie dostępu do usług powszechnych świadczonych przez wyznaczonego do tego operatora pocztowego².

W Polsce implementacja trzeciej dyrektywy pocztowej odbyła się w najpóźniejszym możliwym terminie, znosząc w ten sposób monopol Poczty Polskiej S.A.³ z dniem 1 stycznia 2013 roku. Jednocześnie powierzono temu operatorowi wykonywanie z mocy prawa obowiązków operatora wyznaczonego na okres jedynie trzech lat⁴ (art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku Prawo pocztowe⁵). W związku z tym w 2015 roku odbył się pierwszy konkurs na operatora wyznaczonego przeprowadzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: UKE)⁶.

Szybko postępująca digitalizacja (cyfryzacja) społeczeństwa, zastępująca tradycyjne formy wymiany informacji, spowodowała, że w UE 23 lipca 2014 roku przyjęto rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (dalej: eIDAS)⁷, które weszło w życie 1 lipca 2016 roku. Rozporządzenie to wymusiło konieczność zmian również w obrębie usług powszechnych. Odpowiedzią na to było przyjęcie 18 listopada 2020 roku ustawy o doręczeniach elektronicz-

¹ Będącym nowelizacją dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 roku w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz.U. L 15 z 21.01.1998); dalej: dyrektywa pocztowa. Dyrektywa ta była dwukrotnie nowelizowana przez: dyrektywę 2002/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 roku zmieniającą dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych (Dz.U. L 176 z 5.07.2002) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 roku zmieniającą dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (Dz.U. L 52 z 27.02.2008, s. 3–20).

² P. Lissoń, *Usługa powszechna i operator wyznaczony — dwa (nie)zbędne filary prawa pocztowego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7), s. 23–36 wraz ze wskazaną tam literaturą.

³ Komerccjalizacja dokonana się na podstawie ustawy z dnia 5 września 2008 roku o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska” (Dz.U. Nr 180, poz. 1109).

⁴ W wielu krajach, na przykład we Francji, Włoszech czy Hiszpanii, okres ten wynosił 15 lat.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1041; dalej: u.p.p.

⁶ Szerzej na temat konkursu zob. M. Sławińska, *Przesłanki wyboru operatora wyznaczonego zgodnie z prawem pocztowym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7), s. 61–76.

⁷ Dz.U. L 257 z 28.08.2014, s. 73–114.

nych (dalej: u.d.e.)⁸, która wprowadziła istotne zmiany zarówno w zakresie obowiązków operatora wyznaczonego na rynku pocztowym, jak i w trybie ustanowienia operatora wyznaczonego przez Prezesa UKE. Interesujące nas przepisy wejdą w życie z dniem 5 lipca 2022 roku.

Celem niniejszego opracowania jest analiza przepisów odnoszących się do konkursu na operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej na rynku pocztowym w zakresie, w jakim zostały one znowelizowane (i/lub dodane) przez u.d.e. Rozważania te poprzedzone zostaną charakterystyką usług doręczenia elektronicznego.

1. Doręczenia elektroniczne

Ustawa o doręczeniach elektronicznych reguluje zasady doręczania i warunki świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej oraz zasady wykorzystywania kwalifikowanej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego do wymiany korespondencji z podmiotami publicznymi (art. 1 u.d.e.). Dokonując pewnego uogólnienia, można wskazać, że głównym celem ustawy jest stworzenie nowej platformy ze specjalnymi adresami (skrzynkami), które dają możliwość korzystania z doręczeń elektronicznych. Dzięki tym adresom możliwa będzie korespondencja ze wszystkimi podmiotami korzystającymi z usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego, przede wszystkim z podmiotami publicznymi (organami administracji publicznej). Innym istotnym celem ustawy jest standaryzacja usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego tak, aby wymiana korespondencji elektronicznej była skuteczna prawnie.

Ponadto u.d.e. określa, że podmiotem prawnie zobowiązanym do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej⁹ jest operator wyznaczony zgodnie z przepisami u.p.p. Ze względu na ramy niniejszego opracowania wskazać należy jedynie, że u.d.e. definiuje publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego jako odpowiadającą usłudze rejestrowanego doręczenia elektronicznego w rozumieniu art. 3 pkt 36 eIDAS, świadczoną przez operatora wyznaczonego (art. 2 pkt 8 u.d.e.)¹⁰. Z kolei

⁸ Dz.U. poz. 2320 z późn. zm.

⁹ Projekt zawiera również regulację, że w okresie przejściowym, to jest do 31 grudnia 2025 roku, obowiązki operatora wyznaczonego, wynikające z projektu ustawy, zostają powierzone operatorowi wyznaczonemu, o którym mowa w art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku — Prawo pocztowe, czyli Poczcie Polskiej S.A.

¹⁰ Stosownie do art. 38 ust. 3 u.d.e. operator wyznaczony, świadcząc publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego, zobowiązany jest zapewnić: 1. identyfikację nadawcy; 2. identyfikację adresata przed dostarczeniem danych; 3. zabezpieczenie wysłania i otrzymania danych zaawansowaną pieczęcią elektroniczną dostawcy usługi w taki sposób, by wykluczyć moż-

publiczna usługa hybrydowa, zdefiniowana poprzez odesłanie do art. 2 ust. 1 pkt 3 u.p.p., polega na przekształceniu dokumentu elektronicznego nadanego przez podmiot publiczny w przesyłkę listową w celu doręczenia go do adresata lub na odwrotnej czynności, mianowicie — przekształceniu przesyłki listowej w dokument elektroniczny w celu doręczenia go do adresata będącego podmiotem publicznym (art. 46 u.d.e.).

2. Ustanowienie operatora wyznaczonego

Prawo pocztowe przyznaje Prezesowi UKE, będącemu regulatorem rynku pocztowego (art. 190 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne¹¹), instrument prawny w postaci ustanawiania operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej na rynku pocztowym (art. 71 ust. 1 u.p.p.). Organ ten dysponuje instrumentami mającymi na celu ustanowienie operatora wyznaczonego. Najważniejszym z nich jest konkurs, uznawany za tryb podstawowy¹², polegający na wyborze jednego operatora wyznaczonego spośród zgłoszonych do konkursu (art. 71 ust. 1 u.p.p.). W sytuacji nierozstrzygnięcia konkursu lub niemożności dalszego świadczenia obowiązków przez operatora wyznaczonego ustanowienia dokonuje się w sposób władczy (art. 73 ust. 3 lub art. 77 ust. 2 i 6 u.p.p.). Ustawa o doręczeniach elektronicznych dodała nowe wymogi stawiane operatorowi wyznaczonemu w związku z koniecznością zapewnienia przez niego świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej.

W dalszej części zostaną omówione jedynie te przepisy, które zmieniają (uzupełniają) dotychczasowe warunki do ustanowienia operatora wyznaczonego w trybie konkursu, związane z wprowadzeniem publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej. Wszystkie te zmiany zawarto w u.p.p.¹³

Przed dalszymi rozważaniami należy jeszcze wskazać, że konkurs na operatora wyznaczonego ma wyraźnie dwa etapy, choć przepisy u.p.p. nie są w tym zakresie precyzyjne. Pierwszy z nich to postępowanie wewnętrzne, które przeprowadza komisja konkursowa, drugi etap zaś, mający charakter administracyjno-

liwość niewykrywalnej zmiany danych; 4. wyraźne wskazanie nadawcy i adresatowi danych każdej zmiany danych niezbędnej do celów wysłania lub otrzymania danych; 5. wskazanie za pomocą kwalifikowanego elektronicznego znacznika czasu daty i czasu wysłania, otrzymania i wszelkiej zmiany danych.

¹¹ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 576 z późn. zm.).

¹² M. Chołodecki, B. Popowska, *Instrumenty prawne realizacji zadań regulacyjnych na rynku pocztowym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7), s. 13–14.

¹³ Nowelizacja omawianych przepisów u.p.p. zawiera art. 122 ustawy o doręczeniach elektronicznych.

prawny, kończy się wydaniem decyzji administracyjnej Prezesa UKE o wyborze operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej¹⁴.

W art. 71 u.p.p. zawarto, z jednej strony, wymogi stawiane operatorowi pocztowemu przystępującemu do konkursu na operatora wyznaczonego (pierwszy etap konkursu) oraz skierowane do Prezesa UKE przesłanki wyboru operatora wyznaczonego (drugi etap konkursu). Najpierw należy odnieść się do wymogów stawianych operatorowi wyznaczonemu przystępującemu do konkursu.

2.1. Wymogi udziału w konkursie (etap pierwszy)

W art. 71 ust. 2 pkt 2 i 3 u.p.p. określono dwa wymogi przystąpienia do konkursu na operatora wyznaczonego. Pierwszy z nich to wymóg spełnienia standardu określonego dla publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego w zakresie współpracy z publiczną usługą rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz skrzynki doręczeń. Standard ten określa minister właściwy do spraw informatyzacji, opierając się na art. 26a ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej¹⁵. Minister jest zobowiązany określić standard z uwzględnieniem konieczności zapewnienia interoperacyjności i bezpieczeństwa wymiany danych, w tym możliwość transgranicznej wymiany danych, biorąc pod uwagę normy i wytyczne dotyczące procedur wysyłania i otrzymywania danych opracowane przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych lub normy wskazane przez Komisję Europejską w drodze aktów wykonawczych¹⁶ (art. 44 ust. 2 eIDAS)¹⁷. Standard ma kluczowe znaczenie dla realizacji publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, choć dokument ten ma charakter *stricte* techniczny. Sam dokument zawiera liczne załączniki. Przede wszystkim standard nie jest indywidualnym ani generalnym aktem administracyjnym; należy on do swoistych źródeł prawa administracyjnego, jakimi są między innymi akty planowania, które wyznaczają na przykład zamierzenia administracji publicznej i stanowią jedną z materialnych (treściowych) przesłanek aktów wydawanych przez organy administracyjne. Co istotne, minister nie jest ograniczony co do sposobu aktualizacji standardu — może go dokonywać w każdym czasie (co już raz się stało).

Z omawianym wymogiem wiąże się dodatkowy obowiązek ciążyący na operze przystępującym do konkursu. Spełnienie przez niego wymogów standardu

¹⁴ A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 71*, [w:] *Prawo pocztowe. Komentarz*, red. M. Choledecki, A. Piszcz, T. Skoczny, Warszawa 2018, s. 503 n.

¹⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 1173 i 2320.

¹⁶ Komisja Europejska nie wydała w tym zakresie żadnego aktu wykonawczego.

¹⁷ Obecny standard oznaczony jako *Wersja: 1.1* z 3 czerwca 2021 roku znajduje się pod adresem BIP: <https://mc.bip.gov.pl/ogloszenia/standard-publicznej-uslugi-rejestrowanego-doreczenia-elektronicznego-swiadczonej-przez-operatora-wyznaczonego-i-kwalifikowanych-dostawcow-uslug.html>.

wymaga przedłożenia potwierdzenia w postaci pozytywnego wyniku niezależnego audytu. Spośród wszystkich wymogów wstępnych stawianych przed operatorem przystępującym do konkursu, określonych w art. 71 ust. 1 i 2 u.p.p., jest to jedyny, który wiąże się z przedłożeniem zewnętrznego dokumentu — w tym przypadku audytu. Audyt musi być sporządzony przez audytora lub audytorów niezależnych od operatora. Pojęcie niezależności należy w tym wypadku interpretować szeroko — chodzi o audytora nie tylko niepowiązanego formalnie z operatorem, ale również niezależnego od niego faktycznie. Ocena owej niezależności pozostaje jednak w gestii komisji konkursowej. Taki audyt musi być „pozytywny”, czyli stwierdzać, że publiczna usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego świadczona przez operatora jest zgodna z obowiązującym standardem ustalonym przez ministra.

Ustawodawca w pozostałym zakresie pozostawił samemu operatorowi kwestie wyboru formy i treści samego audytu. Oznacza to, że audyt może być minimalny co do swojej treści, ograniczający się nawet do samego stwierdzenia pozytywności audytu, albo być rozbudowany ze wskazaniem metodologii badania, zbadanych poszczególnych obszarów itp. Jego treść i zakres będą jednak w dalszym etapie podstawą oceny przez komisję konkursową. Nieprzedłożenie pozytywnego audytu sporządzonego przez niezależnego audytora jest równoznaczne z niespełnieniem wymogów przystąpienia do konkursu i niemożnością uczestniczenia w samym konkursie (wymóg formalny). To z kolei powoduje konsekwencje między innymi w postaci braku legitymacji do żądania unieważnienia konkursu (art. 75 ust. 1 u.p.p.).

Jako *ratio legis* obowiązku przedłożenia takiego audytu należy uznać wysoce specjalistyczną wiedzę wymaganą do zweryfikowania poprawności działania publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego ze standardem publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego świadczonej przez operatora wyznaczonego i kwalifikowanych dostawców usług zaufania świadczących kwalifikowane usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego w zakresie współpracy z publiczną usługą rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz skrzynki doręczeń.

Drugim z wymogów przystąpienia do konkursu jest spełnienie warunków organizacyjno-technicznych do świadczenia publicznej usługi hybrydowej określonej w u.d.e. Jak już wskazano, definicję publicznej usługi hybrydowej zawiera art. 2 ust. 1 pkt 3 u.p.p. Warunki organizacyjno-techniczne do świadczenia publicznej usługi hybrydowej to posiadanie infrastruktury niezbędnej do wydruku i kopertowania korespondencji nadanej w postaci elektronicznej oraz dysponowanie siecią pocztową niezbędną do przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych. Infrastruktura taka jest niezbędna do przekształcenia dokumentu elektronicznego nadanego przez podmiot publiczny w przesyłkę listową w celu doręczenia go do adresata lub na odwrotności takiej czynności. W przeciwieństwie do opisanego wcześniej wymogu spełnienie warunków związanych z usługą hybrydową nie wymaga przedłożenia żadnych zewnętrznych dokumentów czy audytów. Samo potwierdzenie przez operatora posiadania odpowiednich

warunków jest wystarczające. Niemniej jednak jak wszystkie pozostałe wymogi przystąpienia do konkursu podlegają one ocenie przez komisję konkursową.

2.2. Kryteria wyboru operatora wyznaczonego (etap drugi)

W drugim etapie, po rozstrzygnięciu konkursu na operatora wyznaczonego, Prezes UKE wszczyna postępowania administracyjne w celu wyboru operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej. Prezes UKE wybiera operatora wyznaczonego spośród operatorów pocztowych wyłonionych w drodze konkursu (art. 71 ust. 1 u.p.p.). Dokonując wyboru operatora wyznaczonego, bierze pod uwagę dwie przesłanki związane z doręczeniami elektronicznymi. Chodzi o zdolność do efektywnego świadczenia (1) publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz (2) publicznej usługi hybrydowej (art. 71 ust. 3 pkt 7 i 8 u.p.p.). Obie te przesłanki mają odmienny charakter od warunków wstępnych stawianych operatorom przystępującym do konkursu. Mowa tu bowiem o „efektywnym świadczeniu” omawianych usług. Przesłankę efektywnego świadczenia należy rozumieć jako wysoką zdolność do realizacji usług. Chodzi o takie właściwości, które pozwalają założyć, że operator przez cały okres wyznaczenia, to jest dziesięć lat, będzie zdolny w sposób niezakłócony i to na odpowiednio wysokim poziomie profesjonalizmu realizować obie publiczne usługi: rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej.

Wnioski

Mimo pozornie niewielkich zmian w przepisach u.p.p. dotyczących konkursu i wyboru operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej na rynku pocztowym zmiany te mają dużą wagę gatunkową. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że u.d.e. niemal rewolucjonizuje obowiązkowy zakres usług świadczonych przez operatora wyznaczonego poprzez ich rozszerzenie o publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczną usługę hybrydową¹⁸. O ile druga z nich — publiczna usługa hybrydowa — ma fizyczną formę przesyłki listowej, o tyle publiczna usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego jest czymś zupełnie odmiennym od usługi pocztowej.

Ustawodawca pozostał konsekwentny i zarówno wymogi przystąpienia do konkursu, jak i przesłanki wyboru operatora wyznaczonego związane ze świadczeniem publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego i publicznej usługi hybrydowej, podobnie jak pozostałe kryteria z art. 71 u.p.p., zostały określo-

¹⁸ Na ten temat szerzej zob. M. Chołodecki, *Doręczenia elektroniczne, czyli o konieczności zmian pocztowej usługi powszechnej*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 403–419.

ne w sposób ogólny. Prezesowi UKE pozostawiono zatem w ramach instrumentu ustanowienia operatora wyznaczonego znaczny zakres uznania (regulacyjnego). Konieczność przedłożenia potwierdzenia uzyskania pozytywnego wyniku niezależnego audytu nie zmienia bowiem zakresu tego uznania, ułatwiając jedynie organowi wstępną weryfikację zgłaszającego się konkursu operatora. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że opisana w niniejszym artykule zmiana znacznie ogranicza potencjalny krąg operatorów pocztowych zdolnych do realizacji dwóch rodzajów usług — pocztowej usługi powszechnej i usługi elektronicznej.

Bibliografia

- Chołodecki M., *Doręczenia elektroniczne, czyli o konieczności zmian pocztowej usługi powszechnej*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020.
- Chołodecki M., Popowska B., *Instrumenty prawne realizacji zadań regulacyjnych na rynku pocztowym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7).
- Jurkowska-Gomułka A., *Komentarz do art. 71*, [w:] *Prawo pocztowe. Komentarz*, red. M. Chołodecki, A. Piszcz, T. Skoczny, Warszawa 2018.
- Lissoń P., *Usługa powszechna i operator wyznaczony — dwa (nie)zbędne filary prawa pocztowego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7).
- Sławińska M., *Przesłanki wyboru operatora wyznaczonego zgodnie z prawem pocztowym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 1 (7).

Designation of a Universal Service Provider on the Postal Market in the Light of the Electronic Delivery Act

Summary

The Electronic Delivery Act introduced new types of services into the legal system in a public registered electronic delivery service and a public hybrid service. The provision of both these services by law is entrusted to a designated operator within the scope of the Postal Law Act. No later than in 2025, the postal market regulator — the President of the Office of Electronic Communications — will be required to conduct a contest (tender) for the designated operator, considering the changes introduced by the Electronic Delivery Act. In this contest, additional requirements related to the need to provide a public registered electronic delivery service and a public hybrid service will be assessed. The article analyzes the new criteria for participation in the contest and the premises for selecting the designated operator by the President of the Office of Electronic Communications.

Keywords: President of the Office of Electronic Communications, universal service, designated operator, postal services, electronic delivery.

ERYK KOSIŃSKI

ORCID: 0000-0002-2899-5228

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

eryk.kosinski@amu.edu.pl

Czy istnieje prawo energetyczne? Część 1: przedmiot, podmioty i metoda regulacji prawa energetycznego

Abstrakt: W 2022 roku mija 29 lat od głośnej dyskusji na temat statusu prawa gospodarczego (przede wszystkim publicznego prawa gospodarczego) jako nowej gałęzi prawa. Debata ta znalazła swoje miejsce w numerze 1 „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” z 1993 roku. W niniejszej pracy autor podejmuje się próby odpowiedzi na pytanie, czy prawo energetyczne istnieje jako wyodrębniona dziedzina oraz gałąź prawa. Wydaje się przy tym, że dyskusja sprzed lat dotycząca publicznego prawa gospodarczego ma pełne zastosowanie do aktualnego zagadnienia samodzielności prawa energetycznego jako gałęzi prawa i dziedziny badawczej.

Analiza przedmiotu regulacji prawa energetycznego, szczególnych podmiotów — adresatów tej regulacji prawnej, metody regulacji oraz szczególnych jej celów (aksjologia regulacji) prowadzi do wniosku, że postawiona teza jest prawdziwa. W pracy zostały przedstawione ponadto geneza i rozwój prawa energetycznego, począwszy od XIX wieku. Autor dokonuje również przeglądu światowych podręczników z przedmiotowego obszaru, których liczba jest znacząca (zasadniczo są to pozycje anglojęzyczne). Wszystkie przytoczone analizy oraz argumenty przemawiają za wnioskiem o uznanie prawa energetycznego nie tylko za nową dziedzinę badawczą i dydaktyczną, ale także za nową gałąź prawa.

Opracowanie podzielono na dwie części. W części pierwszej prezentowane są argumenty świadczące o odrębności prawa energetycznego, odwołujące się do zagadnień fundamentalnych z tej perspektywy, to jest do przedmiotu regulacji prawa energetycznego, podmiotów regulacji oraz specyfiki metody tej regulacji. Natomiast w części drugiej przedstawione zostają dalsze argumenty popierające kluczową, przedmiotową tezę w zakresie odrębności prawa energetycznego.

Słowa kluczowe: system prawa, gałęzie prawa, prawo energetyczne.

Wprowadzenie

W 2022 roku mija 29 lat od głośnej dyskusji na temat statusu prawa gospodarczego (w tym publicznego prawa gospodarczego) jako nowej gałęzi prawa¹, która znalazła swoje miejsce w numerze 1 „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” z 1993 roku².

Wydaje się, że ewolucja nauki prawa związana z rozwojem społecznym, rozwojem życia gospodarczego, technologii oraz powiązanych z wymienionymi sferami rozwiązań praktycznych (mechanizmów) mających na celu zagwarantowanie realizacji określonych wartości i celów pozwala na sformułowanie zagadnienia istnienia prawa energetycznego jako autonomicznej dziedziny prawa. Rozważania w tym zakresie mogą być powiązane ogólnie z ewentualnym wyodrębnieniem „prawa regulacyjnego” (prawa regulacji sektorowych) oraz innych regulacji sektorowych, wskazując na prawo telekomunikacyjne, prawo pocztowe, prawo transportu kolejowego itd.

W toku przywołanej na wstępie dyskusji Andrzej Bator podniósł, że wydzielenie grupy norm jako norm odrębnej gałęzi prawa jest zwykle skutkiem dyferencjacji systemu prawa, „tj. rzeczywistego różnicowania się stosunków społecznych oraz — wtórnie — regulujących te stosunki norm prawnych”³. Z kolei uznanie prawa gospodarczego za naukę szczegółową uzależnione jest od zidentyfikowania szczególnych, odrębnych (nieobecnych w innych dyscyplinach prawnych) problemów (zagadnień) dogmatyczno-prawnych, niemożliwych do rozstrzygnięcia przez inne szczegółowe nauki.

Natomiast Adam Chełmoński zwrócił uwagę na trudność w sformułowaniu jednego kryterium określenia granic działu czy gałęzi prawa jako przedmiotu badań, nauczania i stosowania. Jest ona wyraźnie widoczna w przypadku tak zwanych kompleksowych gałęzi (dyscyplin) prawa, jak prawo ochrony środowiska, prawo transportowe, prawo patentowe⁴. Podobnie jak Chełmoński na kompleksowy charakter prawa gospodarczego zwrócił uwagę Janusz Gilas⁵. Zdaniem tego autora odrębność prawa gospodarczego wynika z osobnego przedmiotu regulacji (organizacja gospodarki oraz działalność gospodarcza) oraz specyfiki norm, polegającej na zawarciu (włączeniu) pojęć ekonomicznych.

¹ Karol Kiczka podaje, że w polskiej nauce prawa pierwszy za wyodrębnieniem prawa gospodarczego jako działu prawa opowiedział się Adam Chełmoński sen — już w 1924 roku. Zob. K. Kiczka, *O niektórych kierunkach zmian w prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*, red. P. Chmielnicki, A. Dybała, Warszawa 2009, s. 62.

² „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (dalej: RPEiS) 1993, nr 1, s. 1–45.

³ A. Bator, *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 3.

⁴ A. Chełmoński, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 7.

⁵ J. Gilas, *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 10.

Cezary Kosikowski, pisząc o wyodrębnieniu publicznego prawa gospodarczego, wskazał przede wszystkim na szczególnie przedmiot regulacji⁶. Powołując się na pracę Henryka Rota (*Jedność i podziały systemu prawa socjalistycznego*, Wrocław 1971), podkreślił, że tworzenie nowego działu prawa jest „sprawą konwencji klasyfikacyjnej i systematyzacyjnej, zależącej od względów teoretycznych, dydaktycznych, zwyczajowych”⁷. I dalej:

jeżeli względy techniki legislacyjnej lub względy specjalizacji naukowo-badawczej bądź dydaktycznej (szkoleniowej) przemawiają za tym, aby pewien kompleks przepisów obowiązującego prawa wyodrębnić w sposób względnie trwały w oddzielny dział prawa, [...] to nie należy wzbraniać się przed dokonaniem takiego zabiegu klasyfikacyjnego⁸.

Teresa Rabska uznała przedmiot regulacji za kluczowe kryterium wyodrębnienia prawa gospodarczego w systemie prawa⁹. Wskazała jednocześnie na szczególne, istotne wartości, którym regulacja ma służyć oraz którymi należy się kierować przy stosowaniu i interpretacji przepisów (jak podstawowe prawa i wolności ekonomiczne ustroju liberalno-kapitalistycznego, wolnorynkowego)¹⁰. Zdaniem autorki za szczególne należy uznać podmioty regulacji (adresaci działań oraz szczególne organy państwa podejmujące te działania) oraz stosunki prawne i formy działań prawnych podejmowanych na podstawie tych przepisów. Autorka dobitnie podkreśliła, że „tylko specjalizacja pozwoli na pełną charakterystykę i zrozumienie działania mechanizmów prawnych”¹¹.

Andrzej Wasilewski stwierdził tymczasem, że do koncepcji prawa gospodarczego należy podejść elastycznie: „nie ma jednego »prawa gospodarczego«, są natomiast możliwe i pożyteczne, stosownie do zamierzonych celów, różne podejścia do problematyki gospodarczej z punktu widzenia prawa”¹². Istotne jest, żeby ujęcie pojęcia było adekwatne (trafne), jasne i proste¹³. Autor ten zauważa jednak, że prawo gospodarcze zasadniczo tworzy kategorię funkcjonalną, która dla celów poznawczych może być traktowana jako odrębna dyscyplina, nie stanowiąc „nowej dziedziny regulacji prawnej”. Określa prawo gospodarcze „sposobem rozważania prawa” (nie w istocie „nowym prawem”)¹⁴.

Podobnie jak Wasilewski na dużą różnorodność w pojmowaniu prawa gospodarczego zwrócił uwagę Stanisław Włodyka. Wskazał dwa możliwe podejścia do kryteriów wyodrębnienia prawa gospodarczego. Po pierwsze, koncepcja wyodrębnienia prawa gospodarczego może się odwoływać do kryteriów metody

⁶ C. Kosikowski, *Idea prawa gospodarczego i jego działy*, RPEiS 1993, nr 1, s. 14–18.

⁷ *Ibidem*, s. 13.

⁸ *Ibidem*.

⁹ T. Rabska, *Jakie prawo gospodarcze — próba odpowiedzi*, RPEiS 1993, nr 1, s. 21.

¹⁰ *Ibidem*, s. 21–22.

¹¹ *Ibidem*, s. 24–25.

¹² A. Wasilewski, *W poszukiwaniu „istoty” prawa gospodarczego?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 27.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

i przedmiotu regulacji, jak metoda socjologiczna w uprawianiu prawa, szczególnie duch czasu, pozasystemowy charakter norm, szczególna funkcja prawa¹⁵. (Na funkcje prawa gospodarczego uwagę zwracała także Rabska¹⁶). Po drugie, koncepcja wyodrębnienia prawa gospodarczego może się odnosić do ponadgałęziowego charakteru norm będących syntezą norm innych gałęzi prawa (z wyłączeniem tylko prawa karnego i większości prawa prywatnego: cywilnego i handlowego). Niemniej i wtedy kryteria wyodrębnienia to gospodarka jako przedmiot regulacji oraz „sterujące oddziaływanie państwa na gospodarkę”¹⁷. Według Włodyki podział prawa na gałęzie i nauki prawa na dyscypliny nie ma jednakże charakteru obiektywnie istniejącego, a stanowi „akt czysto subiektywny”, „czynność umysłu porządkującą przedmiot poznania celem jego lepszego poznania”. Podstawowe kryterium w tym zakresie to przydatność proponowanego ujęcia¹⁸.

Ostatnia z dyskantów, Czesława Żuławska, podobnie jak pozostali uczestnicy tego bezprecedensowego dyskursu zwróciła uwagę na przedmiot regulacji (kryterium przedmiotowe)¹⁹. Jednocześnie wskazała na względy dydaktyczne i popularyzatorskie oraz podkreśliła, że specjalizacja naukowa jest konieczna z uwagi na potrzebę znajomości problematyki ekonomicznej, tworzącej podłoże społeczno-gospodarcze przepisów²⁰.

Całość dyskusji zwięźliwie podsumowało autorstwa Rabskiej²¹.

Zreferowane pokrótce poglądy znamienitych przedstawicieli nauki prawa wyrażone w 1993 roku odnośnie do racji i koncepcji wyodrębnienia prawa gospodarczego (czy publicznego prawa gospodarczego) w warunkach nowego ustroju gospodarczego Polski, przejścia od centralnie sterowanej gospodarki socjalistycznej do liberalnej, wolnorynkowej gospodarki kapitalistycznej można z łatwością odnieść do ewentualnych rozważań na temat odrębności „prawa energetycznego”. Są one uzasadnione zachodzącymi w ostatnich 30 latach głębokimi przemianami społeczno-gospodarczymi i technologicznymi oraz wprowadzanymi szczególnymi rozwiązaniami prawnymi, w tym specyficznymi instrumentami prawnymi, właściwymi wyłącznie dla prawa energetycznego.

Niniejsze opracowanie zostało podzielone na dwie części. W części pierwszej prezentowane są argumenty świadczące o odrębności prawa energetycznego, odwołujące się do zagadnień fundamentalnych z tej perspektywy, to jest do przedmiotu regulacji prawa energetycznego, podmiotów regulacji oraz specyfiki metody tej regulacji. W części drugiej przedstawione zostaną dalsze argumenty

¹⁵ S. Włodyka, *Problem prawa gospodarczego — współcześnie*, RPEiS 1993, nr 1, s. 30.

¹⁶ Zob. T. Rabska, *op. cit.*, s. 21.

¹⁷ S. Włodyka, *op. cit.*, s. 30–31.

¹⁸ *Ibidem*, s. 32.

¹⁹ C. Żuławska, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, nr 1, s. 41.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ T. Rabska, *Co to jest prawo gospodarcze? Podsumowanie dyskusji*, RPEiS 1993, nr 1, s. 42–43.

popierające kluczową, przedmiotową tezę w zakresie odrębności prawa energetycznego, odnoszące się do szczególnych celów (w tym wartości) prawa energetycznego, środków prawnych (instrumentów) regulacji oraz analizy historycznej genezy i początkowego rozwoju prawa energetycznego. Uwagi końcowe obejmują swym zakresem całość rozważań zawartych w obu częściach.

1. Przedmiot regulacji prawa energetycznego

Prawo energetyczne reguluje specyficzną, niepoddaną w zwarty i spójny sposób żadnej innej regulacji prawnej, sferę obejmującą różnego typu relacje (stosunki) między państwem a jego aparatem administracyjnym, przedsiębiorcami sektora energetycznego oraz odbiorcami profesjonalnymi (przedsiębiorcami) i nieprofesjonalnymi (nie-przedsiębiorcami) energii. Wymieniona sfera stosunków społecznych i prawnych zachodzących pomiędzy różnymi podmiotami dotyczy sektora energetycznego, który możemy ujmować przedmiotowo jako stosunki gospodarcze i społeczne między państwem, przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania i dystrybucji paliw bądź energii i obrotu nimi oraz konsumentami i odbiorcami biznesowymi (przedsiębiorcami). W szerokim rozumieniu do sektora energetycznego zalicza się także działalność w zakresie pozyskiwania źródeł energii (poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobycie w przypadku nieodnawialnych źródeł energii)²², tym samym w ujęciu tym sektor energetyczny obejmuje również stosunki gospodarcze i społeczne między państwem, przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie pozyskiwania źródeł energii oraz konsumentami i przedsiębiorcami-odbiorcami towarów i usług w tym zakresie²³.

Energetyka z kolei rozumiana jest jako „wyodrębniona część gospodarki, obejmująca całość powiązanych ze sobą procesów związanych z pozyskaniem i wykorzystaniem nośników energii”²⁴. Wyróżniamy dwie postacie (typy) energii:

1. energię pierwotną (EP), bezpośrednio pozyskiwaną z zasobów naturalnych (substancji i sił przyrody, odnawialnych i nieodnawialnych)²⁵;

²² Zob. T. Skoczny, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005, s. 525.

²³ Szerzej w tym zakresie zob. E. Kosiński, *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego*, Poznań 2019, s. 58–59.

²⁴ Zob. *Energetyka w Unii Europejskiej: droga do konkurencji na rynkach energii elektrycznej i gazu*, red. A. Dobroczyńska, Warszawa 2003, s. 3.

²⁵ Niektóre nośniki energii mogą być wykorzystywane bezpośrednio, niektóre zaś trzeba poddać przetworzeniu w drodze procesu technologicznego przemiany energetycznej. Zob. <https://www.ekologia.pl/wiedza/slovniki/leksykon-ekologii-i-ochrony-srodowiska/przemiana-energii> (dostęp: 14.12.2018). Ustawa z dnia 20 maja 2016 roku o efektywności energetycznej (Dz.U. z 2021 r.

2. energię finalną (bezpośrednią, użyteczną bądź zużycie bezpośrednie), oznaczającą energię pierwotną pomniejszoną o zsumowane straty poniesione w związku z procesem przemian energetycznych oraz przesyłu energii do miejsca przeznaczenia (poboru) energii; innymi słowy — jest to energia lub paliwa używane przez odbiorcę końcowego²⁶.

Sprawność danego systemu energetycznego mierzona jest przez stosunek energii pierwotnej do finalnej. Określany jest on sprawnością przemian energetycznych²⁷.

Energetykę można dzielić w zależności od nośników energii. Można nadto wyodrębnić dalsze podsystemy ze względu na kryterium działalności energetycznej, to jest wytwarzania, przesyłania czy dystrybucji energii²⁸.

Sektor energetyczny podzielić można na podsektory (określane także „sektorami”), biorąc pod uwagę nośnik energii oraz konkretne procesy przemian energetycznych. Najczęściej wymieniane podsektory sektora energetycznego to sektor elektroenergetyczny (energii elektrycznej), sektor gazowniczy (gazowy czy gazu ziemnego), sektor surowcowo-paliwowy (w ramach którego można wyróżnić sektory: węgla kamiennego, węgla brunatnego i paliw płynnych), sektor ciepłownictwa (energetyki ciepłej) oraz sektor energetyki odnawialnej²⁹.

Wskazane stosunki w obrębie zakreślonej materii problemowej mają charakter szczególny, specyficzny, nieobecny w normowaniu przez żadną inną gałąź prawa.

poz. 468 ze zm.), art. 2 pkt 6, definiuje pojęcie energii pierwotnej jako „energię zawartą w pierwotnych nośnikach energii, pozyskiwaną bezpośrednio ze środowiska, a w szczególności: w węglu kamiennym energetycznym (łącznie z węglem odzyskanym z hałd), w węglu kamiennym koksowym, w węglu brunatnym, w ropie naftowej (łącznie z gazoliną), w gazie ziemnym wysokometanowym (łącznie z gazem z odmetanowania kopalń węgla kamiennego), w gazie ziemnym zaazotowanym, w torfie do celów opałowych, oraz energię: wody, wiatru, słoneczną, geotermalną wykorzystywaną do wytwarzania energii elektrycznej, ciepła lub chłodu, a także biomasę w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o biokomponentach i biopaliwach ciekłych”.

²⁶ Zob. *Energetyka w Unii Europejskiej...*, s. 3. Pojęcie energii finalnej jest zdefiniowane w art. 3 pkt 7 ustawy o efektywności energetycznej jako energia lub paliwa „w rozumieniu art. 3 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. — Prawo energetyczne, używane przez odbiorcę końcowego”. Zgodnie z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 roku — Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 716 ze zm.), art. 3 pkt 1 i 3, przez energię należy rozumieć „energię przetworzoną w dowolnej postaci”, a przez paliwa „paliwa stałe, ciekłe i gazowe będące nośnikami energii chemicznej”; z kolei paliwa gazowe i paliwa ciekłe definiowane są odpowiednio przez art. 3 pkt 3a i 3b ustawy Prawo energetyczne.

²⁷ Zob. *Energetyka w Unii Europejskiej...*, s. 3.

²⁸ Por. m.in. M. Nowaczek, *Polityka energetyczna Unii Europejskiej w sektorze elektroenergetycznym — liberalizacja i regulacja rynków państw członkowskich i polska ustawa — Prawo energetyczne*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej. W piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 567.

²⁹ Zob. *Energetyka w Unii Europejskiej...*, s. 3–4. Zasadniczo energetykę odnawialną można zaliczyć do elektroenergetyki. Zarazem jednak samą energetykę odnawialną można dalej dzielić, ze względu na wykorzystywane siły przyrody czy procesy przemiany, na energetykę wodną (hydroenergetykę), wiatrową, geotermalną, słoneczną, wykorzystującą biomasę itd.

Podkreślenia wymaga ponadto wyjątkowe znaczenie społeczne przedmiotowej sfery regulacji. Znaczenie to jest wieloaspektowe, o dużym natężeniu interesu publicznego. Należy wskazać choćby na takie zagadnienia, jak bezpieczeństwo energetyczne (gwarancje bezpieczeństwa energetycznego), co z jednej strony niesie z sobą ogromną doniosłość dla każdej jednostki (zapewnienie dostaw energii dla ludności), a z drugiej — ma kolosalne znaczenie dla całego społeczeństwa, bliskie bezpieczeństwu militarnemu. W innym kontekście należy podnieść coraz lepiej rozpoznane zjawisko ubóstwa energetycznego oraz prawne formy przeciwdziałania temu zjawisku i zwalczania go. Wreszcie nie sposób nie zauważyć powiązania współczesnego prawa energetycznego z ochroną środowiska naturalnego i walką ze zmianami klimatycznymi (ochrona klimatu). Wymienione zagadnienia, ale i liczne inne, muszą podlegać regulacji jednej wyodrębnionej grupy norm prawnych. Taki wymóg jest konsekwencją skomplikowania i specyfiki regulacji, szczególnej problematyki normowania, a także specyficznego języka regulacji.

2. Podmioty regulacji prawa energetycznego

Podmioty prawa energetycznego, podobnie jak jego przedmiot, to specyficzna i unikalna grupa (czy konglomerat grup) podmiotów o cechach szczególnych, odróżniających je od podmiotów charakterystycznych dla stosunków właściwych dla innych regulacji prawnych, przede wszystkim publicznego prawa gospodarczego, ale też prawa prywatnego (cywilnego czy handlowego, a także prywatnego prawa gospodarczego). W ogólnym ujęciu mogłoby się wydawać, że podmioty prawa energetycznego i publicznego prawa gospodarczego to identyczne zbiory (bądź w znacznym stopniu nachodzące na siebie), jeśli wskażemy przede wszystkim na przedsiębiorców, konsumentów oraz organy administracji gospodarczej państwa. Wszystkie wymienione podmioty mają jednakże cechy szczególne, wyróżniające.

Z jednej strony pierwsza grupa podmiotów prawa energetycznego to w wypadku prawa energetycznego *sensu stricto* przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania i dystrybucji paliw bądź energii oraz obrotu nimi³⁰. W sensie szerszym, przy ujęciu sektora energetycznego obejmującym także działalność w zakresie pozyskiwania źródeł energii (poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie w przypadku nieodnawialnych źródeł energii), to dodatkowo przedsiębiorcy prowadzący działalność w sferze pozyskiwania źródeł energii. Wskazani przedsiębiorcy co do zasady mają charakter przedsiębiorców sektorów sieci infrastrukturalnych, zazwyczaj cieszących się pozycją naturalnych monopolistów na danym rynku³¹. Przedsię-

³⁰ Na szczególnych adresatów publicznego prawa gospodarczego, to jest przedsiębiorców, zwracała w 1993 roku uwagę T. Rabska, *Jakie prawo gospodarcze...*, s. 21 i 25.

³¹ E. Kosiński, *op. cit.*, s. 52 i 265.

biorcy ci mają specyficzny, własnościowy i organizacyjny rodowód, są to bowiem (w Europie oraz na innych kontynentach, odmiennie w USA) z reguły dawne państwowe monopole, przedsiębiorstwa państwowe (w różnej formie prawnej), aktualnie skomercjalizowane (postpaństwowe przedsiębiorstwa), ewentualnie podlegające prywatyzacji (choćby częściowej) na skutek odejścia od koncepcji państwa świadczącego i interwencjonizmu poprzez własność (odejście od nacjonalizacji)³². Wreszcie, co należy podkreślić, przedsiębiorcy ci bądź są właścicielami, bądź dysponują pod różnymi tytułami prawnymi wielką infrastrukturą techniczną o trudnej do oszacowania wartości. Infrastruktura ta (czy raczej dostęp do niej) warunkuje możliwość podjęcia i wykonywania działalności w sektorze energetycznym. Co więcej, brak dostępu do takiej infrastruktury oznacza absolutną niemożliwość podjęcia i wykonywania działalności w tym sektorze (całkowita bariera wejścia na rynek). Oddaje to anglosaska doktryna urządzeń koniecznych (ang. *critical facilities, essential facilities*)³³.

Druga grupa podmiotów regulacji prawa energetycznego (adresatów tej regulacji prawnej) to odbiorcy energii elektrycznej, których możemy podzielić na konsumentów (nie-przedsiębiorców) oraz odbiorców biznesowych (przedsiębiorców). Także te grupy adresatów prawa energetycznych charakteryzują się określoną, unikalną specyfiką. Można tu wskazać na takie szczególne podmioty, jak odbiorcy w gospodarstwach domowych czy odbiorcy wrażliwi, obdarzeni wyjątkowymi uprawnieniami i przywilejami w zakresie odbioru energii³⁴.

Trzecia grupa podmiotów to odbiorcy energii będący przedsiębiorcami, zwłaszcza mikro- i małymi przedsiębiorcami (w sektorze gazu ziemnego małymi i średnimi przedsiębiorcami). Ci ostatni cieszą się szczególnym podejściem unijnego prawodawcy, dysponują bowiem specyficznymi prawami na gruncie unijnej regulacji energetycznej.

Z drugiej strony pośród podmiotów regulacji prawa energetycznego stopniowo pojawiają się coraz to nowsze formy organizacyjne o innym nieco, mieszanym charakterze, strukturze i zadaniach. Przede wszystkim dotyczy to rozwijającej się energetyki rozproszonej i prosumenckiej, powiązanej z promowaniem i rozwojem wytwarzania energii z odnawialnych źródeł, gdzie dochodzi do połączenia

³² Por. m.in. R. Nagaj, *Changes in the Regulation of the Electricity Sector as a Factor in Stimulating Economy Development in Poland in 2000–2014*, „Journal of International Studies” 9, 2016, nr 1, s. 117.

³³ Zob. E. Kosiński, *op. cit.*, s. 52 i 265.

³⁴ Kategorię odbiorców wrażliwych (ang. *vulnerable customers*) do unijnego obrotu prawnego wprowadziły dyrektywy drugiego pakietu energetycznego: dyrektywa Rady i Parlamentu Europejskiego 2003/54/WE z dnia 26 czerwca 2003 roku w sprawie wspólnych zasad wewnętrznego rynku energii elektrycznej (Dz.U. UE L 176 z 15.07.2003, s. 37), pkt 2 i pkt 24 preambuły, art. 3 ust. 5 dyrektywy, oraz dyrektywa Rady i Parlamentu Europejskiego 2003/55/WE z dnia 26 czerwca 2003 roku dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.Urz. L 176 z 15.07.2003, s. 57), pkt 2 preambuły, art. 3 ust. 3 dyrektywy. Por. *ibidem*, s. 111, 119, 160–161, 165 i 272.

wytwarzania i konsumpcji energii (zasadniczo elektrycznej), jak klastry energii (mające charakter umów cywilnoprawnych pomiędzy podmiotami prawa)³⁵, spółdzielnie energetyczne³⁶, obywatelskie społeczności energetyczne (ang. *citizen energy community*)³⁷ czy też odbiorcy aktywni (ang. *active customer*)³⁸.

Wszystkie wymienione podmioty prawa energetycznego cieszą się szczególnymi uprawnieniami, przyznanymi przez konkretne przepisy. Uprawnienia te z natury mają charakter publicznoprawny, a także prywatnoprawny (o cywilnoprawnych konsekwencjach). Wiele z tych podmiotów obciążonych jest równocześnie określonymi obowiązkami. Szczególny, specyficzny charakter wskazanych uprawnień i obowiązków wymusza zebranie i ujęcie regulacji prawnej w tym zakresie w jeden zwarty obszar. Podobnie specjalizacji wymagają badania naukowe nad wskazanym obszarem.

Wreszcie należy wskazać na szczególne krajowe i unijne organy administracji, właściwe wyłącznie dla regulacji sektora energetycznego, jak przede wszystkim krajowy i unijny organ regulacyjny dla sektora energetycznego (Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Agencja do spraw Współpracy Organów Regulacji Energetyki).

3. Metoda regulacji prawa energetycznego

Metoda normowania (oddziaływania na życie społeczne)³⁹ prawa energetycznego co do zasady jest tożsama z metodą właściwą dla publicznego prawa gospodarczego, tak więc przede wszystkim mamy tu do czynienia z metodą nakazów i zakazów, których wykonanie zabezpieczone jest sankcjami (metoda administracyjna)⁴⁰.

³⁵ Zob. art. 2 pkt 15a, art. 38a ust. 3–5 ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o odnawialnych źródłach energii (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 610 ze zm.). Por. E. Kosiński, *Komentarz do art. 38a–38b ustawy o odnawialnych źródłach energii*, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Komentarz*, red. M. Czarnecka, T. Ogłódek, Warszawa 2020, s. 889–891.

³⁶ Zob. art. 2 pkt 33a, art. 38c–38o ustawy o odnawialnych źródłach energii.

³⁷ Zob. ust. 43–47 preambuły, art. 2 pkt 11, art. 6 ust. 3, art. 16 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 roku w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniającej dyrektywę 2012/27/UE, Dz.Urz. L 158, 14.06.2019, s. 125.

³⁸ Zob. ust. 42 oraz ust. 10, ust. 37, ust. 55 (ogólnie o aktywnych konsumentach energii) preambuły, a także art. 2 pkt 8, art. 15 dyrektywy 2019/944.

³⁹ Metoda regulacji prawnej rozumiana jako sposób, w który prawo kształtuje stosunki społeczne. Zob. A. Zieliński, *Prawo cywilne i metoda cywilistyczna w systemie prawa*, [w:] *Dziedziny prawa, dyscypliny i metody prawnicze*, red. T. Giaro, Warszawa 2013, s. 70.

⁴⁰ Z. Ziemiński, „*Problemy podstawowe prawoznawstwa*”, Warszawa 1980, [w:] *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007, s. 3–4. Zob. też A. Zieliński, *op. cit.*, s. 70–71.

Co do metody badawczej prawa energetycznego, podobnie jak w przypadku publicznego prawa gospodarczego⁴¹, duże znaczenie ma problematyka socjotechniczna. Ponadto niezwykle przydatne, czy wręcz kluczowe, jest sięganie do nauk pozaprawnych, przede wszystkim ekonomii i nauki o zarządzaniu, ale też innych nauk społecznych (w tym socjologii). Co więcej, w wypadku prawa energetycznego konieczne, wręcz fundamentalne, jest odwoływanie się do wiedzy i wyników badań z zakresu nauk o środowisku (ekologia, zoologia, inne) oraz nauk technicznych (inżynieryjno-technicznych)⁴². Zarówno problematyka procesów zachodzących w środowisku naturalnym, jak i wiedza techniczna (inżynieryjna) dotycząca sektora energetycznego (choćby w zakresie wytwarzania energii, przesyłu, magazynowania, energoefektywności itd.) ma bowiem charakter wręcz *sine qua non*, warunkujący prawidłowość i poprawność prowadzonych badań w obrębie prawa energetycznego. Tak daleko sięgającej konieczności i zależności danej dziedziny prawa od nauk pozaprawnych nie obserwuje się w przypadku innych uznanych gałęzi prawa — dlatego też możliwa była teza o swoistości metody regulacji prawa energetycznego⁴³.

Ponadto należy zauważyć, że w związku z tak dużym znaczeniem nauk pozaprawnych dla prawa energetycznego w tym obszarze regulacji mamy do czynienia z bezprecedensowym przenikaniem pojęć i instrumentów (mechanizmów) ze sfery nauk pozaprawnych. Miejsce ma tu więc nie tylko ekonomizacja prawa, właściwa zasadniczo dla publicznego prawa gospodarczego⁴⁴, ale też włączenie do norm prawa energetycznego konstrukcji pozaprawnych ze sfery nauk technicznych oraz nauk o środowisku (warto tu wskazać choćby na regulację wytwarzania energii z odnawialnych źródeł energii czy regulację energoefektywności i energooszczędności).

Podsumowanie

Prawo energetyczne bezsprzecznie nie należy do podstawowych, klasycznych gałęzi prawa. Można natomiast poddać pod dyskusję, czy przedmiotowy obszar normowania wyodrębnił się w tym wypadku jako nowa kompleksowa gałąź wtórna, pośrednia. Taki proces wyodrębniania się szczegółowych obszarów nor-

⁴¹ Zob. T. Rabska, *Jakie prawo gospodarcze...*, s. 23.

⁴² Aktualnie dyscyplina „inżynieria środowiska, górnictwo i energetyka” przynależy do dziedziny nauk inżynieryjno-technicznych według rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 20 września 2018 roku w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych oraz dyscyplin artystycznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1818).

⁴³ Jednocześnie A. Bator w 1993 roku argumentował jednak, że „odrębności żadnej szczegółowej nauki prawa nie da się uzasadnić metodologicznie” — *idem, op. cit.*, s. 4.

⁴⁴ Na zjawisko to w 1993 roku zwracał uwagę J. Gilas, *op. cit.*, s. 10.

mowania co do zasady dopuszczali już znamienici teoretycy prawa — Zygmunt Ziemiński⁴⁵ i Franciszek Longchamps de Bérier⁴⁶.

Oczywiście rozróżnić winno się prawo energetyczne jako dział prawa i prawo energetyczne jako specjalizację badań i przedmiot dydaktyczny (nauczania uniwersyteckiego). Po analizie przedmiotu regulacji prawa energetycznego, szczególnych podmiotów oraz metody tej regulacji wydaje się, że prawo energetyczne wykracza „poza tradycyjne ramy” publicznego prawa gospodarczego⁴⁷. Szczególny charakter ma przedmiot normowania prawa energetycznego, to jest różnego typu stosunki społeczne i prawne zachodzące w sektorze energetycznym pomiędzy jego podmiotami. Także wyjątkowi są adresaci regulacji — po pierwsze, specyficzny aparat administracji państwowej na poziomie centralnym (można go określić „aparatem administracji energetycznej”); po drugie, podmioty sektora energetycznego: przedsiębiorcy energetyczni oraz odbiorcy energii (przedsiębiorcy i nie-przedsiębiorcy — konsumenci). Wreszcie metoda regulacji prawa energetycznego cechuje się określoną osobliwością, jeśli by wskazać na znaczenie problematyki socjotechnicznej oraz nauk pozaprawnych, jak nauka ekonomii, nauka o zarządzaniu, socjologia, nauka o środowisku (ekologia, sozologia, inne) oraz nauki techniczne (inżynierijno-technicznych). Unikalne zdaje się swoiste „przeziąknięcie” czy „nasączenie” prawa energetycznego elementami przynależnymi do ekonomii, zarządzania oraz nauk technicznych.

Bibliografia

- Bator A., *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Chelmoński A., *Co to jest prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Dyer H., Trombetta M.J., *The Concept of Energy Security: Broadening, Deepening, Transforming*, [w:] *International Handbook of Energy Security*, red. H. Dyer, M.J. Trombetta, Cheltenham-Northampton, MA 2013.
- Eide A., *Freedom from Need: The Universal Right to an Adequate Standard of Living — Origins, Obstacles and prospects*, [w:] *Human Rights. Limitations and Proliferation*, red. P. Wahlgren, Stockholm 2010.
- Energetyka w Unii Europejskiej: droga do konkurencji na rynkach energii elektrycznej i gazu*, red. A. Dobroczyńska, Warszawa 2003.
- Energy Law and Economics*, red. M. Klaus, B.R. Huber, Cham 2018.

⁴⁵ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 4.

⁴⁶ F. Longchamps de Bérier, „Problemy pogranicza prawa administracyjnego”, „*Studia Prawnicze*” 1967, z. 16, [w:] *Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane z lat 1934–1970*, wyb. i wstęp Z. Kmiecik, Warszawa 2019, s. 339–340.

⁴⁷ Tak o publicznym prawie gospodarczym i jego wykraczaniu poza ramy prawa administracyjnego pisała w 1993 roku T. Rabska, *Jakie prawo gospodarcze...*, s. 22.

- Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions*, red. M. Roggenkamp, A. Rønne, C. Redgwell, I. Del Guayo, Oxford 2016.
- Fershee J.P., *Energy Law: A Context and Practice Casebook*, Durham, NC 2020.
- Gao A.M.Z., *Promotion of Renewable Electricity: Free Trade and Domestic Industrial Development*, [w:] *Research Handbook on International Energy Law*, red. K. Talus, Cheltenham-Northampton, MA 2014.
- Gilas J., *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Gilbert R.J., Kahn E.P., Newberry D.M., [w:] *International Comparisons of Electricity Regulation*, red. R.J. Gilbert, E.P. Kahn, Cambridge 2006.
- Heffron R., *Energy Law. An Introduction*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2015.
- Jasiński P., Skoczny T., Yarrow G., *Konkurencja a regulacja w energetyce*, Warszawa 1995.
- Kiczka K., *O niektórych kierunkach zmian w prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*, red. P. Chmielnicki, A. Dybała, Warszawa 2009.
- Kiczka K., *Wokół publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Fenomen prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*, red. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2019.
- Klass A., Wiseman H., *Energy Law*, St. Paul, MN 2020.
- Kosikowski C., *Idea prawa gospodarczego i jego działy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Kosiński E., *Komentarz do art. 38a–38b ustawy o odnawialnych źródłach energii*, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Komentarz*, red. M. Czarnecka, T. Ogłódek, Warszawa 2020.
- Kosiński E., *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego*, Poznań 2019.
- Kosiński E., *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a reguły ochrony konkurencji w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 4.
- Król-Bogomiłska M., *Głos w dyskusji*, [w:] *Dziedziny prawa, dyscypliny i metody prawnicze*, red. T. Giaro, Warszawa 2013.
- Longchamps de Bérier F., „*Problemy pogranicza prawa administracyjnego*”, „*Studia Prawnicze*” 1967, z. 16, [w:] *Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane z lat 1934–1970*, wyb. i wstęp Z. Kmiecik, Warszawa 2019.
- Miłoszevska D., *Nowy Porządek Świata jako polityczna forma globalizacji*, „*Geopolityka: Biuletyn naukowo-analityczny Instytutu Geopolityki*” 2009, nr 1 (2).
- Nagaj R., *Changes in the Regulation of the Electricity Sector as a Factor in Stimulating Economy Development in Poland in 2000–2014*, „*Journal of International Studies*” 9, 2016, nr 1.
- Natural Gas. History*, <http://naturalgas.org/overview/history/>.
- Nowaczek M., *Polityka energetyczna Unii Europejskiej w sektorze elektroenergetycznym — liberalizacja i regulacja rynków państw członkowskich i polska ustawa — Prawo energetyczne*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej. W piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2000.
- Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005.
- Rabska T., *Co to jest prawo gospodarcze? Podsumowanie dyskusji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Rabska T., *Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.
- Rabska T., *Jakie prawo gospodarcze — próba odpowiedzi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.

- Research Handbook on International Energy Law*, red. K. Talus, Cheltenham-Northampton, MA 2014.
- Rossi J., *The Brave New Path of Energy Federalism*, „Texas Law Review” 95, 2016.
- Routledge Handbook of Energy Law*, red. T. Hunter, I.H. Anchustegui, P. Crossley, G.M. Alvarez, London-New York 2020.
- Saarman Gonzáles G.S., *Evolving Jurisdiction under the Federal Power Act: Promoting Clean Energy Policy*, „UCLA Law Review” 63, 2016.
- Skoczny T., [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005.
- Szafrąński A., *Prawne oddziaływania państwa na energetykę — kryterium podziału*, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016.
- Szafrąński A., *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014.
- Talus K., *EU Energy Law and Policy*, Oxford 2013.
- Talus K., *Introduction to EU Energy Law*, Oxford 2016.
- Walker G., *The Right to Energy? If so on What Terms?*, National Chengchi University, Taiwan 2014, <http://www.demand.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/Taipei-Right-to-Energy-Nov14.pdf>.
- Walker G., *The Right to Energy: Meaning, Specification and the Politics of Definition*, „L’Europe en Formation” 2015, nr 4 (378).
- Wasilewski A., *W poszukiwaniu „istoty” prawa gospodarczego?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Włodyka S., *Problem prawa gospodarczego — współcześnie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.
- Wyssession M.E., *The Science of Energy. Resources and Power Explained. Course Guidebook*, Chantilly, VA 2016.
- Zieliński A., *Prawo cywilne i metoda cywilistyczna w systemie prawa*, [w:] *Dziedziny prawa, dyscypliny i metody prawnicze*, red. T. Giaro, Warszawa 2013.
- Ziemiński Z., „*Problemy podstawowe prawoznawstwa*”, Warszawa 1980, [w:] *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007.
- Żuławska C., *Co to jest prawo gospodarcze?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 1.

Does Energy Law Exist? Part 1: The Subject, Entities and Method of the Regulation

Summary

In 2021, 28 years have passed since the prominent discussion on the status of economic law (including, in particular, public economic law) as a new branch of law. This discussion found its place in the first issue of the *Legal, Economic and Sociological Movement* of 1993. In this work, the author tries to answer the question of whether energy law exists as a separate field (regarding research and university teaching) and branch of law. It seems that the discussion from years ago on public economic law is fully applicable to the current issue of the independence of energy law as a branch of law and research. The analysis of the subject of energy law regulations, specific subjects — addressees of this legal regulation, the method of regulation and its specific goals (axiology of regulation) — leads to the conclusion that the thesis is true. The work also presents the genesis and development of energy law from the 19th century. The author reviews the world’s textbooks in this area, the number of which is quite significant (mainly English-language items). All

the above-mentioned analyses and arguments support the motion to recognize energy law not only as a new research and teaching field, but also as a new branch of law.

This publication is divided into two parts. In the first part, there are fundamental arguments related to the subject of the regulation, entities governed by the regulation, and the specific method of the regulation, which are in favor of treating energy law as an independent branch of law.

Keywords: legal system, branches of law, energy law.

PIOTR LISSOŃ

ORCID: 0000-0003-4568-3637

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

piotr.lisson@amu.edu.pl

Energetyka obywatelska jako nowy etap rozwoju prawa energetycznego

Abstrakt: Przedmiotem artykułu jest prawne wyodrębnienie energetyki obywatelskiej jako nowego podsektora energetycznego. Stworzenie odpowiednich warunków do jej rozwoju ma się przyczynić do osiągnięcia unijnych i krajowych celów związanych z transformacją energetyczną. Niniejsze opracowanie wyjaśnia pojęcie energetyki obywatelskiej, ukazuje jej cele, formy organizacyjne, przedmiot działalności, prawną niezależność od tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych oraz miejsce przepisów dotyczących tej dziedziny energetyki w aktach prawnych określających zasady funkcjonowania systemu energetycznego.

Słowa kluczowe: energetyka obywatelska, energetyka lokalna, energetyka rozproszona, prawo energetyczne, polityka energetyczna państwa, odnawialne źródła energii, obywatelska społeczność energetyczna, prosument energii odnawialnej, spółdzielnia energetyczna, klaster energii.

Wprowadzenie. Etapy rozwoju prawa energetycznego

Jednym z obszarów badań prowadzonych przez prof. Tadeusza Kocowskiego i pod Jego kierownictwem naukowym były zagadnienia prawa energetycznego, w szczególności formy reglamentacji działalności gospodarczej w sferze energetyki, środki kształtujące sytuację prawną przedsiębiorstw energetycznych¹,

¹ Zob. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 303 n.

instrumenty służące zapewnieniu bezpieczeństwa energetycznego² oraz zadania i kompetencje właściwych w tych sprawach organów administracji publicznej³. Mając to na uwadze, wierzę, że zainteresowanie Szanownego Jubilata wzbudzi zagadnienie energetyki obywatelskiej.

Prawo energetyczne ulega nieustannym, lecz wyraźnie ukierunkowanym zmianom. Z perspektywy Unii Europejskiej jego zasadniczą funkcją jest integracja europejskiego rynku energetycznego. W poszczególnych etapach jego rozwoju, wytyczanych przez przyjmowane kolejno dyrektywy i rozporządzenia (tak zwane pakiety energetyczne), można natomiast wyróżnić charakterystyczne dla tych właśnie etapów kierunki działania oraz instytucje prawne. Początkowo chodziło głównie o zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego rozumianego jako niezakłócony dostęp do surowców energetycznych. Liberalizacja rynku energetycznego i rozwiązania prawne służące rozwojowi konkurencji w tym obszarze to wprowadzone w późniejszym etapie elementy, które ściśle wiążą się z ustanowieniem unijnego rynku wewnętrznego. Kolejne regulacje prawne były coraz silniej ukierunkowane na ograniczanie negatywnych skutków oddziaływania energetyki na środowisko i klimat poprzez promowanie efektywności energetycznej i korzystania z odnawialnych źródeł energii⁴.

Nigdy wcześniej unijne przepisy prawne nie wprowadzały tak szerokich możliwości udziału obywateli w wytwarzaniu energii, handlu (obrocie) energią oraz świadczeniu lokalnych usług energetycznych jak przepisy zawarte w najnowszych dyrektywach i rozporządzeniach tworzących pakiet określany jako „Czysta energia dla wszystkich Europejczyków” (ang. *Clean Energy for All Europeans Package*), w skrócie pakiet „Czysta energia” (ang. *Clean Energy Package*), zwłaszcza w dyrektywach 2019/944⁵ oraz 2018/2001⁶. Przepisy te realizują kierunki unijnej polityki energetycznej nakreślone w komunikatach Komisji Europejskiej z 2015 roku „Strategia ramowa na rzecz stabilnej unii energetycznej opartej na przyszłościowej polityce w dziedzinie klimatu”⁷ oraz „Stworzenie nowego ładu

² Zob. T. Kocowski, *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 222.

³ Zob. T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski et al., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 507 n.

⁴ Na temat etapów procesu integracji unijnego rynku energetycznego oraz rozwoju prawa w tym zakresie zob. P. Lissoń, *Rynek energetyczny*, [w:] *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 7. *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020, s. 582 n.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z 5 czerwca 2019 roku w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE (Dz.Urz. UE L 158, s. 125).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 roku w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz.Urz. UE L 328, s. 82).

⁷ Pakiet dotyczący unii energetycznej. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Komitetu Regionów i Europejskiego

dla odbiorców energii”⁸. Zgodnie z tymi dokumentami unia energetyczna ustanowiona mocą rozporządzenia 2018/1999⁹ ma na celu nie tylko zintegrowanie europejskich systemów energetycznych, osiągnięcie ambitnych celów w zakresie łagodzenia zmian klimatu, innowacyjności, inwestycji, wzrostu gospodarczego oraz rozwoju społeczno-gospodarczego, lecz również zapewnienie takich zasad działania sektora energetycznego, aby obywatele zajęli w nim „pozycję centralną”, wzięli „czynny udział w rynku energetycznym” i „odpowiedzialność za transformację energetyki”. Tak istotną zmianę pozycji obywateli, którzy jeszcze do niedawna występowali wyłącznie w roli odbiorców energii (konsumentów), a której rezultatem będzie zapewne zmiana struktury całego rynku energii, można uznać za początek zupełnie nowego etapu rozwoju unijnego i w efekcie implementacji przepisów unijnych oraz krajowego prawa energetycznego.

1. „Energetyka obywatelska” jako pojęcie prawne

Przejawem nowej sytuacji prawnej w sektorze energetycznym jest pojęcie energetyki obywatelskiej. W świetle opracowań dotyczących tego zagadnienia jest to dość szeroki i pojemny termin. Można go zdefiniować jako podejmowanie i wykonywanie działalności w sektorze energetycznym przez obywateli (osoby fizyczne), jak również przez inne podmioty lokalne, w tym tworzone z udziałem obywateli (w tym spółdzielnie, spółki, małe i średnie przedsiębiorstwa czy organizacje pozarządowe). Chodzi przede wszystkim o wytwarzanie energii (nie tylko elektrycznej, ale też ciepłej) zwłaszcza ze źródeł odnawialnych, samozaopatrzenie w energię, sprzedaż jej nadwyżek, a także świadczenie lokalnych usług energetycznych, w tym służących poprawie efektywności energetycznej.

Działalność podmiotów zaliczanych do energetyki obywatelskiej przeciwstawiana jest działalności tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych (tak zwanej wielkoskalowej energetyce korporacyjnej¹⁰), nie jest bowiem nastawiona na zysk,

Banku Inwestycyjnego: Strategia ramowa na rzecz stabilnej unii energetycznej opartej na przyszłościowej polityce w dziedzinie klimatu, Bruksela 25.02.2015, COM (2015) 80, final, s. 2 n.

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Stworzenie nowego ładu dla odbiorców energii, Bruksela 15.07.2015, COM (2015) 339, final.

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1999 z dnia 11 grudnia 2018 roku w sprawie zarządzania unią energetyczną i działaniami w dziedzinie klimatu, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 663/2009 i (WE) nr 715/2009, dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 94/22/WE, 98/70/WE, 2009/31/WE, 2009/73/WE, 2010/31/UE, 2012/27/UE i 2013/30/UE, dyrektyw Rady 2009/119/WE i (EU) 2015/652 oraz uchylenia rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 525/2013 (Dz.Urz. UE L 328, s. 1).

¹⁰ Zob. J. Popczyk, *Energetyka rozproszona. Od dominacji energetyki w gospodarce do zrównoważonego rozwoju, od paliw kopalnych do energii odnawialnej i efektywności energetycznej*, Warszawa 2011, s. 22.

a lokalne produkowanie i zużywanie energii pozwala ponadto na uniknięcie typowych dla tradycyjnej energetyki strat związanych z jej przesyłaniem (transportem za pomocą sieci energetycznych) z odległych elektrowni konwencjonalnych oraz zwiększa bezpieczeństwo energetyczne dzięki decentralizacji całego systemu¹¹.

Jedynym jak do tej pory aktem prawnym, który posługuje się określeniem „energetyka obywatelska”, jest dyrektywa 2019/944. Nie zawiera ona jednak definicji tego pojęcia. Przepisy posługujące się omawianym terminem zostały zawarte w motywie 43 tej dyrektywy, w którym wskazano korzyści oraz cele, jakie ma realizować rozwój energetyki obywatelskiej. Przede wszystkim zwrócono uwagę, że dzięki istnieniu technologii rozproszonego wytwarzania energii oraz wzmocnieniu pozycji konsumentów energetyka obywatelska już dziś jest „skutecznym i opłacalnym sposobem zaspokojenia potrzeb i oczekiwań obywateli dotyczących źródeł energii, usług oraz zaangażowania podmiotów lokalnych”. Jeśli zaś chodzi o cele, jakim ma ona służyć, wskazano przede wszystkim zapewnienie „przystępnej cenowo energii szczególnego rodzaju, takiej jak energia odnawialna”, podkreślając przy tym, iż cel ten odróżnia energetykę obywatelską od „tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych, w których priorytetem jest osiągnięcie zysku”. Pokreślono też, iż „dzięki bezpośredniej interakcji z konsumentami inicjatywy w zakresie energetyki obywatelskiej wykazują potencjał ułatwiania zintegrowanego wprowadzania nowych technologii i wzorców zużycia, w tym inteligentnych sieci dystrybucyjnych i odpowiedzi odbioru”. Wskazano również, że energetyka obywatelska może przyczynić się do „zwiększenia efektywności energetycznej na poziomie gospodarstw domowych oraz pomóc w zwalczaniu ubóstwa energetycznego przez zmniejszenie zużycia i obniżenie cen dostaw”. Z przepisów dyrektywy nie wynika natomiast, aby udział w energetyce obywatelskiej wiązał się z wymogiem posiadania formalnego obywatelstwa Unii Europejskiej¹².

Należy wyjaśnić, że użycie w polskiej wersji dyrektywy 2019/944 terminu „energetyka obywatelska” jest kwestią pewnej konwencji terminologicznej, określenie to nie jest bowiem dosłownym odpowiednikiem terminu występującego w innych wersjach językowych tej dyrektywy. W wersji anglojęzycznej nie użyto określenia *citizen energy*, które dosłownie odpowiadałoby energetyce obywatelskiej, lecz terminu *community energy*, co można przetłumaczyć jako „energetyka społeczna” (przymiotnik „społeczny” może jednak przywoływać w Polsce pewne skojarzenia z niezbyt popularnym określeniem „uspołeczniony”, czego być może

¹¹ Por. J. Roberts, F. Bodman, R. Rybski, *Energetyka obywatelska: modelowe rozwiązania prawne promujące obywatelską własność odnawialnych źródeł energii*, Warszawa 2015, s. 15 i 88; J. Krzyszkowska, *Energetyka obywatelska. Przewodnik dla samorządów po inwestycjach w energię odnawialną i efektywność energetyczną*, Warszawa 2015, s. 5; A. Dyląg, A. Kassenberg, W. Szymalski, *Energetyka obywatelska w Polsce — analiza stanu i rekomendacje do rozwoju*, Warszawa 2019, s. 11 n.

¹² Bliżej o obywatelstwie Unii Europejskiej zob. I. Lipowicz, *Obywatelstwo*, [w:] *Instytucje materialnego prawa administracyjnego. Przegląd regulacji*, red. I. Lipowicz, Warszawa 2017, s. 43 n.

postanowiono uniknąć). Podobnie uczyniono w innych wersjach dyrektywy¹³. Jedynie jej niemieckojęzyczna wersja posługuje się określeniem, które można przetłumaczyć jako „energetyka obywatelska”, mianowicie *Bürgerenergie*. Odrębną kwestią jest natomiast nakładanie się omawianego pojęcia z terminami, które są z nim ściśle powiązane i które można w zasadzie uznać za jego substytuty, jak „energetyka lokalna” (ang. *local energy*), „energetyka rozproszona” lub „zdecentralizowana” (ang. *distributed energy*)¹⁴. Istnienie tak wielu pojęć, za pomocą których można określać segment energetyki stanowiący alternatywę dla tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych, pokazuje, że bardzo trudno znaleźć uniwersalny termin, który już w swoim brzmieniu oddawałby istotę omawianego zjawiska.

Należy wreszcie zauważyć, że termin energetyka obywatelska przeniknął do słownictwa najważniejszego dokumentu określającego politykę energetyczną państwa. Został bowiem użyty (i to wielokrotnie) w najnowszej „Polityce energetycznej Polski”, przyjętej przez Radę Ministrów w 2021 roku¹⁵. W dokumencie tym nie zdefiniowano jednak omawianego pojęcia. Sposób, w jaki jest ono używane (w szczególności na stronach 46, 68 i 136), pozwala za to uznać, że obejmuje ono prosumentów energii odnawialnej oraz wszelkiego typu „społeczności energetyczne”, w tym klastry energii oraz spółdzielnie energetyczne.

2. Formy organizacyjno-prawne energetyki obywatelskiej

Energetyka obywatelska może być realizowana w różnych formach organizacyjnych. Zmieniające się przepisy unijnego oraz krajowego prawa energetycznego stale rozszerzają katalog tych form, nadając im określony kształt i specyficzne nazwy, pod którymi zasadniczo kryją się znane już w ustawodawstwie rodzaje podmiotów prawnych (jak osoby fizyczne, spółki czy spółdzielnie). Główną rolą prawa energetycznego jest natomiast określanie zasad wykonywania działalności w omawianym obszarze, tak aby możliwe było osiągnięcie zamierzonych przez ustawodawcę rezultatów gospodarczych i społecznych, jak również rezultatów w zakresie ochrony środowiska i klimatu. W tym celu przepisy prawa energetycznego określają zarówno obowiązki podmiotów wykonujących działalność w sferze energetyki obywatelskiej, jak i zasady wsparcia tej działalności, w tym

¹³ Zwłaszcza fr. *l'énergie communautaire*, wł. *la comunità energetica*, hiszp. *la energía comunitaria*, port. *a Comunidade de Energia*, rum. *energia comunitară*, czes. *komunitní energie*, sk. *energetické spoločenstvo*.

¹⁴ Na temat pojęć „energetyka lokalna” oraz „energetyka rozproszona” zob. M. Szyrski, *Energetyka lokalna. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2019, s. 39 n.

¹⁵ Polityka energetyczna Polski do 2040 roku, załącznik do obwieszczenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 2 marca 2021 roku (M.P. z 2021 r. poz. 264).

możliwość korzystania ze wsparcia finansowego, określonych usług energetycznych czy ułatwionego dostępu do sieci dystrybucyjnych. Z uwagi na ograniczone ramy artykułu instrumenty i mechanizmy wsparcia energetyki obywatelskiej nie będą w nim prezentowane.

Przepisy ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o odnawialnych źródłach energii (dalej: ustawa o OZE)¹⁶ wskazują pięć form organizacyjno-prawnych, które zaliczymy do energetyki obywatelskiej i które zostały zdefiniowane w art. 2 tej ustawy. Trzy z nich, mianowicie: prosument energii odnawialnej (pkt 27a), prosument wirtualny energii odnawialnej (pkt 27b) oraz prosument zbiorowy energii odnawialnej (pkt 27c), to instytucje, które obejmują odbiorców energii elektrycznej w gospodarstwach domowych (osoby fizyczne) oraz inne podmioty będące odbiorcami końcowymi energii elektrycznej (na przykład spółdzielnie, wspólnoty mieszkaniowe), które zgodnie z przepisami ustawy o OZE są uprawnione do wytwarzania i wprowadzania do sieci elektroenergetycznej energii wytworzonej w określonych instalacjach¹⁷. Przy tym jeśli podmioty te wykonują działalność gospodarczą, wytwarzanie energii nie może stanowić przedmiotu ich przeważającej działalności gospodarczej, ustalonej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 roku o statystyce publicznej¹⁸.

Dwie kolejne formy to klastr energii oraz spółdzielnia energetyczna. Klastr energii ma charakter cywilnoprawnego porozumienia (nie ma podmiotowości prawnej¹⁹), a jego działalność obejmuje wytwarzanie i równoważenie zapotrzebowania, dystrybucję lub obrót energią elektryczną. Energia ta może być wytwarzana nie tylko ze źródeł odnawialnych, ale też z innych źródeł (a więc również z paliw kopalnych). Ustawa o OZE w art. 2 pkt 15a wskazuje szeroki krąg podmiotów, które mogą należeć do klastra energii. Obszar jego działalności nie może przy tym przekraczać granic jednego powiatu w rozumieniu ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym²⁰ lub pięciu gmin w rozumieniu ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym²¹.

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 610 ze zm.

¹⁷ Szerzej na temat energetyki prosumenckiej oraz kręgu podmiotów objętych definicją prosumenta energii odnawialnej zob. P. Lissoń, *Zasady podejmowania działalności prosumenckiej oraz jej wspierania w prawie odnawialnych źródeł energii*, [w:] *Prawo odnawialnych źródeł energii w Polsce i w Niemczech*, red. P. Lissoń, K. Ziemiński, Poznań 2018, s. 73 n.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 955 ze zm.

¹⁹ Na temat charakteru prawnego klastra energii zob. T. Długosz, *Klastr energii jako przejaw nowych tendencji regulacyjnych*, [w:] *Sektory infrastrukturalne — problematyka prawna*, red. M. Królikowska-Olczak, Warszawa 2018, s. 249 n.; E. Kosiński, *Komentarz do art. 38a*, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. M. Czarnicka, T. Oglódek, Warszawa 2020, s. 853 n.

²⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 920 ze zm.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1372.

Spółdzielnia energetyczna jest z kolei rodzajem spółdzielni w rozumieniu ustawy z dnia 16 września 1982 roku Prawo spółdzielcze²² lub ustawy z dnia 4 października 2018 roku o spółdzielniach rolników²³. Ustawa o OZE nie określa, jakie podmioty mogą należeć do spółdzielni energetycznej (w świetle przepisów prawa spółdzielczego oraz ustawy o spółdzielniach rolników członkami spółdzielni mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne), wskazuje natomiast, że liczba jej członków musi być mniejsza niż 1000 (art. 38e ust. 1 pkt 2). Przedmiotem działalności spółdzielni energetycznej, zgodnie z art. 2 pkt 33a ustawy o OZE, jest wytwarzanie energii elektrycznej, biogazu lub energii cieplnej (przy czym działalność wytwórcza może być realizowana wyłącznie z energii odnawialnej) na potrzeby własne takiej spółdzielni i jej członków, co ustawa o OZE określa jako „równoważenie zapotrzebowania”. Przepisy ustawy nie przewidują przy tym możliwości sprzedawania przez spółdzielnię energetyczną wytworzonej przez nią energii na rynku. Zgodnie z art. 38e ust. 1 pkt 1 ustawy o OZE spółdzielnia energetyczna może prowadzić działalność wyłącznie na obszarze gminy wiejskiej lub miejsko-wiejskiej w rozumieniu przepisów o statystyce publicznej lub na obszarze nie więcej niż trzech tego rodzaju gmin bezpośrednio z sobą sąsiadujących.

Przepisy zawarte w pakiecie „Czysta energia” wprowadzają kolejne formy energetyki obywatelskiej. W dyrektywach 2019/944 oraz 2018/2001 zawarto definicje i określono zasady funkcjonowania obywatelskich społeczności energetycznych (OSE, ang. *citizen energy communities*) oraz społeczności energetycznych działających w zakresie energii odnawialnej (SEO, ang. *renewable energy communities*). OSE oraz SEO mogą działać w różnych formach prawnych. Może to być na przykład forma spółdzielni, spółki lub stowarzyszenia.

Przedmiotem działalności OSE jest wytwarzanie energii (nie tylko ze źródeł odnawialnych, ale też w tradycyjny sposób), jej dystrybucja, dostawy (sprzedaż), zużywanie, agregacja oraz magazynowanie. OSE może również świadczyć usługi w zakresie efektywności energetycznej, ładowania pojazdów elektrycznych lub inne usługi energetyczne dla swoich członków lub udziałowców (art. 2 pkt 11 lit. c dyrektywy 2019/944). Przedmiot działalności SEO koncentruje się natomiast wyłącznie wokół „projektów dotyczących energii odnawialnej”. Artykuł 22 ust. 2 dyrektywy 2018/2001 wyjaśnia, że chodzi o produkcję, zużywanie, magazynowanie, sprzedaż, a także podział (w ramach danej SEO) energii wyprodukowanej przez jednostki wytwórcze będące jej własnością. Treść końcowej części art. 22 ust. 4 lit. e wymienionej dyrektywy wskazuje, że przedmiotem działalności SEO może być również dystrybucja energii. Działalność zarówno OSE, jak i SEO powinna być realizowana „na obszarach lokalnych”, jak stanowią przepisy wskazanych dyrektyw.

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 648 ze zm.

²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2073.

Spółeczności energetyczne nie są jednak czymś nowym w ustawodawstwie i praktyce gospodarczej. W Europie Zachodniej, inaczej niż w Polsce, działalność takich społeczności (mających najczęściej formę spółdzielni) jest już bardzo rozwinięta²⁴. Nowością jest określenie ogólnych ram prawnych takiej działalności dla całej Unii Europejskiej (z polskiej perspektywy przepisy unijne stwarzają szersze możliwości działania niż przewidziane obecnie dla spółdzielni energetycznych uregulowanych w przepisach ustawy o OZE). Przyjmuje się, że nie jest wymagana odrębna transpozycja do prawa krajowego przepisów dotyczących OSE i SEO. Wystarczające jest ustanowienie tylko jednego, wspólnego zbioru przepisów dla obu rodzajów społeczności²⁵. Tą drogą zdaje się podążać polski prawodawca, który przewiduje ustanowienie przepisów dotyczących wyłącznie OSE²⁶ — mają one zostać wprowadzone do ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne²⁷.

3. Niezależność energetyki obywatelskiej od tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych

Skoro energetyka obywatelska ma być alternatywą i swoistą konkurencją dla tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych, podmioty te nie powinny sprawować funkcji kontrolnych i decyzyjnych w strukturach energetyki obywatelskiej (na przykład spółdzielniach lub spółkach), jeśli w ogóle dopuszczalne byłoby, aby w nich uczestniczyły. Zgodnie z art. 2 pkt 11 lit. a w zw. z motywem 44 dyrektywy 2019/944 udział w OSE ma być otwarty dla wszelkich kategorii podmiotów (a zatem także dla tradycyjnych przedsiębiorstw energetycznych), lecz uprawnionymi do sprawowania kontroli nad tymi społecznościami mogą być wyłącznie osoby fizyczne, organy samorządowe oraz małe przedsiębiorstwa. Jeśli chodzi o SEO, udział w tych społecznościami ma być otwarty wyłącznie dla podmiotów lokalnych (członkami lub udziałowcami mogą być jedynie osoby fizyczne, małe i śred-

²⁴ Na ten temat zob. E. O'Hara, *Europe in Transition: Local Communities Leading the Way to a Low-Carbon Society*, The European Association for Information on Local Development (AEIDL) 2013, s. 6 n.; J. Lowitzsch, C.E. Hoicka, F.J. van Tulder, *Renewable Energy Communities under the 2019 European Clean Energy Package – Governance Model for the Energy Clusters of the Future?*, „Renewable and Sustainable Energy Reviews” 122, 2020, nr 4, s. 2 n.

²⁵ Tak M.M. Sokołowski, *Renewable and Citizen Energy Communities in the European Union: How (Not) to Regulate Community Energy in National Laws and Policies*, „Journal of Energy & Natural Resources Law” 38, 2020, nr 3, s. 303.

²⁶ Projekt z dnia 30 kwietnia 2021 roku ustawy o zmianie ustawy — Prawo energetyczne oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii nr UC74 opracowany przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12347450/12792164/12792165/dokument505854.pdf> (dostęp: 31.12.2021).

²⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 716 ze zm.

nie przedsiębiorstwa oraz organy lokalne, w tym gminne), przy czym funkcje kontrolne wobec tych społeczności mogą sprawować tylko te podmioty, które są „zlokalizowane w niewielkiej odległości od projektów dotyczących energii odnawialnej będących własnością tego podmiotu prawnego i przez niego rozwijanych” (art. 2 pkt 16 lit. a oraz b dyrektywy 2018/2001).

Wnioski. Miejsce energetyki obywatelskiej w systemie prawa energetycznego

W świetle unijnych oraz krajowych przepisów prawa energetycznego coraz bardziej widoczny staje się podział podmiotów sektora energetycznego na dwie grupy: tradycyjne przedsiębiorstwa energetyczne oraz podmioty energetyki obywatelskiej. W ostatnich latach zauważalny jest niespotykany wcześniej rozwój przepisów określających nowe formy organizacyjno-prawne energetyki obywatelskiej oraz prawa i obowiązki podmiotów wykonujących działalność w tym obszarze. Przepisy dotyczące energetyki obywatelskiej są wprowadzane już nie tylko do aktów prawnych służących promowaniu stosowania energii odnawialnej (dyrektywa 2018/2001, ustawa o OZE), lecz także do najważniejszych aktów prawnych określających zasady funkcjonowania całego systemu energetycznego (dyrektywa 2019/944, ustawa Prawo energetyczne). W ten sposób przepisy dotyczące energetyki obywatelskiej (którą, jak zostało to wyjaśnione, równie dobrze można by nazwać energetyką społeczną) zyskują rangę adekwatną do celów, którym ma ona służyć. Chodzi bowiem o realizowanie, wraz z tradycyjnymi przedsiębiorstwami energetycznymi, najważniejszych zamierzeń polityki energetycznej Unii Europejskiej oraz państw członkowskich, do których należy przede wszystkim zwiększanie bezpieczeństwa energetycznego, zapewnienie przystępnych cen energii oraz dbałość o ochronę środowiska i klimatu.

Bibliografia

- Długosz T., *Klaster energii jako przejaw nowych tendencji regulacyjnych*, [w:] *Sektory infrastrukturalne — problematyka prawna*, red. M. Królikowska-Olczak, Warszawa 2018.
- Dyląg A., Kassenberg A., Szymalski W., *Energetyka obywatelska w Polsce — analiza stanu i rekomendacje do rozwoju*, Warszawa 2019.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Reglamentacja gospodarcza*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.

- Kocowski T., *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady — instytucje — procedury. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020.
- Kosiński E., *Komentarz do art. 38a*, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. M. Czarnecka, T. Oglódek, Warszawa 2020.
- Krzyszowska J., *Energetyka obywatelska. Przewodnik dla samorządów po inwestycjach w energię odnawialną i efektywność energetyczną*, Warszawa 2015.
- Lipowicz I., *Obywatelstwo*, [w:] *Instytucje materialnego prawa administracyjnego. Przegląd regulacji*, red. I. Lipowicz, Warszawa 2017.
- Lissoń P., *Rynek energetyczny*, [w:] *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 7. *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020.
- Lissoń P., *Zasady podejmowania działalności prosumenckiej oraz jej wspierania w prawie odnawialnych źródeł energii*, [w:] *Prawo odnawialnych źródeł energii w Polsce i w Niemczech*, red. P. Lissoń, K. Ziemiński, Poznań 2018.
- Lowitzsch J., Hoicka C.E., Tulder F.J. van, *Renewable Energy Communities under the 2019 European Clean Energy Package — Governance Model for the Energy Clusters of the Future?*, „Renewable and Sustainable Energy Reviews” 122, 2020, nr 4.
- O’Hara E., *Europe in Transition: Local Communities Leading the Way to a Low-Carbon Society*, The European Association for Information on Local Development (AEIDL) 2013.
- Popczyk J., *Energetyka rozproszona. Od dominacji energetyki w gospodarce do zrównoważonego rozwoju, od paliw kopalnych do energii odnawialnej i efektywności energetycznej*, Warszawa 2011.
- Roberts J., Bodman F., Rybski R., *Energetyka obywatelska: modelowe rozwiązania prawne promujące obywatelską własność odnawialnych źródeł energii*, Warszawa 2015.
- Sokołowski M.M., *Renewable and Citizen Energy Communities in the European Union: How (Not) to Regulate Community Energy in National Laws and Policies*, „Journal of Energy & Natural Resources Law” 38, 2020, nr 3.
- Szyrski M., *Energetyka lokalna. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2019.

Community Energy as a New Stage in the Development of Energy Law

Summary

The subject of the article is the legal distinction of community energy as a new energy sub-sector. The creation of appropriate conditions for its development is to contribute to the achievement of EU and national goals related to the energy transformation. This study explains the concept of community energy, shows its goals, organizational forms, objects of activity, legal independence from traditional energy enterprises, and the place of regulations concerning this field of energy in the energy law system.

Keywords: community energy, local energy, distributed energy, energy law, state energy policy, renewable energy sources, citizen energy community, renewable energy prosumer, energy cooperative, energy cluster.

ALEKSANDER MAZIARZ

ORCID: 0000-0002-0482-5400

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

amaziarz@kozminski.edu.pl

Ugody w unijnym i amerykańskim prawie konkurencji

Abstrakt: Artykuł dokonuje analizy przepisów dotyczących zawierania ugód w prawie konkurencji UE oraz USA. Skupia się przede wszystkim na ustaleniu, jakie przesłanki należy spełnić, aby przedsiębiorstwo mogło skorzystać z tej formy zakończenia postępowania antymonopolowego. W opracowaniu zbadano również, czy udział w postępowaniu ugodowym jest dostępny potencjalnie dla każdego przedsiębiorstwa, które naruszyło prawo konkurencji, oraz czy wprowadzono wystarczające zachęty dla przedsiębiorstw, skłaniające je do udziału w takim postępowaniu. Zestawienie rozwiązań przyjętych w UE i USA pozwoliło na wskazanie elementów modelowego rozwiązania co do ugód w prawie konkurencji.

Słowa kluczowe: ugoda, zakaz porozumień ograniczających konkurencję, postępowanie antymonopolowe.

Wprowadzenie

Zwalczanie naruszeń prawa konkurencji wymaga od organów antymonopolowych zaangażowania wielu zasobów. Szczególnie trudne jest wykrywanie karteli z uwagi na to, że coraz większa liczba porozumień ograniczających konkurencję zawieranych jest jako porozumienia tajne. Jednym z najskuteczniejszych narzędzi, jakimi dysponują organy antymonopolowe, są programy łagodzenia kar (ang. *leniency*), które w zamian za wyjawienie organowi szczegółów działalności kartelu mogą zapewnić jego uczestnikowi całościowe lub częściowe złagodzenie grożącej mu kary finansowej. Niemniej jednak nie we wszystkich sprawach program ten będzie miał zastosowanie i nie wszystkie przedsiębiorstwa będą mogły z niego skorzystać. Z tego też powodu w unijnym prawie konkurencji przewi-

dziano możliwość zawarcia ugody przez przedsiębiorstwo, które dopuściło się naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję i które w zamian za redukcję grożącej mu kary finansowej przyzna się do popełnienia takiego naruszenia bez konieczności prowadzenia postępowania antymonopolowego. Podobne uregulowania funkcjonują w prawie konkurencji USA z tą różnicą, że w postępowaniu ugodowym mogą wziąć tam udział przedsiębiorstwa, które dopuściły się także innych naruszeń niż tylko udziału w niedozwolonej zмовie.

W niniejszym artykule dokonano analizy przepisów dotyczących zawierania ugód w prawie konkurencji UE oraz USA, skupiając się przede wszystkim na analizie przesłanek decydujących o możliwości udziału przedsiębiorstw w postępowaniu ugodowym. Dodatkowym celem opracowania jest zbadanie, czy przewidziane we wskazanych systemach prawnych uregulowania wprowadzają wystarczające zachęty dla przedsiębiorstw do zawarcia ugody. Wrzeczce zestawienie rozwiązań przyjętych w UE i USA pozwala na ustalenie elementów modelowego rozwiązania dotyczącego ugód w prawie konkurencji.

Przesłanki wszczęcia postępowania ugodowego w prawie UE

W prawie UE możliwość zawarcia ugody w postępowaniu antymonopolowym została ograniczona tylko do naruszeń stanowiących porozumienia ograniczające konkurencję. Powodem stosowania tej instytucji jedynie do porozumień kartelowych jest to, że w tego typu sprawach mniej jest dyskusyjnych ustaleń, takich jak wyznaczanie rynku właściwego czy bilansowanie pozytywnych i negatywnych skutków¹. Komisja Europejska uznała zatem, że jedynie porozumienia ograniczające konkurencję mogą być stosunkowo szybko zbadane pod kątem ich wpływu na konkurencję.

Postępowanie ugodowe w sprawach kartelowych zostało uregulowane w rozporządzeniu nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 roku w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.01.2003, s. 1), a także obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady nr 1/2003 w sprawach kartelowych (2008/C 167/01). W latach 2010–2018 postępowania ugodowe były prowadzone w 28 spośród 57 spraw dotyczących porozumień kartelowych², co wskazuje, że instytucja ta jest dosyć

¹ M.L. Tierno Centella, *The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases*, „Competition Policy Newsletter” 3, 2008, s. 30 n.

² F. Laina, A. Bogdanov, *The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments (2017–2018)*, „Journal of European Competition Law & Practice Advance” 5, 2019, s. 1–12.

często stosowana. Warto jednak zaznaczyć, że nie może być ona wykorzystywana do spraw o nadużycia pozycji dominującej.

Unijny prawodawca nie umożliwia skorzystania ze sposobności zawarcia ugody przez każde przedsiębiorstwo będące uczestnikiem zakazanego porozumienia. Taka możliwość została przewidziana jedynie dla tych przedsiębiorstw, do których Komisja Europejska zwróci się z pytaniem, czy są zainteresowane przedstawieniem propozycji ugodowych. Przedsiębiorstwa mogą wyrazić zainteresowanie przedstawieniem takich propozycji w terminie wskazanym przez KE, który nie może być krótszy niż dwa tygodnie. Warto zaznaczyć, że nie zostało określone, czym Komisja ma się kierować przy wyborze przedsiębiorstw. Wskazuje się, że czynnikami, które może wziąć pod uwagę, są zwłaszcza okoliczności danego porozumienia ograniczającego konkurencję, takie jak: liczba przedsiębiorstw biorących w nim udział, udział przedsiębiorstw w programie łagodzenia kar, stopień koordynacji zachowań czy możliwość przyznania się przedsiębiorstw do naruszenia³. Jeżeli więc określone przedsiębiorstwo nie kwestionuje swojego udziału w zakazanym porozumieniu, może to stanowić wskazówkę, iż potencjalnie będzie zainteresowane zawarciem ugody.

Postępowanie ugodowe może być wszczęte nie później niż w dniu przedstawienia zarzutów przedsiębiorstwu. Możliwość zawarcia ugody jest zatem przewidziana jedynie w pierwszych fazach postępowania antymonopolowego. Takie rozwiązanie nawiązuje do celu postępowania ugodowego, jakim jest przede wszystkim skrócenie postępowania antymonopolowego i zmniejszenie w ten sposób zaangażowania służb Komisji Europejskiej w jego prowadzenie. Jednakże instytucja ta może być zastosowana dopiero wtedy, gdy Komisja zbada okoliczności sprawy, a zatem wyjaśni, czy doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, i będzie gotowa do przedstawienia zarzutów. Oznacza to, że i tak musi dokonać wielu czynności związanych z wyjaśnieniem sprawy, które pozwalają przedstawić przedsiębiorstwu zarzuty⁴. W zasadzie oszczędności proceduralne ograniczają się do samego prowadzenia postępowania antymonopolowego, wydania decyzji czy ewentualnego postępowania przed sądem. Postępowanie ugodowe nie odciąża więc KE w znacznym stopniu. Owszem, pozwala na zaoszczędzenie jej zasobów, ale nie jest to wcale postępowanie ograniczone i uproszczone, które ma na celu jak najmniejsze zaangażowanie Komisji Europejskiej.

Kolejnym elementem postępowania ugodowego są fakultatywne rozmowy ugodowe między przedsiębiorstwem a Dyрекcją Generalną do spraw Konkurencji Komisji Europejskiej. To właśnie od KE będzie zależało, czy rozmowy ugodowe zostaną wszczęte. W ich trakcie Komisja może przedstawić przedsiębiorstwom podstawowe informacje o zgromadzonych dowodach na istnienie domniemanego

³ L. Flavio, A. Bogdanov, *Survey: The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, „Journal of European Competition Law and Practice” 10, 2014, s. 718–719.

⁴ J. Mailló González-Orús, *EU Cartel Settlement Procedure: An Assessment of Its Results 10 Years Later*, Madrid 2017, s. 7 n.

porozumienia ograniczającego konkurencję. Przedsiębiorstwa mogą się wówczas zapoznać ze stanem wiedzy Komisji o zawartym porozumieniu czy grożącej im karze finansowej oraz zdecydować o udziale w postępowaniu ugodowym.

Rozmowy ugodowe są niejawne, a wyjawione podczas nich okoliczności nie mogą zostać użyte jako dowody w ewentualnym postępowaniu antymonopolowym. Zarówno termin, porządek, jak i czas trwania takich rozmów jest określany przez Komisję Europejską, do której należy inicjatywa w ich prowadzeniu. To właśnie KE decyduje o ujawnieniu, w miarę postępu rozmów ugodowych, przedsiębiorstwu dowodów, które zostały przeciwko niemu zgromadzone. Ważne jest przy tym, że w ramach rozmów ugodowych przedsiębiorstwa nie mogą dokonywać z Komisją ustaleń co do istnienia naruszenia oraz wysokości kary grzywny⁵.

Rozmowy ugodowe można podzielić na trzy fazy. W pierwszej fazie Komisja Europejska przedstawia ocenę danej sprawy oraz informuje o najważniejszych dowodach wskazujących na naruszenie prawa konkurencji. W drugiej KE bada, czy przedsiębiorstwa biorące udział w postępowaniu ugodowym nie kwestionują przedstawionych ustaleń i czy osiągnięto konsensus co do wskazanego naruszenia prawa konkurencji. W ostatniej fazie rozmów ugodowych omawiana jest maksymalna wysokość grożącej przedsiębiorstwom kary.

W przypadku gdy rozmowy ugodowe pozwolą na konsensus co do ewentualnych zarzutów oraz grożącej przedsiębiorstwu kary grzywny⁶, Komisja Europejska może wyznaczyć przedsiębiorstwom termin na złożenie końcowej propozycji ugodowej, który nie może być krótszy niż 15 dni. Należy uznać, że w ramach rozmów ugodowych może dojść do osiągnięcia konsensusu co do zarówno okoliczności określonego naruszenia, jak i wysokości grożącej przedsiębiorstwu grzywny. W ten sposób postępowanie ugodowe zapewnia każdej ze stron korzyści⁷.

Przedsiębiorstwa, które będą zainteresowane uczestnictwem w postępowaniu ugodowym, są zobowiązane do złożenia formalnego wniosku będącego w istocie propozycją ugodową. Warto dodać, że Komisja Europejska ma znaczny zakres uznania co do dalszego prowadzenia postępowania ugodowego, co oznacza, że na każdym jego etapie może odstąpić od dalszych czynności zmierzających do zawarcia ugody i przedstawić przedsiębiorstwu zarzuty⁸. Niemniej jednak udział w rozmowach ugodowych i w całym postępowaniu ugodowym nie

⁵ F. Laina, E. Laurinen, *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, „Journal of European Competition Law & Practice” 4, 2013, s. 3.

⁶ J.F. Bellis, *Five Years of Cartel Settlements: An Assessment of the Benefits for Settling Parties*, [w:] *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, red. J.M. Beneyto, J. Maïllo, Brussels 2016, s. 303–327.

⁷ D. Sage, *Increasing Use of “Negotiated” Instruments of European Competition Law Enforcement towards Foreign Companies*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 7, 2014, s. 252.

⁸ J. Maïllo González-Orús, *EU Cartel Settlement Procedure: An Assessment of its Results 10 Years Later / Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, red. B. Pérez, J. Maïllo González-Orús, Cizur Menor 2019, s. 475–498.

oznacza przyznania się przedsiębiorstwa do udziału w zakazanym porozumieniu ograniczającym konkurencję⁹.

Komisja Europejska, zanim wyda decyzję na podstawie art. 7 lub 23 rozporządzenia nr 1/2003, jest obowiązana skonsultować ją z Komitetem Doradczym. Opinia Komitetu może oczywiście nie rekomendować zawarcia przez KE ugody, na przykład wskazując, że sprawa wymaga dogłębnego wyjaśnienia. W takim właśnie przypadku Komisja może odstąpić od zawarcia ugody, o czym informuje zainteresowane przedsiębiorstwo; jednocześnie przygotowuje nową wersję zarzutów do przedstawienia takiemu przedsiębiorstwu. Choć w ten sposób niejako zagwarantowane są prawa przedsiębiorstwa do obrony dzięki możliwości dostępu do akt sprawy, występowanie z wnioskiem o przesłuchanie ustne czy sformułowanie odpowiedzi na postawione zarzuty, to rozwiązanie takie budzi poważne wątpliwości co do atrakcyjności skorzystania z możliwości zawarcia ugody przez przedsiębiorstwo. Warto dodać, że w obwieszczeniu w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych Komisja Europejska wskazała, że oświadczenia, które przedsiębiorstwa złożyły w propozycjach ugodowych, uznawane są za wycofane i nie mogą być użyte jako materiał dowodowy w postępowaniu antymonopolowym. Możliwość wycofania się Komisji z uzgodnionych wcześniej propozycji ugodowych może być jednak czynnikiem potencjalnie odstrasżającym przedsiębiorstwa od zawarcia ugody. Jest to spowodowane tym, że przedsiębiorstwo niejako przyznaje się do udziału w naruszeniu prawa konkurencji i jednocześnie zwięźle przekazuje KE informacje o określonym naruszeniu. Po wycofaniu się Komisji Europejskiej nadal dysponuje ona zatem informacjami o danym naruszeniu, co w znaczący sposób ułatwia jej znalezienie nowych dowodów potwierdzających naruszenie. Gdyby nie udział przedsiębiorstwa w postępowaniu ugodowym, zapewne nie doszłoby do przekazania Komisji jakichkolwiek informacji o domniemanym naruszeniu i przedsiębiorstwo realizowałoby obronę przed zarzucanym naruszeniem w inny sposób, na przykład całkowicie negując swój udział w domniemanym zakazanym porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Ustępstwa Komisji Europejskiej związane z ugodą

Zasadniczym ustępstwem dla przedsiębiorstwa dzięki zawarciu z Komisją Europejską ugody jest obniżenie o 10% kwoty grzywny, którą KE zamierza nałożyć na przedsiębiorstwo za udział w zakazanym porozumieniu. Warto także dodać, że obniżka ta będzie miała zastosowanie również do tych przedsiębiorstw, które skorzystały z programu *leniency*; poprzez zawarcie ugody wynikająca z tego faktu obniżka zostanie doliczona do grzywny wynikającej z udziału w pro-

⁹ F. Laina, E. Laurinen, *op. cit.*, s. 4.

gramie łagodzenia kar. W zasadzie jest to jedyna korzyść, którą może czerpać przedsiębiorstwo w zamian za zawarcie ugody. Można oczywiście twierdzić, że przedsiębiorstwo nie będzie musiało ponosić kosztów związanych z jego reprezentowaniem w trakcie postępowania antymonopolowego, ale trudno uznać to za jakąkolwiek korzyść, albowiem przedsiębiorstwo zawsze może biernie uczestniczyć w takim postępowaniu. Oceniając wysokość przysługującej przedsiębiorstwu obniżki wymiaru grzywny za udział w postępowaniu ugodowym, należy stwierdzić, że wysokość ta nie jest szczególnie atrakcyjna. Można w tym miejscu porównać ją do obniżek grzywny przewidzianych przez program łagodzenia kar *leniency*, który przyznaje całkowitą redukcję grzywny dla pierwszego przedsiębiorstwa objętego tym programem, drugie przedsiębiorstwo może otrzymać między 30 a 50% obniżki, a trzecie — 20–30% obniżki. Trudno więc uznać, że maksymalna obniżka o 10% kary grożącej będzie skłaniała przedsiębiorstwa do udziału w postępowaniu ugodowym¹⁰.

Podsumowując, należy stwierdzić, że przyznając się do naruszenia, przedsiębiorstwo nie otrzymuje żadnych gwarancji proceduralnych, że uzgodnione z Komisją Europejską propozycje ugodowe zostaną zaakceptowane. Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej dyskusyjne, że to właśnie Komisja wskazuje przedsiębiorstwu możliwość zawarcia ugody, co zaś powoduje, iż nie każde zainteresowane przedsiębiorstwo może w takim postępowaniu wziąć udział. W związku z tym postępowanie ugodowe w przypadku odstąpienia KE od uzgodnionych propozycji ugodowych narusza prawo do dobrej administracji, albowiem decyzje Komisji Europejskiej mogą być nieprzewidywalne i osłabiać prawo przedsiębiorstwa do obrony.

Niewątpliwie postępowanie ugodowe skraca czas niezbędny do ukarania przedsiębiorstwa za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Dzięki zaoszczędzonemu czasowi i zasobom Komisja Europejska jest w stanie prowadzić inne postępowania w celu wykrycia naruszeń prawa konkurencji¹¹. Twierdzi się, że dzięki zawarciu ugody Komisja przyspiesza zakończenie postępowania antymonopolowego o średnio dwa lata¹². Można także uznać, że rozwiązania przyjęte w prawie UE są korzystne dla przedsiębiorstw. Wskazuje się na przykład, że postępowanie to pozwala przedsiębiorstwu, które dokonało naruszenia, skupić się na działalności rynkowej, a nie na długotrwałym postępowaniu antymonopolowym¹³.

¹⁰ S.P. Brankin, *The First Cases under the Commission's Cartel Settlement Procedure: Problems Solved?*, „European Competition Law Review” 32, 2011, s. 6.

¹¹ G. Olsen, M. Jephcott, *Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission's Settlement Procedure*, „Antitrust Magazine” 25, 2010, s. 76.

¹² K. Hüschelrath, U. Laitenberger, *The Settlement Procedure in the European Commission's Cartel Cases: An Early Evaluation*, „Journal of Antitrust Enforcement” 5, 2017, s. 458.

¹³ I. Bael, J. Bellis, *Competition Law of the European Community*, The Hague 2010, s. 1172.

Ugody w prawie USA

Uregulowania dotyczące ochrony konkurencji w Stanach Zjednoczonych w znacznym stopniu różną się od tych występujących w prawie unijnym. Przede wszystkim najważniejszy akt prawny zakazujący porozumień ograniczających konkurencję — ustawa Shermana¹⁴ — jest ustawą z zakresu prawa karnego, w związku z czym pojawiają się wątpliwości, czy rozwiązania amerykańskie można w ogóle przenieść do innych systemów prawnych, w których prawo konkurencji jest częścią prawa administracyjnego. Warto jednak mieć na uwadze, że wiele rozwiązań przyjętych w Stanach Zjednoczonych zostało zaadaptowanych do prawa unijnego. Przykładem może być doktryna urzędów kluczowych czy rozwiązania proceduralne, do których należy program łagodzenia kar — *leniency*.

Organy antymonopolowe Stanów Zjednoczonych, czyli Federalna Komisja Handlu (FTC — Federal Trade Commission) oraz Departament Sprawiedliwości, są uprawnione do zawierania ugód nie tylko w sprawach kartelowych, ale także w sprawach dotyczących połączenia przedsiębiorców oraz nadużycia pozycji dominującej. Natomiast procedura ugodowa nie obejmuje najpoważniejszych ograniczeń konkurencji — w szczególności horyzontalnych porozumień ustalających ceny odsprzedaży, dokonujących podziału rynku lub klienteli, ponieważ tego typu naruszenia to przestępstwa¹⁵.

Co istotne, zawarte ugody mogą zostać zmienione po określonym czasie od ich zawarcia, jeżeli okoliczności sprawy uległy zmianie. Inicjatywa w tym zakresie należy do przedsiębiorstw, które muszą w wystarczającym stopniu wykazać zmianę okoliczności uzasadniającą modyfikację ochrony interesu publicznego. W sprawach dotyczących nadużycia pozycji dominującej może się okazać, że po pewnym czasie określony przedsiębiorca nie będzie zajmował już takiej pozycji i z tego względu nie jest zasadne utrzymanie zdefiniowanych w ugodzie obowiązków. Każda decyzja dotycząca modyfikacji w mniejszym lub większym stopniu zawartych przez FTC ugód wymaga upublicznienia i opinia publiczna może składać uwagi co do zaproponowanych modyfikacji. Natomiast w przypadku modyfikacji ugód zawartych przez Departament Sprawiedliwości decyzja w tym zakresie należy do sądu, który po dokonaniu publicznych konsultacji podejmuje decyzję w kwestii zaakceptowania lub odrzucenia ugody.

¹⁴ The Sherman Antitrust Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

¹⁵ OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, Paris 2008, <https://www.oecd.org/competition/cartels/44178372.pdf> (dostęp: 1.03.2022).

Ugody zawierane przez Departament Sprawiedliwości

Postępowanie ugodowe w prawie USA różni się od postępowania prowadzonego przez Komisję Europejską tym, że wymaga udziału niezależnego sądu, który ostatecznie zatwierdza ugodę zaproponowaną przez Departament Sprawiedliwości. W 1974 roku przyjęto tak zwaną ustawę Tunneya¹⁶, która miała przede wszystkim zapewnić przejrzystość procedury zatwierdzania ugód, udział społeczeństwa oraz wzmocnić kontrolę sądową nad zawieraniem ugód przez Departament Sprawiedliwości¹⁷. Ustawa Tunneya wymaga skierowania do sądu zarówno propozycji ugodowej, jak i oświadczenia o wpływie domniemanego naruszenia na konkurencję. W tym ostatnim dokumencie Departament Sprawiedliwości zobowiązany jest do wyjaśnienia domniemanego naruszenia prawa konkurencji oraz wskazania proponowanego środka zaradczego.

Ustawa ta wymaga od Departamentu Sprawiedliwości przedstawienia sądowi propozycji ugody w sprawie antymonopolowej, która jest publikowana w Federalnym Rejestrze na co najmniej 60 dni przed jej ewentualnym zatwierdzeniem. Ważnym elementem amerykańskiego postępowania ugodowego są konsultacje publiczne w sprawie propozycji ugodowej. Polegają one na tym, że każdy zainteresowany podmiot może złożyć uwagi do propozycji ugodowej, które wraz z ustosunkowaniem się do nich przez Departament Sprawiedliwości również podlegają publikacji w Federalnym Rejestrze. W postępowaniu ugodowym w sprawie CVS-Aetna, mającym miejsce w 2019 roku, w ramach konsultacji publicznych Departament Sprawiedliwości otrzymał 173 uwagi co do zaproponowanej ugody, w tym formułujące zarzuty w kwestii propozycji zmniejszenia kary¹⁸.

Ustawa Tunneya wymaga również, aby sąd ocenił, czy zaproponowana ugoda leży w interesie publicznym. Przede wszystkim sąd ma za zadanie oszacować wpływ domniemanego naruszenia na konkurencję na rynku oraz wpływ proponowanej ugody na społeczeństwo i podmioty, które poniosły szkodę wskutek takiego naruszenia. Sąd może skorzystać z wielu dowodów w celu ustalenia, czy zawarcie takiej ugody leży w interesie publicznym. Może to być zarówno zwrócenie się o odpowiednik opinii biegłego lub specjalisty, udział *amicus curiae*, jak i przesłuchanie urzędników państwowych, a nawet podjęcie takich czynności w interesie publicznym, które zdaniem sądu są odpowiednie. Należy podkreślić, że ustalenie, czy zawarcie ugody leży w interesie publicznym, jest kluczowe w amerykańskim systemie prawnym. Wymóg zbadania interesu publicznego pod-

¹⁶ Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act) of December 21 1974, Pub. L. No. 93-528, § 2, 88 Stat. 1706, 1706–08 15 U.S.C. § 16(b)–(g).

¹⁷ J.B. Jacobs, *The Applicability of the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974 to Voluntary Dismissals*, „University of Michigan Journal of Law Reform” 19, 1985, s. 301 n.

¹⁸ J. Tierney, E. Luken, *Tunney Act Toward Uncharted Waters — The CVS-Aetna Merger*, <https://blogs.orrick.com/antitrust/tag/tunney-act/> (dostęp: 1.03.2022).

kreśla rolę sądów w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w USA oraz eliminuje akceptowanie tego typu ugód bez ich merytorycznego rozpoznawania¹⁹.

W praktyce badanie interesu publicznego w sprawach ugodowych nie wywoływało większych dyskusji aż do 1994 roku, kiedy to przed sądem stanęła sprawa zatwierdzenia ugody w sprawie firmy Microsoft (*United States v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318, 322 D.D.C. 1995), w której sąd zakwestionował przesłankę spełnienia interesu publicznego.

Ugody zawieranie przez Federalną Komisję Handlu

Procedura zawierania ugód przez Federalną Komisję Handlu jest określona w tytule 16 kodeksu przepisów federalnych²⁰. Akt ten stanowi, że przedsiębiorca może na każdym etapie toczącego się postępowania antymonopolowego zwrócić się do FTC z wnioskiem o ugodowe zakończenie postępowania. Warto przy tym zaznaczyć, że w praktyce zawarcie ugody jest bardziej prawdopodobne w mniej skomplikowanych sprawach, natomiast w tych, które dotyczą wielu rynków produktowych lub geograficznych albo skomplikowanego stanu prawnego, szybkie zawarcie ugody będzie mało prawdopodobne.

Ugody w sprawach antymonopolowych są negocjowane przez urzędników Komisji. W praktyce pracownicy są nadzorowani podczas negocjacji przez urzędników zajmujących stanowiska kierownicze, a nawet przez komisarzy. Podczas prowadzonych negocjacji ustalane są okoliczności danej sprawy. Często urzędnicy kilkakrotnie zwracają się do przedsiębiorców o przekazanie określonych informacji lub wyjaśnienia. Ma to zapewnić dokładne ustalenie, na czym polegało naruszenie prawa antymonopolowego i jakie środki zaradcze można przyjąć w ugodzie. Negocjacje mogą zakończyć się sformułowaniem propozycji ugody, która następnie podlega zatwierdzeniu przez FTC.

Nie oznacza to jednak zawarcia ugody, ale powoduje wszczęcie kolejnego etapu postępowania ugodowego, jakim jest publiczna konsultacja propozycji ugodowej. Kodeks przepisów federalnych wskazuje, że taka propozycja jest upubliczniana i przez 30 dni zainteresowane podmioty mogą zgłaszać do niej uwagi. Warto przy tym zaznaczyć, że samo skierowanie propozycji ugodowej do konsultacji publicznych wymaga akceptacji większości członków FTC. Upublicznieniu podlega nie tylko treść samej propozycji ugodowej, ale też specjalnie przygotowane wyjaśnienia sprawy oraz propozycji ugodowej, które stanowią niejako analizę sprawy przez FTC. Analiza ta wyjaśnia okoliczności określonego naruszenia,

¹⁹ J. McDavid *et al.*, *Antitrust Consent Decrees: Ten Years of Experience Under the Tunney Act*, „Antitrust Law Journal” 4, 1983, s. 883 n.

²⁰ <https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr/2021/title16/chapterI/subchapterG/part703> (dostęp: 1.03.2022).

wskazuje, w jaki sposób zachowanie danego przedsiębiorcy naruszyło prawo antymonopolowe, oraz wyjaśnia sposób zapobieżenia temu zachowaniu.

Po upływie okresu konsultacji publicznych FTC ma obowiązek odnieść się do uwag wniesionych w ich ramach. Uwagi te mogą doprowadzić do akceptacji propozycji ugodowej, zmian lub jej odrzucenia. W przypadku dokonywania zmian w propozycji ugodowej FTC nie może zrobić tego jednostronnie, a jedynie uzgodnić je wspólnie z przedsiębiorcą. Oczywiście w przypadku nieudzielenia zgody przez przedsiębiorcę na dokonanie zmian w propozycji ugodowej postępowanie ulega zakończeniu bez zawarcia ugody.

W przypadku gdy FTC uzna, że nie jest potrzebna dalsza modyfikacja propozycji ugodowej i nadaje się ona do zatwierdzenia, rozpoczyna się procedura zatwierdzenia takiej ugody, która wymaga dwukrotnego przegłosowania przez FTC. Dopiero wtedy ugoda staje się ostateczna.

Ustępstwa

W prawie konkurencji USA wysokość obniżki kary grzywny dla przedsiębiorstw, które chcą zawrzeć ugodę, nie jest jednakowa. Odmienne zatem niż w przypadku prawa UE nie ustalono sztywnej granicy wysokości takiego ustępstwa. W systemie amerykańskim istotne znaczenie ma natomiast kolejność zgłoszenia się przedsiębiorstw do organu antymonopolowego w celu zawarcia ugody. Wysokość obniżki grzywny, jaką otrzyma przedsiębiorstwo, będzie więc zależała od jego kolejności zgłoszenia do organu antymonopolowego. Rozwiązanie to nawiązuje do funkcjonującego zarówno w USA, jak i UE programu łagodzenia kar — *leniency*, który różnicuje obniżenie kary od kolejności zgłoszeń przedsiębiorstw do tego programu.

W przeciwieństwie do unijnego prawa konkurencji prawo amerykańskie nie przewiduje określonych ustępstw dla przedsiębiorcy związanych z zawarciem ugody. Wynika to z faktu, że ugodami mogą być objęte nie tylko naruszenia w postaci zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, lecz także zachowania będące nadużyciem pozycji dominującej oraz sprawy z zakresu kontroli koncentracji. Zwykle ugody zobowiązują przedsiębiorców do zaprzestania określonego zachowania, zakazują ponownego podejmowania takich zachowań czy wymagają przywrócenia stanu konkurencji sprzed naruszenia. Najważniejszym celem postępowania ugodowego nie jest zatem ukaranie przedsiębiorstwa czy przyznanie mu korzyści wynikających z udziału w postępowaniu ugodowym, a doprowadzenie do wyeliminowania praktyki naruszającej konkurencję²¹. Zarówno w przypadku Departamentu Sprawiedliwości, jak i FTC przy zawieraniu ugód dokonuje się uzgodnienia wysokości sankcji, którą jest głównie kara finansowa za określone

²¹ A. O'Brien, *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, s. 2 n., <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download> (dostęp: 1.03.2022).

naruszenie. Można więc powiedzieć, że korzyścią, którą czerpią przedsiębiorcy za udział w postępowaniu ugodowym, jest właśnie wpływ na wysokość kary. Należy jednak podnieść, że prawo amerykańskie nie wskazuje ani dolnej, ani górnej granicy ustępstwa, które może być wynikiem zawarcia ugody. Niemniej jednak udział w postępowaniu ugodowym jest zwykle atrakcyjny dla przedsiębiorców, którzy akceptując warunki ugody, zrzekają się możliwości skorzystania z przysługujących im przed sądem środków ochrony prawnej. Zresztą nie we wszystkich ugodach nakładana jest kara finansowa na przedsiębiorstwa. W przypadku spraw dotyczących kontroli koncentracji w ugodach określa się przede wszystkim środki o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, mające na celu przeciwdziałać ograniczeniom konkurencji powodowanym przez połączenie przedsiębiorstw.

Zatwierdzone ugody podlegają monitorowaniu przez organy antymonopolowe. Przedsiębiorstwa zwykle są zobowiązane do przekazywania raportów lub poddawania się kontroli w celu sprawdzenia przestrzegania postanowień zawartych uгод. Przekazane przez przedsiębiorców raporty podlegają ocenie pod kątem prawidłowości przekazanych danych i w ten sposób oceniane jest, czy postanowienia uгод są przestrzegane. Ponadto organy antymonopolowe mogą zgłosić się do innych przedsiębiorców, w szczególności tych, którzy zostali poszkodowani antykonkurencyjnymi działaniami, z prośbą o informacje, czy określone zachowanie nie zostało podjęte na nowo. W przypadku stwierdzenia naruszenia postanowień zawartych uгод organy antymonopolowe mogą podjąć postępowanie antymonopolowe — zarówno administracyjne, jak i karne.

Podsumowanie

Postępowanie ugodowe w sprawach kartelowych jest niewątpliwie narzędziem, które przyczynia się do skuteczniejszego zwalczania naruszeń prawa konkurencji. Jednakże osiągnięcie takiego celu wymaga również odpowiedniego skonstruowania przepisów prawnych. Czy zatem rozwiązania przyjęte w UE i USA są prawidłowe? Odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna.

Mankamentem postępowań ugodowych prowadzonych przez Komisję Europejską jest to, że przedsiębiorcy, którym zarzuca się udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję, nie mają większego wpływu na ustalenia co do zakresu zarzutów czy wysokości grzywny. W zasadzie mogą oni wypracować wspólnie z Komisją zakres zarzutów oraz maksymalną wysokość grożącej im grzywny, jednak możliwość negocjacji w tym zakresie jest bardzo ograniczona. Jak już wspomniano, zgromadzone w postępowaniu antymonopolowym dowody są podstawą do sformułowania zarzutów przez KE. Oznacza to, że przedsiębiorcy mogą jedynie w nieznacznym stopniu doprowadzić do ich modyfikacji. W procedurze tej brakuje więc takich rozwiązań, które pozwoliłyby na większą możliwość ne-

gocjowania postanowień ugody przez przedsiębiorców oraz zawarcia jej już po podjęciu postępowania, a nie dopiero po zebraniu pewnej ilości dowodów.

Zasadniczym problemem postępowania ugodowego przed Komisją Europejską jest jednak stosunkowo mała atrakcyjność zawarcia ugody dla przedsiębiorców. Trudno bowiem uznać, że obniżenie wysokości grzywny o 10% jest atrakcyjnym bodźcem zachęcającym przedsiębiorców do udziału w takim postępowaniu. W wielu ustawodawstwach, w których wprowadzono podobne rozwiązania, redukcja grzywny związana z zawarciem ugody może sięgać nawet 35% (na przykład w Wielkiej Brytanii), podczas gdy w prawie antymonopolowym USA w ogóle nie przewidziano górnych granic redukcji kar. W przypadku stosunkowo małej wysokości obniżenia grzywny przedsiębiorcy mogą być bardziej skłonni do udziału w postępowaniu przed sądem UE oraz Trybunałem Sprawiedliwości UE, przed którymi kwestionowane będą ustalenia Komisji. W końcu przedsiębiorcy mogą nie być zainteresowani udziałem w postępowaniu ugodowym, ponieważ w każdej jego fazie KE może odstąpić od jego prowadzenia i kontynuować postępowanie antymonopolowe. Oznacza to, że nawet bardzo zaawansowane postępowanie ugodowe, w którym przedsiębiorca zgadzał się każdorazowo ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, może nie doprowadzić do zawarcia ugody.

Dużo szerszy zakres zastosowania mają ugody zawierane w USA. Przede wszystkim nie ograniczają się one jedynie do spraw kartelowych, a dotyczą także innych zakazanych praktyk. Ponadto w systemie amerykańskim istotne znaczenie mają publiczne konsultacje propozycji ugodowych, albowiem każdy zainteresowany może wyrazić swoje zastrzeżenia co do zaproponowanych warunków. Rozwiązania funkcjonujące w USA są również bardziej ukierunkowane na osiągnięcie konsensusu między organem antymonopolowym a przedsiębiorstwami. Warto podkreślić, że zasadniczym celem postępowania ugodowego w tym systemie jest jak najszybsze zakończenie naruszenia prawa konkurencji, co jest ważniejsze niż sam wymiar kary.

W konkluzji należy stwierdzić, że regulacje w prawie UE dotyczące postępowania ugodowego powinny zostać zmienione poprzez zastosowanie rozwiązań podobnych do tych występujących w USA. Niewątpliwie wprowadzenie większych zachęt dla przedsiębiorstw do udziału w postępowaniu ugodowym oraz wprowadzenie zmian umożliwiających bardzo częste stosowanie tej instytucji w praktyce będzie powodowało odciążenie organów antymonopolowych i skrócenie postępowań.

Bibliografia

- Bael I., Bellis J., *Competition Law of the European Community*, The Hague 2010.
- Bellis J.F., *Five Years of Cartel Settlements: An Assessment of the Benefits for Settling Parties*, [w:] *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, red. J.M. Beneyto, J. Maïllo, Brussels 2016.
- Brankin S.P., *The First Cases under the Commission's Cartel Settlement Procedure: Problems Solved?*, „European Competition Law Review” 32, 2011.
- Flavio L., Bogdanov A., *Survey: The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, „Journal of European Competition Law and Practice” 10, 2014.
- Hüschelrath K., Laitenberger U., *The Settlement Procedure in the European Commission's Cartel Cases: An Early Evaluation*, „Journal of Antitrust Enforcement” 5, 2017.
- Jacobs J.B., *The Applicability of the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974 to Voluntary Dismissals*, „University of Michigan Journal of Law Reform” 19, 1985.
- Laina F., Bogdanov A., *The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments (2017–2018)*, „Journal of European Competition Law & Practice Advance” 5, 2019.
- Laina F., Laurinen E., *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, „Journal of European Competition Law & Practice” 4, 2013.
- Maïllo González-Orús J., *EU Cartel Settlement Procedure: An Assessment of Its Results 10 Years Later*, Madrid 2017.
- Maïllo González-Orús J., *EU Cartel Settlement Procedure: An Assessment of Its Results 10 Years Later / Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, red. B. Pérez, J. Maïllo González-Orús, Cizur Menor 2019.
- McDavid J., Sankbeil W., Schmidt E., Brett B., *Antitrust Consent Decrees: Ten Years of Experience Under the Tunney Act*, „Antitrust Law Journal” 4, 1983.
- O'Brien A., *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>.
- OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, Paris 2008, <https://www.oecd.org/competition/cartels/44178372.pdf>.
- Olsen G., Jephcott M., *Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission's Settlement Procedure*, „Antitrust Magazine” 25, 2010.
- Sage D., *Increasing Use of "Negotiated" Instruments of European Competition Law Enforcement towards Foreign Companies*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 7, 2014.
- Tierney J., Luken E., *Tunney Act Toward Uncharted Waters — The CVS-Aetna Merger*, <https://blogs.orricks.com/antitrust/tag/tunney-act/>.
- Tierno Centella M.L., *The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases*, „Competition Policy Newsletter” 3, 2008.

Settlements in EU and US Competition Law

Summary

The article analyzes the provisions on settlements in EU and US competition law. It focuses primarily on determining what conditions should be met for the company to be able to use this form of termination of antimonopoly proceedings. The article also examines whether participation in

a settlement procedure is available to any potential company that has infringed competition law and whether there are sufficient incentives for companies to induce them to participate in such a procedure. The juxtaposition of solutions adopted in the EU and the USA made it possible to identify elements of a model solution for settlements in competition law.

Keywords: settlement, prohibition of competition-restricting agreements, antimonopoly proceedings.

RAJMUND MOLSKI

ORCID: 0000-0001-5019-5692

Uniwersytet Szczeciński
rajmund.molski@usz.edu.pl

Domniemania w prawie konkurencji — przejaw pragmatyzmu czy analityczna droga na skróty w ochronie konkurencji przez państwo?

Abstrakt: Przedmiotem opracowania są domniemania w prawie konkurencji. Opracowanie prezentuje zwięźle ich podstawowe funkcje oraz klasyfikację, a także ukazuje specyfikę tych domniemań na przykładzie polskiego prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: domniemania, prawo konkurencji.

Wprowadzenie

Jednym z filarów społecznej gospodarki rynkowej, będącej podstawą ustroju gospodarczego w Polsce (art. 20 Konstytucji RP¹), jest konkurencja, postrzegana jako swoista wartość gospodarcza, której dochowanie jest uważane za powinność państwa, warunkującą skuteczną ochronę prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej, uznawanej z kolei za swoistą zasadę publicznego prawa gospodarczego². Kwestią dyskusyjną pozostaje umiejscowienie tej powinności w kata-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

² A. Chełmoński, *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 62.

logu funkcji państwa w sferze gospodarki³. Wystarczy odnotować, że ochrona konkurencji i konkurencyjnego ładu gospodarczego może być traktowana jako: komponent innej funkcji gospodarczej państwa, na przykład klasycznej funkcji reglamentacji gospodarczej⁴ lub funkcji alokacyjnej⁵, których przejawem są chociażby zakazy praktyk ograniczających konkurencję (będące kwintesencją prawa antymonopolowego, i to w jego najbardziej pierwotnym znaczeniu); składowa kilku innych funkcji państwa w gospodarce, w tym: funkcji regulacji gospodarczej, w jej części zorientowanej na promocję konkurencji w sektorach infrastrukturalnych, funkcji kontroli gospodarczej i nadzoru gospodarczego (*vide* mechanizm prewencyjnej kontroli czy też nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi — prawo kontroli koncentracji) oraz funkcji wspierania gospodarki (*vide* prawo pomocy publicznej); funkcja samoistna⁶.

Przedmiotem niniejszego opracowania są domniemania w prawie konkurencji *sensu stricto* (kojarzonym też z prawem antymonopolowym), będące specyficznym instrumentem prawnym wykorzystywanym powszechnie w ochronie konkurencji przez państwo. O doniosłej roli tych domniemań świadczy ich znaczny wpływ na postępowania dowodowe w sprawach antymonopolowych, zwłaszcza na ciężar dowodu. Domniemania w prawie konkurencji mogą usprawniać i racjonalizować jego stosowanie, ale mogą też prowadzić do dysfunkcji tego prawa, co daje asumpt do refleksji naukowej nad tymi domniemaniami, tym bardziej że — w przeciwieństwie do innych dziedzin prawa, w których domniemania również funkcjonują — nie doczekały się one jeszcze szerszej i pogłębionej refleksji doktryny prawa konkurencji. Z uwagi na ramy artykułu jego celem jest poczynienie jedynie wstępnych ustaleń dotyczących tytułowego zagadnienia, mianowicie — zidentyfikowanie podstawowych funkcji domniemań w prawie konkurencji, przeprowadzenie porządkującej klasyfikacji tych domniemań oraz zobrazowanie ich specyfiki na przykładzie polskiego prawa konkurencji.

1. Funkcje domniemań w prawie konkurencji

Tytułowe domniemania odgrywają ważną rolę w utrzymaniu równowagi między dwoma celami, jakie ma do spełnienia każdy system ochrony konkurencji. Pierwszym jest zapewnienie, aby rozstrzygnięcia w sprawach antymonopolowych były prawidłowe, a drugim spowodowanie, aby mechanizm podejmowania

³ Na temat tych funkcji zob. *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej: księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.

⁴ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 209 n.

⁵ C. Banasiński, *Powstanie, podstawy prawne, zakres i cele prawa antymonopolowego*, [w:] *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018, s. 15.

⁶ C. Kosikowski, *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018, s. 343 n.

tych rozstrzygnięć nie był nazbyt kosztowny. Domniemania te pełnią różne funkcje, ale na plan pierwszy wysuwają się dwie: prakseologiczna (techniczna) oraz aksjologiczna (ideologiczna)⁷.

Funkcja prakseologiczna (instrumentalna względem aksjologicznej) polega na tym, że odnośne domniemania mają przyczyniać się do większej skuteczności i efektywności postępowań antymonopolowych, a to dzięki: usprawnieniu procesów decyzyjnych organów ochrony konkurencji i sądów, gdyż pozwalają na ustalenie faktów, których często albo nie dałoby się udowodnić, albo byłoby to prawie niemożliwe (na przykład w sprawach porozumień kartelowych w formie tak zwanych uzgodnionych praktyk, niebędących ani umowami, ani uchwałami przedsiębiorców); ograniczeniu potrzeby przeprowadzania szczegółowych analiz ekonomicznych określonych okoliczności, co przekłada się na uproszczenie, skrócenie i przyspieszenie postępowań antymonopolowych, a w konsekwencji pozwala oszczędzać czas i zasoby tych organów i sądów (bez istotnego zwiększenia ryzyka błędnych rozstrzygnięć); umożliwieniu skuteczniejszego realizowania priorytetów w polityce ochrony konkurencji oraz porządkowaniu toku postępowania dowodowego poprzez określenie, na kim spoczywa ciężar dowodu. Co szczególnie istotne, niektóre domniemania (zwłaszcza domniemanie pozycji dominującej) stwarzają po stronie przedsiębiorców silny bodziec do przekazywania organom ochrony konkurencji informacji potrzebnych do całościowej oceny sprawy już na wczesnym etapie postępowania.

Z kolei funkcja aksjologiczna domniemań w prawie konkurencji wyraża się zwłaszcza w ich przyczynianiu się do ochrony określonych wartości ideologicznych, a także realizacji imperatywu bezpieczeństwa obrotu gospodarczego i pewności prawa, co ostatecznie powinno też przyczyniać się do bardziej skutecznej i efektywnej ochrony konkurencji (tego rodzaju racje aksjologiczne stoją na przykład za domniemaniem niewinności, obowiązującym powszechnie w postępowaniach antymonopolowych)⁸.

2. Klasyfikacja domniemań w prawie konkurencji

W nauce prawa, w tym prawa konkurencji, kwestiami wysoce dyskusyjnymi i obciążonymi licznymi kontrowersjami są zarówno sama formuła domniemań, jak i ich funkcje i kategoryzacja⁹. Nie stanowi to przeszkody, aby na potrzeby niniejszych rozważań z grubsza przyjąć, że domniemania z funkcjonalnego punktu

⁷ Podział ten odzwierciedla funkcje domniemań wyróżnione przez Jerzego Wróblewskiego, *Domniemania w prawie: problematyka teoretyczna*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 10, 1973, s. 21 n.

⁸ OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*. Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017); dalej: OECD, *Safe Harbours*.

⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Znaczenie terminu „domniemanie prawne” w języku prawnym i prawniczym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 1, s. 101 n.; A. Kalintiri, *Analytical*

widzenia stanowią techniczny środek prawny służący do osiągnięcia określonych celów poprzez uprawdopodobnienie pewnych faktów, co do których nie ma się pewności, że są prawdziwe.

Źródłem domniemań stosowanych w prawie konkurencji mogą być: akty normatywne prawa materialnego lub procesowego, ustanawiające domniemania specyficzne dla tego prawa, to jest niemające odpowiedników w innych dziedzinach prawa (na przykład domniemanie pozycji dominującej zawarte w art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów; dalej: u.o.k.k.¹⁰), bądź też domniemania niespecyficzne, mające uniwersalny charakter (na przykład domniemanie niewinności, którego jednym ze źródeł jest art. 42 ust. 3 Konstytucji RP¹¹); niewiążące akty typu *soft law* (choćby zawarte w pkt 47 unijnych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych¹² domniemanie, że porozumienie wertykalne, do którego włączono najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, na przykład postanowienie narzucające ceny odsprzedaży, wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, to znaczy — jest zakazane); orzecznictwo antymonopolowe (na przykład utrwalone w unijnej judykaturze domniemanie, że w przypadku gdy spółka dominująca posiada 100% kapitału swej spółki zależnej, która popełniła naruszenie unijnych reguł konkurencji, spółka dominująca wywiera decydujący wpływ na swą spółkę zależną¹³).

Tytułowe domniemania można wyjściowo podzielić na domniemania prawne (na przykład domniemanie pozycji dominującej zawarte w u.o.k.k.) oraz faktyczne (na przykład domniemanie zawarcia niedopuszczalnego porozumienia przez kilku konkurentów, którzy ustalili i wprowadzili identyczne ceny w tym samym dniu¹⁴). Wśród tych pierwszych wyodrębnia się jeszcze (ze względu na ich moc) domniemania wzruszalne, które stanowią przytłaczającą większość, oraz domniemania niewzruszalne (jednym z nielicznych przykładów tych drugich mogą być obowiązujące w Izraelu i RPA nieusuwalne domniemania pozycji dominującej powyżej określonego progu udziału przedsiębiorcy w rynku właściwym¹⁵).

Shortcuts in EU Competition Enforcement: Proxies, Premises, and Presumptions, „Journal of Competition Law & Economics” 16, 2020, nr 3, s. 392 n.

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 275.

¹¹ M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 55.

¹² Dz.Urz. UE z 2010 r. C 130/1.

¹³ Wyrok TSUE z dnia 10 września 2009 roku w sprawie C-97/08 P, *Akzo Nobel NV i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2009:536, pkt 60.

¹⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 września 2001 roku, sygn. XVII Ama 119/00, Dz.Urz. UOKiK z 2001 r. Nr 3, poz. 126.

¹⁵ ICN, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, s. 48, <https://centrodecdec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-objectives-of-uc-laws-assessment-of-dominance-2007.pdf> (dostęp: 10.12.2021).

Domniemanie prawne w prawie konkurencji dzielą się też na materialne (na przykład domniemanie pozycji dominującej) oraz formalne (bodaj najbardziej znanym ich przykładem jest domniemanie niewinności), jak również domniemanie działające na korzyść organów ochrony konkurencji i sądów, reprezentujących interes publiczny w ochronie konkurencji, oraz domniemanie działające na korzyść podmiotów, którym zarzuca się naruszenie reguł konkurencji (*vide* wskazane już przykłady)¹⁶.

3. Domniemanie prawne w polskim prawie konkurencji

W u.o.k.k., będącej kluczową regulacją w domenie publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce, zawarto tylko jedno domniemanie prawne. W modelowy sposób ilustruje ono ambiwalencje towarzyszące tytułowemu domniemaniu. Oparte na kryterium ilościowym domniemanie posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, którego udział w rynku właściwym przekracza 40%, uzupełnia zbudowaną na dwóch przesłankach jakościowych definicję legalną tej pozycji. Przesłanki jakościowe akcentują behawioralne aspekty dominacji rynkowej, podczas gdy kryterium ilościowe odnosi się do jej aspektów strukturalnych. Domniemanie pozycji dominującej ma charakter pozytywny i zarazem jednostronny, co oznacza, że spełnienie przesłanki domniemanie (przekroczenie progu 40% udziału w rynku właściwym) skutkuje pozytywnym wnioskiem domniemanie, że przedsiębiorca pozycję dominującą zajmuje. Domniemanie to służy ułatwieniu dowodzenia posiadania pozycji dominującej, a nie jej braku. W przypadku zatem, gdy udział przedsiębiorcy w rynku właściwym nie przekracza 40%, domniemanie to po prostu nie wywołuje skutków prawnych, przy czym okoliczność ta nie konstytuuje (w sposób dorozumiany) jakiegoś równoległego, negatywnego domniemanie „nieposiadania pozycji dominującej”. W takim przypadku Prezes UOKiK winien rozważyć, oprócz samej wysokości udziału w rynku, także jakościowe przesłanki posiadania pozycji dominującej¹⁷. Wywodzone czasem tego rodzaju równoległe i negatywne domniemanie nieposiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę o udziale w rynku nieprzekraczającym 40%, wzruszalne przeciwdowodem organu ochrony konkurencji¹⁸, można rozpatrywać co najwyżej w kategoriach domniemanie faktycznego na podstawie

¹⁶ C. Ritter, *Presumptions in EU Competition Law*, „Journal of Antitrust Enforcement” 6, 2018, nr 2, s. 212.

¹⁷ R. Wasilewski, *Postępowanie dowodowe przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2020, s. 102.

¹⁸ T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 174.

art. 231 k.p.c. Praktyczne znaczenie domniemania pozycji dominującej wyraża się w tym, że jeżeli Prezes UOKiK ustali, iż udział określonego przedsiębiorcy w rynku właściwym przekracza 40%, to powinien przyjąć, że ów przedsiębiorca zajmuje pozycję dominującą, bez prowadzenia dalszego postępowania dowodowego w tym zakresie. Z kolei przedsiębiorca zamierzający obalić to domniemanie będzie obciążony ciężarem dowodu, że mimo takiego udziału w rynku właściwym nie ma pozycji dominującej¹⁹. Będzie to możliwe poprzez wykazanie, że ustalenie udziału w rynku na poziomie przekraczającym 40% jest wadliwe, na przykład z powodu błędnie wyznaczonego rynku właściwego, lub pomimo prawidłowego ustalenia takiej wartości udziału w rynku nie są spełnione jakościowe przesłanki pozycji dominującej.

Ponieważ Prezes UOKiK nie jest przeciwnikiem procesowym przedsiębiorcy, lecz organem administracji publicznej odpowiedzialnym za ochronę konkurencji w interesie publicznym, organ ten może z urzędu dopuścić dowód przeciwko domniemaniu pozycji dominującej, jeżeli wymaga tego zasada prawdy obiektywnej²⁰. Nie można bowiem zgodzić się, aby przez wzgląd na szybkość czy efektywność postępowania organ ten korzystał z ustanowionego domniemania w sposób prowadzący do poważnych błędów w polityce ochrony konkurencji²¹.

Na gruncie przepisów u.o.k.k. nie jest oczywiste, czy odnośne domniemanie dotyczy także kolektywnej pozycji dominującej, albowiem ustawa nie reguluje tej kwestii jednoznacznie. Więcej argumentów zdaje się przemawiać za poglądem, że formalnie rzecz biorąc, komentowane domniemanie odnosi się również do kolektywnej pozycji dominującej, przy czym sam fakt posiadania przez dwóch lub więcej przedsiębiorców udziałów w rynku przekraczających łącznie 40% nie świadczy od razu o tym, iż przedsiębiorcy ci mają wspólną pozycję dominującą na danym rynku. Kryterium tej pozycji nie jest bowiem suma udziałów poszczególnych przedsiębiorców w danym rynku właściwym²². Co więcej, w przypadku kolektywnej dominacji na rynkach oligopolistycznych, która umożliwia przedsiębiorcom koordynowanie ich zachowań bez wyraźnego porozumienia czy też innych strukturalnych powiązań, wskaźnik wysokich udziałów w rynku może być dalece mniej miarodajnym kryterium oceny pozycji rynkowej kolektywnego dominanta w porównaniu z dominantem indywidualnym. Tym samym uznawana za najbardziej wiarygodną w każdym przypadku analiza jakościowa pozycji rynkowej przedsiębiorcy (przedsiębiorców) zyskuje tu jeszcze mocniej na znaczeniu.

¹⁹ R. Wasilewski, *op. cit.*, s. 101; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 92.

²⁰ A. Wróbel, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 427; R. Wasilewski, *op. cit.*, s. 101.

²¹ R. Wasilewski, *op. cit.*, s. 102; R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz-Szczecin 2007, s. 141.

²² Decyzja Prezesa UOKiK z 12 marca 2008 roku, nr RWR 11/2008.

Uwagi końcowe

Ilościowe domniemanie pozycji dominującej budzi kontrowersje i bywa kontestowane jako konstrukcja nieodpowiadająca bardziej ekonomicznemu podejściu w ocenie siły rynkowej przedsiębiorcy. Niewątpliwie włączenie do u.o.k.k. tego domniemanie oraz jego konstrukcja świadczą o tym, że troską polskiego ustawodawcy było raczej minimalizowanie kosztów tak zwanych błędów typu II (*false negatives*), to jest niestwierdzenia naruszenia prawa w przypadku, gdy dane zachowanie szkodzi konkurencji, aniżeli kosztów tak zwanych błędów typu I (*false positives*), to jest delegalizacji zachowania prokonkurencyjnego. Jakkolwiek w doktrynie prawa konkurencji więcej obaw budzą błędy typu I, ponieważ sama gospodarka lepiej sobie radzi z korygowaniem monopolu niż błędów sądowych²³, w wielu jurysdykcjach funkcjonują rozwiązania prawne nieodbiegające istotnie od domniemanie z u.o.k.k. Dzieje się tak dlatego, że priorytety w kwestii unikania przeciwstawnych zagrożeń nadmiernego odstraszenia (*over-deterrence*) oraz niedostatecznego odstraszenia (*under-deterrence*) w polityce ochrony konkurencji zależą od wielu czynników, także determinowanych specyficznymi uwarunkowaniami danej jurysdykcji, a zastosowanie konstrukcji domniemanie pozycji dominującej pozwala na zdefiniowanie preferowanej równowagi w przeciwdziałaniu obu typom zagrożeń²⁴. Stosowanie tego domniemanie jest też przejawem koniecznego kompromisu między — z jednej strony — pewnością, „stosowalnością” i efektywnością prawa a — z drugiej — jego precyzją i absolutnym dążeniem do ustalenia „prawdy obiektywnej”²⁵. Nawet jeśli domniemanie pozycji dominującej oparte na kryterium udziału w rynku znajduje swoją *ratio legis*, to może też implikować poważne problemy. W praktyce wiele zależy od sposobu, w jaki domniemanie to jest wykorzystywane, dlatego należy zalecać dużą ostrożność w posługiwaniu się nim. Podobnie jak inne domniemanie w prawie konkurencji nie powinno być ono mechanicznym substytutem rozumowania, poddyktowanym jedynie proceduralną wygodą (sposobem na unikanie faktów przez stroniących od wysiłku), natomiast powinno podlegać weryfikacji, ponieważ doświadczenie i wiedza ekonomiczna mogą ujawnić mankamenty dotychczasowych założeń i dawać podstawę do modyfikacji lub zniesienia tych założeń²⁶.

²³ F. Easterbook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63, 1984, nr 1, s. 1 n.

²⁴ T.K. Cheng, *Competition Law in Developing Countries*, Oxford 2020, s. 363 n.

²⁵ OECD, *Safe Harbours*, s. 10; L. Morawski, *Domniemanie a dowody prawnicze*, Toruń 1981, s. 77 n.

²⁶ D. Bailey, *Presumptions in EU Competition Law*, „European Competition Law Review” 31, 2010, nr 9, s. 27.

Bibliografia

- Bailey D., *Presumptions in EU Competition Law*, „European Competition Law Review” 31, 2010, nr 9.
- Banasiński C., *Powstanie, podstawy prawne, zakres i cele prawa antymonopolowego*, [w:] *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018.
- Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
- Chelmoński A., *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
- Cheng T.K., *Competition Law in Developing Countries*, Oxford 2020.
- Easterbrook F., *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63, 1984, nr 1.
- Funkcje współczesnej administracji gospodarczej: księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Gizbert-Studnicki T., *Znaczenie terminu „domniemanie prawne” w języku prawnym i prawniczym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 1.
- Kalintiri A., *Analytical Shortcuts in EU Competition Enforcement: Proxies, Premises, and Presumptions*, „Journal of Competition Law & Economics” 16, 2020, nr 3.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Współczesny interwencjonizm*, Warszawa 2018.
- Molski R., *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz-Szczecin 2007.
- Morawski L., *Domniemania a dowody prawnicze*, Toruń 1981.
- Ritter C., *Presumptions in EU Competition Law*, „Journal of Antitrust Enforcement” 6, 2018, nr 2.
- Skoczny T., Szwedziak-Bork I., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010.
- Wasilewski R., *Postępowanie dowodowe przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2020.
- Wróbel A., [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, Warszawa 2020.
- Wróblewski J., *Domniemania w prawie: problematyka teoretyczna*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 10, 1973.

Presumptions in Competition Law — a Manifestation of Pragmatism or an Analytical Shortcut in the Protection of Competition by the State?

Summary

The subject of this work are presumptions in competition law. The study presents briefly their basic functions and classification, as well as shows peculiarities of the presumptions in question using the example of Polish competition law.

Keywords: presumptions, competition law.

RAFAŁ STANKIEWICZ

ORCID: 0000-0002-3227-7771

Uniwersytet Warszawski

r.stankiewicz@wpia.uw.edu.pl

Kilka uwag o koncepcji modelu rozstrzygnięcia spraw z zakresu ochrony konkurencji oraz regulacji sektorowej

Abstrakt: W polskim prawie antymonopolowym istnieją różne mechanizmy rozstrzygnięcia spraw. Na pierwszym etapie sprawy są załatwiane w postępowaniu administracyjnym, prowadzonym przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Na drugim postępowanie toczy się przed sądem powszechnym (Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów). W polskiej literaturze jest to nazywane procedurą hybrydową. Formułując wnioski *de lege lata*, należy uznać, że ewentualna zmiana tego modelu oraz przyjęcie „pełnego modelu administracyjnego”, opartego jednocześnie na założonym systemie sądowej kontroli wykonywania administracji dokonywanej przez sądy administracyjne, wydaje się zasadne.

Słowa kluczowe: ochrona konkurencji, regulacja sektorowa, Prezes UOKiK, model ochrony konkurencji, postępowanie antymonopolowe.

Zagadnienia wstępne

Punktem wyjścia podjętych w niniejszym opracowaniu rozważań stała się trwająca od pewnego czasu dyskusja na temat możliwej reformy systemu weryfikacji rozstrzygnięć wydawanych przez organ antymonopolowy — Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) — oraz organy będące tak zwanymi regulatorami rynku¹.

¹ To jest: Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes URE), Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) oraz Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (dalej: Prezes UTK).

Obecnie system ten opiera się na współistnieniu dwóch odrębnych trybów rozstrzygania spraw antymonopolowych oraz spraw z zakresu regulacji sektorowej (spraw z zakresu energetyki, telekomunikacji i poczty oraz transportu kolejowego). Najpierw sprawa jest rozstrzygana w drodze decyzji administracyjnej przez właściwy organ administracji publicznej (mający status centralnego organu administracji rządowej), na założonym zaś ewentualnym etapie jej weryfikacji strona postępowania uzyskuje uprawnienie do skierowania środka odwoławczego od rozstrzygnięcia tego organu na drogę sądownictwa powszechnego.

Do rozpoznania i rozstrzygnięcia tych spraw przewidziana została więc swoista dwuetapowa procedura. Na pierwszym etapie sprawy są załatwiane w szczególnych postępowaniach administracyjnych, prowadzonych przed prezesami właściwych urzędów, to jest przed Prezesem UOKiK, Prezesem URE, Prezesem UKE oraz Prezesem UTK. Wówczas sprawy załatwiane są przez wydanie odpowiedniej decyzji administracyjnej; w toku administracyjnej fazy procedury wydawane są ponadto postanowienia. Na drugim etapie, po wyczerpaniu drogi postępowania administracyjnego przed prezesem właściwego urzędu, postępowanie toczy się przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK). W obecnym stanie prawnym drugi etap procedury obejmuje dwuinstancyjne postępowanie sądowe, po którego zakończeniu dopuszczalna jest jeszcze skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

Mówiąc o tak złożonym mechanizmie przyjętym przez ustawodawcę, autor niniejszego opracowania nazywa go „modelem ochrony konkurencji”. Pojęcie to powinno zostać zdefiniowane jako kreowany przez normy o charakterze proceduralnym system rozstrzygania przez organy władzy publicznej o sytuacji prawnej określonych podmiotów w sprawach antymonopolowych oraz sprawach regulacji sektorowej, które sankcjonują ich pewne zachowania lub też zakazują podejmowania konkretnych działań albo też — w niewielkim zakresie — rozstrzygają spory pomiędzy tymi podmiotami.

1. Pojęcie „modelowanie” w prawie

Skoro podstawowym celem niniejszego opracowania staje się odniesienie do całości układu proceduralnego, pozwalającego na rozstrzygnięcie konfliktów w obszarze prawa antymonopolowego oraz regulacji sektorowej (również w aspekcie jego ewentualnych zmian *de lege ferenda*), konieczne jest w tym przypadku stworzenie pewnego „modelu rozstrzygania spraw” w omawianych obszarach regulacji. Wskazując więc na konieczność analizy tak zwanego rozstrzygania spraw w obszarze rozwiązywania konfliktów prawnych w obszarze spraw z zakresu prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej jako podstawowego zagadnienia badawczego artykułu, ujmuje się je tutaj w ramy swoistego „modelu” grupującego

określone zbiory norm². Tym badaniem zjawiskiem jest „rozstrzygnięcie spraw” z zakresu prawa antymonopolowego oraz regulacji sektorowej.

W teorii prawa to swoiste „modelowanie” definiuje się jako „myślowy obraz określonego przedmiotu, skonstruowany w drodze abstrakcji dla konkretnych celów badawczych [...]. Obraz ten ma stanowić narzędzie do zdobywania nowej wiedzy o przedmiocie modelowanym”³. Modelowanie polega na „odtworzeniu struktury i funkcjonowania określonych systemów prawa⁴ za pomocą uproszczonego naukowego opisu i ewentualnie eksperymentalnego symulowanego weryfikowania zasadności tego opisu”⁵. Przy tym typ modelowania przyjęty w niniejszej publikacji ma charakter optymalizacyjny, to jest przedstawiający ujęcie uznane przez badacza za optymalne z punktu widzenia osiągnięcia wyznaczonego sobie celu⁶.

Mając to na uwadze, autor artykułu zakłada konieczność analizy całości przepisów prawa publicznego (przepisów proceduralnych zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz kodeksie postępowania administracyjnego) oraz prawa prywatnego (kodeksu postępowania cywilnego). Wyłącznie takie ujęcie niniejszej problematyki pozwoli bowiem w ramach podjętego procesu modelowania utworzyć rzeczywisty obraz badanego zjawiska.

2. Koncepcja modelu procedury hybrydowej

2.1. Ogólna struktura modelu

Należy wskazać, że obecnie system rozwiązywania konfliktów w obszarze prawa ochrony konkurencji oraz prawa regulacji sektorowej opiera się na współistnieniu dwóch odrębnych trybów rozstrzygnięcia spraw antymonopolowych oraz spraw z zakresu regulacji sektorowej (z obrębu energetyki, telekomunikacji i poczty oraz transportu kolejowego).

Na pierwszym etapie sprawa jest rozstrzygnięta w drodze decyzji administracyjnej przez właściwy organ administracji publicznej (mający status centralnego

² T. Langer, *O pewnych aspektach stosowania modeli w prawoznawstwie*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prace Instytutu Administracji i Zarządzania” 1982, nr 5–6, s. 29.

³ T. Langer, *O modelach i modelowaniu w naukach prawnych*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 9, s. 40–41.

⁴ Rozumianych tutaj jako teoretyczne opracowanie ogółu problemów związanych z określonym działem prawa na potrzeby opisu konkretnego zjawiska.

⁵ R. Tokarczyk, *Uwagi ogólne o niektórych modelach systemów prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 11, s. 29.

⁶ A. Malinowski, L. Nowak, *Problemy modelowania w teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 2, s. 92–93.

organu administracji rządowej), na założonym zaś ewentualnym etapie jej weryfikacji strona postępowania uzyskuje uprawnienie do skierowania środka odwoławczego od tego rozstrzygnięcia na drogę sądownictwa powszechnego. Do rozpoznania i rozstrzygnięcia tych spraw przewidziana została więc „swoista” dwuetapowa procedura. Najpierw sprawy są załatwiane w szczególnych postępowaniach administracyjnych prowadzonych przed prezesami właściwych urzędów, to jest przed Prezesem UOKiK, Prezesem URE, Prezesem UKE oraz Prezesem UTK. Sprawy na tym etapie załatwiane są przez wydanie odpowiedniej decyzji administracyjnej. Na drugim etapie, po wyczerpaniu drogi postępowania administracyjnego przed prezesem właściwego urzędu, postępowanie toczy się przed SOKiK. W obecnym stanie prawnym drugi etap procedury obejmuje dwuinstancyjne postępowanie sądowe, po którego zakończeniu dopuszczalna jest jeszcze skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Weryfikacja decyzji i postanowień Prezesa UOKiK oraz organów regulacyjnych nie odbywa się aktualnie w trybie administracyjnym, lecz podlega właściwości orzeczniczej organu sądowego, jakim jest Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zaprezentowany model został kilkanaście lat temu określony w jednym z artykułów na łamach „Państwa i Prawa” przez Zbigniewa Kmiecika mianem tak zwanej procedury hybrydowej⁷. Termin ten pierwotnie wywodzi się z istniejącej w amerykańskim systemie prawnym koncepcji tak zwanych procedur hybrydowych (ang. *hybrid procedures*)⁸. Terminologię „procedury hybrydowej” czy też „modelu hybrydowego” przyjmuje się dosyć powszechnie na określenie procedur opartych na mieszanym, administracyjno-sądowym, systemie rozstrzygania, choć określenia te nie rozwiązują wielu rozbieżności co do charakteru tegoż postępowania. Należy bowiem zauważyć praktyczne problemy z „prawnym zakwalifikowaniem” tak złożonych procedur stosowanych przez organ ochrony konkurencji oraz regulatory rynku, a poprzedzających wykorzystanie sądowego mechanizmu weryfikacyjnego. Wskazuje się nawet na pewne elementy pozwalające określać je jako tak zwane procedury pogranicza (łącznie elementy prawa publicznego oraz prawa prywatnego). Nie neguje to jednak faktu, że należą one do kategorii postępowań administracyjnych szczególnych⁹.

⁷ Por. Z. Kmiecik, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 4, s. 46–47.

⁸ Z. Kmiecik nazywa ją również tak zwaną procedurą złożoną (*ibidem*, s. 46); por. *ibidem*, s. 42 (na temat pochodzenia tej koncepcji zob. literatura amerykańska wyszczególniona w pierwszym przypisie wskazanego artykułu). Podkreślić należy, że autor ten podważa koncepcję modelu administracyjnego postępowania szczególnego w omawianym tutaj przypadku (*ibidem*, s. 46–47). Termin „hybrydowy” wywodzi się z łacińskiego *hybrisi*, oznaczającego mieszańca (zob. W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1970, s. 315).

⁹ Por. J. Drachal, [w:] *Prawo administracyjne. Część procesowa*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2002, s. 98; por. także R. Stankiewicz, *O istocie postępowania antymonopolowego*, „Studia Iuridica” 49, 2008, s. 184.

2.2. Znaczenie trybu administracyjnoprawnego w procedurze hybrydowej

Mimo występowania w tak zwanym modelu hybrydowym rozstrzygnięcia spraw z zakresu ochrony konkurencji i regulacji sektorowej zarówno trybu administracyjnego, jak i cywilnego, nie ma wątpliwości, że na plan pierwszy wysuwa się (czyli ma podstawowe znaczenie) tryb administracyjnoprawny.

Po pierwsze, większość czynności, które określono w literaturze przedmiotu w stosunku do spraw antymonopolowych jako „pełny cykl ochrony konkurencji”¹⁰ — to jest zainicjowanie postępowania, czynności fazy postępowania wyjaśniającego (dowodowego), orzekanie (poprzez wydawanie rozstrzygnięć administracyjnych) oraz stosowanie sankcji w systemie ochrony konkurencji — leżą w obszarze kompetencji organu administracji publicznej. Po drugie, ewentualny etap weryfikacji rozstrzygnięcia może nie nastąpić (nie jest obligatoryjny). I w końcu po trzecie, doświadczenie pokazuje, że w toku postępowania sądowego rzadko dochodzi do istotnej (merytorycznej) zmiany treści rozstrzygnięcia organu antymonopolowego lub organu regulacji sektorowej. Zasadniczo zmiany dotyczą modyfikacji rozstrzygnięcia co do wysokości nałożonej administracyjnej kary pieniężnej.

Trudno administratywiście podejść w inny sposób do zagadnienia, jak przestrzegać prymat i nadrzędność pierwszej (administracyjnej) części modelu rozstrzygnięcia spraw w postępowaniach hybrydowych. W literaturze przedmiotu pojawia się stanowisko, że

z punktu widzenia konstrukcji procesowych przyjęć należy założyć, że połączenie postępowania administracyjnego i sądowego postępowania cywilnego w ramach rozpoznawania spraw z zakresu ochrony konkurencji, regulacji energetyki, regulacji telekomunikacji i poczty oraz regulacji transportu kolejowego nastąpiło w ten sposób, iż przeprowadzenie postępowania administracyjnego stanowi warunek (przesłankę) dopuszczalności przeprowadzenia postępowania cywilnego w tych sprawach¹¹.

Z takim stanowiskiem oczywiście wypada się zgodzić. Natomiast nadal nie rozwiązuje ono licznych wątpliwości związanych ze wzajemną relacją obu procedur. Połączenie w ramach rozpoznawania i rozstrzygnięcia tej samej sprawy postępowań administracyjnego i cywilnego rodzi problem oceny skutków takiego zabiegu, przede wszystkim określenia relacji między obydwoma postępowaniami oraz funkcji postępowania cywilnego w stosunku do poprzedzającego go postępo-

¹⁰ Por. W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa. Wpływ państwa na procesy koncentracji i dekoncentracji w gospodarce. Aspekty instytucjonalne*, Warszawa 1993, s. 156.

¹¹ K. Gajda-Rozczynialska, [w:] A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 31.

wania administracyjnego. Zagadnienie budzi wątpliwości nawet u części przedstawicieli doktryny postępowania cywilnego¹².

Jak się wydaje, postępowanie przed SOKiK uruchamiane na skutek wniesienia odwołania od tego postępowania należy uznawać za szczególną odmianę postępowania cywilnego. Postępowanie to zmierza bowiem do załatwienia sprawy cywilnej w rozumieniu przepisu art. 1 kodeksu postępowania cywilnego (sprawy cywilnej w sensie formalnym). Mimo wszelkich wątpliwości musimy zauważyć, że tryb administracyjny odgrywa najistotniejszą rolę w toku badania sprawy anty-monopolowej czy też sprawy z zakresu regulacji sektorowej.

Trudno jednoznacznie przesądzić, któremu z istniejących na świecie modeli ochrony konkurencji można przyporządkować rozwiązanie obowiązujące obecnie w polskim porządku prawnym. Nie jest on bowiem czystym modelem administracyjnym ani też sądowym. Jak się zdaje, funkcjonalność tego modelu oraz przypisanie kompetencji do rozstrzygania o sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji sektorowej organom administracji rządowej skłania do przyjęcia tezy, że jest to mimo wszystko administracyjny model organizacyjny. Taka konstrukcja zasadniczo pokrywa się z rozwiązaniami obowiązującymi w większości państw europejskich.

Każde działanie ustawodawcy zmierzające do jednoznacznego „normatywnego przesądzenia” o umiejscowieniu danej sprawy w sądowym mechanizmie rozstrzygania sporów powstałych na gruncie stosowania określonych przepisów powinno być jednakże oparte na racjonalnych przesłankach. Zarówno mechanizmy przewidywane treścią ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i mechanizmy zawarte w ustawach regulacyjnych dążą przede wszystkim do zapewnienia konkurencyjności w gospodarce. Niezależnie od przyjętego ustroju polityczno-gospodarczego leżącego u podstaw funkcjonowania państwa powinno ono odgrywać rolę gwaranta równowagi w gospodarce. W państwach reprezentujących model oparty na założeniach funkcjonowania gospodarki rynkowej podjęcie się tego zadania związane jest w dużej mierze z kreacją mechanizmów ingerencji w procesy gospodarcze właśnie za pomocą instrumentów chroniących konkurencyjność realizowaną w trosce o interes szerokiego kręgu uczestników rynku — interes publiczny.

Występowanie dwóch różnych trybów rozpatrywania omawianych spraw (zamykających się w jednym modelu) wywołuje jednak poważne wątpliwości. Są one związane głównie z rzeczywistym charakterem i stosunkiem obu tak odmiennych w swej istocie i konstrukcji współistniejących trybów proceduralnych. Swoista koegzystencja dwóch reżimów prawnych w zakresie rozstrzygania spraw ochrony konkurencji oraz spraw z zakresu regulacji sektorowej powoduje, iż nie można jednoznacznie wskazać, czy sprawy te należą w pełni do kompetencji ad-

¹² K. Piasecki, *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, „Palestra” 1985, nr 7, s. 11 n.

ministracji rządowej. Sprawy ochrony konkurencji oraz sprawy z zakresu regulacji sektorowej pozostają jednakże immanentnie związane z funkcjonowaniem administracji publicznej jako takiej, wraz ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami — również w zakresie funkcjonowania modelu proceduralnego służącego ich rozstrzygnięciu.

Brak wątpliwości, że skuteczne wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia organu ochrony konkurencji lub organu regulacyjnego do sądu powszechnego prowadzi do zmiany charakteru rozpatrywanej sprawy (niejako jej „przekształcenia”) ze sprawy administracyjnej w cywilną. Takie podejście wydaje się jednak zbyt dużym uproszczeniem. Zarówno sprawy ochrony konkurencji, jak i sprawy z zakresu regulacji sektorowej są rozstrzygane w celu ochrony interesu publicznego. Trudno kwestionować, iż rozstrzygnięcie konkretnych spraw ochrony konkurencji oraz regulacyjnych przez właściwe organy administracji ma znaczenie podstawowe, przyjęcie zaś takiej, a nie innej drogi weryfikacji tegoż rozstrzygnięcia nie może negować uznawania przeważającego znaczenia trybu administracyjnego w trakcie ich rozstrzygnięcia. Właściwe organy administracji sankcjonują określone zachowania podmiotów sfery zewnętrznej lub zakazują podejmowania przez nie określonych działań albo też — w niewielkim zakresie — rozstrzygają spory pomiędzy tymi podmiotami.

Udział administracji publicznej w podejmowaniu władczych rozstrzygnięć w sprawach antymonopolowych czy też związanych z regulacją sektorową stwarza możliwość skuteczniejszej realizacji interesu publicznego, związanego we wszystkich wskazanych przypadkach z rozwojem oraz ochroną konkurencji na rynku. Dotyczy to również stosowania mechanizmów regulacji sektorowej, która sama w sobie zakłada dążenie do rozwoju mechanizmów konkurencyjnych na danym rynku. Wypracowana przez właściwe organy administracji polityka publiczna, kształtująca sposób oddziaływania administracji na określone sektory gospodarki, czy to poprzez kreowaną politykę konkurencji, czy choćby politykę energetyczną, nie jest i nie może być traktowana jako odizolowana od polityki gospodarczej rządu.

Formułując w tym miejscu wnioski *de lege lata*, należy uznać, że ewentualna zmiana tegoż modelu oraz przyjęcie „pełnego modelu administracyjnego”, opartego jednocześnie na założonym systemie sądowej kontroli wykonywania administracji dokonywanej przez sądy administracyjne, wydaje się zasadne, co więcej — byłoby spójne z przyjętą odpowiedzialnością określonych podmiotów tego aparatu administracyjnego za poszczególne segmenty polityki rządu.

Bibliografia

- Drachal J., [w:] *Prawo administracyjne. Część procesowa*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2002.
- Gajda-Rozczynialska K., [w:] A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kmiecik Z., *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 4.
- Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1970.
- Langer T., *O modelach i modelowaniu w naukach prawnych*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 9.
- Langer T., *O pewnych aspektach stosowania modeli w prawoznawstwie*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prace Instytutu Administracji i Zarządzania” 1982, nr 5–6.
- Malinowski A., Nowak L., *Problemy modelowania w teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 2.
- Piasecki K., *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, „Palestra” 1985, nr 7.
- Stankiewicz R., *O istocie postępowania antymonopolowego*, „Studia Iuridica” 49, 2008.
- Szpringer W., *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa. Wpływ państwa na procesy koncentracji i dekoncentracji w gospodarce. Aspekty instytucjonalne*, Warszawa 1993.
- Tokarczyk R., *Uwagi ogólne o niektórych modelach systemów prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 11.

Some Remarks about the Concept of a Model for Resolving Competition Protection Cases and Sector Regulation

Summary

There are various mechanisms for resolving cases in Polish antitrust law. In the first instance, the case is adjudicated in administrative mode by the executive administration body (the President of the Office of Competition and Consumer Protection), and in the second instance, the case is resolved by a common court. In Polish literature it is called a hybrid model. When formulating *de lege lata* conclusions, it should be noted that the possible change of this model and the adoption of a “full administrative model,” based at the same time on the assumed system of judicial control of administration performed by administrative courts, seems justified.

Keywords: competition protection, sector regulation, President of the Office of Competition and Consumer Protection, competition protection model, antitrust proceedings.

ARTUR ŻURAWIK

ORCID: 0000-0002-6349-6344

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

artur.zurawik@uj.edu.pl

Generalne klauzule odsyłające w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Wybrane zagadnienia na tle regulacji unijnych

Abstrakt: Ochrona konsumentów w prawie krajowym i unijnym odgrywa bardzo doniosłą rolę. Regulacje dotyczące tej tematyki rozproszone są jednak w różnych aktach prawnych. Do tego ustawodawstwa poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej chronią konsumentów w różny sposób, daleko im do jednolitości. Ochrona ta wiąże się między innymi z wprowadzeniem do poszczególnych systemów prawnych państw członkowskich rozmaitych klauzul generalnych, za pomocą których zabezpiecza się interesy strony słabszej — konsumenta — przed określonymi zachowaniami profesjonalistów, niewątpliwie zajmujących pozycję uprzywilejowaną. Model polski zdecydowanie preferuje klauzulę dobrych obyczajów. Prawodawca unijny w założeniu chciał uprościć tę ochronę poprzez stosowanie klauzul bardziej zrozumiałych, jednak ustawodawca polski w procesie implementacji dyrektyw mocno skomplikował obowiązujące w tym zakresie regulacje. Niestety nie służy to prawidłowej ochronie konsumentów.

Słowa kluczowe: konsument, przedsiębiorca, ochrona konsumentów, generalne klauzule odsyłające, klauzule generalne, dobra wiara, dobre obyczaje, nieuczciwe praktyki rynkowe, nieuczciwe praktyki handlowe.

Wprowadzenie

Ochrona konsumentów w prawie krajowym i unijnym odgrywa bardzo doniosłą rolę. Regulacje dotyczące tej tematyki rozproszone są jednak w różnych

aktach prawnych, co dotyczy zarówno Unii Europejskiej, jak i samej Polski. Do tego ustawodawstwa poszczególnych państw członkowskich chroniły i chronią konsumentów w różny sposób, daleko im w tej kwestii do jednolitości¹. Ochrona ta wiąże się między innymi z wprowadzeniem do poszczególnych systemów prawnych państw członkowskich różnych klauzul generalnych, za pomocą których zabezpiecza się interesy strony słabszej — konsumenta — przed określonymi zachowaniami profesjonalistów, niewątpliwie zajmujących pozycję uprzywilejowaną. Model polski preferuje klauzulę generalną dobrych obyczajów, którą wprowadzono nie tylko do prokonsumenckich przepisów kodeksu cywilnego², ale też do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³. Ta ostatnia zawiera również przepisy mające na celu ochronę (przynajmniej pośrednią) tej grupy społecznej⁴. W końcu także ustawa z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców⁵ wiąże określone skutki prawne z naruszeniem przez przedsiębiorców dobrych obyczajów⁶.

Dużą rolę w zakresie ochrony konsumentów odgrywa dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 roku dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym⁷. Jest to tak zwana dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlo-

¹ Monika Namysłowska pisze: „W każdym razie zwalczanie nieuczciwej konkurencji aż w 13 z 15 państw członkowskich UE rozpoczynających pracę nad dyrektywą 2005/29/WE oparte było na klauzuli generalnej, posługującej się terminami takimi jak np. »dobre obyczaje«, »bezprawność«, »zawodowa poprawność«. Koncepcje zwalczania nieuczciwej konkurencji znacznie się jednak różniły, należąc do prawa prywatnego lub publicznego bądź łącząc ich elementy” — *eadem*, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, część B. *Nieuczciwość praktyki handlowej*, Warszawa 2014, LEX-el. Por. J. Stuyck, E. Terry, T. Van Dyck, *La proposition de directive CE relative aux pratiques commerciales déloyales: quel marché unique pour le consommateur?*, „Revue européenne de droit de la consommation” 2003, nr 4, s. 239–294.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm. Zob. też A. Żurawik, *Zasada przestrzegania reguł uczciwej konkurencji i dobrych obyczajów w działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 518–542.

⁴ Katarzyna Grzybczyk stwierdza: „U podstaw wszelkich regulacji dotyczących nieuczciwej konkurencji leżały początkowo interesy przedsiębiorców rywalizujących o miejsce na rynku. [...] Z czasem jednak zaczęto dostrzegać interesy innych uczestników rynku, tj. konsumentów, a także interes ogółu społeczeństwa, co spowodowało ewolucję w ustawodawstwach z zakresu nieuczciwej konkurencji, wykładni przepisów i linii orzeczniczej” — *eadem*, *Ochrona konsumenta przed nieuczciwą reklamą*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska, P. Cybula, Kraków 2005, s. 214.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

⁶ Zob. art. 9 i 10 ustawy Prawo przedsiębiorców.

⁷ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 roku dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE,

wych. To właśnie tym aktem prawnym chciałbym zająć się szerzej, zwłaszcza w kontekście wykładni przepisów krajowych zawartych w implementującej tę dyrektywę ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁸.

Tytułem wprowadzenia zaznaczę, że klauzulę generalną (generalną klauzulę odsyłającą) pojmuję podobnie jak Leszek Leszczyński. Autor ten swoją koncepcję klauzuli wywodzi z pojęcia odesłania, którym jest

będące wyraźną konstrukcją prawodawczą (elementem przepisu prawnego) i sformułowane w języku prawnym upoważnienie dla organu stosującego prawo do wyznaczenia zachowania adresata decyzji lub ustalenia podstaw kwalifikacji zachowań adresata normy, na podstawie kryteriów (norm, ocen) wyrażonych (nazwanych) w tekście prawnym, ale nie inkorporowanych (z różnych powodów) do systemu przepisów prawnych⁹.

Generalna klauzula odsyłająca według tego autora odpowiada wszystkim elementom odesłania, z tym że kryteria i oceny pozaprawne, do których prawodawca poprzez klauzule się odwołuje, mają charakter ukierunkowany i „systemowy”¹⁰.

1. Dyrektywa nr 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych — zagadnienia ogólne

Niezmiernie istotną rolę w unijnym prawie konsumenckim odgrywa przywołana już dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych. W jej preambule czytamy między innymi:

Przepisy prawne państw członkowskich w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych wykazują istotne różnice, które mogą powodować znaczne zakłócenia konkurencji oraz tworzyć przeszkody dla sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. [...] Bariery te zwiększają koszty ponoszone przez przedsiębiorstwa w związku z korzystaniem przez nie ze swobód na rynku wewnętrznym, w szczególności w przypadku prowadzenia przez przedsiębiorstwa działalności transgranicznej w dziedzinie marketingu, kampanii reklamowych i promocji sprzedaży. Bariery te pozbawiają również konsumentów pewności co do ich praw i sprawiają, że tracą oni zaufanie do rynku wewnętrznego¹¹.

Harmonizacja musi mieć zatem charakter całkowity, gdyż tylko w ten sposób będzie można zapewnić wysoki poziom ochrony konsumenckiej. Osiągnięcie

98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. UE L z 2005 r. Nr 149, s. 22 z późn. zm.); dalej: dyrektywa nr 2005/29/WE.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.

⁹ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2000, s. 17.

¹⁰ *Ibidem*, s. 23. Klauzule mogą odsyłać na przykład do kryteriów moralnych, politycznych czy ekonomicznych; zob. też L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 21 n.

¹¹ Motywy 3 i 4 preambuły dyrektywy nr 2005/29/WE.

takiego poziomu ochrony jest celem dyrektywy nr 2005/29/WE¹², o czym mowa w jej art. 1.

Istotne znaczenie mają przy tym zawarte w art. 2 analizowanej dyrektywy definicje. Z kolei art. 3 omawia zakres zastosowania dyrektywy. W ust. 1 tego przepisu stwierdzono, że dyrektywę stosuje się do nieuczciwych praktyk handlowych w rozumieniu art. 5, stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu. Przedsiębiorca zobowiązany jest zatem do stosowania uczciwych praktyk również po zawarciu umowy; sprzeczne z dyrektywą będzie takie zachowanie przedsiębiorcy, który zapewniał na przykład o istnieniu serwisu dla klientów, podczas gdy nie jest on prowadzony¹³.

2. Nieuczciwe praktyki handlowe

Z punktu widzenia niniejszego opracowania niezmiernie istotny jest art. 5 wskazanej dyrektywy, który wprowadza definicję nieuczciwej praktyki handlowej, zastępującą w zakresie objętym dyrektywą obowiązującą w polskim systemie prawnym klauzulę generalną dobrych obyczajów. Uzasadnienie takiego posunięcia według preambuły dyrektywy nr 2005/29/WE jest następujące:

Harmonizacja przepisów w istotny sposób zwiększy pewność prawną zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorstw. Zarówno konsumenci, jak i przedsiębiorstwa będą mogli polegać na jednolitych ramach regulacyjnych, opartych na jasno zdefiniowanych pojęciach prawnych, regulujących wszystkie aspekty nieuczciwych praktyk handlowych w całej UE. [...] Aby osiągnąć cele Wspólnoty¹⁴ poprzez usunięcie barier na rynku wewnętrznym, należy zastąpić istniejące w państwach członkowskich rozbieżne klauzule generalne i zasady prawne. Dlatego też jeden wspólny ogólny zakaz ustanowiony przez niniejszą dyrektywę obejmuje nieuczciwe praktyki handlowe, które zniekształcają zachowanie gospodarze konsumentów¹⁵.

Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy nr 2005/29/WE wprowadza ogólny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk handlowych, a w ust. 2 stanowi:

Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

- a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej; i
- b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

¹² Oprócz przyczynienia się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego.

¹³ Por. M. Namysłowska, *Projekt reformy prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji państw członkowskich UE — zagadnienia materialnoprawne*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 3, s. 127–132.

¹⁴ Obecnie Unii.

¹⁵ Motywy 12 i 13 preambuły dyrektywy nr 2005/29/WE.

Dyrektywa określa więc przesłanki nieuczciwości praktyki handlowej.

Po pierwsze, praktyka musi być sprzeczna z wymogami staranności zawodowej, a ta według art. 2 lit. h dyrektywy oznacza „standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności”.

Nieuczciwa praktyka handlowa¹⁶ jest zatem dookreślana między innymi przez wymogi staranności zawodowej¹⁷, a te mają być określane częściowo poprzez odniesienie się do uczciwych praktyk rynkowych¹⁸. Ustalenie więc, czym są uczciwe praktyki rynkowe, będzie miało wpływ na ocenę nieuczciwości praktyk handlowych. Rodzi się tu jednak pytanie o stosunek obu pojęć, to jest nieuczciwych praktyk handlowych i uczciwych praktyk rynkowych. Czy jedno nie jest aby prostym przeciwstawieniem drugiego? Na pozór, intuicyjnie, można by je tak traktować. Wydaje mi się jednak, że skoro „nieuczciwe praktyki handlowe” mają być dookreślane nie tylko przez pojęcie „uczciwych praktyk rynkowych”, ale i przez inne przesłanki, to o prostym przeciwieństwie nie może być mowy. Można też uznać, że praktyki rynkowe to nie tylko praktyki handlowe, a rynek to nie tylko handel, zatem praktyki handlowe to część praktyk rynkowych. Tak czy inaczej wydaje mi się, że posłużenie się obydwoma pojęciami w ten sposób nie jest dobrym rozwiązaniem.

Z kolei klauzula zasad dobrej wiary, która również będzie miała znaczenie przy ocenie nieuczciwości praktyki handlowej, w krajach unijnych jest bardzo popularna i to od wielu lat. Powinna być zatem traktowana tak jak w pozostałych regulacjach, przede wszystkim unijnych, dotyczących ochrony konsumentów.

Po drugie, praktyka handlowa w świetle art. 5 ust. 2 analizowanej dyrektywy jest nieuczciwa, jeżeli w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta. Zgodnie z art. 2 lit. e omawianej dyrektywy „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów” oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Ważną regulację zawiera art. 5 ust. 4 dyrektywy, który stanowi, że za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które: a) wprowadzają błąd w rozumieniu art. 6 i 7; lub b) są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9. Praktyki handlowe, które wprowadzają w błąd lub są agresywne, automatycznie uznawane są zatem za nieuczciwe, z kolei praktyki, które ani nie wprowadzają w błąd, ani

¹⁶ *Unfair commercial practice.*

¹⁷ *Professional diligence.*

¹⁸ W liczbie pojedynczej *honest market practice.*

nie są agresywne, powinny być oceniane na podstawie reguły ogólnej z art. 5 ust. 2 dyrektywy.

Z punktu widzenia omawianego aktu unijnego znaczenie ma także załącznik I, o którym mowa w art. 5 ust. 5 dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem ów załącznik zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę dyrektywy.

Monika Namysłowska zauważa, że niespodziewanie dla przedstawicieli doktryny, podmiotów stosujących prawo i prawodawcy unijnego „czarna lista” nieuczciwych praktyk handlowych stała się najważniejszym elementem dyrektywy nr 2005/29/WE. Lista ta jest więc zasadnie nazywana centralnym punktem europejskiego prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji¹⁹, jako że ma znaczenie także dla wykładni przepisów unijnych oraz krajowych.

3. Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym w ustawodawstwie polskim a dobre obyczaje i dobra wiara

Zgodnie z treścią art. 76 Konstytucji RP władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa. Szczególne znaczenie ma tu ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym²⁰ (dalej: u.p.n.p.r.), która implementuje dyrektywę nr 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych²¹.

Konieczność harmonizacji przepisów państw członkowskich UE w zakresie regulowanym dyrektywą nie budzi wątpliwości. Zgodzić się również trzeba z twierdzeniem, że harmonizacja o charakterze minimalnym nie zapewniłaby efektywnej ochrony konsumentów. Dzięki wprowadzeniu w życie założeń dyrektywy są oni bardziej świadomi swych wyborów, co też w założeniu miało służyć wzrostowi handlu transgranicznego.

Niewątpliwie pojęcie nieuczciwych praktyk handlowych (według polskiej ustawy „rynkowych”²²) dla przeciętnego uczestnika obrotu gospodarczego jest

¹⁹ *Wstęp*, [w:] M. Namysłowska, *op. cit.*, pkt I.

²⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.

²¹ Szerzej zob. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008.

²² Zapewne w nawiązaniu do treści art. 76 Konstytucji RP.

nawet intuicyjnie dużo bardziej czytelne niż klauzula dobrych obyczajów, która doczekała się wielu rozbieżnych wypowiedzi na temat tego, w jaki sposób należy ją pojmować. Problemem była tu nawet odpowiedź na podstawowe pytanie, czym są obyczaje, nie mówiąc o zagadnieniach bardziej szczegółowych. Pod tym względem pojęcie nieuczciwych praktyk handlowych (rynkowych) jest więc bardziej jasne w potocznym rozumieniu i takie też miało być zgodnie z założeniami dyrektywy. Jest ono skierowane przede wszystkim do uczestników obrotu gospodarczego i to oni powinni wiedzieć, jak należy się zachować w konkretnej sytuacji, by nie uchybić prawu.

W przypadku dyrektywy nr 2005/29/WE mamy więc do czynienia z wyraźnym dopasowaniem kryterium ocennego do konkretnej regulacji i konkretnych stosunków gospodarczych, których to uregulowanie dotyczy, przy pozostawieniu jednak „pierzchnia etycznego”. Powiązanie omawianych przepisów z kryteriami moralnymi jest jak najbardziej pozytywne, chodzi bowiem o ochronę strony słabszej przed zachowaniami podmiotów wyspecjalizowanych, nastawionych na zysk.

Polski ustawodawca jednak nie do końca — jak się wydaje — zrealizował wskazane założenia, by wprowadzać większą czytelność uregulowań dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych. Artykuł 4 ust. 1 u.p.n.p.r. stwierdza bowiem, że:

Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Nieuczciwa praktyka rynkowa jest zatem definiowana między innymi przez klauzulę dobrych obyczajów, która — jak już wskazywałem — budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych²³.

W uzasadnieniu do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym²⁴ stwierdza się, że w prawie polskim klauzula rzetelności występuje w wielu postaciach, między innymi: dobrych obyczajów, zasad dobrej wiary, należytej staranności czy obyczajów kupieckich. Ze względu na ogólne, a jednocze-

²³ M. Namysłowska w tym kontekście pisze, że termin „dobre obyczaje” został zaczerpnięty z ustawodawstwa niemieckiego. Również interpretacja tego pojęcia podążała za doktryną niemiecką. Kierunki definiowania dobrych obyczajów sprowadzały się do nurtu moralno-etycznego i ekonomiczno-funkcjonalnego. Interpretacja moralno-etyczna dominowała od początku XX wieku do lat sześćdziesiątych. Pojawiały się jednak opinie, że celem prawa konkurencji nie jest ochrona dobrego smaku czy określonych postaw moralnych, wobec czego przesłanka dobrych obyczajów nie może odpowiadać ogólnym zasadom moralnym. Zaczęto więc analizować skutki czynu konkurencji, nie samego czynu. Sprzeczne z dobrymi obyczajami było działanie, które nie wspiera konkurencji, lecz ją narusza lub zakłóca. Takie podejście było przejawem interpretacji ekonomiczno-funkcjonalnej. Zob. *eadem, op. cit.*, część B, sekcja aa. *Sprzeczność z dobrymi obyczajami*. Por. D. du Cane, *Nieuczciwa konkurencja a dobre obyczaje oraz class action po polsku*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 3, s. 53–58.

²⁴ Druk V.1682.

śnie szerokie rozumienie znaczeń definiujących występującą w dyrektywie zasadę *professional diligence* najwłaściwsze wydaje się przełożenie tej zasady na „dobre obyczaje”. Współcześnie w orzecznictwie i doktrynie panuje — jak czytamy w uzasadnieniu — podejście ekonomiczno-funkcjonalne. Podkreśla się, że przez dobre obyczaje rozumie się zachowanie przedsiębiorcy zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Kryteria oceny przedsiębiorców powinny być racjonalne i pozwalać uczestnikom obrotu gospodarczego orientować się, jakie postępowanie jest dozwolone, a jakie zabronione. Istotą podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego jest zatem przywiązywanie wagi nie do przestrzegania dobrych obyczajów „w ogóle”, ale do zachowania przedsiębiorców w sferze działalności gospodarczej. Dobre obyczaje to więc normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej.

Projektodawca omawianej ustawy stwierdza również, że za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać także czyny zabronione zasadami deontologii zawodowej lub tak zwanymi kodeksami etyki zawodowej. Takie normy obowiązują w szczególności osoby wykonujące „wolne zawody”. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności.

Według założeń prawodawczych zastosowanie klauzuli dobrych obyczajów oznaczałoby podporządkowanie praktyk rynkowych polskich przedsiębiorców istniejącej powszechnie oraz wielokrotnie w doktrynie i orzecznictwie omawianej zasadzie, w której kryją się: szczególna umiejętność, staranność zawodowa, uczciwość działania oraz dobra wiara. Zachowanie zasady dobrych obyczajów stanowiłoby uproszczenie dla polskiego ustawodawcy, ponieważ oznaczałoby konsekwentne pozostanie przy obowiązującej dziś terminologii, z tym zastrzeżeniem, że to pojęcie byłoby oceniane w świetle relacji konsument–przedsiębiorca²⁵. Trudno więc mówić o uproszczeniu terminologii, jeśli jedną nieostrą generalną klauzulę odsyłającą definiuje się (dookreśla) przez inne zwroty nieostre. To, co miało być w założeniu prawodawcy unijnego uproszczone, zostało zatem w polskim systemie prawnym jeszcze bardziej skomplikowane.

Należy zauważyć, że w motywach do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stwierdzono, iż ocen w zakresie nieuczciwości praktyk rynkowych i naruszenia dobrych obyczajów należałoby dokonywać także z punktu widzenia „dobrej wiary”. I ta klauzula jest różnie traktowana w piśmien-

²⁵ Zob. też M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 69–90.

nictwie oraz orzecznictwie. Dyskusja na jej temat ma bogatą historię, co nie dziwi z uwagi na to, że funkcjonuje ona w polskim ustawodawstwie od wielu lat²⁶.

Pojęcie dobrej wiary (*bona fides*) pochodzi z prawa rzymskiego, gdzie oznaczała ona zapatrywania człowieka uczciwego²⁷. Obecnie ma dwa zasadnicze znaczenia: po pierwsze ujmowana jest w znaczeniu subiektywnym, a po drugie w znaczeniu obiektywnym. Z uwagi na ograniczenia objętościowe nie ma możliwości, by zagadnienia te rozwinąć w niniejszym opracowaniu. Na ten temat powstała jednak bogata literatura²⁸. Zaznaczę jedynie, że skoro dobre obyczaje — według założeń prawodawczych — obok zasad współzycia społecznego, uczciwości czy rzetelności w obrocie, byłyby tylko jednymi z możliwych kryteriów ocennych pod kątem zgodności/sprzeczności z dobrą wiarą w znaczeniu obiektywnym, to utożsamianie tych pojęć nie jest właściwe²⁹.

Podsumowanie

Ochrona konsumentów w prawie unijnym i krajowym jest dokonywana przy zastosowaniu różnych przepisów i generalnych klauzul odsyłających. Prawodawca unijny w założeniu chciał uprościć tę ochronę poprzez stosowanie klauzul bardziej zrozumiałych, jednak ustawodawca polski w procesie implementacji mocno skomplikował regulacje obowiązujące w tym zakresie.

Uważam też, przyjmując konsekwentnie opisaną wcześniej przeze mnie w różnych publikacjach koncepcję klauzuli dobrych obyczajów³⁰, że ma ona jednak

²⁶ Z kolei w prawie europejskim pojawiła się po raz pierwszy w dyrektywie 86/653/EEC o agentach handlowych (*Directive on Self-Employed Commercial Agents*), Dz.Urz. WE L382 z 31.12.1986 r. poz. 17; za: M. Pilich, *Zasady współzycia społecznego, dobre obyczaje czy dobra wiara? Dylematy nowelizacji klauzul generalnych prawa cywilnego w perspektywie europejskiej*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 4, s. 49. Zob. też *idem*, *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 2006; *idem*, *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 7–8, s. 3–44; K. Przybyłowski, *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, „Studia Cywilistyczne” 14, 1970; J. Gajda, *Pojęcie dobrej wiary w przepisach kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, s. 44 n.; K. Doliwa, A. Doliwa, *Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne: na przykładzie polskiego prawa cywilnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 30, s. 85–94.

²⁷ A. Szpunar, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 62.

²⁸ Por. np. S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1. *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985, s. 275; K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 3 n.; J. Nowacki, *Domniemanie dobrej wiary (art. 7 k.c.)*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5, *passim*; M. Pilich, *Obowiązek negocjowania...*, *passim*.

²⁹ Szerzej zob. A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współzycia społecznego i dobra wiara — ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 4, s. 197–213.

³⁰ Zob. np. A. Żurawik, *Zasada przestrzegania regul...*, s. 493–517; *idem*, *Klauzula generalna „dobrych obyczajów” — ujęcie teoretyczne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”

charakter bardziej uniwersalny³¹ niż klauzula nieuczciwych praktyk handlowych (rynkowych) — może bowiem dotyczyć dużo szerszego kręgu rozmaitych pól aktywności człowieka. Dobre obyczaje, jako specyficzne odzwierciedlenie moralności, wykształcają się wszędzie tam, gdzie jeden człowiek wchodzi w relacje z innym, są zatem wszechstronnym regulatorem stosunków międzyludzkich. Nadają się do zapobiegania nadużyciom zarówno w sferze seksualności (czego efektem są choćby przepisy o radiofonii i telewizji zakazujące poprzez omawianą klauzulę rozpowszechniania treści niemoralnych), jak i w sferze typowo gospodarczej. Zakres pojęcia nieuczciwych praktyk handlowych (rynkowych) jest więc wyraźnie węższy niż zakres zachowań sprzecznych z dobrymi obyczajami, które nie muszą ograniczać się do handlu i działalności rynkowej. Przy tym zachowanie, które stanowi nieuczciwą praktykę handlową (rynkową), zawsze jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, będącymi według mnie emanacją moralności, natomiast zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami nie musi ograniczać się do nieuczciwych praktyk handlowych (rynkowych). Ma zatem szerszy zakres znaczeniowy.

Bibliografia

- Cane D. du, *Nieuczciwa konkurencja a dobre obyczaje oraz class action po polsku*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 3.
- Doliwa K., Doliwa A., *Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne: na przykładzie polskiego prawa cywilnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 30.
- Gajda J., *Pojęcie dobrej wiary w przepisach kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2.
- Grzybczyk K., *Ochrona konsumenta przed nieuczciwą reklamą*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska, P. Cybula, Kraków 2005.
- Kunicki A., *Glosa do orz. SN z 7 maja 1971 r. (I CR 302/71)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 4.
- Leszczyński L., *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001.
- Leszczyński L., *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2000.
- Namysłowska M., *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
- Namysłowska M., *Projekt reformy prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji państw członkowskich UE — zagadnienia materialnoprawne*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 3.
- Nowacki J., *Domniemanie dobrej wiary (art. 7 k.c.)*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5.
- Pilich M., *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 2006.
- Pilich M., *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 7–8.

ny” 2009, nr 1, s. 35–50; *idem*, *Dobre obyczaje a zwyczaje...*, s. 197–213; *idem*, *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013, s. 280–287; *idem*, *Wykładnia w prawie gospodarczym*, Warszawa 2021, s. 100 n.

³¹ Co nie znaczy „czytelny”.

- Pilich M., *Zasady współżycia społecznego, dobre obyczaje czy dobra wiara? Dylematy nowelizacji klauzul generalnych prawa cywilnego w perspektywie europejskiej*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 4.
- Przybyłowski K., *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, „Studia Cywilistyczne” 14, 1970.
- Sieradzka M., *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Stuyck J., Terry E., Van Dyck T., *La proposition de directive CE relative aux pratiques commerciales déloyales: quel marché unique pour le consommateur?*, „Revue européenne de droit de la consommation” 2003, nr 4.
- System prawa cywilnego*, t. 1. *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985.
- Szpunar A., *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947.
- Żurawik A., *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara — ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 4.
- Żurawik A., *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013.
- Żurawik A., *Klauzula generalna „dobrych obyczajów” — ujęcie teoretyczne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 1.
- Żurawik A., *Wykładnia w prawie gospodarczym*, Warszawa 2021.
- Żurawik A., *Zasada przestrzegania reguł uczciwej konkurencji i dobrych obyczajów w działalności gospodarczej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, 2018.

General Reference Clauses in the Act of 23 August 2007 on Counteracting Unfair Market Practices: Selected Issues against the Background of EU Regulations

Summary

Consumer protection plays a very important role in national and EU law. However, regulations concerning this subject are scattered in various legal acts. In addition, the legislation of individual EU member states protects consumers in different ways; it is far from uniform. This protection is related to, *inter alia*, the introduction of various general clauses into the individual legal systems of the member states. These clauses protect the interests of the weaker party — the consumer — against certain behaviours of professionals, who undoubtedly have a privileged position. The Polish model definitely prefers the “good behaviour” clause. The EU legislator intended to simplify this protection by using more understandable clauses, but the Polish legislator, in the process of implementing the directives, greatly complicated the regulations in this area. It does not serve the proper protection of consumers well.

Keywords: consumer, entrepreneur, consumer protection, general reference clauses, general clauses, good faith, good behaviour, unfair market practices, unfair commercial practices.

Z ZAGADNIENÍ
PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

AGNIESZKA CHRISIDU-BUDNIK

ORCID: 0000-0001-7775-241X

Uniwersytet Wrocławski

agnieszka.chrisidu-budnik@uwr.edu.pl

Zaufanie w systemie zamówień publicznych

Abstrakt: Problematyka podjęta w artykule koncentruje się na zagadnieniu roli zaufania w systemie zamówień publicznych. Celem tekstu jest ukazanie koncepcji zaufania w perspektywie dorobku nowej ekonomii instytucjonalnej. W analizie uwzględniono przede wszystkim ekonomiczną teorię kontraktu, koszty transakcyjne i teorię asymetrii informacji.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zaufanie, nowa ekonomia instytucjonalna.

Wstęp

Zjawisko zaufania co najmniej od lat sześćdziesiątych XX wieku jest przedmiotem intensywnych badań naukowych prowadzonych w ramach poszczególnych dyscyplin nauk społecznych. Transdyscyplinarność zaufania jako płaszczyzny badań doprowadziła nie tylko do dyseminacji samego pojęcia, ale także kontekstualności analiz naukowych zaufania, która utrudnia integrację zróżnicowanych podejść i koncepcji zaufania. Dlatego istotne jest wyeksplikowanie kontekstu rozważań nad zaufaniem, które prowadzone są w niniejszym artykule. Kontekst ten stanowi kontrakt — poddana szczególnemu reżimowi prawnemu umowa jest zawierana na rynku zamówień publicznych między zamawiającym a wykonawcą. Kontekst kontraktu wprowadzony został do dyskursu naukowego przez nową ekonomię instytucjonalną (dalej: NEI), będącą złożonym amalgamatem szczegółowych nurtów badawczych¹. Relacja zaufania ma istotne znaczenie

¹ Do kanonu NEI należy przypisać trzy podstawowe nurty, to jest ekonomiczną teorię kontraktu, koszty transakcyjne oraz prawa własności, które bywają określane mianem „złotej trójki nowej ekonomii instytucjonalnej”; zob. C. Menard, M. Shirley, *The Future of New Institutional Economics. From Early Institutions to a New Paradigm?*, „Journal of Institutional Economics”

w tych nurtach nowej ekonomii instytucjonalnej, które określane są jako ekonomiczna teoria kontraktu oraz teoria kosztów transakcyjnych. Elementem wspólnym tych dwóch nurtów jest skoncentrowanie się na problematyce zawierania kontraktów w warunkach asymetrii informacji.

Ekonomiczna teoria kontraktu

Ekonomiczna teoria kontraktu koncentruje się na analizie sposobu konstruowania kontraktów w warunkach asymetrii informacji². Polega ona na posiadaniu nierównych zasobów informacyjnych przez strony kontraktu i *per se* generuje nierównowagę informacyjną, która stawia jedną ze stron umowy w sytuacji uprzywilejowanej wobec drugiej, zmuszonej do polegania na ograniczonych zasobach informacyjnych i tym samym do działania w warunkach niedostatecznej informacji do prawidłowego podejmowania decyzji³. Czynniki wywołujące asymetrię informacji mogą mieć charakter obiektywny (egzogogeniczny) — niezależny od stron transakcji oraz subiektywny (endogogeniczny) — są to świadome działania stron umowy polegające na możliwości podejmowania przez strony zachowań oportunistycznych⁴. Zwłaszcza Olivier E. Williamson podkreślał, że „podmiot kontraktujący” charakteryzuje się nie tylko ograniczoną racjonalnością, ale także skłonnością do podejmowania działań oportunistycznych, to znaczy — może obchodzić formalne i nieformalne zasady związane z procesami kontraktowania, jeżeli uzna, że takie zachowania prowadzą do wzrostu jego skuteczności w działaniu.

Asymetria informacji ogranicza racjonalność decyzji stron kontraktu i prowadzi do powstawania kosztów zawierania transakcji na rynku tak zwanych kosztów transakcyjnych⁵. Koszty tego typu są kategorią pojemną i heterogeniczną. W literaturze przedmiotu występują różne kryteria tworzące podstawę dokonywania klasyfikacji kosztów transakcyjnych. Z perspektywy prowadzonych tu roz-

2014, nr 4, s. 541 n.; C. Menard, *Research Frontiers of New Institutional Economics*, „RAUSP Management Journal” 2018, nr 1, s. 4 n.

² Zob. B. Salanié, *The Economics of Contracts. A Primer*, Cambridge 2005, *passim*.

³ A. Chrisidu-Budnik, *Asymetria informacji na rynku zamówień publicznych*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 32, 2020, s. 81.

⁴ Zob. A. Chrisidu-Budnik, *Egzogogeniczne i endogogeniczne źródła asymetrii informacji na rynku zamówień publicznych*, „Prawo” 331, 2020, s. 59 n.

⁵ Przegląd literatury przedmiotu uzasadnia konstatację, że podejmowano liczne próby operacjonalizacji terminu „koszt transakcyjny”. Czołowy przedstawiciel nowej ekonomii instytucjonalnej Ronald H. Coase w artykule z 1937 roku na oznaczenie rzeczonych kosztów użył sformułowania „koszty użycia mechanizmu rynkowego”, z kolei w tekście z 1960 roku posłużył się określeniem „koszty korzystania z rynku”; zob. *idem*, *Firma, rynek i prawo*, Warszawa 2016, s. 6. Williamson określał tymczasem koszty transakcyjne jako „komparatywne koszty planowania, adaptacji i nadzoru nad wypełnianiem zadań w różnych strukturach zarządzania” — *idem*, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu — firmy, rynki, relacje kontraktowe*, Warszawa 1998, s. 15.

ważną istotną jest dostrzeżenie systematyzacji kosztów transakcyjnych opartych na kryteriach: fazy kontraktu i statusu ontologicznego kosztów transakcyjnych.

Kryterium podziału bazujące na fazie kontraktu jest pochodną dynamiki umowy jako kategorii prawnej i ekonomicznej, która przechodzi przez następujące po sobie fazy: przygotowania, zawierania i wykonywania postanowień umowy. Opierając się na wskazanym kryterium, można wyodrębnić koszty transakcyjne *ex ante* i *ex post*⁶. Koszty transakcyjne *ex ante* występują w fazie przedkontraktowej i są związane ze zdobywaniem informacji: o potencjalnym kontrahencie, dostępnej na rynku ofercie, uwarunkowaniach technologicznych realizacji oferty czy negocjowaniu postanowień umowy. Koszty transakcyjne *ex post* mogą zaś pojawić się na etapie wykonywania postanowień zawartych w umowie, zazwyczaj są sprzężone z koniecznością monitorowania, tworzenia struktur zarządzania, renegotjowania postanowień umowy i eliminacją skutków nienależytego wykonania postanowień umowy.

W nowej ekonomii instytucjonalnej akcentuje się związek między kosztami *ex ante* i *ex post*, który polega na tym, że świadoma decyzja o poniesieniu kosztów *ex ante* w fazie przedkontraktowej (przygotowywania i zawierania umowy) umożliwia minimalizację kosztów *ex post*. Świadoma decyzja stron umowy w fazie przedkontraktowej o konieczności poniesienia relatywnie wysokich kosztów *ex ante* zwiększa prawdopodobieństwo redukcji kosztów *ex post*⁷.

Uwzględnienie statusu ontologicznego kosztów transakcyjnych uzasadnia ich podział na: rynkowe, menedżerskie i publiczne koszty transakcyjne⁸. Rynkowe koszty transakcyjne związane są z koniecznością podjęcia w przyszłości decyzji na podstawie określonej wiedzy o drugiej — potencjalnej — stronie umowy, specyfice przedmiotu umowy i skutkach zawarcia umowy. Rynkowe koszty transakcyjne to w istocie ryzyko kontraktowania, któremu towarzyszą deficyty informacyjne oraz koszty pozyskiwania informacji. Menedżerskie koszty transakcyjne są kosztami ponoszonymi w ramach określonej struktury organizacyjnej, które można określić jako te, które zapewniają efektywność jej funkcjonowania (na przykład koszty: rekrutacji i selekcji zasobów ludzkich, przemieszczania dóbr i usług wewnątrz organizacji, osiągnięcia przewag konkurencyjnych). Z kolei publiczne koszty transakcyjne to koszty stworzenia, utrzymania i ewentualnej zmia-

⁶ Podział kosztów transakcyjnych na *ex ante* i *ex post* jest dobrze opisany w polskiej i anglosaskiej literaturze przedmiotu z perspektywy różnych dyscyplin naukowych. Zob. np. B. Arruñada, C.A. Manzanares, *The Trade-Off between ex ante and ex post Transaction Costs: Evidence From Legal Opinions*, „Berkeley Business Law Journal” 2015, nr 1, s. 217 n.; M. Garbicz, Z. Staniek, *Mikroekonomia. Problemy zawodności rynku*, Warszawa 2009, s. 30 n.; F.B. da Fonseca, R.M. Vanalle, J.A. Camarotto, *Identification of ex-ante and ex-post Transaction Costs in Industrial Construction Engineering Projects*, „Journal of Civil Engineering and Management” 2018, nr 5, s. 424 n.

⁷ Zob. A. Chrisidu-Budnik, *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019, s. 43 n.

⁸ E. Furubotn, R. Richter, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, Ann Arbor 1997, s. 39 n.

ny struktury instytucjonalnej. Struktura instytucjonalna powinna bowiem stwarzać warunki do redukcji możliwych przejawów asymetrii informacji w kontekście tak zwanego normatywnego prawa Coase'a, zgodnie z którym podstawową rolą państwa jest takie stanowienie prawa, by ograniczać „tarcie” i tym samym usuwać utrudnienia w zawieraniu kontraktów. Publiczne koszty transakcyjne odnoszą się do stworzenia i utrzymania porządku instytucjonalnego, który tworzy otoczenie dla podmiotów gospodarczych.

Redukcja kosztów transakcyjnych może odbywać się nie tylko poprzez świadome ponoszenie wyższych kosztów *ex ante* w fazie przedkontraktowej w zamian za zniwelowanie kosztów *ex post* w fazie realizacji, lecz także poprzez stworzenie zaplecza (środowiska) instytucjonalnego, którego głównym celem i skutkiem działania są oszczędności kosztów transakcyjnych⁹.

Instytucje

Instytucje są przedmiotem zainteresowania nauk społecznych od ponad dwóch stuleci, kiedy pojęcie to zostało upowszechnione przez Herberta Spencera na gruncie socjologii. W NEI instytucje postrzegane są jako społeczne ramy kontroli, wyzwalania oraz ukierunkowania działań indywidualnych. Tworzą one zaplecze instytucjonalne rozumiane jako zbiór fundamentalnych zasad społecznych, politycznych i regulacji prawnych stanowiących kanwę dla procesów produkcji, wymiany i dystrybucji¹⁰. Douglas North interpretował instytucje jako wszelkie formy ograniczeń, jakie tworzy jednostka w celu kształtowania zachowań, mające charakter formalny (prawo) oraz nieformalny (zwyczajowe formy zachowań)¹¹. W NEI instytucje postrzegane są jako „reguły gry” w gospodarce¹².

Instytucje formalne (tworzone przez organy państwa) oraz nieformalne (powstające „spontanicznie” i oparte na normach kulturowych, wyłaniające się w toku interakcji społecznych), tworzą kontekst dokonywania zróżnicowanych transakcji, który zawsze jest związany z ryzykiem i niepewnością. Ryzyko i niepewność kontraktowania rodzą koszty transakcyjne, a instytucje zgodnie z założeniami NEI pozwalają je ograniczać. Dwa podstawowe typy instytucji (składowe środowiska instytucjonalnego) oddziałują na siebie w trakcie tworzenia oraz podczas funkcjonowania. Dlatego NEI nie traktuje instytucji formalnych i nieformalnych

⁹ Por. O.E. Williamson, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu...*, s. 15.

¹⁰ Por. O.E. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, „Administrative Science Quarterly” 1991, nr 2, s. 287.

¹¹ D.C. North, *The New Institutional Economics*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics” 1986, nr 1, s. 234.

¹² D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge 1990, s. 5.

jako dychotomicznych, przeciwstawnych kategorii. Wśród instytucji nieformalnych tworzących środowisko instytucjonalne ważne znaczenie NEI przypisuje zjawisku zaufania.

Zaufanie

Relacja zaufania pozostaje przedmiotem zainteresowania wielu dyscyplin naukowych, między innymi socjologii, prawa, ekonomii i psychologii. Transdyscyplinarność kategorii zaufania jako przedmiotu badań wzbogaca jego konstrukcję, a zarazem utrudnia konsensus odnośnie do jego istoty i natury. Elementem charakterystycznym dla NEI jest analiza zaufania w kategorii ryzyka. Ryzyko stanowi postrzegane i szacowane przez decydenta prawdopodobieństwo straty, które może, ale nie musi, się ziścić. Szczególnie Williamson akcentował związek między zaufaniem a ryzykiem. Twierdził, że zaufanie jest posadowione na kalkulacji i dlatego „relacje oparte na kalkulacji winny być opisywane w języku kalkulacji, dla którego termin »ryzyko« jest najbardziej odpowiedni”¹³. Między ryzykiem a zaufaniem występuje sprzężenie zwrotne; ryzyko tworzy szanse na okazanie zaufania, która to relacja może skłaniać do podejmowania decyzji obarczonych określonym stopniem ryzyka. Zdaniem Williamsona obecność zaufania pozwala nie tyle wyeliminować ryzyko i niepewność związane z wymianą, ile zniwelować tarcie towarzyszące zawieraniu umów.

W NEI zaufanie jest instytucją pozwalającą na obniżenie kosztów transakcyjnych — tych, które są konsekwencją zaistnienia endogenicznych źródeł asymetrii informacji, czyli zachowań oportunistycznych podejmowanych przez strony transakcji¹⁴. Podmiot, który obdarza drugą stronę zaufaniem, postrzega ją jako skłoną do powstrzymywania się od podejmowania działań oportunistycznych, a zatem działając w zaufaniu, może zmniejszać koszty transakcyjne, mimo że sama postawa zaufania nie eliminuje związanego z kontraktem ryzyka.

¹³ O.E. Williamson, *The Mechanism of Governance*, Oxford 1996, s. 485–486; jeśli nie podano inaczej, przeł. A.C.B.

¹⁴ W ekonomicznej teorii kontraktu zwraca się uwagę zwłaszcza na dwa przejawy zachowań oportunistycznych drugiej strony: negatywną selekcję (*adverse selection*) i pokusę nadużycia (*moral hazard*). Negatywna selekcja może się pojawić zwłaszcza w fazie przedkontraktowej, w sytuacji gdy jedna ze stron jest lepiej poinformowana niż druga. Strona dysponująca przewagą informacyjną korzysta z przywileju określanego mianem ukrytej informacji (*hidden information*) i jednocześnie z różnych powodów jest zainteresowana zachowaniem owej przewagi informacyjnej przed zawarciem umowy. Negatywna selekcja może się pojawić na etapie wykonywania postanowień umowy i polega na podejmowaniu ukrytych działań (*hidden action*), które trudno monitorować drugiej stronie. Zob. np. D.P. Baron, D. Besanko, *Monitoring, Moral Hazard, Asymmetric Information, and Risk Sharing in Procurement Contracting*, „The RAND Journal of Economics” 1987, nr 4, s. 509 n.

Prawo a zaufanie

Zaufanie w systemie zamówień publicznych można rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Pierwsza jest związana z budowaniem zaufania społecznego do systemu zamówień publicznych. Zaufanie społeczne zawsze opiera się na podstawach instytucjonalnych. Amerykańska socjolożka Lynne Zucker w historycznym studium gospodarki Stanów Zjednoczonych zidentyfikowała trzy podstawowe mechanizmy budowy zaufania w społeczeństwie¹⁵. Jeden ze wskazanych przez nią rodzajów zaufania oparty jest na instytucjach, które aby skłaniać ludzi do inicjowania współpracy, powinny spełniać przynajmniej trzy wymogi: transparentności, wiarygodności i efektywności. W tym sensie zaufanie społeczne (instytucjonalne) jest warunkiem koniecznym do podejmowania kooperacji gospodarczej i tym samym rozwoju gospodarczego¹⁶. „Zamówienia publiczne stanowią ważną formę oddziaływania państwa na gospodarkę, gdyż istotną rolę pełnią w niej mechanizmy rynkowe”¹⁷. Mechanizmy rynkowe działają tylko wtedy, gdy istnieją bodźce skłaniające podmioty społeczne do kooperacji — w tym sensie doniosłe znaczenie odgrywa zaufanie instytucjonalne motywujące do pokonania barier wejścia na rynek zamówień publicznych. Zaufanie społeczne składa się na kształtowanie w danym społeczeństwie tak zwanej kultury zaufania¹⁸, którą można interpretować jako „zaufanie obywateli do państwa, z jednej strony — do jego funkcjonariuszy, z drugiej — do stanowionego przezeń prawa, które wiąże zarówno wszystkich obywateli bez względu na sprawowane przez nich funkcje, jak i samo państwo”¹⁹.

Druga płaszczyzna analizy odnosi się do relacji na rynku zamówień publicznych, które kształtują się między zamawiającym a wykonawcami. Specyfika rynku zamówień publicznych i zawieranych na nim umów praktycznie wyklucza istnienie w fazie przedkontraktowej zaufania pomiędzy tymi dwoma podmiotami. Zapewnienie uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie zasad transparentności i równego traktowania zalicza się do kanonu podstawowych zasad realizowanych

¹⁵ Chodzi o zaufanie procesowe (*process-based*), zaufanie oparte na cechach adresata (*characteristic-based*) i zaufanie instytucjonalne (*institutional-based*); zob. L.G. Zucker, *Production of Trust: Institutional Sources of Economic Structure, 1840–1920*, „Research in Organizational Behavior” 1986, nr 8, s. 53 n.

¹⁶ Por. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 10–11.

¹⁷ T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020, s. 163.

¹⁸ Pojęciem „kultura zaufania” posługuje się polski socjolog Piotr Sztompka, który zwracał uwagę, że w określonych kontekstach kulturowych „reguły normatywne popychają jednostkę do zaufania lub od niego powstrzymują” — *idem*, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 143.

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 1999 roku, sygn. P 2/99 (Dz.U. Nr 61, poz. 680).

oraz chronionych w prawie zamówień publicznych. Zasady te można sprowadzić do wymogu zapewnienia przejrzystości prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia, zagwarantowania ich efektywności ekonomicznej i dostępu do informacji. Dlatego też poruszając problematykę zaufania w zamówieniach publicznych, istotne jest wyróżnienie dwóch stanów: kiedy zaufanie rozpatrywane w kategoriach dobra wspólnego powinno podlegać ochronie prawnej, a kiedy regulacje prawne winny skłaniać uczestników rynku zamówień publicznych do dzielenia się informacjami i ich zdobywania. W relacjach między zamawiającym a wykonawcą regulacje prawne odgrywają wobec instytucji zaufania rolę komplementarną, polegającą raczej na obligowaniu zamawiającego i wykonawcy do dzielenia się informacjami i wspólnego ich pozyskiwania niż do polegania na drugiej stronie.

Analiza przepisów prawa zamówień publicznych umożliwia wskazanie wielu instytucji formalnych dających sposobność do pozyskiwania informacji, takich jak na przykład dialog techniczny. Ramy tego opracowania nie pozwalają na przeprowadzenie kompleksowej analizy wszystkich regulacji prawnych, dlatego ograniczono się do zarysowania związku między nową zasadą zamówień publicznych, to jest zasadą efektywności ekonomicznej, a możliwością konsultacji rynkowych.

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku²⁰ (dalej: p.z.p.) wprowadziła do systemu zamówień publicznych zasadę efektywności ekonomicznej (art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p.), wyrażającą się w obowiązku udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych. Zasada ta wypełniana jest między innymi poprzez fakultatywne konsultacje rynkowe. Zgodnie z art. 84 p.z.p. zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia może uruchomić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania potencjalnych wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących konkretnego zamówienia. Takie konsultacje mają charakter fakultatywny i mogą być stosowane niezależnie od wartości zamówienia. Jednocześnie prowadzenie konsultacji nie może naruszać zasad równego traktowania wykonawców i transparentności. Sposób ich przeprowadzania, szczególnie planowana forma zdobywania informacji, musi zatem odpowiadać rygorom wynikającym z obowiązku stosowania zasad zamówień publicznych. Zamawiający zobligowany jest zarazem podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia, że udział wykonawcy, który uczestniczył w przeprowadzonych konsultacjach, nie naruszy konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym celu zamawiający może na przykład przekazać innym wykonawcom zarówno informacje o zamó-

²⁰ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

wieniu ujawnione przez zamawiającego podczas konsultacji, jak i te uzyskane od wykonawców podczas konsultacji.

Zakończenie

Asymetria informacji implikuje powstawanie kosztów transakcyjnych, których obecność na rynku zamówień publicznych obniża skuteczność dokonywania wymiany. Instytucją umożliwiającą redukcję kosztów transakcyjnych jest zaufanie. W systemie zamówień publicznych prawo może zarówno służyć ochronie zaufania, jak i obligować strony do dzielenia się informacją. W drugim przypadku regulacje prawne pełnią funkcję komplementarną wobec zaufania i w ten sposób zmniejszają koszty transakcyjne związane z ryzykiem kontraktowania. W tym sensie prawo, wspierając rozwój relacji zaufania między zamawiającym a wykonawcą, stwarza możliwość zaopatrzenia ich w informacje niezbędne do realizacji zasady efektywności ekonomicznej.

Bibliografia

- Arruñada B., Manzanares C.A., *The Trade-Off between ex ante and ex post Transaction Costs: Evidence from Legal Opinions*, „Berkeley Business Law Journal” 2015, nr 1.
- Baron D.P., Besanko D., *Monitoring, Moral Hazard, Asymmetric Information, and Risk Sharing in Procurement Contracting*, „The RAND Journal of Economics” 1987, nr 4.
- Chrisidu-Budnik A., *Asymetria informacji na rynku zamówień publicznych*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 32, 2020.
- Chrisidu-Budnik A., *Ėgzogeniczne i endogeniczne Źródła asymetrii informacji na rynku zamówień publicznych*, „Prawo” 331, 2020.
- Chrisidu-Budnik A., *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019.
- Coase R.H., *Firma, rynek i prawo*, Warszawa 2016.
- Fonseca F.B. da, Vanalle R.M., Camarotto J.A., *Identification of ex-ante and ex-post Transaction Costs in Industrial Construction Engineering Projects*, „Journal of Civil Engineering and Management” 2018, nr 5.
- Furubotn E., Richter R., *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, Ann Arbor 1997.
- Garbicz M., Staniek Z., *Mikroekonomia. Problemy zawodności rynku*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020.
- Menard C., *Research Frontiers of New Institutional Economics*, „RAUSP Management Journal” 2018, nr 1.
- Menard C., Shirley M., *The Future of New Institutional Economics. From Early Institutions to a New Paradigm?*, „Journal of Institutional Economics” 2014, nr 4.
- North D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge 1990.

- North D.C., *The New Institutional Economics*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics” 1986, nr 1.
- Nowicki P., *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.
- Salanié B., *The Economics of Contracts. A Primer*, Cambridge 2005.
- Sztompka P., *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007.
- Williamson O.E., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, „Administrative Science Quarterly” 1991, nr 2.
- Williamson O.E., *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu — firmy, rynki, relacje kontraktowe*, Warszawa 1998.
- Williamson O.E., *The Mechanism of Governance*, Oxford 1996.
- Zucker L.G., *Production of Trust: Institutional Sources of Economic Structure, 1840–1920*, „Research in Organizational Behavior” 1986, nr 8.

Trust in Public Procurement Systems

Summary

The paper provides an explanation for the role of trust in public procurement systems. The aim of this paper is to present the concept of trust in the perspective of the new institutional economics. Especially economic contract theory, transaction cost theory and theory of asymmetric information are reviewed.

Keywords: public procurement, trust, new institutional economics.

JAROSŁAW CZAJA

ORCID: 0000-0001-6652-4905

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

jaroslaw.czaja@ue.wroc.pl

Ograniczenia zastosowań trybu partnerstwa innowacyjnego prawa zamówień publicznych

Abstrakt: Tryb partnerstwa innowacyjnego, jak każde narzędzie wspomagające opracowanie oraz zakup dostaw, usług lub robót budowlanych o charakterze innowacyjnym, może motywować sektor publiczny i prywatny do współpracy. Z przeprowadzonej analizy wynika jednak, że istnieje wiele trudności w zastosowaniu tego trybu ze względu na konieczność spełnienia licznych wymagań prawnych i faktycznych przez obie strony zamówienia publicznego. Zamawiający staje chociażby przed obowiązkiem uzyskania informacji o możliwościach realizacji zamówienia ponad obecną w danym czasie ofertę. Wykonawcy z kolei nie mogą każdorazowo zapewnić oczekiwanego poziomu innowacji ze względu zakres ponoszonego ryzyka i stopień skomplikowania samej procedury. Dlatego też celem niniejszego artykułu jest próba identyfikacji ograniczeń zastosowania trybu partnerstwa innowacyjnego, ponieważ kwestia łączenia sił sektora prywatnego i publicznego niekoniernie cieszy się rosnącym zainteresowaniem.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, tryb partnerstwa innowacyjnego, procedury udzielania zamówień publicznych.

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest zaakcentowanie ograniczeń partnerstwa innowacyjnego w dobie rosnącego znaczenia postępu technologicznego w tworzeniu nowych produktów i usług z inicjatywy państwa na mocy prawa zamówień publicznych (dalej: p.z.p.). Zarówno sektor publiczny, jak i prywatny są zainteresowane wszelkimi działaniami, które sprzyjają rozwojowi, z związku z czym działania wspierające innowacje są od kilku dekad elementem różnych strategii osiągnięcia przewagi konkurencyjnej wraz z próbą uzyskania pozycji światowego

lidera innowacji przez Unię Europejską. Spore znaczenie ma to, że zwykle obserwowaniem rynku i badaniami nad innowacjami zajmuje się sektor prywatny, a nie odpowiedni przedstawiciele sektora publicznego. Skutkuje to często słabszym rozpoznaniem takich potrzeb, których realizacja wymagałaby zajęcia pozycji zamawiającego urzęcywistniającego cele publiczne zgodnie z przepisami trybu partnerstwa innowacyjnego. Niestety kwestia łączenia sił obu tych sektorów niekoniecznie cieszy się rosnącym zainteresowaniem mimo powszechnego akcentowania istotności programów wspierania postępu technologicznego i innowacji jako jednego z obszarów o szczególnym znaczeniu w polityce ekonomicznej Unii Europejskiej.

1. Definicja trybu partnerstwa innowacyjnego

W polskim prawie zamówień publicznych tryb partnerstwa innowacyjnego¹ pojawił się w 2016 roku, a w nowej ustawie z 2019 roku narzędzie to uregulowano w art. 189–207. Zgodnie z art. 189 nowego p.z.p. partnerstwo innowacyjne jest jednym z trybów zamówień uruchomionych na podstawie ogłoszenia o zapotrzebowaniu na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, jeżeli nie są one dostępne na rynku. Pomocnym uzupełnieniem tej definicji są tu wytyczne Komisji Europejskiej, wskazujące, że chodzi o zakup procesu kreowania nowego rozwiązania lub jego efektów. W drugim przypadku rozumiane jest to jako uzyskanie przez zamawiającego statusu tak zwanego pierwszego użytkownika lub rozpowszechnienia słabo znanych rezultatów twórczych w obrocie gospodarczo-społecznym. Dodatkowo w wypracowywaniu innowacji², zgodnie z prawem UE, podkreśla się dopuszczalność tego trybu w celu uzyskania nawet innowacji społecznych. Szczególny aspekt pojęciowy wyraża też pkt 49 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, wskazujący, że tryb ten stanowi szczególną procedurę umożliwiającą zamawiającemu ustanowienie długotrwałej współpracy opartej na re-

¹ Jest to tryb udzielania zamówień publicznych wprowadzony do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych (klasycznej, art. 31) i dyrektywy 2014/25/UE (sektorowej, art. 47), implementowany do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w art. 73a–73h. Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji — nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014, s. 46.

² Art. 7 pkt 6 nowego p.z.p. z 2019 roku. Ilekroć w ustawie jest mowa o „innowacji”, należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa — także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

lacjach partnerskich, mającej na celu opracowanie, a następnie zakup nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub roboty. Warto zauważyć, że ani dyrektywy, ani ustawa Prawo zamówień publicznych nie narzucają przymusu wykorzystania rozpatrywanego trybu do opracowywania innowacji, a co za tym idzie — w tym celu można alternatywnie korzystać z dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem (istotnym uzupełnieniem może być również stosowanie zamówień przedkomercyjnych³). W związku z tym zamawiający zachowuje swobodę wyboru. Trzeba jednak pamiętać, że zastosowanie analizowanego trybu musi się wiązać z niemożnością zaspokojenia zapotrzebowania zamawiającego przez dostępne na rynku produkty, usługi lub roboty budowlane.

2. Kwestia ograniczeń wyboru trybu partnerstwa innowacyjnego

Aby tryb ten mógł być stosowany, państwo i jego instytucje muszą dostrzegać swe potrzeby na takim poziomie, który nie jest możliwy do zaspokojenia w ramach obecnego rynku w ujęciu krajowym i międzynarodowym. Oznacza to, że to zamawiający jako podmiot publiczny musi być zdolny do zidentyfikowania elementów innowacyjnych przy realizacji celów publicznych. Jeśli zatem zamawiający nie dostrzeże konieczności poszukiwania nowych lub ulepszonych cech w obecnej ofercie rynkowej, to partnerstwo innowacyjne będzie zastępowane przez inne tryby. Jeśli dodatkowo uwzględnić wyższość innowacyjności innych krajów, tym bardziej nie pojawi się odpowiednio dobitna przesłanka opracowywania nowych lub ulepszonych towarów i usług z wykorzystaniem sił krajowych, jeśli takie są dostępne za granicą. Może być to szczególnie problematyczne w razie przekraczania wartości zamówienia ponad tak zwane progi unijne.

Dla wielu podmiotów ograniczeniem może być szerszy zakres weryfikacji na potrzeby partnerstwa innowacyjnego, gdyż obejmuje ono co najmniej kilka kryteriów (art. 193 p.z.p.). Wśród nich zamawiający ocenia zdolność wykonawców w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych, obejmujące odpowiednio wymogi z art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 115–116 p.z.p. Chodzi zatem również o utrzymanie tak dobrej kondycji finansowej, aby umożliwić wprowadzenie do powszechnego obrotu gospodarczego większej ilości towaru, na przykład poprzez struktury

³ Zob. J. Pożarowska, M. Olejarz, *Zamówienia publiczne na innowacje*, Warszawa 2020, s. 1; komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 grudnia 2007 roku, zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, COM (2007) 799, wersja ostateczna, s. 3.

fabryki, która uzyskała wystarczającą zdolność produkcyjną. Kolejnym kryterium ocenianym przez zamawiającego jest zdolność techniczna lub zawodowa, rozumiana na przykład jako dysponowanie odpowiednio doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrą. W tym obszarze uwzględniane są nie tylko możliwości zapewniania minimalnej jakości, ale też obsadzenie kadr na stanowiskach kierowniczych w zakresie zarządzania zespołem badawczym⁴.

W przypadku analizowanego trybu akcentuje się wiele elementów i etapów, które w przypadku partnerstwa innowacyjnego tworzą rozbudowaną całość i mogą jawić się jako zdecydowanie bardziej skomplikowane niż inne tryby zamówień publicznych. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu do prawa zamówień, które weszło w życie w 2021 roku:

Istotą ustanowienia partnerstwa innowacyjnego nie jest więc tylko opracowanie innowacyjnego produktu, usługi czy roboty budowlanej, ale również ich zakup bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. W ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego mamy zatem do czynienia z jedną umową, obejmującą zarówno fazę badawczo-rozwojową, jak i późniejsze wyprodukowanie i dostarczenie innowacyjnego produktu, świadczenie usługi czy ukończenie robót budowlanych⁵.

Z tego też względu analizowany tryb jest szczególną procedurą p.z.p. z uwagi na specyficznie postrzegany zakres relacji zamawiającego i wykonawcy⁶. Trudno więc uznać, że każdy zamawiający będzie gotowy do realizacji zamówienia w tym trybie.

Zgodnie z art. 206 pkt 2 p.z.p. zamawiający zapewnia, że struktura partnerstwa innowacyjnego, zwłaszcza okres obowiązywania oraz wartość poszczególnych etapów, będzie odzwierciedlała stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania i kolejność działań niezbędnych do opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych. W tym kontekście specyfika każdej innowacji może narażać na osłabienie pozycji niektórych wykonawców, jeśli działają w grupie. Dlatego też źródłem ewentualnych obaw wykonawców może być zapis art. 193 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym „zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. Przepisy art. 159 i art. 160 stosuje się”⁷. Zatem „partnerstwo z kilkoma partnerami będzie wymagało zorganizowania struktury nie tylko wokół logiki prac badawczo-rozwojowych, ale najprawdopodobniej również wokół potrzeby ograniczenia

⁴ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 614–615.

⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 58.

⁶ G. Klich, *Udzielanie zamówień publicznych w trybie partnerstwa innowacyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 540, 2018, s. 110.

⁷ Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne na innowacje — Koncepcja szkolenia*, Warszawa 2020, s. 26.

liczby partnerów”⁸. W nawiązaniu do uzasadnienia stosowania trybu partnerstwa innowacyjnego w wypadku braku potrzebnych towarów lub usług będzie on o tyle godny zastosowania, o ile uzasadniona będzie długotrwała współpraca między stronami zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w zastrzeżeniach i obawach niektórych wykonawców. Wpisuje się w nie art. 206 pkt 4 p.z.p., wskazujący, że:

Zamawiający może po każdym etapie zakończyć partnerstwo innowacyjne lub, w przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów przez rozwiązanie poszczególnych umów, pod warunkiem że zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia taką możliwość oraz określił warunki skorzystania z niej.

Wielu wykonawców może przez to wykazywać większe zainteresowanie współpracą z innymi uczestnikami rynku niż państwo i korzystać z innych mechanizmów finansowania innowacji, których zasadniczo nie brakuje.

Jak wiadomo, p.z.p. dopuszcza oczywiście obecność kilku partnerów w celu stymulowania konkurencji, jednak dany wykonawca może w większym gronie mieć obawy co do możliwości zabezpieczenia swoich interesów w dłuższym terminie, gdyż zamawiający może wybrać kilka ofert (art. 190, art. 204, art. 205). Nawiązaniem do tego jest art. 206 pkt 5, zgodnie z którym

[w] przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami zamawiający nie ujawnia pozostałym partnerom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych w ramach partnerstwa innowacyjnego przez jednego z partnerów, bez jego zgody.

Nawet w odniesieniu do sytuacji, w której udało się wypracować zaplanowane rozwiązanie, mogą pojawić się okoliczności przemawiające za tym, że zamawiający nie zdecyduje się na wybór ich innowacji (art. 207 p.z.p.). Z tej przyczyny strony powinny przyjąć z góry odpowiednie ustalenia w zakresie korzyści danego wykonawcy czy też ochrony jego własności intelektualnej. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu na przykład do zamiaru komercjalizacji danej innowacji po zakończeniu partnerstwa.

Problemy dyskryminacyjne dotyczące wycen innowacji między stronami mogą również ograniczać skłonność do uczestnictwa w trybie partnerstwa innowacyjnego, mimo że teoretycznie szacowana wartość innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania. Aby zmniejszyć siłę czynników ograniczających transparentność i konkurencyjność procedury, na stronach spoczywa przymus bardzo szerokiego i szczegółowego dopracowania ustaleń na wypadek pojawienia się różnych okoliczności skutkujących na przykład złamaniem zasad udzielania pomocy publicznej.

Kłopoty z prawidłowym określeniem i wyceną innowacyjnego rozwiązania poszukiwanego przez zamawiającego ograniczają przejrzystość i konkurencyjność omawianej procedury. Co więcej, wskazany już problem z zapewnieniem opłacalności zamówienia (rozumianej jako maksimum korzyści przy najniższej

⁸ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 628.

możliwej cenie) może w niektórych przypadkach skutkować naruszeniem zasad udzielania pomocy publicznej⁹.

Warto zauważyć, że w odniesieniu do ryzyka i niepewności w omawianej kategorii działań złagodzone charakter odpowiedzialności poprzez zniesienie aspektu solidarności, na przykład wykonania umowy. Jednocześnie zwiększono transparentność procedury dzięki wprowadzeniu dla zamawiających możliwości uruchomienia kontroli zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne¹⁰. Należy jednak podkreślić, że w latach 2017–2020 88% wszystkich postępowań zostało przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, w kolejnym (dialog z wolnej ręki) udział był znacznie mniejszy — około 9%. Podobnie prezentowały się zapytania o cenę: 1,68% w 2019 roku i 3,29% w 2017 roku. W sumie zamówienia udzielane w tych trybach miały ledwie kilkuprocentowy udział. Analizowany tryb partnerstwa innowacyjnego miał najmniejszą wielkość, w zasadzie znikomą — 0,01% w okresie 2017–2018¹¹. Natomiast w kolejnych latach wcale nie udzielono zamówień w tym trybie (2019–2020)¹². Warto przy tym zauważyć, że polska gospodarka znacznie odstaje od średniej innowacyjności w Unii Europejskiej, co mało zmieniło się w ciągu kilku ostatnich dekad¹³.

Podsumowanie

Mimo że nowa ustawa p.z.p., która weszła w życie w 2021 roku, mocniej wiąże zamawianie innowacji z szerszą perspektywą polityki krajowej, to niestety tryb partnerstwa innowacyjnego jest zaskakująco rzadko stosowany. Należy mieć na uwadze, że nie jest on łatwym wyborem proceduralnym p.z.p. dla stron zamówienia, choć ma doprowadzać do zaplanowanych ulepszeń lub uzupełnień braków rynkowych. Dlatego też preferencja danego trybu p.z.p. jest podyktowana głównie oceną uwarunkowań transakcyjno-rynkowych ze strony zamawiającego, który powinien dokonać choćby minimalnego rozpoznania potencjału innowacji różnych podmiotów na danym rynku. W tej kwestii polski zamawiający ma wiele do zrobienia i ma to zasadnicze znaczenie z punktu widzenia rozwoju Unii Europejskiej, zwłaszcza w dobie narastania trudności integracyjnych. Okazuje się bowiem, że angażowanie środków publicznych może słabo wspierać współpracę sektora publicznego i prywatnego w obszarze innowacji w Polsce. Trzeba

⁹ Szacowanie wartości partnerstwa innowacyjnego reguluje art. 31 p.z.p.; zob. G. Klich, *op. cit.*, s. 110.

¹⁰ L. Kitaszewska, *Partnerstwo innowacyjne w nowym P.Z.P. 2021*, zamowienia.pl 2021, <https://gjw.pl/blog-zamowienia/partnerstwo-innowacyjne-w-nowym-pzp-2021/> (dostęp: 1.04.2022).

¹¹ Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2020 roku*, Warszawa 2021, s. 35.

¹² *Ibidem*, s. 36.

¹³ Zob. *European Innovation Scoreboard 2021*, Luxembourg 2021, s. 6.

mieć przy tym na uwadze, że największy konkurent względem całej światowej gospodarki, czyli Chiny, przeszedł w procesach rozwoju do szczególnie ważnej fazy, mianowicie stał się eksporterem innowacji i coraz bardziej umacnia swoją pozycję, dzięki czemu przestaje być dla reszty świata tylko dużym rynkiem i zasobem taniej siły roboczej. Mimo wielu trudności, jak podkreślono w publikacji Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, „[w] instytucjach publicznych drzemie ogromny potencjał do stymulowania innowacji poprzez środki z puli przeznaczony na zamówienia publiczne”¹⁴.

Bibliografia

Literatura

- Kitaszewska L., *Partnerstwo innowacyjne w nowym P.Z.P. 2021*, zamowienia.pl 2021, <https://gjjw.pl/blog-zamowienia/partnerstwo-innowacyjne-w-nowym-pzp-2021/>.
- Klich G., *Udzielanie zamówień publicznych w trybie partnerstwa innowacyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 540, 2018.
- Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Blżej rynku, blżej nowoczesnych rozwiązań. Zamówienie przedkomercyjne i partnerstwo innowacyjne w praktyce NCBR*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., Olejarsz M., *Zamówienia publiczne na innowacje*, Warszawa 2021.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021.
- Public Procurement for Innovation Good Practices and Strategies*, „OECD Public Governance Reviews” 2017.

Inne

- European Innovation Scoreboard 2021*, Luxembourg 2021.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 grudnia 2007 roku, zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, COM (2007) 799, wersja ostateczna.
- Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies European Commission Notice, Guidance on Innovation Procurement (Dz.U. U C 267/1 z 6.07.2021).
- Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2020 roku*, Warszawa 2021.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne na innowacje — Koncepcja szkolenia*, Warszawa 2020.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji — nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014.
- Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624.

¹⁴ Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Blżej rynku, blżej nowoczesnych rozwiązań. Zamówienie przedkomercyjne i partnerstwo innowacyjne w praktyce NCBR*, Warszawa 2021.

Restrictions on the Use of the Innovative Partnership Mode of the Public Procurement Law

Summary

The innovative partnership mode, like any tool supporting the development and purchase of innovative supplies, services or works, may motivate the public and private sectors to cooperate. However, analysis shows that there are many difficulties in applying this procedure due to the need to meet many legal and factual requirements by both parties to the public procurement. The ordering party is obliged to obtain information about the possibilities of order fulfilment in addition to the currently available offer. Contractors cannot ensure the expected level of innovation each time due to the scope of the risk and the degree of complexity of the procedure itself. Therefore, the aim of this article is an attempt to identify the limitations of the application of the innovative partnership mode, because the issue of combining the forces of both these spheres is not necessarily subject to growing interest.

Keywords: public procurement law, innovation partnership, public procurement award procedures.

MACIEJ GUZIŃSKI

ORCID: 0000-0002-3367-9449

Uniwersytet Wrocławski (pracownik emerytowany)

maciej.guzinski@uwr.edu.pl

Realizacja funkcji zarządu mieniem publicznym w prawie zamówień publicznych

Abstrakt: Przy zamawianiu przez podmioty publiczne dóbr, robót, usług służących do wykonywania zadań publicznych przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzają określony reżim zachowania. Chodzi o możliwość, a niekiedy obowiązek podejmowania konkretnych działań faktycznych, a także czynności prawnych danej treści, determinujących postępowanie w zakresie wyboru wykonawcy oraz w pewnym zakresie również o sposób realizacji zadania. Ich niepodjęcie czy też spełnianie niezgodnie z przepisami ustawy wywołuje skutek w postaci konieczności ich powtórzenia, niekiedy nieważności całego postępowania, a w określonych sytuacjach także zawartej umowy. Wprowadzone ustawą regulacje ograniczają więc zachowania podmiotów zarządzających mieniem publicznym w sferze realizacji tego zarządu do wykonywania zadań publicznych. Wyraża się to w ograniczeniu ich swobody jako zamawiających w zakresie wydatkowania składników mienia na opłacenie zabezpieczenia realizacji zadań publicznych.

Możemy zatem uznać, że w ustawie wprowadza zasady, kryteria, tryby postępowania, którymi muszą się kierować organy i inne podmioty zarządzające mieniem publicznym, mając na względzie dobro publiczne (ochronę mienia publicznego). Reguły te odnoszą się równocześnie do działań oceniających i korygujących zachowanie podmiotów zarządzających mieniem publicznym w ramach zamówienia publicznego. Wskazuje to, że przepisy nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, będące w określonych przypadkach swoistą procedurą postępowania przy wydatkowaniu publicznych środków finansowych, służą realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym.

Słowa kluczowe: mienie publiczne, zarząd mieniem publicznym, prawo zamówień publicznych, zamawiający publiczni.

1.

Mienie publiczne to określone rzeczy, dobra, w tym środki finansowe przysługujące podmiotom publicznym, służące w sposób pośredni czy bezpośredni

realizacji ich zadań (interesu publicznego)¹. Niewątpliwie podejmowane czynności prawne i inne działania mające na celu wykorzystanie mienia publicznego do realizacji konkretnych zadań powinny być zgodne nie tylko z normami prawa prywatnego, ale także z odpowiednimi normami prawa publicznego². Realizowane jest to przez ustalenie pewnych reguł działania, którymi winni się kierować zarządzający tym mieniem, mając na uwadze dobro publiczne, a nie jedynie majątkowe interesy podmiotu, który reprezentują. Te określone wzorce zachowań są zarazem punktem odniesienia do działań kontrolnych i nadzorczych wobec podmiotów zarządzających tym mieniem.

Na tle regulowania przez prawo publiczne zarządzania mieniem publicznym można więc mówić o zarządzie tym mieniem jako funkcji państwa. Treścią tej funkcji są prawa majątkowe podmiotów publicznych wykonywane przez ich organy. Jej realizacja jest przedmiotem prawa publicznego, co następuje poprzez ustalenie dla tych podmiotów i ich organów wzorców zachowań przy wykonywaniu praw majątkowych w ramach zarządzania mieniem publicznym. Celem funkcji regulacji publicznej poprzez określenie zasad, reguł i kryteriów zachowania w sferze zarządzania składnikami mienia jest niewątpliwie ochrona mienia publicznego. Możemy więc mówić o tej funkcji realizowanej w odniesieniu do mienia publicznego jako zespołu działań faktycznych i prawnych wykonywanych na rzecz interesu publicznego³.

2.

W związku z tym powstaje pytanie, w jakim zakresie podmioty publiczne zarządzające mieniem są zobowiązane do stosowania zamówień publicznych regulowanych nową ustawą Prawo zamówień publicznych⁴. Cechą instytucji zamówień publicznych, o których mowa w ustawie, jest bowiem wprowadzenie szczególnej regulacji przy zawieraniu między zamawiającym a wykonawcą umowy

¹ Zob. J. Boć, A. Błaś, *Majątek publiczny*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005, s. 294 n.; M. Guziński, *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 259 n.

² A. Chelmoński, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999, s. 43 n.; J. Boć, A. Błaś, *op. cit.*, s. 296 n.; M. Guziński, T. Kocowski, *Regulacja prawna gospodarowania mieniem publicznym*, [w:] *Prawo administracyjne...*, s. 301 i podana tam literatura.

³ Zob. M. Guziński, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 303 n. i podana tam literatura.

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.); dalej: ustawa lub p.z.p.

odpłatnej, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (art. 7 pkt 32)⁵.

Wprowadzona ustawą regulacja dotyczy między innymi podmiotów kwalifikowanych jako zamawiający publiczni, którymi zgodnie z art. 4 ustawy są:

1. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych⁶;

2. inne niemające takiego status państwowe jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej;

3. inne niż już wskazane jednostki sektora finansów publicznych, osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, zależne od podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2;

4. związki podmiotów, o których mowa w pkt 1, 2 lub 3.

Są nimi także zamawiający publiczni realizujący zadania sektorowe (art. 5 ust. 1 pkt 1).

Przywołane regulacje wskazują, iż adresatem ustawy są podmioty zarządzające mieniem publicznym służącym realizacji ich zadań. Są poddane ustawie, gdy udzielają zamówienia, których przedmiotem są zadania definiowane jako roboty budowlane, dostawy lub usługi (art. 7 pkt 4, 21, 28 p.z.p.). Gdy realizacja takich zamówień jest związana z koniecznością zawarcia umowy odpłatnej z ich wykonawcą, a więc kiedy ich wykonanie opłacane jest przez te podmioty z ich środków finansowych, to wiąże się z wydatkowaniem składników mienia publicznego. Natomiast, jak już wskazano, istotą funkcji zarządu mieniem publicznym jest ustalenie w interesie publicznym zasad zachowania podmiotów zarządzających tym mieniem w celu realizacji ich zadań.

3.

Powstaje teraz kolejne zagadnienie — mając na uwadze rodzaj zachowań, do jakich ustawa obliguje podmioty publiczne przy udzielaniu tak zwanego zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, czy i w jakim zakresie można uznać, że regulacja tych zamówień służy realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym?

Składnikiem mienia publicznego są również środki finansowe przynależne podmiotom publicznym. Zarządzanie tymi składnikami mienia przez te podmioty wiąże się także z nabywaniem od wybranego wykonawcy robót budowlanych,

⁵ Zob. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, www.uzp.gov.pl.

⁶ Zob. art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.).

dostaw lub usług, które swoją wartością użytkową służą do wykonywania zadań publicznych. Ustalenia te pozwalają stwierdzić, że we wskazanym zakresie podmioty zarządzające mieniem publicznym poddane są, jako zamawiający publicznie, wprowadzonemu przez ustawę reżimowi postępowania.

Wskazać należy, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny⁷, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Oznacza to, że przepisy prawa zamówień publicznych są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, które mają charakter ogólny. W konsekwencji mają one pierwszeństwo przed przepisami kodeksowymi. W uregulowanym ustawą procesie udzielania zamówień publicznych można wydzielić regulacje dotyczące przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasad jego udzielania, umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz kontroli udzielania zamówień (art. 1).

Zgodnie z postanowieniami ustawy podmiot publiczny jako zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty i proporcjonalny. Udziela zamówienia w sposób gwarantujący: jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz dążąc do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Samo postępowanie o udzielenie zamówienia jest co do zasady jawne i z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie prowadzone jest pisemnie w języku polskim (art. 16–20).

Stosownie do przyjętych w ustawie rozwiązań podmiot publiczny jako zamawiający, przystępując do udzielenia zamówienia, zobowiązany jest do jego przygotowania od strony organizacyjnej i merytorycznej. Podmiot ten w ramach organizacji zamówienia powinien ustalić między innymi, czy dokonując zamówień, sam przygotowuje i przeprowadza postępowanie w tym zakresie, działając przez swego kierownika, czy też powierza przygotowanie i przeprowadzenie udzielenia zamówień (w ramach pomocniczych działań zakupowych) własnej wydzielanej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (art. 37). Ponadto w zawiązku z tym, że w przedmiotowym zamówieniu uczestniczy komisja do przeprowadzenia postępowania, kierownik zamawiającego winien rozstrzygnąć o jej powołaniu, określić jej zakres działania, kompetencję i skład. Ustawa określa przy tym jej charakter prawny, jak również minimalny, obowiązkowy zakres działania komisji (art. 53–56).

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

Od strony merytorycznej jest to związane z koniecznością dokonania przez zamawiającego analizy potrzeb i wymagań z uwzględnieniem rodzaju i wartości zamówienia. Analiza ta powinna obejmować w szczególności: badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych oraz rozeznanie rynku (art. 83 ust. 1 i 2). Wiąże się to również z koniecznością sporządzenia dokumentów zamówienia (art. 7 pkt 3) — w zależności od wybranego trybu udzielania zamówienia będzie to: specyfikacja istotnych warunków zamówienia; opis potrzeb i wymagań; informacja niezbędna do przeprowadzenia postępowania. Wymaga to zawarcia w tych dokumentach informacji odnośnie do konkretnego zamówienia, zwłaszcza w zakresie: warunków zamówienia, przedmiotu zamówienia, warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych, a także trybu udzielania zamówienia.

W zakresie warunków zamówienia zamawiający może, na zasadach przewidzianych w ustawie, wprowadzić możliwość udzielenia zamówienia w częściach, dopuścić możliwość składania ofert częściowych czy oferty wariantowej (art. 91, 92). Może zastrzec, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych (art. 94). Może też określić wymagania związane z realizacją zamówienia, obejmujące aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia (art. 96). Natomiast w sytuacji zamówienia na usługi lub roboty budowlane zamawiający winien określić wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane czynności w procesie realizacji zamówienia (art. 95).

Odnosnie do przedmiotu zamówienia ustawa nakłada nie tylko obowiązek jego ustalenia, ale także reguluje zasady i sposób jego opisu (art. 99–103). Zasadą jest, że zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, zobowiązany jest uczynić to w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń. Tak aby wykonawca — bez dokonywania dodatkowych interpretacji — mógł ustalić, co jest przedmiotem zamówienia. Ponadto opis ten powinien zostać dokonany z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Winien określać wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przy jego opisie należy stosować nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (art. 91 i n.).

Ustawodawca wprowadził ponadto regułę, że zamawiający nie może przedmiotu zamówienia opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 99 ust. 4). Nie może być to dokonywane zwłaszcza poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wy-

konawcę, poza sytuacją wyraźnie wyszczególnioną w ustawie (art. 99 ust. 4–6). Natomiast samo opisanie przedmiotu zamówienia musi nastąpić, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów: przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności; przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi z uwzględnieniem preferencji zawartych w określonych rodzajach norm (art. 101). W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający, na zasadach wskazanych w ustawie, żąda od wykonawców przedmiotowych środków dowodowych (art. 7 pkt 20, art. 106).

Przygotowanie zamówienia wiąże się również z koniecznością określenia przez zamawiającego warunków udziału wykonawców w postępowaniu, opisu sposobu oceny spełnienia tych warunków oraz wskazania dokumentów to potwierdzających (art. 112 i n.). Poza ustawowymi warunkami negatywnymi wykluczającymi wykonawcę z postępowania (art. 108) ustawa przewiduje warunki pozytywne udziału w postępowaniu dotyczące stosownie do art. 112: zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej; sytuacji ekonomicznej lub finansowej; zdolności technicznej lub zawodowej. Ustalane są one przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia i wyrażane są jako minimalne poziomy zdolności. Zamawiający: 1. żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia; 2. może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 124) na zasadach wskazanych w rozporządzeniu⁸.

Przygotowując zamówienie publiczne, zamawiający musi także wybrać jeden z przewidzianych w ustawie trybów udzielania zamówienia: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjację z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, negocjację bez ogłoszenia lub zamówienie z wolnej ręki. Swoboda zamawiającego w tym zakresie jest jednak ograniczona. Ustawa nie wskazuje bowiem przesłanek wyboru jednego z trybów przetargowych w przeciwieństwie do pozostałych trybów, w których te przesłanki zostały wyraźnie określone. Ich zastosowanie może mieć miejsce w przypadkach wyszczególnionych w ustawie (art. 129).

Niezbędnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustalenie i opisanie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz podanie znaczenia tych kryteriów. W tym zakresie zamawia-

⁸ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415).

jący związany jest postanowieniami ustawy wskazującymi sposób formułowania kryteriów: zasady ich opisu; mierniki, które mogą odgrywać rolę kryteriów i które nie mogą pełnić takiej funkcji. Mianowicie kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz winny umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Powinny być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały (art. 240). Muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 241). Zgodnie z postanowieniami ustawy wybór najkorzystniejszej oferty może nastąpić na podstawie: 1. kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2. ceny lub kosztu w znaczeniu wskazanym w ustawie (art. 242). Zamawiający powinien także określić wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej. Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną (art. 247). Ustawa wprowadza ponadto postanowienia warunkujące możliwość zastosowania ceny jako jedyne kryterium (art. 246) oraz rozwiązania w zakresie wyboru oferty w sytuacji takiego samego bilansu zastosowanych kryteriów przy ocenie ofert (art. 248–250).

Stosownie do postanowień ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia — po jego uprzednim przygotowaniu — w zakresie wyłonienia wykonawcy następuje w określonym trybie, po wcześniejszym wszczęciu tego postępowania, przygotowaniu i złożeniu ofert oraz ich badaniu i ocenieniu w drodze wyboru najkorzystniejszej oferty. Wszczęcie tego postępowania następuje: albo w formie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej — w przypadku trybu przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego, na zasadach określonych w art. 86 i n. p.z.p.; albo w formie skierowania przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji — negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki (art. 130).

Wykonawca zamówienia jest wybierany przez zamawiającego na podstawie ofert niepodlegających odrzuceniu. Konieczne jest więc sprawdzenie, czy oferta została złożona przez podmiot niepodlegający wykluczeniu z tego postępowania. Wykonawca niespełniający warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu z postępowania w trybie i na zasadach wskazanych w art. 108–111 p.z.p. Ofertę złożoną przez takiego wykonawcę uznaje się za odrzuconą. Ponadto złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania oferta musi być także ważna. Obowiązkowe jest więc sprawdzenie, czy złożone oferty są ważne, to jest nie podlegają odrzuceniu z uwagi na przesłanki ustawowe (art. 226). W razie ich wystąpienia zamawiający jest zobowiązany ofertę, wobec której te przesłanki występują, odrzucić (art. 223–224).

Po stwierdzeniu, że w postępowaniu pozostały oferty niepodlegające odrzuceniu, zamawiający dokonuje ich oceny, to jest porównania ofert, aby wybrać wykonawcę zamówienia. Proces ten odbywa się nie w drodze swobodnej oceny, ale na podstawie jawnych kryteriów wskazanych w dokumentacji zamówienia, według reguły wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast najkorzystniejsza oferta to taka, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztów bądź oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239). W celu zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może przewidzieć przeprowadzenie aukcji elektronicznej do wyboru najkorzystniejszej oferty, na zasadach wskazanych w ustawie (art. 227–238). Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zobowiązany jest poinformować równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1. wyborze najkorzystniejszej oferty; 2. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, na zasadach przewidzianych w ustawie (art. 253).

Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania (art. 254). Dlatego przed zawarciem umowy zamawiający winien ocenić, czy nie występują ustawowe przesłanki unieważnienia tego postępowania. W sytuacji ich wystąpienia powinno nastąpić obowiązkowe unieważnienie postępowania albo rozważenie unieważnienia (przypadki fakultatywne) (art. 255–260). Całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być dokumentowane przez zamawiającego w formie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, na zasadach wskazanych w ustawie (art. 71–79), według wzoru określonego w rozporządzeniu⁹.

Przystąpienie do realizacji zamówienia następuje na podstawie zawartej umowy między podmiotem publicznym a wyłonionym wykonawcą. Jak już wskazano, w sprawach uregulowanych w ustawie jej postanowienia mają pierwszeństwo przed postanowieniami kodeksu cywilnego. Podmioty publiczne, zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego, muszą więc uwzględniać ograniczenia wynikające z ustawy. Mianowicie umowa w sprawie zamówienia publicznego winna być zawarta pod rygorem nieważności w formie pisemnej (art. 432). Może być ona zawierana co do zasady na czas oznaczony, na okres nie dłuższy niż cztery lata, wyjątkowo — w przypadkach wskazanych w ustawie — na czas nieoznaczony (art. 434–435). Winna zawierać postanowienia zamieszczone w ustawie (art. 436–441). Dodatkowo istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 454), z wyjątkiem sytuacji przewidzianej w ustawie (art. 455). Ponadto przepisy ustawy dają podmiotom publicznym szczególną możliwość odstąpienia od zawartej już umowy (art. 456). Ustawa przewiduje także szczególne przypadki nieważności umowy (art. 457).

⁹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 roku w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434).

Wskazane zachowania podmiotów publicznych przy udzielaniu zamówienia poddane są kontroli i ocenie, dokonywanej przez wykonawców, w zakresie przestrzegania reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w ustawie, w postaci środków ochrony prawnej (art. 505). Udzielanie zamówień publicznych poddane jest kontroli podmiotów zewnętrznych, na zasadach wskazanych w art. 596 i n. p.z.p. Konsekwencją stwierdzonych uchybień może być konieczność powtórzenia określonych działań/czynności, nieważność postępowania lub nieważność zawartej umowy (art. 554).

4.

Zaprezentowane w artykule ustalenia wskazują, że przy zamawianiu w formie umowy odpłatnej przez podmioty publiczne rzeczy, robót lub usług służących do wykonywania zadań publicznych przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzają określony reżim postępowania, mając na względzie dobro publiczne (ochronę mienia publicznego). Ustanowione reguły są równocześnie odniesieniem do działań oceniających i korygujących zachowanie podmiotów zarządzających mieniem publicznym. Dowodzi to, że analizowane przepisy ustawy, będące w określonych przypadkach swoistą procedurą postępowania przy wydatkowaniu publicznych środków finansowych, służą realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym.

Bibliografia

- Boć J., Błaś A., *Majątek publiczny*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005.
- Chełmoński A., *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999.
- Guziński M., *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005.
- Guziński M., *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Guziński M., Kocowski T., *Regulacja prawna gospodarowania mieniem publicznym*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021.

Implementation of the Function of Managing Public Property in the Public Procurement Law

Summary

When ordering in the form of a contract for consideration by public entities things, works, services used to perform public tasks, the provisions of the Public Procurement Law introduce a specific procedure regime, bearing in mind the public good (protection of public property). At the same time, these rules concern the assessment and correction of the behavior of entities managing public property. This indicates that the analyzed provisions of the law, which in certain cases are a kind of procedure for spending public funds, serve to perform the function of managing public property.

Keywords: public property, managing public property, public procurement law, awarding entity.

KRZYSZTOF HORUBSKI

ORCID: 0000-0003-3062-6015

Uniwersytet Wrocławski

krzysztof.horubski@uwr.edu.pl

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi — pomiędzy umową cywilnoprawną a publicznoprawną

Abstrakt: W artykule poruszono kwestię charakteru prawnego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zwrócono uwagę na możliwości jej jednoczesnego określania mianem cywilnoprawnej oraz publicznoprawnej przy przyjęciu stosownych zastrzeżeń i wskazaniu na odpowiednią płaszczyznę — normatywną lub nauki prawa administracyjnego oraz publicznego prawa gospodarczego. Wnioski te znajdują uzasadnienie w fakcie przenikania się oraz wzajemnego oddziaływania dominujących zasad prawa publicznego (równe traktowanie, nakaz ochrony konkurencji) oraz zasad prawa prywatnego (ograniczona, ale nie wyłączona swoboda umów) w regulacji prawnej tytułowych umów.

Słowa kluczowe: umowa, umowa publicznoprawna, umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi, umowa w administracji publicznej.

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest zasygnalizowanie złożoności kwestii charakteru prawnego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi jako konsensualnej formy działania administracji publicznej. U podłoża tego problemu niewątpliwie leży połączenie w regulacji prawnej odnośnej umowy aspektu odsłania do bezpośredniego stosowania kodeksu cywilnego¹ przy jej zawieraniu oraz wykonywaniu zobowiązań umownych z obecnością i podstawowym znacze-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.); dalej: k.c.

niem, jakie odgrywają w ramach jej regulacji prawnej zasady prawa publicznego. Znaczenie ma tu również fakt pozostawania realizacji takiej umowy z reguły w bezpośrednim związku z wykonywaniem zadań publicznych instytucji zamawiającej (koncesjodawcy). W związku z tym w dalszej części artykułu zostanie podniesiona kwestia cywilnoprawnych aspektów regulacji tytułowych umów, następnie zaś możliwego uzasadnienia określania ich mianem publicznoprawnych. Ustalenia te zostaną poprzedzone ukazaniem zasadniczych cech znamionujących umów koncesyjnych.

Zasadnicze cechy umów koncesji na roboty budowlane lub usługi

Regulacja tytułowej formy prawnej działania administracji niewątpliwie sytuuje się w obszarze prawa zamówień publicznych². Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jest specyficzną postacią zamówienia publicznego³. Dlatego też w rozważaniach nad tytułową instytucją prawną z reguły adekwatność zachowują poglądy formułowane w odniesieniu do regulacji zamówień publicznych objętych ustawą z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych⁴. Zawieranie i wykonywanie takich umów jest przedmiotem regulacji odrębnej ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁵. Do podstawowych elementów, które odróżniają tę konsensualną formę działania administracji publicznej od typowej umowy o zamówienie publiczne⁶, należą:

1. sposób wynagrodzenia koncesjonariusza (wykonawcy), polegający na udzieleniu (wykreowaniu) prawa do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawa do wykonywania usług, które to uprawnienia mogą być wyłączną formą wynagrodzenia lub też mogą im towarzyszyć dodatkowe (uboczne) dopłaty od zamawiającego (koncesjodawcy)⁷;

² Zob. T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020, s. 163.

³ Umowy takiej nie należy mylić z koncesją jako administracyjnym uprawnieniem do wykonywania działalności gospodarczej określonego rodzaju (przedmiotu) udzielanym przedsiębiorcy w drodze aktu administracyjnego (decyzji administracyjnej) przez właściwy organ administracji publicznej; zob. art. 37 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.); dalej: p.z.p.

⁵ Ustawa z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 541); dalej: u.u.k.r.b.u.

⁶ Por. art. 7 pkt 32 p.z.p.

⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.u.k.r.b.u. w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi: 1. wykonania robót budowlanych — wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu

2. konieczność ponoszenia przeważającej części ryzyka kontraktowego (gospodarczego) przez koncesjonariusza (wykonawcę);

3. długotrwałość zakładanego współdziałania pomiędzy stronami umowy.

Dwa pierwsze z wskazywanych aspektów w największym stopniu wyróżniają koncepcję umowy koncesyjnej. Odpłatny (czyli związany z istnieniem korzyści majątkowej) charakter wynagrodzenia wykonawcy w postaci „prawa do eksploatacji” (obiektu budowlanego lub wykonywanych usług) z reguły wyraża się w uprawnieniu do pobierania opłat od osób trzecich korzystających z danego obiektu budowlanego lub świadczonych usług. Takie opłaty są co najmniej ważnym źródłem pokrywania poniesionych wcześniej przez koncesjonariusza wydatków inwestycyjnych oraz bieżących kosztów działalności⁸.

Występowanie istotnej części ryzyka kontraktowego po stronie koncesjonariusza jest elementem definicji legalnej umowy koncesyjnej, a więc elementem konstrukcyjnym takich umów. Zgodnie z art. 3 ust. 3 u.u.k.r.b.u. koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. Założenie ponoszenia zasadniczej części ryzyka ekonomicznego przez koncesjonariusza znajduje rozszerzenie w ust. 4 odnośnego artykułu, zgodnie z którym przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego bądź świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, zwłaszcza jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie

budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane); 2. świadczenia usług i zarządzania tymi usługami — wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

⁸ Jak wskazuje Ryszard Szostak z ustawowego ujęcia umowy koncesji nie wynika, aby zawsze jej wykonywaniu musiało towarzyszyć zobowiązanie do świadczenia przez koncesjonariusza usług publicznych na rzecz osób trzecich. Możliwe są sytuacje, w których eksploatacja danego obiektu budowlanego będzie polegała na zaspokajaniu własnych potrzeb koncesjonariusza (na przykład biurowych, parkingowych, magazynowych) lub na działalności o charakterze czysto komercyjnym, bez elementu świadczenia usług objętych zadaniami publicznymi instytucji zamawiającej. W takim przypadku korzyścią zamawiającego będzie uzyskanie praw do wzniesionego obiektu budowlanego po zakończeniu umowy koncesji, tak aby następnie mógł być on wykorzystywany bezpośrednio w celach publicznych; zob. *idem*, *Umowy o zamówienie publiczne*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 280–281. Można sobie wyobrazić, że za pomocą tak ukształtowanej umowy koncesji powierza się roboty budowlane polegające na restaurowaniu obiektów zabytkowych, które po okresie użytkowania przez koncesjonariusza stają się przedmiotem użytkowania przez zamawiającego. Najczęściej umowy koncesji na roboty budowlane będą jednak dotyczyły obiektów budowlanych przeznaczonych na świadczenie usług publicznych, jak parkingi naziemne i podziemne, parki wodne, obiekty wystawienniczo-targowe itp.

nominalne lub nieistotne⁹. Wprawdzie w ustawie przewidziana jest możliwość dokonywania przez zamawiającego płatności (dopłat) na rzecz koncesjonariusza, lecz dopłaty takie nie mogą znosić czy istotnie ograniczać ponoszenia przez wykonawcę umowy ryzyka ekonomicznego w różnych jego aspektach. Szczególnym uzasadnieniem wprowadzenia dopłat dla koncesjonariusza może być fakt świadczenia przez niego, na podstawie umowy koncesyjnej, usług publicznych mających cechy usług użyteczności publicznej¹⁰ (na przykład obsługa publicznej strefy parkowania; usługi przewozów komunikacją miejską na danych liniach; realizacja określonych świadczeń zdrowotnych). W takich przypadkach celem dopłat będzie przyczynianie się do zapewnienia stałego świadczenia usług w sposób powszechnie dostępny i w określonej jakości przy nierównomierności (zmienności) zapotrzebowania na nie po stronie odbiorców.

Kolejnym cechą odróżniającą umowy koncesji od typowych umów o zamówienia publiczne jest długotrwałość zakładanego w ich ramach współdziałania zamawiającego oraz wykonawcy-koncesjonariusza. Umowy o zamówienia publiczne (regulowane przepisami p.z.p.) są co do zasady umowami na czas określony¹¹, nierzadko przewidzianymi do realizacji w ramach roku kalendarzowego, co wynika w głównej mierze z tego, że znaczna część zamawiających dokonuje wydatków w ramach swoich rocznych planów finansowych (budżetowych), obejmujących dany rok budżetowy. Umowa koncesji zawierana jest natomiast na czas oznaczony, przy czym w przypadku umowy zawartej na czas dłuższy niż pięć lat czas jej trwania nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji (art. 45 ust. 1–2). Ustawodawca nie wyznaczył przy tym maksymalnego czasu trwania umowy koncesji, uzależniając go od przewidywanego okresu, w którym można zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów poniesionych na przedmiot koncesji oraz jego eksploatację¹².

⁹ Inaczej więc niż w typowym zamówieniu publicznym wykonawca (koncesjonariusz) jest obciążony ryzykiem nieotrzymania zwrotu kosztów inwestycji poczynionych na wybudowanie, oddanie do użytku obiektu budowlanego lub przygotowanie i uruchomienie procesu świadczenia usług. W przypadku typowego zamówienia publicznego, jeżeli doszło do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, takie ryzyko praktycznie nie występuje z racji obowiązku zapłaty ceny ofertowej przez zamawiającego.

¹⁰ Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 679) zadania użyteczności publicznej to zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

¹¹ Zob. art. 434 p.z.p.

¹² Co do tak ujętego czasu trwania koncesji można sformułować zarzut nieodniesienia się prawodawcy do kwestii możliwości osiągnięcia przez koncesjonariusza zysków po odzyskaniu nakładów i zwrocie zainwestowanego kapitału. Szansa osiągnięcia zysków, mimo ponoszenia przeważającej

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako umowa prawa cywilnego

Po zasygnalizowaniu podstawowych aspektów pojęciowych umów koncesyjnych możliwe jest podjęcie problematyki charakteru prawnego odnośnej czynności prawnej. Analogicznie jak ma to miejsce w ustawie — Prawo zamówień publicznych¹³, także w przepisach u.u.k.r.b.u. zawarto odesłanie do bezpośredniego (a nie odpowiedniego) stosowania przepisów kodeksu cywilnego¹⁴ (w zakresie, który nie jest przedmiotem regulacji ustawy odsyłającej) w kwestiach związanych z zawieraniem, kwalifikacją prawną oraz wykonywaniem umowy. Odesłanie to jest uznawane w poglądach nauki prawa za wyznaczające charakter prawny umowy koncesyjnej jako cywilnoprawnej¹⁵. Poruszając problematykę charakteru prawnego analizowanej umowy, należy podkreślić, że w odniesieniu do jej zawierania oraz wykonywania nie możemy mówić o wyłączeniu tej umowy z cywilnoprawnej kategorii pojęciowej swobody umów¹⁶. Zamawiający-koncesjodawca nie jest szczególnie ograniczony w określaniu potrzeb (zadań), które mają być realizowane we współdziałaniu z wykonawcą w ramach umowy koncesyjnej. Podstawową rolę odgrywają tu ogólne zasady równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji (art. 12 ust. 1 u.u.k.r.b.u.), które sprzeciwiają się takiemu opisywaniu przedmiotu koncesji, w ramach którego zawężano by dostęp do możliwości ubiegania się o zawarcie umowy pod względem przedmiotowym lub podmiotowym, z zamiarem faworyzowania lub dyskryminowania określonych produktów (towarów) lub podmiotów bez obiektywnego uzasadnienia „ograniczeń dostępu” potrzebami (zadaniami) instytucji zamawiającej (zob. art. 26 ust. 3–4). Co do zasady nie oznacza to jednak ingerencji przez przepisy ustawy w kształt, wielkość (zakres) planowanej inwestycji (zadania), w określanie jej wyższych lub

części ryzyka ekonomicznego całego przedsięwzięcia, jest zasadniczą motywacją do angażowania się przez przedsiębiorców w złożone i długotrwałe współdziałanie z podmiotami publicznymi w ramach umów koncesyjnych, co powinno być w większym stopniu dostrzegane przez ustawodawcę.

¹³ Por. art. 8 ust. 1 p.z.p.

¹⁴ Zgodnie z art. 16 ust. 1 u.u.k.r.b.u. do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

¹⁵ Zob. R. Szostak, *op. cit.*, s. 275–279. Tadeusz Kocowski w odniesieniu do ustawowego pojęcia zamówienia publicznego wskazuje, że sam fakt określenia umowy o zamówienie mianem odpłatnej „oznacza, że w istocie będziemy mieli do czynienia ze stosunkiem cywilnoprawnym. Stosunek ten powstaje pomiędzy stronami umowy określanej mianem zamówienia publicznego” — *idem*, *Uczestnicy i procedury zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012, s. 60. Odpłatność umowy koncesyjnej w świetle jej definicji legalnej (art. 3 ust. 1 u.u.k.r.b.u.) nie budzi wątpliwości.

¹⁶ Zob. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 192, 199–200.

niższych uwarunkowań jakościowych czy funkcji (zastosowań)¹⁷. Chodzi tu więc o zapobieganie nieuzasadnionemu zawężaniu dostępu do planowanego zamówienia, a nie o ograniczanie w formułowaniu potrzeb przez instytucję zamawiającą. Odnośne przepisy nie nakładają także obowiązku zawierania umów koncesyjnych w określonych sytuacjach ani nie przesądzą momentu, w którym należy wyrażać zamiar zawierania takich umów.

Adekwatność posługiwania się wobec zamawiającego-koncesjodawcy kategorią pojęciową swobody umów nie oznacza oczywiście abstrahowania od podstawowej dominacji w regulacji prawnej zawierania umów koncesyjnych publicznoprawnych (wyznaczających stosunek państwa do podmiotów prywatnych) zasad równego traktowania, ochrony konkurencji czy jawności. Prym wskazanych norm-zasad w odnośnym zespole unormowań skutkuje ujęciem korzystania przez zamawiających ze swobody umów w ramy specyficznych ograniczeń publicznoprawnych służących protekcji wieloaspektowego interesu publicznego. Nie przekreśla to jednak zasadności posługiwania się pojęciem „swoboda umów” na gruncie regulacji u.u.k.r.b.u. i nie skłania do konieczności poszukiwań alternatywy pojęciowej (typu „samodzielność umowna”). Możemy tu, w uproszczeniu, mówić o publicznoprawnym „wariacie” czy „wymiarze” swobody umów. Konieczne jest jednak zachowanie świadomości podporządkowania korzystania z odpowiednich instrumentów cywilnoprawnych dominującemu wpływowi zasad prawa publicznego.

Dochodzi tu więc do „przekierowania” swobody umów (z perspektywy zamawiającego) na obszar ochrony różnorodnych interesów publicznych (w ramach korzystania z elastycznych, ułatwiających współdziałanie z podmiotami prywatnymi, form kontraktowych) z typowego dla swobody umów założenia o jej wykorzystywaniu przez podmioty prywatne jako obszaru realizowania ich wolności (w różnych jej przejawach)¹⁸. W stwierdzenie to wpisuje się pogląd Tadeusza Kocowskiego, zgodnie z którym

procedura działań prowadzących do udzielenia zamówienia publicznego stanowi, znany w teorii prawa administracyjnego, swoisty ciąg, następujących po sobie, powiązanych czynności faktycz-

¹⁷ Z tym stwierdzeniem koresponduje treść art. 26 ust. 2 u.u.k.r.b.u.: „Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody”.

¹⁸ Natomiast z perspektywy przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem statusu strony umowy koncesyjnej korzystanie ze swobody umów dostępnej dla nich w ramach regulacji u.u.k.r.b.u. będzie przejawem korzystania z wolności działalności gospodarczej. Por. T. Kocowski, *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 539–540.

nych i prawnych, efektem którego ma być nie tyle skorzystanie z autonomii woli przy wyborze przyszłego partnera umowy, ile wybór tego partnera i zawarcie umowy o realizację zamówienia z zachowaniem przewidzianych przepisami ustawy rozwiązań i zasad wynikających z konieczności uwzględnienia przez zamawiających troski o interes publiczny. Ta troska o interes publiczny wynikać powinna choćby z przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi w odniesieniu do zawierania umów o zamówienia publiczne¹⁹.

Przywołane wskazania pozwalają ogólnie (w płaszczyźnie dwupodziału porządku prawnego) uznać regulację prawną umów koncesyjnych za regulację publicznoprawną. To z kolei rodzi pytanie o podstawy i sensowność określania odnośnej umowy mianem „publicznoprawna”.

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako umowa publicznoprawna oraz umowa w administracji publicznej

Na gruncie ocen formułowanych w nauce prawa (administracyjnego, publicznego gospodarczego) można uznawać za uzasadnione określanie umowy koncesyjnej mianem „publicznoprawna”, przy czym — podobnie jak wskazano w odniesieniu do kategorii pojęciowej swobody umów — konieczne jest poczynienie w tym względzie istotnych zastrzeżeń. Na możliwość wyodrębniania „umów publicznoprawnych” w ramach naukowych (doktrynalnych) prób systematyzacji konsensualnych form działania administracji publicznej wskazuje między innymi Zdzisław Gordon, stawiając przy tym pytanie o praktyczne znaczenie takiego zabiegu²⁰. W przypadku szeroko rozumianych umów o zamówienia publiczne, w tym umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, odnośne znaczenie sprowadzałoby się właśnie do podkreślania „podporządkowania” istotnych elementów ich regulacji prawnej (zwłaszcza procesu zawierania umowy i wyboru wykonawcy) odpowiednim zasadom prawa publicznego czy też publicznoprawnym celom (wartościom), co oczywiście musi mieć także wpływ na wykładnię szczegółowych unormowań dotyczących zawierania oraz wykonywania takich umów.

Jednocześnie należy zastrzec, że określenie „umowa publicznoprawna” mogłoby być używane w kontekście najbardziej ogólnego podziału porządku prawnego na prawo publiczne oraz prawo prywatne. Nieadekwatne byłoby natomiast określanie szeroko rozumianej umowy o zamówienie mianem administracyjnej, które to miano sytuowałoby się w płaszczyźnie dokładniejszego (niż wskaza-

¹⁹ T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 23.

²⁰ Zob. Z. Gordon, *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola...*, s. 233–234.

ny dwupodział) gałęziowego podziału prawa. Wynika to między innymi z tego, że podstawowym kryterium różnicowania instrumentów cywilno- oraz administracyjnoprawnych jest kryterium metody regulacji stosunków prawnych, podczas gdy w przypadku umów o zamówienia zawieranych między podmiotami formalnie równorzędnymi, bez elementów władztwa administracyjnego po stronie zamawiającego, mamy do czynienia z cywilnoprawną metodą regulacji.

Posługiwanie się wobec tytułowej umowy określeniem „publicznoprawna” może mieć więc miejsce z wyraźnym zastrzeżeniem o używaniu tego miana jako przejawu zwracania uwagi na liczne i istotne publicznoprawne aspekty regulacji umów koncesyjnych. Wskazywane określenie nie może zaś być wykorzystywane jako podstawa zaprzeczania kwalifikacji prawnej umów koncesyjnych dokonanej przez ustawodawcę (na mocy odesłania zawartego w art. 16 ust. 1). Odnosne aspekty publicznoprawne w regulacji umów koncesyjnych wyrażają się zasadniczo w podobnych kwestiach, jak ma to miejsce w przypadku typowych umów o zamówienia publiczne²¹ (na przykład w swoistych ograniczeniach swobody umów służących ochronie różnych postaci interesu publicznego, w tym równemu, konkurencyjnemu dostępowi do ubiegania się o kontrakt z podmiotem publicznym²², a wyrażonych zasadniczo normami typu *ius cogens*²³). W umowach koncesyjnych z reguły będzie zachodził ściślejszy związek świadczeń koncesjonariusza z zadaniami publicznymi spoczywającymi na zamawiającym-koncesjodawcy, niż ma to miejsce w typowych (objętych regulacją p.z.p.) zamówieniach publicznych. Te ostatnie najczęściej służą bowiem pozyskiwaniu od przedsiębiorców świadczeń rzeczowo-usługowych potrzebnych do bieżącego działania administracji publicznej. Tak więc świadczenia wykonawcy zamówienia publicznego polegające na dostawie potrzebnego zamawiającemu sprzętu czy materiałów lub na wzniesieniu obiektu budowlanego nie są formą bezpośredniego zaangażowania się wykonawcy w realizację zadania publicznego, lecz pozostają w pośrednim związku z takimi zadaniami (świadczenia będące materialnymi podstawami realizacji zadań publicznych przez samą administrację). Z kolei w umowach koncesyjnych elementem świadczenia koncesjonariusza jest najczęściej realizacja usług publicznych na rzecz osób niebędących stronami umowy koncesyjnej.

²¹ R. Szostak stwierdza, że umowy koncesyjne mają charakter publicznoprawny w ujęciu funkcjonalnym, a nie konstrukcyjnym, ponieważ służą realizacji zadań publicznych. Publicznoprawne cele umowy koncesji nie kształtują w sposób bezpośredni struktury (charakteru) takiej umowy, ale mają doniosły wpływ na interpretację przepisów regulujących umowy koncesyjne — *idem*, *op. cit.*, s. 282–283. Zob. A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 192–194.

²² Zob. np. art. 12, art. 13 ust. 1, art. 40 u.u.k.r.b.u.

²³ W odniesieniu do specyfiki ograniczeń swobody umów w prawie zamówień publicznych T. Kocowski stwierdza, że „Mamy tu [...] do czynienia nie tylko z brakiem wpływu woli stron na dyspozycje norm prawnych, ale także i z tym, że istnieje obowiązek podejmowania zachowań wyznaczonych przez tę normę prawną. Działanie musi być podjęte w takim kształcie i według takich reguł, jakie wytycza norma prawna. Mamy więc tu wyraźne wzmocnienie konieczności podejmowania działania zgodnego z dyspozycją normy” — *idem*, *Kontrola...*, s. 22.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi podobnie jak umowy w sprawach zamówień publicznych czy umowy partnerstwa publiczno-prywatnego mieszczą się w wykreowanej w poglądach doktryny kategorii pojęciowej „umowy w administracji publicznej”. Takie ujęcie ma na celu ukazanie elementów specyficznych dla obszaru konsensualnych form działania administracji publicznej, gdzie (potwierdzanemu często przez ustawodawcę) zachowaniu cywilnoprawnego charakteru czynności prawnej — umowy — jednocześnie towarzyszy poddanie przygotowywania, zawierania oraz (w mniejszym lub większym stopniu) wykonywania takich umów dominującemu oddziaływaniu zasad prawa publicznego (określających stosunek podmiotów władzy publicznej do jednostek prywatnych). Posługiwanie się takimi kategoriami pojęciowymi jest także reakcją na brak wyodrębnionej normatywnie w polskim porządku prawnym kategorii umów administracyjnych²⁴. W ślad za Piotrem Stecem przyjmuję następujące cechy umów w administracji publicznej:

1. podmiotowa kwalifikacja stron umowy, co oznacza, że przynajmniej jedną ze stron umowy musi być podmiot publiczny;
2. zastosowanie, w mniejszym lub większym stopniu, do stosunku prawnego wynikającego z takiej umowy także przepisów k.c.;
3. podleganie ustanowionym w interesie publicznym szczególnym, w stosunku do powszechnego obrotu cywilnoprawnego, regułom: zawierania umowy, kształtowania uprawnień oraz obowiązków stron, a także odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązań²⁵.

Wszystkie wskazane cechy znamionują w istotnym stopniu umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zarówno kwestie specyficznych ograniczeń publicznoprawnych w zawieraniu takich umów, jak i fakt odesłania do bezpośredniego stosowania przepisów k.c. (na przykład w zakresie wykonywania zobowiązań umownych, odpowiedzialności kontraktowej, charakteru prawnego czynności dokonywanych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji) były już podkreślane. Odnośnie umowy odznaczają się również, wyszczególnianą wcześniej, cechą podmiotowej kwalifikacji stron (obecnie określanych jako zamawiający oraz wykonawca, uprzednio jako koncesjonariusz i koncesjodawca²⁶), przy czym zamawiający to podmioty publiczne, takie jak jednostki sektora finansów publicznych, instytucje prawa publicznego działające głównie w formie spółek kapitałowych (a więc spoza sektora finansów publicznych)²⁷ oraz publiczne podmioty gospodarcze (przedsiębiorcy publiczni)²⁸.

²⁴ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 431–438.

²⁵ Zob. P. Stec, *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013, s. 21–22.

²⁶ Zob. art. 2 pkt 2, pkt 9 oraz art. 3 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 113).

²⁷ Zob. art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.).

²⁸ Zob. art. 2 pkt 11 u.u.k.r.b.u.

Zakończenie

Jak wynika z zaprezentowanych rozważań, możliwe jest określanie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi mianem zarówno cywilnoprawnej, jak i publicznoprawnej. Konieczne jest przy tym wyraźne wskazanie kontekstu, w jakim używa się danego określenia, i czynienie stosownych zastrzeżeń. Określanie umowy koncesyjnej mianem „cywilnoprawna” znajduje uzasadnienie w fakcie kwalifikacji dokonanej przez samego ustawodawcę, podkreślającej także rolę, jaką w zawieraniu, a w jeszcze większym stopniu w wykonywaniu takich umów, będą odgrywały stosowne unormowania k.c. Za takim określeniem tytułowych umów przemawia również ogólna adekwatność posługiwania się wobec nich kategorią pojęciową swobody umów, używaną ze świadomością podporządkowania korzystania z niej przez zamawiającego-koncesjodawcę nadrzędnym ograniczeniom publicznoprawnym.

Jednocześnie przedstawione zjawisko prawne z pewnością nie jest typowym przykładem umowy zawieranej w powszechnym obrocie cywilnoprawnym, w warunkach korzystania z ogólnie wyznaczonej przez porządek prawny autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych. Tak więc w płaszczyźnie dyskursu naukowego uzasadnione jest określanie odnośnej umowy także mianem „publicznoprawna”. Taki zabieg może być czyniony w celu podkreślenia znaczenia w jej regulacji prawnej zasad prawa publicznego, motywu ochrony interesów publicznych (wartości publicznych) oraz nierzadko bezpośredniego związku przedmiotu takiej umowy z wykonywaniem zadań publicznych.

Wskazane założenia nie mogą dziwić, skoro w przypadku umowy koncesyjnej niewątpliwie mamy do czynienia z instrumentem prawnym z obszaru tak zwanego prawa pogranicza, gdzie dochodzi do przenikania się oraz wzajemnego oddziaływania na siebie zasad prawa publicznego (wyznaczających relacje państwo–jednostka prywatna) z zasadami prawa prywatnego, mającymi na celu tworzenie warunków (ram) korzystania z różnych przejawów wolności człowieka przez podmioty prywatne.

Bibliografia

- Gordon Z., *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Kocowski T., *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018.
- Kocowski T., *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.

- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020.
- Kocowski T., *Uczestnicy i procedury zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012.
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Stec P., *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013.
- Szostak R., *Umowy o zamówienie publiczne*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

Works or Services Concession: Between a Civil Law Contract and a Public Law Contract

Summary

The article discusses the legal nature of concession contracts for works or services. It draws attention to the fact that such contracts can be simultaneously described as both civil law and public law contracts, assuming that appropriate provisions are applied and the right basis is determined — a normative one or that of the science of administrative law and public economic law. These conclusions are justified by the fact of the interpenetration and mutual interaction, in the legal regulation of concession contracts, of the dominant principles of public law (equal treatment, order to protect competition) and the principles of private law (limited, but not excluded freedom of contract).

Keywords: contract, contract under public law, concession for works or services, contract in public administration.

MICHAŁ KANIA

ORCID: 0000-0003-1562-541X

Uniwersytet Śląski w Katowicach

michal.kania@us.edu.pl

Kilka uwag o nadchodzącej ewaluacji pierwszego roku obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku

Abstrakt: Reforma rodzimych zamówień publicznych została wprowadzona mocą ustawy z dnia 11 września 2019 roku, która weszła w życie 1 stycznia 2021 roku. Po roku jej obowiązywania na podstawie sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych, które zostanie ogłoszone w czerwcu 2022 roku, możliwe będzie wskazanie wstępnych wniosków dotyczących trajektorii ewentualnego przemodelowania polskiego rynku zamówień publicznych. Kluczowe okażą się wskaźniki dotyczące konkurencyjności rynku, wykorzystania konstrukcji wzmacniających współpracę z sektorem prywatnym, w tym wykorzystania wstępnych konsultacji rynkowych oraz trybów negocjacyjnych, jak również poziom realizacji tak zwanych zamówień strategicznych.

W niniejszym opracowaniu najpierw zawarte zostały uwagi dotyczące stanu polskiego rynku zamówień publicznych przed pełnym wdrożeniem reformy. Następnie zarysowane zostały kierunki zmian społeczno-polityczno-gospodarczych wymuszające nowe podejście do zamówień publicznych na poziomie unijnym oraz krajowym. Wspomniane zostały również główne założenia ustawy z dnia 19 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Na zakończenie wskazano kluczowe sfery, które w ocenie autora powinny wzbudzać szczególne zainteresowanie w kontekście ewaluacji polskiego rynku zamówień publicznych za 2021 rok.

Słowa kluczowe: reforma zamówień publicznych, zmiany klimatyczne, rozwój technologiczny, pandemia COVID-19, ewaluacja.

Wprowadzenie

Pandemia wywołana koronawirusem SARS-CoV-2 doprowadziła do gwałtownych zmian w każdym aspekcie funkcjonowania życia społecznego. Nałożyła się równocześnie na zapoczątkowane już dynamiczne zmiany społeczno-gospodarcze związane w szczególności z zapobieganiem negatywnym zmianom klimatycznym oraz niepohamowanym rozwojem technologicznym, implikowanym czwartą rewolucją przemysłową. Ponadto w ciągu kilku ostatnich lat obserwowane są zmiany na geopolitycznej szachownicy świata. Zmiany globalne nakazują zadać pytanie o zmiany w obszarze konstrukcji właściwych prawu publicznemu, w tym konstrukcji z obszaru zamówień publicznych. W nowych warunkach pojawia się pytanie o rolę i pożądany model zamówień publicznych. Powraca także pytanie, czy należy podejmować określone działania interwencyjne w sferze kontraktów związanych z dostawami, robotami budowlanymi oraz usługami, finansowanych ze środków publicznych, czy też pozostawić sferę współdziałania prawa publicznego i prywatnego z obszaru zamówień „siłom” wolnego rynku.

Wydaje się, iż praktyka prawodawcza obrazowana inflacją przepisów, na poziomie zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym, udzieliła już odpowiedzi na tak postawione pytanie. Zamówienia publiczne są bowiem przedmiotem żywego zainteresowania regulatorów, jak również ustawodawcy co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, ze względu na wysokość wydatkowanych w ramach zamówień środków publicznych. Po drugie, z uwagi na liczbę podmiotów zobowiązanych do stosowania regulacji prawnych z obszaru zamówień publicznych.

Analiza wyzwań współczesności wraz z analizą dokumentów, jakie są wydawane na poziomie UE, pozwalają na zarysowanieżądanego — dopasowanego do aktualnych potrzeb — modelu zamówień publicznych. Model ten z pewnością nie jest jedynym właściwym. Może okazać się błędny i nietrafiony wobec rzeczywistych wyzwań globalnych. Bez wątplenia staje się jednak obecnie dominującym, przynajmniej na obszarze UE.

Polska regulacja dotycząca zamówień publicznych poddana została dogłębnej reformie na skutek przyjęcia ustawy z dnia 19 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych¹. Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku. Po roku jej obowiązywania pojawia się pytanie, czy zakładane zmiany w zakresie polskiego modelu zamówień publicznych zostają wdrożone w życie. Okazją do pierwszych, bardzo wstępnych, wniosków będzie publikowane corocznie sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące funkcjonowania krajowego rynku zamówień publicznych w 2021 roku. Rzecz jasna pierwsze kompleksowe dane z rynku mogą stanowić jedynie informację wstępną dotyczącą

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019.

poziomu wdrożenia nowych rozwiązań. Tym niemniej wskażą one na określoną tendencję i ewentualną trajektorię zmian rodzimych zamówień publicznych.

W niniejszym opracowaniu najpierw ukazany zostanie obraz rodzimych zamówień publicznych na podstawie sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za rok 2020, następnie zarysowany zostanie obraz wyzwań współczesności, które mają wpływ na działania sektora publicznego, w tym aktualny, pożądany model zamówień publicznych. W kolejnej części zasygnalizowany zostanie kierunek zmian polskich zamówień publicznych nakreślony ramami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku. Całość zakończy podsumowanie, w którym określone zostaną wskaźniki, które powinny budzić szczególne zainteresowanie na gruncie sprawozdania Prezesa UZP dotyczącego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce w 2021 roku. Sprawozdanie to zostanie opublikowane w połowie 2022 roku.

Analiza polskiego rynku zamówień publicznych przed reformy wprowadzonej ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych — kluczowe wskaźniki

Analizę prowadzoną w niniejszym opracowaniu warto rozpocząć od przywołania danych dotyczących polskiego rynku zamówień publicznych przed pełnym wdrożeniem reformy mocą ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Polem badawczym będą zatem przede wszystkim wyniki za 2020 rok. Są one jednak reprezentatywne dla wyników właściwych również w poprzednich latach.

Polski rynek zamówień publicznych w 2020 roku objął 135 048 udzielonych zamówień publicznych. Wartość zamówień publicznych w tym roku wyniosła 183,5 miliarda złotych. Kwota ta odpowiada około 7,9% produktu krajowego brutto (PKB). Należy wskazać, iż wartość rynku zamówień publicznych w 2020 roku, obejmujących zarówno zamówienia udzielane w procedurach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, jak i na podstawie wyłączeń z obowiązku stosowania tej ustawy, wyniosła w sumie około 281 miliardów złotych. Dane te wskazują na potencjał rynku w kontekście wprowadzania ewentualnych zmian legislacyjnych. Zmiany te mają znaczenie dla modelowania skutków wydatkowania wielomiliardowych kwot.

Analizując wykorzystanie trybów udzielania zamówień publicznych w Polsce, należy wskazać, że 88,56% zamówień publicznych udzielono w trybie przetargu nieograniczonego. Tryb ten zdecydowanie przeważa w polskiej praktyce

udzielania zamówień publicznych. Z kolei tryb zamówienia z wolnej ręki zastosowano w 8,9% postępowań. Pozostałe tryby odpowiadały za 2,54% udzielonych zamówień. Warto podnieść, iż konkurencyjne tryby negocjacyjne, takie jak negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny oraz partnerstwo innowacyjne, zastosowano jedynie w 0,08% udzielonych zamówień publicznych. Odnosząc się do kwestii atrakcyjności rodzimego rynku zamówień publicznych z perspektywy sektora prywatnego, należy wskazać, że w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania wyniosła 2,78. Podobne wartości odnotowywano w poprzednich latach w stosunku do postępowań powyżej progów unijnych. W 85,1% udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych zamawiający dokonywali wyboru najtańszej oferty spośród wszystkich złożonych ofert.

Brakuje szczegółowych danych dotyczących przypadków korupcji w ramach prowadzonych postępowań, jak również korupcji, która może pojawić się na etapie wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych. Badania na temat korupcji w krajowych zamówieniach publicznych miały jak dotąd charakter wycinkowy. Przykładowo w 2013 roku raport zlecony przez Komisję Europejską na temat zjawisk korupcyjnych w zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych wykazał, iż przypadki korupcji w Polsce pojawiały się aż w 19–23% krajowych postępowań². Z kolei 23 stycznia 2020 roku ogłoszono wyniki kolejnej edycji Indeksu Percepcji Korupcji³. Badanie prowadzone jest corocznie przez Transparency International — organizację międzynarodową działającą na rzecz przejrzystości i uczciwości w życiu publicznym i gospodarczym. Indeks ma charakter wieloźródłowy; raport powstaje na podstawie ankiet uzupełnianych przez przedstawicieli środowisk biznesowych, a także ocen sporządzanych przez ekspertów z danego kraju. W raporcie za 2019 rok ewaluacji poddano 180 krajów, które mogły otrzymać od 0 do 100 punktów, przy czym 0 punktów oznacza kraj wysoce skorumpowany, 100 punktów zaś znikomą skalę korupcji. W zestawieniu za 2019 rok Polska zajęła dopiero 41 miejsce, otrzymawszy 58 punktów. Średni wynik dla grupy Europa Zachodnia i Unia Europejska, do której należy Polska, wynosił zaś 66 punktów.

To, co w pewnym stopniu może świadczyć o ryzyku występowania korupcji na krajowym rynku zamówień publicznych, to liczba postępowań, w których

² Badanie oparto na danych z ośmiu krajów Unii Europejskiej. Wybór krajów UE był zatwierdzony przez Komisję Europejską i uwzględniał zarówno te o wysokim (Rumunia, Włochy), średnim (Polska, Hiszpania, Węgry, Litwa) i niskim (Holandia, Francja) poziomie korupcji. Badanie zostało przygotowane przez firmy PwC i Ecorys przy wsparciu Uniwersytetu w Utrechcie na potrzeby Komisji Europejskiej. Jego celem było opracowanie informacji, metodologii i narzędzi służących Komisji lub organom państw członkowskich do wprowadzania polityki antykorupcyjnej, a także zaprezentowanie metodologii do szacowania kosztów korupcji w zamówieniach publicznych w sektorach gospodarki, w których wykorzystywane są fundusze europejskie.

³ *Corruption Perceptions Index* — CPI.

wpływa tylko jedna oferta. Sytuacja taka zasadniczo świadczy o dysfunkcjach rynku zamówień publicznych, który *ex natura* powinien być atrakcyjny dla sektora prywatnego. Odsetek postępowań, w których wpłynęła jedna oferta, wynosi w Polsce około 43% wszystkich postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego⁴.

Istotny komponent polskiego rynku zamówień publicznych stanowią tak zwane zamówienia *in-house*. W 2020 roku udzielono łącznie 541 takich zamówień. *In-house* wertykalny został wykorzystany w 520 przypadkach, *in-house* wspólny z kolei znalazł zastosowanie w 17 przypadkach, a *in-house* odwróconego oraz siostrzanego użyto w 4 przypadkach. Największa liczba zamówień typu *in-house* została udzielona na usługi, w 2020 roku były to w sumie 382 zamówienia, stanowiące 71% wszystkich zamówień *in-house*. W wypadku robót budowlanych było to 151 zamówień, czyli 28% wszystkich udzielonych zamówień. Z kolei w przypadku dostaw — 8 zamówień, odpowiadających 1% zamówień *in-house*.

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej polscy zamawiający opublikowali 28 036 ogłoszeń o zamówieniach i konkursach. Stanowiło to 12% wszystkich przetargów ogłoszonych na szczeblu unijnym oraz 44% przetargów ogłoszonych przez nowe kraje członkowskie. Z ogłoszeń opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wynika z kolei, że 97% zamówień na polskim rynku udzielono przedsiębiorstwom krajowym.

Polski rynek zamówień publicznych charakteryzuje się również dużą liczbą odwołań wnoszonych przez wykonawców. Liczba tychże wniesionych w 2020 roku była na poziomie 3545. Średni czas rozpatrywania odwołania to 30 dni.

Warto zwrócić uwagę na bardzo niski poziom wykorzystania dialogu technicznego. W 2020 roku rozwiązanie to znalazło zastosowanie jedynie w 170 prowadzonych postępowaniach, co stanowiło 0,15% ogółu ogłoszeń. Dane dotyczące tak zwanych zamówień zrównoważonych wskazują, iż w przypadku zamówień prośrodowiskowych oraz proinnowacyjnych jedynie 384 zamawiających udzieliło 1544 zamówień publicznych uwzględniających aspekty środowiskowe lub innowacyjne. Udział „zielonych” lub innowacyjnych zamówień publicznych w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych wyniósł 1%, podczas gdy ich wartość stanowiła 7% łącznej wartości udzielonych zamówień publicznych. Zamówienia społeczne z kolei zostały wykorzystane przez 2587 zamawiających, którzy udzieliли 28 499 zamówień publicznych. Udział społecznych zamówień publicznych w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych wyniósł 21%, podczas gdy wartość społecznych zamówień publicznych w odniesieniu do łącznej wartości udzielonych zamówień publicznych stanowiła 40%.

⁴ W robotach budowlanych postępowaniach z jedną ofertą było niecałe 13%. W dostawach 47% zamówień to zamówienia z jedną ofertą. W przypadku usług odsetek ten był mniejszy i wyniósł 39%.

Wyzwania współczesności w kontekście dokumentów i polityk programowych UE

Obecna sytuacja społeczno-polityczno-gospodarcza w kontekście globalnym wykazuje się dużą dynamiką i głębokością zmian. Zmiany te dotyczą co najmniej kilku kluczowych sfer. Część z aktualnych zmian ma charakter ewolucyjny, należy do nich zaliczyć zmiany w obszarze technologicznym oraz zmiany, jakie obserwowane są w podejściu do kwestii klimatycznych. Inne zmiany mają jednak bardziej gwałtowny charakter. Są one wynikiem wybuchu pandemii COVID-19 oraz przeobrażeń w geopolitycznym obrazie świata. Pandemia COVID-19 oddziałuje na niemal wszystkie aspekty funkcjonowania społeczeństw, ma również kluczowe znaczenie dla sfery stosunków gospodarczych.

Za pojawiającymi się dynamicznie zmianami stara się nadążać sektor publiczny, wdrażający liczne programy oraz polityki społeczne. Zjawisko to obserwowane jest na poziomie zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym. W przypadku UE najwcześniej pojawiały się programy mające na celu nadążenie za zmianami w obszarze zwalczania negatywnych zmian klimatycznych. Najistotniejsze znaczenie w tym kontekście odgrywa Nowy Europejski Zielony Ład⁵, który został zaprezentowany przez Komisję Europejską w grudniu 2019 roku. Zakłada on zbudowanie zrównoważonej gospodarki UE poprzez dostrzeżenie w wyzwaniach związanych z klimatem i środowiskiem naturalnym możliwości rozwoju we wszystkich obszarach polityki oraz przeprowadzenie transformacji, która będzie sprawiedliwa i sprzyjająca włączeniu społecznemu. Nowy Europejski Zielony Ład dotyczy wszystkich sektorów gospodarki, w szczególności zaś transportu, energii, rolnictwa, obiektów budowlanych oraz takich gałęzi przemysłu, jak przemysł stalowy, cementowy, teleinformatyczny, tekstylny i chemiczny.

Ponadto UE stara się sprostać zmianom, jakie były do tej pory obserwowane w obszarze rozwoju technologicznego. Odpowiednie regulacje zostały zawarte w Nowej Strategii Przemysłowej Unii Europejskiej⁶. Polityka ta została przedstawiona przez Komisję Europejską w marcu 2020 roku. Ma ona charakter przekrojowy, a jej celem jest zapewnienie warunków ramowych sprzyjających konkurencyjności w przemyśle. Polityka ta została oparta na dwóch filarach: neutralności klimatycznej oraz cyfryzacji (digitalizacji), jest także związana z wieloma unijnymi strategiami politycznymi, na przykład handlem, rynkiem wewnętrznym, badaniami i innowacjami, zatrudnieniem, ochroną środowiska i zdrowiem

⁵ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 11 grudnia 2019 roku — Nowy Zielony Ład, COM (2019) 640 final.

⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 10 marca 2020 roku — Nowa strategia przemysłowa dla Europy, COM (2020) 102 final.

publicznym. Unijna polityka przemysłowa powinna zmierzać przede wszystkim do: przyspieszenia dostosowania przemysłu do zmian strukturalnych, wspierania środowiska sprzyjającego inicjatywom i rozwojowi przedsiębiorstw (zwłaszcza małych i średnich) w całej Unii, wspierania środowiska sprzyjającego współpracy między przedsiębiorstwami oraz sprzyjania lepszemu wykorzystaniu potencjału przemysłowego polityk innowacyjnych, badań i rozwoju technologicznego.

Komisja 9 marca 2021 roku przedstawiła wizję i kierunek transformacji cyfrowej w Europie do 2030 roku. Zaproponowała wówczas tak zwany cyfrowy kompas, aby przekuć ambicje cyfrowe UE na 2030 roku na konkretne cele. Kształtują się one wokół czterech głównych punktów: 1. wykwalifikowane cyfrowo społeczeństwo i wysoko wykwalifikowani profesjonaliści w dziedzinie cyfrowej; 2. bezpieczna, wydajna i zrównoważona infrastruktura cyfrowa; 3. transformacja cyfrowa przedsiębiorstw; 4. cyfryzacja usług publicznych.

Zmiany geopolityczne to przede wszystkim kwestia dotycząca relacji polityczno-gospodarczych między Unią Europejską a wiodącymi gospodarkami światowymi, to jest gospodarkami chińską oraz amerykańską. Istotne znaczenie ma zwłaszcza ewentualna współpraca nawiązywana przez kraje członkowskie z Chinami w ramach inicjatywy tak zwanego Nowego Jedwabnego Szlaku. Koncepcja ta, określana również Inicjatywą Pasa i Drogi, została przedstawiona przez przewodniczącego Chińskiej Republiki Ludowej Xi Jinpinga w 2013 roku. Skomplikowany charakter współpracy z większością chińskich przedsiębiorców wynika z ich statusu jako przedsiębiorców subsydiowanych.

Częstokroć w praktyce obserwuje się, iż dopuszczenie przedsiębiorców chińskich do rynku unijnych zamówień publicznych skutkuje poważnymi zakłóceniami konkurencji. W celu zapobieżenia takim sytuacjom 17 czerwca 2020 roku Komisja Europejska wydała Białą Księgę w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi⁷. Księga ta składa się z trzech modułów. W module 3 zawarto propozycje regulacji dotyczące zamówień publicznych. Według podstawowego założenia przyjętego w tym module w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w księdze nabywcy publiczni w UE byłiby zobowiązani do wykluczenia z procedur udzielania zamówień publicznych tych podmiotów gospodarczych, które otrzymały zakłócające konkurencję subsydia zagraniczne. Ta nowa podstawa wykluczenia mogłaby zarówno mieć zastosowanie w ramach konkretnej procedury, jak i prowadzić do wykluczenia z kolejnych procedur udzielania zamówień publicznych pod warunkiem spełnienia określonych warunków. Do zastosowania sankcji polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania konieczne będzie ustalenie, czy subsydlum zagraniczne ułatwia udział w procedurze udzielania zamówień publicznych, to jest — czy umożliwia podmiotowi gospodarczemu korzystającemu z subsydium udział w procedurze ze szkodą dla przedsiębiorstw, które nie otrzymały subsydium. Propozycje zawarte

⁷ COM (2020) 253.

w Białej Księdze doczekały się rozwinięcia w propozycji rozporządzenia Komisji Europejskiej i Rady w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny⁸.

Pandemia COVID-19 wraz ze zmianami geopolitycznymi wymusiła podjęcie dodatkowych działań mających na celu łagodzenie skutków pojawiających się kryzysów. Pierwszym — zauważalnym na poziomie krajowym — było przyjęcie 2 marca 2020 roku ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁹. Z praktycznego punktu widzenia jednym z kluczowych obszarów regulacji zawartej w tej ustawie stała się kwestia wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie rozwiązanie zostało przewidziane w art. 6. Zgodnie z zawartą w nim dyspozycją do zamówień, których przedmiotem są dostawy¹⁰ lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w sprawach związanych z zapobieganiem i zwalczaniem pandemii wywołało dyskusję, nasiloną w związku z licznymi wątpliwościami co do zamówień na szczeblu rządowym, która dotyczyła zagrożeń procedur zamówieniowych szeroko rozumianą korupcją i nepotyzmem.

Drugi obszar wpływu pandemii COVID-19 — o charakterze ponadnarodowym — to przyjęcie bezprecedensowego Europejskiego Planu Odbudowy, który został ogłoszony przez Komisję Europejską 27 maja 2020 roku. Jego najważniejszym elementem stało się utworzenie funduszu Next Generation EU w wysokości 750 miliardów euro. Wiele z założeń przedstawionych w Europejskim Planie Odbudowy, a następnie w ich krajowych implikacjach będzie związanych z zastosowaniem procedur z zakresu zamówień publicznych.

⁸ COM (2021) 223 final 2021/0114 (COD), Bruksela 5.05.2021.

⁹ Dz.U. z 2020 r. poz. 374. Kolejne regulacje dotyczące zamówień publicznych pojawiły się na gruncie sukcesywnych wersji tak zwanych tarcz antykryzysowych. Obejmowały one: ustawę z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (tak zwana tarcza antykryzysowa 1.0), ustawę z dnia 16 kwietnia 2020 roku o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (tak zwana tarcza antykryzysowa 2.0), ustawę z dnia 14 maja 2020 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (tak zwana tarcza antykryzysowa 3.0) oraz ustawę z dnia 19 czerwca 2020 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (tak zwana tarcza antykryzysowa 4.0).

¹⁰ W wersji uchwalonej 2 marca mowa była o towarach.

Wyzwania związane ze zmianami klimatu, rozwojem technologicznym, nową „układanką” geostrategiczną oraz wybuchem i przebiegiem pandemii COVID-19 powodują wystąpienie całkowicie nowego kolażu spraw, których właściwa regulacja stała się bieżącym problemem sektora publicznego. Pojawia się w związku z tym kwestia pożądanego modelu zamówień publicznych w dobie nowych wyzwań współczesności. Przez model rozumie się przy tym współdziałanie konstrukcji prawnych z ich zastosowaniem w praktyce.

Model zamówień publicznych odpowiadający aktualnym wyzwaniom współczesności

Analiza wyzwań współczesności, jak również obserwacja działań podejmowanych na szczeblu unijnym nakazuje zastanowić się nad pożądanym modelem zamówień publicznych. Model ten w założeniu powinien odpowiadać bieżącym potrzebom sektora publicznego, sektora prywatnego oraz beneficjentów współpracy obu sektorów przy uwzględnieniu kierunków i dynamiki obserwowanych zmian. Do głównych filarów pożądanego modelu zamówień publicznych należy zaliczyć następujące elementy:

1. nastawienie na realizację tak zwanych zamówień strategicznych związanych z implementacją aspektów środowiskowych, społecznych oraz innowacyjnych;
2. stworzenie warunków do efektywnej współpracy pomiędzy sektorami, obejmującej zarówno etap przygotowania postępowania, udzielenia zamówienia, jak i realizacji umowy;
3. realizację wysokiego poziomu konkurencyjności na rynku zamówień publicznych;
4. dążenie do maksymalizacji transparentności zamówień publicznych przy jednoczesnym ograniczeniu zdarzeń korupcyjnych.

Wydaje się, że pierwsze trzy wskazane założenia pożądanego obecnie modelu zamówień publicznych dały podstawy nowej regulacji zamówień publicznych zawartej w ustawie z dnia 11 września 2019 roku. Przyjęta w tym akcie normatywnym koncepcja zakładała przede wszystkim zwiększenie roli zamówień strategicznych oraz podniesienie atrakcyjności rynku zamówień publicznych dla sektora prywatnego. Wprowadzono wiele nowych konstrukcji prawnych, jak również dokonano modyfikacji już istniejących. W tym miejscu warto wskazać kilka z nich.

Zmiany dotyczyły między innymi wprowadzenia w art. 17 ust. 1 pkt 2 zasady efektywności. Nowe rozwiązanie zakłada uzyskanie najlepszych w stosunku do poniesionych nakładów efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy

do uzyskania w danym zamówieniu. Efekty gospodarcze powinny być przy tym rozumiane szeroko i obejmować zakresem również aspekty technologiczne. Nowa konstrukcja prawna przewidziana została też w art. 21 ustawy Prawo zamówień publicznych. Polega ona na konieczności przyjęcia przez Radę Ministrów czteroletniej polityki zakupowej państwa. Polityka zakupowa zaś powinna określać przy tym priorytetowe działania Rzeczypospolitej Polskiej w obszarze zamówień publicznych, a także pożądaną kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, który obejmuje przede wszystkim zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług. Polityka ta powinna zatem bezpośrednio odnosić się do konieczności uwzględnienia aspektów związanych z rozwojem technologicznym, co będzie ważnym impulsem rozwoju rodzimego sektora prywatnego. W art. 83 ustawy przewidziano z kolei analizę potrzeb zamawiających. Analiza ta powinna uwzględniać potrzeby zamawiających odnoszące się między innymi do aspektów środowiskowych oraz innowacyjnych.

Nowa ustawa wprowadziła również nowe, uproszczone tryby dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poniżej tak zwanych progów unijnych. Odpowiednie rozwiązania zostały zawarte w art. 275 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dziale VII ustawy wprowadzono liczne rozwiązania mające na celu poprawę sytuacji wykonawców w umowach zawieranych z zamawiającymi. Przewidziano też *expressis verbis* możliwość wykorzystywania alternatywnych metod rozwiązywania sporów na tle umów w sprawach zamówień publicznych. Ponadto w art. 580 ustawy powołano sąd zamówień publicznych, którego działalność orzecznicza ma się przyczynić do ujednoczenia praktyki interpretacyjnej.

W oczekiwaniu na pierwszą ewaluację rozwiązań zawartych w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych

W kontekście zasygnalizowanych zmian społeczno-polityczno-gospodarczych i wobec przyjęcia założenia o istotnej roli zamówień publicznych pojawia się pytanie dotyczące skuteczności reformy rodzimych zamówień publicznych wprowadzonych mocą ustawy z dnia 11 września 2019 roku. Okazją do pierwszych refleksji będzie sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 roku. Sprawozdanie to ukaże się w połowie 2022 roku. Ocena efektów wdrożenia będzie miała charakter wstępny. Wskazywać będzie jednak na symptomy dotyczące responsywności rynku na pojawiające się wyzwania. Rodzi się zatem istotne pytanie odnośnie do tego, na jakie wskaźniki powinna zostać zwrócona szczególna uwaga w momencie pojawienia się sprawozdania Prezesa UZP za rok 2021. W ocenie

autora o pozytywnych symptomach wdrożenia reformy krajowych zamówień publicznych na wczesnym jej etapie świadczyć będą przede wszystkim następujące wskaźniki.

Po pierwsze, istotny będzie wskaźnik dotyczący poziomu konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Pozytywnym sygnałem dla rynku powinien okazać się spadek postępowań z udziałem jednego oferenta. Uwidocznić powinna się również tendencja wzrostu liczby ofert wpływających w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych.

Po drugie, ważne znaczenie będzie mieć również kwestia dotycząca wzrostu poziomu wykorzystywania negocjacyjnych trybów wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniach zarówno poniżej, jak i powyżej progów unijnych. Istotna będzie też liczba przypadków, w których nastąpi wykorzystanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Uwaga powinna zostać także skierowana na wskaźniki dotyczące poziomu wykorzystania konstrukcji rozeznania rynku, o którym mowa w art. 84 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po trzecie, interesująca będzie również obserwacja wskaźnika dotyczącego realizacji zamówień strategicznych. Wzrost wykorzystania zamówień prośrodowiskowych powinien mieć charakter skokowy. Zauważalna powinna być także tendencja wykorzystywania partnerstwa innowacyjnego oraz aspektów innowacyjnych w fazie oceny najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 242 ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym kryterium jakościowym może być w szczególności kryterium odnoszące się do aspektów innowacyjnych. Poziom zamówień prospołecznych nie powinien w pierwszym okresie wskazywać tendencji znacząco wzrostowych.

Po czwarte, zauważalna powinna być tendencja do szerszego korzystania z alternatywnych metod rozwiązywania sporów powstających na tle umów w sprawach zamówień publicznych. Pełna ocena skutków reformy będzie następować w kolejnych latach. Pierwsze sprawozdanie Prezesa UZP dotyczące funkcjonowania systemu zamówień publicznych pokaże jednak, jak krajowy rynek reaguje na współczesne wyzwania, zmiany społeczno-ekonomiczne oraz nowe możliwości, które daje ustawa z 11 września 2019 roku.

A Few Comments about the Upcoming Evaluation of the First Year of the Validity of the Public Procurement Law of 11 September 2019

Summary

The reform of Polish public procurement was introduced by the Law of 11 September 2019, which entered into force on 1 January 2021. After a year in force, based on the Report of the President of the Public Procurement Office, which will be published in June 2022, it will be possible

to indicate preliminary conclusions regarding the remodelling of the Polish public procurement market. The key indicators will be those relating to market competitiveness, the use of structures that strengthen cooperation with the private sector, including preliminary market consultations and negotiated procedures, and the level of implementation of the so-called strategic procurement. This paper will comment on the state of the Polish public procurement market prior to the full implementation of the reform. Directions of socio-political-economic changes forcing a new approach to public procurement will be outlined. The main assumptions of the Act of 19 September 2019, Public Procurement Law, will be mentioned. Finally, key spheres will be indicated, which, in the author's opinion, should arouse particular interest in the context of the evaluation of the Polish public procurement market in 2022.

Keywords: procurement reform, climate change, technological development, COVID-19 pandemic, evaluation.

JANUSZ KASPRYSZYN

ORCID: 0000-0002-2041-7917

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

janusz.kaspryszyn@ue.wroc.pl

Zaskarżalność postanowień sądu zamówień publicznych — sygnalizacja podstawowych problemów

Abstrakt: W artykule zaprezentowano kwestię zaskarżalności postanowień wydawanych przez sąd zamówień publicznych. Od 1 stycznia 2021 roku w Polsce obowiązuje bowiem nowe prawo zamówień publicznych. Postępowanie wywołane skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej aktualnie podlega jednocześnie regulacjom na trzech podstawowych płaszczyznach: prawa zamówień publicznych, kodeksu postępowania cywilnego i ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. W opracowaniu przedstawiono wpływ tych trzech powiązanych z sobą rozwiązań na dopuszczalność zaskarżenia zażaleniem lub skargą kasacyjną postanowień wydawanych przez sąd. Poddano też ocenie aktualnie funkcjonujący system zaskarżania orzeczeń formalnych kończących postępowanie w sprawie.

Słowa kluczowe: skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, postanowienie kończące postępowanie w sprawie, postanowienie niekończące postępowania w sprawie, zażalenie, skarga kasacyjna.

Uwagi wstępne

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: prawo zamówień publicznych lub p.z.p.)¹ w rozdziale 3 działu IX, regulującym środki ochrony prawnej, zawiera przepisy odnoszące się do postępowania wywołanego skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO). Wskaza-

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019.

ne regulacje w przeważającej mierze powtarzają rozwiązania dotyczące sądowej kontroli orzeczeń KIO zawarte w obowiązującej do końca 2020 roku ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: poprzednie prawo zamówień publicznych lub p.p.z.p.)². Zwłaszcza aktualnie obowiązujący art. 579 ust. 2 wskazuje (tak poprzednio art. 198a ust. 2 p.p.z.p.), iż w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Istotną zmianą jest wprowadzenie dopuszczalności zaskarżenia przez strony wyroku sądu zamówień publicznych lub postanowienia kończącego postępowanie skargą kasacyjną do Sądu Najwyższego (art. 590 ust. 1 p.z.p.).

Nie może jednak ująć uwadze okoliczność³, że już w 2019 roku postępowanie skargowo-sądowe uległo zmianom wskutek nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 4 lipca 2019 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (dalej: nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego)⁴. Następnie reguły postępowania cywilnego znowelizowano ustawą z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej: ustawa COVID)⁵, zmienioną ustawą z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa zmieniająca ustawę COVID lub ustawa zmieniająca)⁶, a także ustawą z dnia 14 maja 2020 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (dalej: ustawa SARS-CoV-2)⁷. Wszystkie te zmiany miały zastosowanie w postępowaniu toczącym się na skutek skargi na orzeczenie KIO wskutek odesłania zawartego w art. 198a ust. 2 p.p.z.p., a dzisiaj na skutek art. 579 ust. 2 p.z.p. oraz art. 15zsz¹⁻² ustawy COVID, które nakazują stosowanie tych regulacji w sprawach rozpoznawanych według przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Dalsze istotne z punktu widzenia postępowania skargowego zmiany w procedurze cywilnej nastąpiły z dniem 3 lipca 2021 roku

² Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843. Chociaż warto zauważyć, że w nowej ustawie dodano, iż skarga przysługuje również na postanowienie Prezesa Izby o zwrocie odwołania wydane na podstawie art. 519 ust. 1 p.z.p.; zob. np. P. Granecki, [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 579.

³ Zob. J. Kaspryszyn *et al.*, *Skarga sądowa na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w przepisach o zamówieniach publicznych w latach 1997–2020*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 4, s. 62–63.

⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 1469.

⁵ Dz.U. poz. 374 i 567.

⁶ Dz.U. poz. 568.

⁷ Dz.U. z 2020 r. poz. 875.

na mocy ustawy z dnia 28 maja 2021 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁸, którą wprowadzono między innymi jako zasadę rozpoznawanie spraw cywilnych w drugiej instancji w składzie jednego sędziego. Okresowe rozwiązania zawarte w ustawie COVID stanowią regulację szczególną w stosunku do kodeksu postępowania cywilnego⁹.

W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich postępowanie apelacyjne w ramach procedury cywilnej regulowane jest zatem treścią kodeksu postępowania cywilnego, nowelizowaną ustawą COVID¹⁰. W konsekwencji przebieg postępowania wywołanego skargą na orzeczenie KIO aktualnie podlega jednocześnie regulacjom na trzech podstawowych płaszczyznach: prawa zamówień publicznych, kodeksu postępowania cywilnego i zmienianej ustawy COVID¹¹. Pierwotnie (w 2020, a nawet jeszcze w 2021 roku) wydawało się, że przepisy covidowe z uwagi na ich przejściowy charakter będą miały bardzo ograniczony czasowo zakres zastosowania. Obecnie te optymistyczne prognozy wydają się nieaktualne, a kształt postępowania cywilnego, a tym samym postępowania skargowo-sądowego, jawi się jako względnie stabilny model rozpoznawania spraw z zakresu zamówień publicznych.

1. Orzeczenia sądu zamówień publicznych

Zgodnie z art. 579 ust. 2 p.z.p. w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Nie ulega wątpliwości, że odpowiednie stosowanie przepisów o apelacji w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO oznacza co do zasady konieczność uwzględnienia specyfiki postępowania skargowego. W konsekwencji część tych przepisów znajdzie zastosowanie bezpośrednio — wprost (bez modyfikacji). Inne będą wymagały koniecznej w danej sprawie modyfikacji, a w odniesieniu do niektórych zostanie wyłączona możliwość ich stosowania wskutek sprzeczności z istotą i funkcją postępowania skargowo-sądowego¹².

⁸ Dz.U. z 2021 r. poz. 1090.

⁹ Zob. J. Kaspryszyn *et al.*, *op. cit.*, s. 63.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2019, LEX/el., komentarz do art. 198a; T. Strumiłło, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2. *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Janowski, Warszawa 2019, Legalis/el., komentarz do art. 1207; M. Jaworska, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 579.

Zasadnie też wyróżnia się dwa etapy postępowania¹³. Najpierw występuje faza postępowania dotyczącego wniesienia skargi, które w klasycznym postępowaniu cywilnym w stosunku do apelacji zostało wskutek nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego od 7 listopada 2019 roku przeniesione do sądu drugiej instancji. Drugi etap obejmuje postępowanie toczące się po skutecznym wniesieniu skargi. W trakcie obu faz postępowania skargowego zastosowanie będą miały przepisy kodeksu postępowania cywilnego, chociaż faktycznie w wypadku pierwszego etapu zastosowanie regulacji zawartych w rozdziale 1 działu V księgi pierwszej części pierwszej, bezpośrednio regulujących apelację, z zasady będą się sprowadzać do wykorzystania art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c., który w przypadku braku szczególnych przepisów o postępowaniu przed sądem drugiej instancji do postępowania tego nakazuje stosować odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji¹⁴ (na przykład co do wymogów pisma procesowego, które zgodnie z art. 581 p.z.p. musi spełniać skarga na orzeczenie KIO¹⁵).

W ramach podejmowanych czynności sąd zamówień publicznych wydaje orzeczenia, które mają charakter merytoryczny (wyrok¹⁶) lub formalny (postanowienia). O ile w sprawie zapada jeden wyrok¹⁷, którym sąd bądź oddała skargę, jeżeli jest ona bezzasadna (art. 588 ust. 1 p.z.p.), bądź w przypadku uwzględnienia skargi zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy (art. 588 ust. 2 zd. 1 p.z.p.), o tyle liczba postanowień, które mogą być wydane przez sąd w ramach postępowania, uzależniona jest od wniosków stron oraz konieczności działania przez sąd z urzędu.

¹³ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis/el., komentarz do art. 198a.

¹⁴ Zasadnie podwójne odesłanie zauważa Joanna May, *Podstawowe zasady procedury cywilnej w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2, s. 47; Jerzy Pieróg (*idem, op. cit.*) wyraźnie wskazuje, że do tego etapu postępowania nie będą miały zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o apelacji (*argumentum a contrario* z art. 198a ust. 2 p.p.z.p.; aktualnie art. 579 ust. 2 p.z.p.), gdyż ta faza postępowania w całości uregulowana jest przepisami prawa zamówień publicznych.

¹⁵ Zob. np. A. Trzeźniewska-Markowicz, [w:] A. Szyszkowski, A. Trzeźniewska-Markowicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2009, s. 337–338; G. Matejczuk, *Stosowanie kodeksu postępowania cywilnego w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2018, s. 187; E. Komorowski, [w:] *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, red. M. Chmaj, Warszawa 2010, s. 335; K. Kiczka, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, red. M. Guziński, Wrocław 2008, s. 181–182; M. Wierzbowski, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 359–360; P. Janda, [w:] S. Babiarsz *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 745. Na gruncie apelacji zob. art. 368 k.p.c.

¹⁶ Co do pojęcia wyroku zob. np. K. Malcherek-Kalemba, *Wyroki nieistniejące w postępowaniu cywilnym ze szczególnym uwzględnieniem wad związanych z notyfikacją wyroku*, „Rejent” 2022, nr 1, s. 39–40 i wskazana tam literatura.

¹⁷ Chyba że zaistnieje potrzeba uzupełnienia wyroku w trybie art. 351 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c.

Z uwagi na zakres niniejszego opracowania zasygnalizować jedynie należy za Sądem Najwyższym¹⁸, że postanowienia rozstrzygające kwestie dotyczące postępowania, czyli kwestie proceduralne, różnią się między sobą: 1. co do znaczenia, jakie mają dla postępowania; 2. co do zaskarżalności; 3. co do sposobu wydania, uzasadnienia i doręczenia; 4. co do wykonalności.

Należy przy tym zwrócić uwagę na podział postanowień sądu zamówień publicznych na postanowienia kończące postępowanie w sprawie i takie, które nie kończą postępowania w sprawie. Z tym podziałem wiąże się bowiem dopuszczalność zaskarżenia orzeczenia oraz wybór przez skarżącego wskazanego ustawowo środka odwoławczego¹⁹. Trzeba bowiem zauważyć, że aktualnie w świetle art. 590 ust. 1 p.z.p. od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Postanowienia kończące postępowanie w sprawie są zatem wyłączone z zaskarżalności zażaleniem.

Postanowieniem formalnym kończącym postępowanie w sprawie jest orzeczenie, które przez uprawomocnienie się trwale zamyka drogę do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty w danej instancji²⁰. Oznacza to, że pojęcie postanowienia kończącego postępowanie w sprawie obejmuje tylko orzeczenia kończące postępowanie jako całość poddaną pod osąd²¹. W doktrynie wskazuje się także, iż postanowienie kończące postępowanie w sprawie to orzeczenie, które stwierdza wystąpienie okoliczności powodującej niedopuszczalność kontynuowania postępowania zmierzającego do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty przez sąd danej instancji, jeżeli w chwili jego wydania sąd jest zwolniony z obowiązku dalszego rozpoznawania sprawy²². Takie postanowienie może być wydane przez sąd zamówień publicznych już w pierwszym etapie postępowania, albowiem w sytuacji, gdy skargę wniesiono po upływie terminu lub gdy jest ona niedopuszczalna z innych przyczyn, jak również gdy jej braków strona nie uzupełniła w terminie, podlega ona odrzuceniu (art. 584 p.z.p.)²³. W tej fazie może dojść również do umorzenia postępowania skargowego, na przykład skutek cofnięcia skargi (art. 588

¹⁸ Postanowienie SN z dnia 14 listopada 1996 roku, sygn. I CKN 7/96.

¹⁹ Z uwagi na ograniczenia dotyczące objętości tekstu pominięto kwestie opłat sądowych od środków zaskarżenia.

²⁰ Uchwała SN z dnia 24 listopada 1998 roku, sygn. III CZP 44/98; uchwała SN z dnia 31 maja 2000 roku, sygn. III CZP 1/00; uchwała SN z dnia 6 października 2000 roku, sygn. III CZP 31/00; postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2006 roku, sygn. II CNP 31/05.

²¹ Postanowienie SN z dnia 14 listopada 1996 roku, sygn. I CKN 7/96.

²² T. Ereciński, [w:] J. Gudowski, K. Weitz, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3. *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, art. 394(1); zob. R. Obrębski, *Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 11–12, s. 124 n.; K. Markiewicz, *Postanowienia formalne kończące postępowanie w trybie nieprocesowym*, „Polski Proces Cywilny” 2012, nr 1, s. 81 n.

²³ Brakiem formalnym jest też tak zwany brak fiskalny, to jest nieuiszczenie opłaty od skargi; por. np. postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 16 grudnia 2011 roku, sygn. VI Ga 174/1; postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 14 października 2014 roku, sygn. X Ga 460/14, niepubl.; postanowienie SO w Warszawie z dnia 28 lutego 2020 roku, sygn. XXIII Ga 1937/19.

ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. w zw. z art. 355 k.p.c.) lub umorzenia całego postępowania albo odrzucenia odwołania (zob. art. 588 ust. 3 p.z.p.). Takie orzeczenia w sposób oczywisty kończą postępowanie.

Natomiast postępowaniami, które nie kończą postępowania w sprawie, są orzeczenia mające za przedmiot kwestie wпадkowe, to jest kończące postępowania pomocnicze lub zamykające fragment bądź pewną fazę postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy²⁴, kończą one bowiem jedynie pewien fragment sprawy, ale nie sprawę.

2. Kwestia zaskarżalności postanowień niekończących postępowania w sprawie

Niekończące postępowania w sprawie postanowienia sądu zamówień publicznych są zaskarżalne tylko w przypadkach wskazanych w kodeksie postępowania cywilnego²⁵. Zażalenie przysługuje do innego składu orzekającego sądu zamówień publicznych (argument z art. 579 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 394² § 1¹ k.p.c.). Aktualnie w rachubę wchodzi zatem tylko tak zwane zażalenie poziome (horyzontalne²⁶), które z uwagi na treść art. 15zsz¹ ust. 4 ustawy COVID jest rozpoznawane obecnie w składzie jednoosobowym²⁷. Przy tym prezes sądu może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawilóść lub precedensowy charakter sprawy.

Zgodnie z art. 394² § 1¹ k.p.c. zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji przysługuje także na postanowienia tego sądu, których przedmiotem jest:

1. odmowa ustanowienia adwokata lub radcy prawnego lub ich odwołanie;
2. oddalenie wniosku o wyłączenie sędziego;
3. zwrot kosztów procesu, o ile nie wniesiono skargi kasacyjnej;
4. zwrot kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu;
5. skazanie świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika oraz osoby trzeciej na grzywnę;
6. zarządzenie przymusowego sprowadzenia i aresztowania świadka;

²⁴ Postanowienie SN z dnia 14 listopada 1996 roku, sygn. I CKN 7/96.

²⁵ Odesłanie z art. 579 ust. 2 p.z.p. rozciąga się na przepisy kodeksu postępowania cywilnego dopuszczające zaskarżenie zażaleniem postanowień zapadłych w toku postępowania apelacyjnego (tu: skargowo-sądowego).

²⁶ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2021 roku, sygn. III PZP 6/20.

²⁷ Co do kwestii konstytucyjności tego rozwiązania w zakresie zmiany składu z trzyosobowego na jednoosobowy Sąd Okręgowy w Katowicach przedstawił pytanie prawne Sądowi Najwyższemu (sygn. III CZP 73/21), a Rzecznik Praw Obywatelskich zgłosił swój udział w sprawie i przedstawił stanowisko RPO (zob. https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2022-02/RPO_SN_sklady_1.02.2022.pdf, dostęp: 1.03.2022).

7. odmowa zwolnienia świadka i biegłego z grzywny i świadka z przymusowego sprowadzenia.

Przy tym z uwagi na specyfikę postępowania skargowo-sądowego nie znajduje zastosowania w tym postępowaniu wyłączenie zawarte w końcowej części tego przepisu²⁸.

Pozostałe postanowienia niekończące postępowania w sprawie, niezależnie od ich wagi (na przykład postanowienie o odmowie zwolnienia z kosztów sądowych, odmowie przywrócenia terminu do wniesienia skargi na orzeczenie KIO, zawieszeniu postępowania), nie są zaskarżalne, lecz podlegają ewentualnej ocenie w ramach rozpoznawanej skargi kasacyjnej na orzeczenie kończące postępowanie w sprawie (poprzez regulację art. 398²¹ k.p.c. w zw. z art. 380 k.p.c.²⁹). W przypadku wniesienia zażalenia na takie postanowienie będzie ono podlegać odrzuceniu jako niedopuszczalne (art. 373 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c. i art. 579 ust. 2 p.z.p.).

Warunkiem zaskarżenia (w wypadku dopuszczalności zażalenia) jest uprzednie złożenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia i doręczenie odpisu postanowienia z uzasadnieniem. Zgodnie bowiem z art. 394 § 2 k.p.c. termin do wniesienia zażalenia wynosi tydzień i jest liczony od daty doręczenia postanowienia z uzasadnieniem. Ustawa (poza wyjątkami, kiedy sąd przy wydaniu postanowienia odstąpi od jego uzasadnienia na podstawie art. 357 § 6 k.p.c. albo sporządzenie uzasadnienia nie jest możliwe — art. 331 § 4 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c.) nie przewiduje możliwości wniesienia zażalenia na postanowienie wprawdzie zaskarżalne, ale nieuzasadnione³⁰. Niezbędnym elementem wniesienia zażalenia jest zatem uprzednie złożenie wniosku o uzasadnienie kwestionowanego postanowienia. W tym kontekście należy przypomnieć, że postanowienia ogłoszone na posiedzeniu jawnym sąd uzasadnia tylko wtedy, gdy podlegają one zaskarżeniu, i tylko na żądanie strony zgłoszone w terminie tygodniowym od dnia ogłoszenia postanowienia. Postanowienia te doręcza się tylko tej stronie, która zażądała sporządzenia uzasadnienia i doręczenia postanowienia z uzasadnieniem. Postanowienie wydane na posiedzeniu niejawnym sąd uzasadnia tylko wtedy, gdy podlega ono zaskarżeniu, i tylko na żądanie strony zgłoszone w terminie tygodnia od dnia doręczenia postanowienia. Postanowienie z uzasadnieniem doręcza się tylko

²⁸ Wyłączające postanowienia wydane w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji.

²⁹ Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 lutego 2007 roku (sygn. I PZ 36/06) wskazał, że wobec tego, że art. 398²¹ k.p.c. nie wymienia rodzaju postępowania przed Sądem Najwyższym, należy przyjąć, że przepis ten dotyczy zarówno postępowania ze skargi kasacyjnej, jak i postępowania wywołanego wniesieniem zażalenia; zatem z mocy art. 398²¹ k.p.c. do postępowania zażaleniowego przed Sądem Najwyższym stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji. Zob. też np. uchwałę SN z dnia 16 listopada 2004 roku, sygn. III CZP 62/04; postanowienie SN z dnia 8 marca 2000 roku, sygn. I CZ 259/99; postanowienie SN z dnia 4 października 2006 roku, sygn. II CZ 71/06.

³⁰ Zob. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 15 marca 2021 roku w sprawie I AGz 14/21, niepubl.

tej stronie, która zażądała sporządzenia uzasadnienia i doręczenia postanowienia z uzasadnieniem (art. 357 § 1–2¹ k.p.c.).

Istotnym elementem wniosku o uzasadnienie jest aktualnie wskazanie przez wnioskodawcę we wniosku, czy pisemne uzasadnienie ma dotyczyć całości wyroku, czy jego części, zwłaszcza poszczególnych objętych nim rozstrzygnięć (art. 328 § 3 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c., art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. i art. 579 ust. 2 p.z.p.), albowiem sąd odrzuca nie tylko wniosek niedopuszczalny, spóźniony, nieopłacony, lecz również dotknięty brakami, których nie usunięto mimo wezwania (art. 328 § 4 k.p.c.).

W kontekście postanowień wydawanych na posiedzeniu niejawnym oraz sporządzonych przez sąd uzasadnień należy podkreślić, iż w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich, zgodnie z art. 15zszs⁹ ust. 2–4 ustawy COVID, sąd doręcza adwokatowi, radcy prawnemu pisma sądowe poprzez umieszczenie ich treści w systemie teleinformatycznym służącym do udostępniania tych pism (dalej: portal informacyjny)³¹, a datą doręczenia jest data zapoznania się przez odbiorcę z pismem umieszczonym w portalu informacyjnym. W przypadku niezapoznania się pismo uznaje się za doręczone po upływie 14 dni od dnia umieszczenia pisma w portalu informacyjnym³². Doręczenie pisma za pośrednictwem portalu informacyjnego wywołuje skutki procesowe określone w kodeksie postępowania cywilnego właściwe dla doręczenia pisma sądowego³³.

3. Zaskarżalność postanowień kończących postępowanie w sprawie

Wszystkie postanowienia kończące postępowanie w sprawie z mocy przepisu szczególnego zawartego w prawie zamówień publicznych (art. 590 ust. 1) są zaskarżalne skargą kasacyjną do Sądu Najwyższego. Skargę kasacyjną może wnieść

³¹ Nie dotyczy to pism, które podlegają doręczeniu wraz z odpisami pism procesowych stron lub innymi dokumentami niepochożącymi od sądu.

³² Przy tym odróżnić należy samo umieszczenie pisma w portalu informacyjnym od jego doręczenia przez ten portal, czyli umieszczenia pisma w celu doręczenia — aktualnie w module do doręczeń (z informacją o tym w treści powiadomienia); zob. G. Karaś, A. Zalesińska, *Doręczenia elektroniczne w trybie art. 15zszs⁹ KoronawirusU*, [w:] *Postępowanie cywilne w czasie pandemii. E-doręczenia, rozprawa zdalna, posiedzenia niejawne, składanie pism procesowych*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2022, Legalis/el.

³³ Przewodniczący zarządza odstąpienie od doręczenia pisma za pośrednictwem portalu informacyjnego, jeżeli doręczenie jest niemożliwe ze względu na charakter pisma (art. 15zszs⁹ ust. 5 ustawy COVID).

strona³⁴ oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (art. 590 ust. 2 zd. 1), przy czym mimo odesłania w zd. 2 art. 590 ust. 1 p.z.p. jedynie do przepisów części pierwszej księgi pierwszej tytułu VI działu Va ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 87¹ § 1 k.p.c. w postępowaniu przed Sądem Najwyższym, jak również odnośnie do czynności procesowych związanych z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, podejmowanych przed sądem niższej instancji, obowiązuje przymus adwokacki lub radcowski³⁵. Jeśli orzeczenie nie podlegało uzasadnieniu przez sąd z urzędu, warunkiem wniesienia skargi przez stronę jest uprzednie złożenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia i doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem³⁶.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść art. 387 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd drugiej instancji uzasadnia z urzędu wyrok oraz postanowienie kończące postępowanie w sprawie. W sprawach, w których apelację oddalono lub zmieniono zaskarżony wyrok, pisemne uzasadnienie sporządza się tylko wówczas, gdy strona zgłosiła wniosek o doręczenie wyroku z uzasadnieniem. We wszystkich sytuacjach procesowych, w których postanowienie kończy postępowanie w sprawie, powinno ono zatem być z urzędu przez sąd uzasadnione. W przypadku ogłoszenia postanowienia na posiedzeniu jawnym niezbędny jest wniosek o jego doręczenie wraz z pisemnym uzasadnieniem (w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia orzeczenia — art. 387 § 3 zd. 1 k.p.c.), gdyż dopiero z momentem doręczenia otwiera się termin do wniesienia skargi kasacyjnej (art. 398⁵ § 1 k.p.c.). Jeżeli jednak uzasadnienie sporządzane jest przez sąd z urzędu, wówczas orzeczenie z uzasadnieniem doręcza się stronom z urzędu w terminie tygodnia od dnia sporządzenia uzasadnienia (art. 387 § 3 zd. 3 k.p.c.). W takiej sytuacji wniosek o sporządzenie uzasadnienia jest zbędny, a termin do wniesienia skargi kasacyjnej otwiera się wraz z doręczeniem postanowienia z uzasadnieniem³⁷. Skargę kasacyjną wnosi się do sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie, w ter-

³⁴ Rozszerzenie to przyjęto z aprobatą; zob. np. J. Jerzykowski, *Odwolanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy — Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 251; Ł. Jaźwiński, [w:] W. Dzierżanowski *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 590; P. Granecki, *op. cit.*, komentarz do art. 590. Zwrócono uwagę na wykluczenie z tego grona uczestnika postępowania (zob. P. Wójcik, [w:] A. Gawrońska-Baran *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 590) oraz interwenienta (ubocznego); zob. J. Jerzykowski, *op. cit.*, s. 251; Ł. Jaźwiński, *op. cit.*, art. 590. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść art. 79 k.p.c.; zob. np. T. Zembrzuski, *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009, s. 149–151. Wcześniejszą niedopuszczalność zaskarżenia przez stronę orzeczenia sądu skargą kasacyjną łączono z nieskomplikowanym dowodowo charakterem sprawy oraz potrzebą zapewnienia szybkiego rozstrzygnięcia ostatecznego; tak R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 133.

³⁵ Zob. M. Jaworska, *op. cit.*, komentarz do art. 590.

³⁶ Zob. wcześniejsze uwagi odnośnie do wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia orzeczenia oraz jego doręczenia.

³⁷ Zob. jednak postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2021 roku, sygn. V CZ 9/21; z dnia 24 listopada 2021 roku, sygn. V CZ 53/21.

minie dwóch miesięcy od dnia doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem stronie skarżącej (art. 398⁵ § 1 k.p.c.).

Odwolując się do przedstawionych poglądów, należy zauważyć, że w każdym przypadku, gdy postanowienie formalne zastąpi orzeczenie merytoryczne (wyrok), będzie miało ono charakter postanowienia kończącego postępowanie w sprawie. Nie może jednakże ująć uwagę, że w jednej sprawie mogą równocześnie wystąpić dwa orzeczenia kończące postępowanie w sprawie, na przykład wyrok i postanowienie o odrzuceniu skargi kasacyjnej. Wyrok zamyka postępowanie skargowe, a postanowienie zamyka drogę do zweryfikowania rozstrzygnięcia w ramach postępowania kasacyjnego przed Sądem Najwyższym. Nadto w ramach jednego postępowania mogą występować kolejne postanowienia kończące postępowanie w sprawie — na przykład postanowienie o odrzuceniu skargi na orzeczenie KIO, o ile będzie uchylone, otwiera drogę do kontynuowania postępowania i wydania innego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie.

W świetle art. 590 ust. 1 p.z.p. wszystkie postanowienia kończące postępowanie są zaskarżalne skargą kasacyjną. Warto zauważyć, że w przypadku zwykłych procesowych postępowań cywilnych skarga kasacyjna przysługuje od wydanego przez sąd drugiej instancji prawomocnego postanowienia w przedmiocie odrzucenia pozwu albo umorzenia postępowania kończących postępowanie (art. 398¹ § 1 k.p.c. z zastrzeżeniem art. 398² k.p.c.). Nadto kodeks postępowania cywilnego przewiduje zażalenie do Sądu Najwyższego na postanowienie sądu drugiej instancji odrzucające skargę kasacyjną oraz na postanowienie sądu drugiej (lub pierwszej instancji) odrzucające skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 394¹ § 1 k.p.c.). Od innych postanowień kończących w drugiej instancji postępowanie w sprawie nie przewidziano w kodeksie środków odwoławczych do Sądu Najwyższego, ale warto podkreślić, o czym już wspomniano, że wskutek przeniesienia postępowania dekreteryjnego (co do apelacji jako środka zaskarżenia) z sądu pierwszej instancji do sądu drugiej instancji uchylono przepis art. 370 k.p.c., który nakazywał sądowi pierwszej instancji odrzucenie na posiedzeniu niejawnym apelacji wniesionej po upływie przepisane go terminu, nieopłaconej lub z innych przyczyn niedopuszczalnej, jak również apelacji, której braków strona nie uzupełniła w wyznaczonym terminie.

Aktualnie braki formalne apelacji uzupełniane są w ramach postępowania przed sądem drugiej instancji, co przełożyło się również na zmianę art. 373 k.p.c. Obecnie to sąd drugiej instancji odrzuca apelację spóźnioną, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopuszczalną, jak również apelację, której braków strona nie usunęła w wyznaczonym terminie (§ 1), a czynności związane z nadaniem biegu apelacji może wykonywać referendarz sądowy (§ 2). Co więcej, zgodnie z art. 47² § 1 k.p.c. w zakresie czynności przewodniczącego zarządzenia może także wydawać asystent sędziego, z wyjątkiem zarządzenia o zwrocie pisma procesowego. Przy tym w każdym przypadku przewodniczący może uchylić lub zmienić zarządzenie asystenta. Jednocześnie przepisem art. 394² § 1 k.p.c. wprowadzono

zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu apelacji (art. 394² § 1 k.p.c.).

Zastanawiająca jest rozbieżność i niespójność co do postanowień podlegających zaskarżeniu do Sądu Najwyższego w postępowaniu skargowo-sądowym i zwykłym procesie cywilnym. W kontekście tego problemu warto zauważyć, że w dacie uchwalania prawa zamówień publicznych (11 września 2019 roku) kodeks postępowania cywilnego przewidywał jeszcze do 7 listopada 2019 roku (art. 394¹ § 2 k.p.c.) w sprawach, w których przysługuje skarga kasacyjna, zażalenie (także) na postanowienie sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, z wyjątkiem postanowień, o których mowa w art. 398¹ k.p.c. (tu: skarga kasacyjna), a także postanowień wydanych w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji. Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego została uchwalona 4 lipca 2019 roku, a weszła w życie (w tym zakresie) 7 listopada 2019 roku, a zatem ponad rok wcześniej niż aktualnie obowiązujące prawo zamówień publicznych.

Wnioski

Ukształtowanie zaskarżalności postanowień w postępowaniu skargowo-sądowym budzi istotne zastrzeżenia odnośnie do objęcia wszystkich postanowień kończących postępowanie skargą kasacyjną. Nie podążono w tym zakresie drogą zażalenia poziomego, co na przykład w zakresie odrzucenia skargi na orzeczenie KIO byłoby spójne z regulacją zawartą w art. 394² § 1 k.p.c. co do zaskarżenia postanowienia o odrzuceniu apelacji.

Wydaje się, że przy zasadnym dopuszczeniu skarżenia postanowień kończących postępowanie skargowo-sądowe (w przeciwieństwie do budzącego wątpliwości szerokiego ograniczenia tej możliwości w ramach postępowania cywilnego na zasadach ogólnych) słuszne byłoby w przypadku rozstrzygnięcia o kwestiach formalnych (na przykład odrzucenia skargi na orzeczenie KIO) wprowadzenie jako środka zaskarżenia zażalenia (poziomego lub do Sądu Najwyższego). Znacznie przyspieszyłoby to postępowanie w sprawach, które nie tylko z natury, lecz także wskutek nakazu ustawowego (zob. art. 587 ust. 1 p.z.p.) winny być rozstrzygane bardzo szybko. Tymczasem przyporządkowanie kwestiom formalnym nadzwyczajnego środka zaskarżenia (skargi kasacyjnej) jawi się nie tylko konstrukcyjnie³⁸, lecz również funkcjonalnie jako niewłaściwe, gdyż z zasady będzie prowadzić do znacznego wydłużenia postępowań, a wielokrotność skargi

³⁸ O charakterystyce zażalenia zob. np. B. Bładowski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1975, s. 18 n.; co do postulatu rozgraniczenia orzeczeń podlegających zaskarżeniu zażaleniem i skargą kasacyjną zob. na kanwie art. 394¹ § 11 k.p.c. J. Kaspryszyn, *O potrzebie zmiany regulacji środków zaskarżenia w postępowaniu cywilnym — głos w dyskusji*, [w:] *Reforma postępo-*

kasacyjnej (wobec wielokrotności kończenia sprawy postanowieniem) w ramach jednego postępowania skargowo-sądowego może nie być sytuacją wyjątkową.

W tym kontekście wątpliwości budzi również relacja między art. 590 ust. 1 p.z.p. a art. 394¹ § 1 k.p.c. O ile bowiem w ramach zwykłego postępowania cywilnego postanowienie o odrzuceniu skargi kasacyjnej podlega kontroli zażalenkowej, o tyle charakter postanowienia, które kończy postępowanie w sprawie, zdaje się wymuszać w świetle art. 590 ust. 1 p.z.p.³⁹ w ramach postępowania skargowo-sądowego zastosowanie jako środka zaskarżenia skargi kasacyjnej. To z kolei implikowałoby w kolejnym aspekcie niezasadne przedłużanie postępowania, już chociażby z uwagi na różnicę w długości terminu do wniesienia zażalenia i skargi kasacyjnej.

Warto jeszcze zauważyć, że termin do wniesienia skargi dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynosi sześć miesięcy⁴⁰, albowiem do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy o Prokuratorze Generalnym, określone w części pierwszej księdze pierwszej tytule VI w dziale Va ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego, a termin do wniesienia skargi kasacyjnej przez Prokuratora Generalnego określono na sześć miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, a jeżeli strona zażądała doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem — od chwili doręczenia orzeczenia stronie — art. 398⁵ § 2 k.p.c.). Termin ten w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy kwestiach formalnych (na przykład odrzucenia spóźnionej skargi na orzeczenie KIO) jawi się wręcz jako nieracjonalny.

Należy wreszcie zwrócić uwagę na konstrukcję art. 590 p.z.p. Zabrakło w nim bowiem odpowiednika art. 398¹ § 2 k.p.c., w którym wniesienie skargi kasacyjnej przez stronę wyłącza — w zaskarżonym zakresie — wniesienie skargi kasacyjnej przez Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich lub Rzecznika Praw Dziecka, co ma przeciwdziałać dublowaniu zakresu skarg kasacyjnych wnoszonych przez stronę i uprawniony podmiot⁴¹.

W świetle zaprezentowanych uwag zasadne wydaje się oczekiwanie na legislacyjną korektę przepisów o zaskarzaniu orzeczeń sądu zamówień publicznych.

wania cywilnego w świetle projektów Komisji Kodyfikacyjnej, red. K. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 136 n.; o charakterze skargi kasacyjnej zob. np. T. Zembrzusi, *op. cit.*, s. 34 n.

³⁹ Art. 590 ust. 2 zd. 2 k.p.c. odsyła do części pierwszej tytułu VI działu Va kodeksu postępowania cywilnego.

⁴⁰ P. Wójcik, [w:] A. Gawrońska-Baran *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2021, LEX/el., art. 590.

⁴¹ Chociaż już nie przeciwdziała to zbiegowi skarg kasacyjnych złożonych przez Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich lub Rzecznika Praw Dziecka; tak T. Zembrzusi, *op. cit.*, s. 155; T. Wiśniewski, [w:] D. Dończyk *et al.*, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2. *Artykuły 367–505(39)*, Warszawa 2021, art. 398(1).

Bibliografia

- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Bładowski B., *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1975.
- Dończyk D., Iwulski J., Jędrejek G., Koper I., Misiurek G., Orecki M., Pogonowski P., Sołtysik S., Zawistowski D., Zembrzuski T., Wiśniewski T., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2. *Artykuły 367–505(39)*, Warszawa 2021.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., Jaźwiński Ł., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2021, LEX/el.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Gudowski J., Weitz K., Erciński T., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3. *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016.
- Jerzykowski J., *Odwolanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy — Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Karaś G., Zalesińska A., *Doręczenia elektroniczne w trybie art. 15zsz⁹ KoronawirusU*, [w:] *Postępowanie cywilne w czasie pandemii. E-doręczenia, rozprawa zdalna, posiedzenia niejawne, składanie pism procesowych*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Kaspryszyn J., *O potrzebie zmiany regulacji środków zaskarżenia w postępowaniu cywilnym — głos w dyskusji*, [w:] *Reforma postępowania cywilnego w świetle projektów Komisji Kodyfikacyjnej*, red. K. Markiewicz, Warszawa 2011.
- Kaspryszyn J., Klich G., Kocowski T., Marak K., *Skarga sądowa na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w przepisach o zamówieniach publicznych w latach 1997–2020*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 4.
- Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2. *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Jankowski, Warszawa 2019, Legalis/el.
- Malcherek-Kałemba K., *Wyroki nieistniejące w postępowaniu cywilnym ze szczególnym uwzględnieniem wad związanych z notyfikacją wyroku*, „Rejent” 2022, nr 1.
- Markiewicz M., *Postanowienia formalne kończące postępowanie w trybie nieprocesowym*, „Polski Proces Cywilny” 2012, nr 1.
- Matejczuk G., *Stosowanie kodeksu postępowania cywilnego w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2018.
- May J., *Podstawowe zasady procedury cywilnej w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2.
- Obrębski R., *Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych*, „Przeгляд Sądowy” 1999, nr 11–12.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis/el.
- Prawo zamówień publicznych*, red. M. Guziński, Wrocław 2008.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2019, LEX/el.
- System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.

Szyszkowski A., Trzeźniewska-Markowicz A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2009.

Zamówienia publiczne. Podręcznik, red. M. Chmaj, Warszawa 2010.

Zembrzusi T., *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009.

Contestability of Decisions of the Public Procurement Court: Signalling the Main Problems

Summary

The article presents the issue of contestability of the decisions issued by the court of public procurement. The new Public Procurement Law has been in force in Poland since 1 January 2021. The proceedings triggered by a complaint against a ruling of the National Appeal Chamber are currently subject to simultaneous regulation on three basic levels: the Public Procurement Law, the Civil Procedure Code and the Act on Special Solutions for Preventing, Counteracting and Eradicating COVID-19, Other Infectious Diseases and Crisis Situations Caused by Them. The study presents the impact of these three interrelated solutions on the admissibility of challenging by complaint or cassation complaint the decisions issued by the court. The currently functioning system of appealing formal rulings ending the proceedings in a case was evaluated.

Keywords: complaint against a ruling of the National Appeal Chamber, decision ending proceedings in a case, decision not ending proceedings in a case, complaint, cassation appeal.

GRZEGORZ KLICH

ORCID: 0000-0002-5594-3423

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

grzegorz.klich@ue.wroc.pl

Nadużywanie praw podmiotowych na gruncie prawa zamówień publicznych

Abstrakt: Nadużycie prawa podmiotowego jest jedną z podstawowych konstrukcji jurystycznych prawa prywatnego. Z uwagi na istniejące w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego instytucja ta znajduje również zastosowanie na gruncie p.z.p. Celem artykułu jest zbadanie, w jakim zakresie to cywilnoprawne unormowanie jest przydatne w ramach regulacji p.z.p. oraz czy jego zastosowanie wiąże się z okolicznościami i uprawnieniami charakterystycznymi dla systemu zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: nadużycie prawa, zamówienia publiczne, swoboda umów, prawa podmiotowe.

Uwagi wprowadzające

Zastosowanie kodeksu cywilnego do zamówień publicznych wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.). Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest więc umową cywilnoprawną, a ewentualne spory wynikające ze stosunku prawnego, który jest jej rezultatem, podlegają kognicji sądów powszechnych.

Prawo zamówień publicznych reguluje jednak pewne aspekty procedury zawarcia oraz samej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób drobiazgowy i szczególnie wobec przepisów k.c. Regulacja p.z.p. ustanawia bowiem pewne unormowania, które nie znajdują odpowiednika na gruncie przepisów kodeksowych, a w stosunku do wybranych instytucji kodeksu przewiduje ure-

gulowania szczególne. Uregulowania te z jednej strony limitują swobodę umów w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, a z drugiej — tworzą mechanizmy znacznie ograniczające, a niekiedy wyłączające zastosowanie ogólnych regulacji cywilnoprawnych.

Procesem najbardziej odmiennym od klasycznego modelu cywilnoprawnego jest niewątpliwie procedura dochodzenia do konsensusu między zamawiającym a wykonawcą, czyli zawarcia umowy. Z kolei wykonywanie umów, poza pewnymi wyjątkami, stanowi domenę regulacji cywilnoprawnej. Przepisy p.z.p. odnoszą się bowiem do tego etapu fragmentarycznie i tylko w przypadkach, gdy wymaga tego interes publiczny, który przyjmuje postać konieczności ochrony wyniku postępowania. Jedną z instytucji ogólnych, która ma istotne znaczenie zarówno na etapie zawierania umowy, jak i jej wykonywania, jest uregulowana w art. 5 k.c. instytucja nadużycia prawa.

1. Istota prawa podmiotowego

Prawo podmiotowe oznacza wyznaczoną i chronioną przez system prawny możliwość działania w celu realizowania czy też ochrony określonych interesów lub korzyści¹. Według tradycyjnego podziału prawa podmiotowe mogą przybrać postać praw podmiotowych bezpośrednich, roszczeń oraz praw kształtujących, w tym zarzutów². Prawo podmiotowe jest podstawową konstrukcją jurystyczną prawa prywatnego. To w odniesieniu do tego pojęcia formułowane są takie instytucje, jak uprawnienie, roszczenie, podmiot uprawniony czy podmiot obowiązku³. Stanowi więc ono konstrukcję o charakterze techniczno-prawnym, która opisuje mechanizm działania prawa cywilnego⁴.

Prawo podmiotowe przydaje uprawnionemu określoną „możność postępowania”. W zakresie dopuszczonych prawem podmiotowym zachowań znajduje się więc podejmowanie określonych działań, ale i bierne zachowanie uprawnionego, który z różnych względów może z przyznaných mu uprawnień nie skorzystać.

¹ Współczesne koncepcje mają swoje źródło w tradycjach prawa rzymskiego. Duże znaczenie ma tu w szczególności fragment znanej definicji sprawiedliwości autorstwa Ulpiana, zgodnie z którą *ius suum cuique tribuere* (D.1.1.10); zob. S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 41; A. Wolter, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 2001, s. 128–131.

² S. Dmowski, *op. cit.*, s. 41; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2012, s. 810.

³ Jak wskazuje Jan Kosik: „prawo podmiotowe jest koniecznym uzupełnieniem podmiotowości prawnej; pojęcie prawa podmiotowego dopełnia pojęcia podmiotu prawnego” — *idem*, *Zdolność prawna państwowych osób prawnych*, Warszawa 1963, s. 22.

⁴ S. Putris, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018, s. 176.

Jak wskazano, prawa podmiotowe podlegają ochronie prawnej. Podstawowymi instrumentami w tej dziedzinie są mechanizmy sądowe występujące pod postacią powództwa czy też roszczenia procesowego. Ochrona praw podmiotowych zabezpieczona przymusem państwowym stanowi jedną z ich podstawowych cech. Tylko wyjątkowo normy prawne wyłączają możliwość przymusowego wykonania pewnych wynikających z praw podmiotowych obowiązków. Chodzi tu przede wszystkim o tak zwane zobowiązania naturalne⁵. Uzupełniająco w stosunku do ochrony ze strony organów państwowych niekiedy także sam uprawniony może podejmować pewne działania zmierzające do ochrony swych praw podmiotowych. Służy temu instytucja samopomocy⁶.

2. Wykonywanie praw podmiotowych

Podmiot korzystający z prawa podmiotowego podejmuje działania znajdujące się w zakresie określonej normą prawną „możności postępowania”. Wykonywanie prawa podmiotowego może polegać na używaniu materialnoprawnych uprawnień składających się na jego treść. W zależności od rodzaju prawa podmiotowego mogą one być wykonywane w sposób ciągły (na przykład korzystanie z gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste) albo jednokrotny (na przykład przyjęcie świadczenia od dłużnika)⁷. Ich wykonywanie może przyjąć postać czynności prawnych (na przykład ustanowienie służebności) lub faktycznych (na przykład pobieranie pożytków), a samo prawo może być wykonywane osobiście lub przez przedstawiciela⁸.

W ramach wykonywania prawa w grę może wchodzić również dochodzenie bezprawnie naruszanych bądź też ograniczanych praw na drodze sądowej czy egzekucyjnej. Wykonywanie prawa zależy od woli uprawnionego. Jako że omawiane prawa podmiotowe funkcjonują w sferze prawa prywatnego, gdzie podstawową zasadą jest autonomia woli, nie może być mowy o obowiązku wykonywania praw podmiotowych i to nawet gdy z braku ich wykonywania uprawnienia te wygasną bądź też przestaną podlegać ochronie (na przykład w efekcie przedawnienia roszczeń)⁹.

⁵ A. Wolter, *op. cit.*, s. 130.

⁶ S. Szer, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1955, s. 85–86.

⁷ A. Wolter, *op. cit.*, s. 147.

⁸ A. Doliwa, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2010, s. 58–59.

⁹ S. Putris, *op. cit.*, s. 206.

3. Nadużycie prawa podmiotowego

Jak już wskazano, sposób wykonywania prawa podmiotowego zależy w dużej mierze od treści konkretnego uprawnienia. Treść prawa podmiotowego jest z kolei pochodną treści przepisów prawa, które dane prawo podmiotowe ustanawiają. Na treść prawa podmiotowego składają się jednak nie tylko konkretne elementy wyrażone normą regulującą to konkretne prawo (na przykład prawo do posiadania, używania i rozporządzania przedmiotem własności zgodnie z art. 140 k.c.), lecz także reguły mające swoje źródło w zasadach ogólnych kodeksu, zwłaszcza art. 5 k.c.¹⁰ Zgodnie z tym przepisem „nie można czynić ze swojego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Granice dopuszczalnego wykonywania praw podmiotowych zostały więc określone przy użyciu klauzul generalnych.

Pierwsza ze wskazanych klauzul została podjęta przez prawników francuskich (zarówno przez przedstawicieli doktryny, jak i przez orzecznictwo) w drugiej połowie XIX wieku na gruncie kodeksu Napoleona¹¹. Odwołuje się ona do podstawowych funkcji czy celów konkretnych praw podmiotowych. Każde bowiem prawo w typowych okolicznościach służy osiągnięciu przez podmioty uprawnione jakichś specyficznych celów bądź też ochronie jakichś charakterystycznych interesów¹². Można jednocześnie wyobrazić sobie sytuacje, w których prawo podmiotowe nie jest wykonywane zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co jednak nie prowadzi do negatywnych konsekwencji dla innych osób niż sam uprawniony (przykładowo wykorzystywanie specjalistycznych narzędzi niezgodnie z ich przeznaczeniem, które następnie powoduje ich uszkodzenie, albo celowe zniszczenie jakiejś rzeczy).

Druga ze wskazanych klauzul, choć pierwotnie odwoływała się do kwestii ideologicznych związanych z modelem państwa socjalistycznego, obecnie traktowana jest jako odpowiednik klauzul generalnych występujących w innych prawodawstwach oraz w przedwojennym prawie polskim, to jest przede wszystkim „słuszności” i „dobrej wiary”¹³. Jak wskazuje Stanisław Dmowski, „trzeba przyjąć, iż wyrażają one ideę słuszności w prawie i wolności ludzi oraz odwołują się do powszechnie uznawanych w kulturze naszego społeczeństwa wartości”. Zdaniem tego autora pod interesującym nas tu pojęciem należy więc rozumieć

¹⁰ T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 53 n.

¹¹ L. Jossierand, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, Paris 1939, s. 394 n.

¹² Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 2, s. 27 n.

¹³ Zob. np. wyrok TK z dnia 17 października 2000 roku, sygn. SK 5/99, OTK 2000, Nr 7, poz. 254.

„podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”¹⁴. Zasady współżycia społecznego mają charakter pozaprawny i wskazują na właściwy, z etycznego punktu widzenia, sposób postępowania podmiotów prawa cywilnego. Zasady te będą często pokrywały się z obowiązującymi przepisami prawa (na przykład konieczność naprawienia wyrządzonej szkody), co jednak świadczy jedynie o tym, że konkretne normy prawne wyznaczają aprobowane społecznie zasady postępowania¹⁵. Cechą zasad współżycia społecznego jest ich zmienność w czasie, gdyż odpowiadają one zawsze aktualnym standardom funkcjonującym w społeczeństwie. Z tego względu ich kodyfikacja jest w zasadzie niemożliwa. Natomiast ich elastyczność niewątpliwie podnosi ich przydatność¹⁶. Zasadniczo, stwierdzając nadużycie prawa, nie jest konieczne odwoływanie się do konkretnej zasady, którą naruszono¹⁷.

W doktrynie zauważa się, że wskazane klauzule (mierniki) wzajemnie się uzupełniają i tworzą kryterium o jednolitym charakterze¹⁸. To swoiste sprzężenie klauzul generalnych ma na celu bardziej precyzyjne określenie miernika poprzez dostosowanie go do objętych regulacją stosunków prawnych¹⁹. Wykonywanie prawa niezgodnie z jego ekonomicznym przeznaczeniem nie musi bowiem zawsze stanowić zachowania cechującego się nagannością uzasadniającą stosowanie regulacji art. 5 k.c. Jak wskazuje Maciej Gutowski, o nadużyciu prawa podmiotowego musi również świadczyć potrzeba ochrony wartości o charakterze aksjologicznym czy też moralnym, „a nie samoistnie sprzeczność działania ze społeczno-gospodarczym celem prawa”²⁰.

Tradycyjnie instytucję nadużycia prawa można postrzegać przez pryzmat jednej z dwóch teorii. Pierwsza z nich — teoria zewnętrzna — znajdowała oparcie jeszcze na gruncie przepisów kodeksu zobowiązań (dalej: k.z.) (art. 135 k.z.). Wedle tej koncepcji nadużywający prawa podmiotowego faktycznie działa w jego granicach, a tylko ze względu na zasługujące na potępienie motywy działania są one traktowane jak czyny niedozwolone i pociągają za sobą konieczność naprawienia szkody²¹. Na gruncie art. 5 k.c. należy przychylić się jednak do teorii wewnętrznej. Nadużycie prawa nie mieści się więc w zakresie wykonywania prawa,

¹⁴ S. Dmowski, *op. cit.*, s. 43.

¹⁵ A. Wolter, *op. cit.*, s. 77.

¹⁶ *Ibidem*, s. 78; A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1, s. 9–17.

¹⁷ Od tej koncepcji odstąpił na przykład Sąd Najwyższy (dalej: SN) w wyroku z dnia 8 maja 2014 roku, sygn. V CSK 322/13, LEX nr 1491263.

¹⁸ S. Grzybowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985, s. 270.

¹⁹ *Ibidem*, s. 122–123.

²⁰ M. Gutowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018, s. 73.

²¹ A. Wolter, *op. cit.*, s. 150.

ale stanowi zachowanie bezprawne²². Teoria wewnętrzna zakłada zatem, że wskazane wcześniej mierniki wyznaczone klauzulami generalnymi zasad współzycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa dookreślają treść konkretnych praw podmiotowych. W zakresie sprzecznym z tymi klauzulami nie zachodzi już wykonywanie prawa podmiotowego, lecz jego nadużycie²³.

4. Zastosowanie regulacji nadużycia prawa na gruncie prawa zamówień publicznych

Procedura udzielania zamówień publicznych ma charakter cywilnoprawny i stanowi szczególny tryb zawarcia umowy. Czynności podejmowane w ramach tego postępowania mają więc również charakter cywilnoprawny, a wykonywanie określonych uprawnień w jego ramach będzie wykonywaniem praw podmiotowych. Efekt wskazanej procedury w postaci umowy w sprawie zamówienia publicznego w przeważającej mierze stanowi także przedmiot regulacji prawa cywilnego. Określone czynności podjęte na tym etapie przez strony umowy przyjmą więc najczęściej postać wykonywania praw podmiotowych.

W wypadku stosunków prawnych nadużywanie prawa dotyczy często podmiotu o silniejszej pozycji. W wypadku zamówień publicznych, mimo wykorzystywanej przez prawodawcę prywatno-prawnej metody regulacji, która opiera się na zasadzie formalnej równorzędności stron, należy przyjąć, że w olbrzymiej większości przypadków mocniejszą pozycję będzie zajmował zamawiający²⁴. Potencjalne nadużycia przez zamawiającego praw podmiotowych wypływają przede wszystkim z pozycji, jaką ustawodawca przyznał mu w ramach postępowania. To bowiem zamawiający jest zawsze podmiotem inicjującym postępowanie. To

²² A. Doliwa, *op. cit.*, s. 62–63.

²³ T. Justyński, *op. cit.*, s. 43.

²⁴ W odniesieniu do kluczowej w tym zakresie regulacji art. 353¹ k.c. SN w wyroku z dnia 19 listopada 2015 roku (sygn. IV CSK 804/14, Legalis nr 1381868) wskazała, że „obiektywnie niekorzystna dla jednej strony umowa zasługuje na negatywną ocenę moralną, która prowadzi do uznania jej za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego, jeżeli do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący doszło przy wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji, a więc pod presją faktycznej przewagi kontrahenta”. Jak podnosi się w orzecznictwie KIO: „uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać”. Wynika to zarówno z przywołanych ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c. (wyrok KIO z dnia 19 listopada 2019 roku, sygn. KIO 2219/19, ftp.uzp.gov.pl). Podobnie KIO na przykład w wyrokach z dnia 27 lipca 2020 roku (sygn. KIO 1283/20, Orzecznictwo — Zamówienia Publiczne Wybrane Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, Warszawa 2020, nr 2, s. 309) oraz z dnia 16 lipca 2018 roku (sygn. KIO 47/18, Legalis nr 1755713).

on określa warunki udziału w postępowaniu, wybiera tryb jego przeprowadzenia oraz ma szczególne uprawnienia w zakresie odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy czy odstąpienia od umowy. Pozycja wykonawców w ramach konkretnej procedury jest więc determinowana warunkami określonymi przez zamawiającego. Ilość uprawnień przysługujących wykonawcom dzięki przepisom p.z.p. jest niewątpliwie mniejsza, choć jako uczestnicy postępowania oraz strony zawiązywanych w jego ramach stosunków prawnych także mają oni określone prawa podmiotowe, które mogą być nadużywane²⁵.

Udzielając zamówienia publicznego, zamawiający zawsze działa w granicach i na podstawie prawa, a występujące w tym zakresie błędy zamawiającego można poddać kontroli w ramach przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że to właśnie treść prawa przedmiotowego może niekiedy skłaniać wykonawcę do nadużywania niektórych przysługujących mu praw podmiotowych. Regulacja p.z.p. służy bowiem ochronie wieloaspektowego interesu publicznego i w tym celu posługuje się mechanizmami, które w dużej mierze ograniczają swobodę działania zamawiających. Jedną z przyczyn nadużywania praw podmiotowych przez zamawiających może być więc zbyt szablonowe i restrykcyjne stosowanie regulacji p.z.p. oraz innych powiązanych z nim aktów prawnych, aby uchronić się przed potencjalnym zarzutem marnotrawienia środków publicznych²⁶.

Na etapie przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego instytucja nadużycia prawa wydaje się szczególnie powiązana z niektórymi zasadami podstawowymi p.z.p. Przede wszystkim chodzi tu o zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości. Niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji wiąże się, choć nie pokrywa, z problematyką nadużycia prawa. Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.) czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

²⁵ Zob. np. orzeczenie KIO z dnia 28 października 2021 roku (KIO/W 92/21, Legalis nr 2632259), w którym Izba zauważyła, że w okolicznościach sprawy to nie zamawiający (jak w odwołaniu twierdzi wykonawca) nadużywa prawa, ale wykonawca wykorzystuje swoje uprawnienie do wniesienia odwołania w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Podobnie uznaje KIO w orzeczeniu z dnia 10 maja 2018 roku (sygn. KIO/W9/18, www.uzp.gov.pl). Stosunkowo często jako nadużycie kwalifikuje się również nieuzasadnione zastrzeżenie przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa; tak na przykład KIO w wyroku z dnia 23 czerwca 2020 roku (sygn. KIO 846/20, Legalis nr 2467874).

²⁶ Jak w jednym z wyroków zauważyła KIO: „W przypadku postanowień umowy w sprawach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający, co do zasady przeważa nad interesem wykonawców, a ryzyko zamawiającego uznaje się za przewyższające normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej występujące w przypadku umów zawieranych między dwoma przedsiębiorcami, niemniej nie oznacza to, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych jest nieograniczona” (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2020 roku, sygn. KIO 1593/20, Legalis nr 2481179).

Klauzula dobrych obyczajów pozostaje natomiast w pewnym związku z klauzulą zasad współzycia społecznego, obecną między innymi w artykułe 5 k.c.²⁷ Może się zwłaszcza zdarzyć, że dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji będzie wynikać z tego, iż przedsiębiorca nadużywa swojego prawa podmiotowego²⁸. Choć sam zamawiający, który zazwyczaj nie jest przedsiębiorcą, nie może dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji w takim rozumieniu, to jednak ciąży na nim obowiązek ochrony prawidłowego funkcjonowania mechanizmów konkurencji w ramach inicjowanego przez niego postępowania.

W doktrynie wskazuje się, że na gruncie p.z.p. zasada uczciwej konkurencji znajduje wyraz w ramach konkretnych regulacji p.z.p. o charakterze szczegółowym, takich jak: reguły opisu przedmiotu zamówienia, warunki stawiane wykonawcom, regulacje odnoszące się do obowiązków publikacyjnych czy też reguły dopuszczające stosowanie trybów innych niż przetargowe²⁹. Zamawiający wywołuje mechanizm konkurencji, wszczynając postępowanie, a w trakcie przygotowania i przeprowadzenia postępowania ciąży na nim określone obowiązki w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania jej mechanizmów. W większości przypadków naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji będzie skutkiem naruszenia przez niego norm prawa (w szczególności p.z.p.) bądź też nierównego traktowania wykonawców³⁰.

²⁷ Związki występujące pomiędzy tymi klauzulami stanowią przedmiot kontrowersji. Pojawiające się w tej mierze opinie oscylują od zaliczania dobrych obyczajów do zasad współzycia społecznego (tak na przykład T. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8, s. 22) poprzez traktowanie ich jako odpowiednika zasad współzycia społecznego w odniesieniu do osób prawnych (zob. np. R. Czerniawski, *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009, s. 211) aż po wyznaczanie im odrębnych znaczeń i funkcji (zob. np. A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współzycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 4, s. 208).

²⁸ W ramach konkurowania przedsiębiorcy zobowiązani są przestrzegać dobrych obyczajów. Wskazuje się, że „Na płaszczyźnie działań konkurencyjnych z nadużyciem prawa podmiotowego przez przedsiębiorcę będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy będzie je wykonywał w celu wprowadzenia klienteli w błąd, w celu wykorzystywania renomy konkurenta lub w inny podobny sposób naruszy zasady dobrej obyczajowości kupieckiej” — P. Sokal, *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24, s. 1321 n.

²⁹ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 106. Autorka podkreśla również, że na zamawiającym ciąży także obowiązek eliminowania wykonawców, którzy względem siebie dopuszczają się czynów nieuczciwej konkurencji. Powiązanie zasady uczciwej konkurencji z konkretną regulacją p.z.p. jest szczególnie istotne, gdyż — jak wskazuje KIO — „obowiązek ten winien być dopełniony treścią innego — szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej” (wyrok KIO z dnia 8 września 2017 roku, sygn. 1790/17).

³⁰ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 101. Wskazuje się, że naruszenie zasad konkurencji najczęściej zarzuca się zamawiającym w odniesieniu do tych ich czynności stypizowanych w art. 15 u.z.n.k., które prowadzą do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Chodzi tu przede wszystkim o zakaz sprzedaży towarów lub usług

W odniesieniu do zasady przejrzystości należy zauważyć, że zamawiający ma obowiązek sformułować specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób precyzyjny, jasny i jednoznaczny. Zamawiający nie może przerzucać ciężaru niezachowania precyzji na wykonawców na przykład poprzez przyjęcie możliwości dokonywania zmian czy nawet uchylecia niektórych warunków specyfikacji po upływie terminu składania ofert. Takie zachowanie należy traktować jako nadużycie prawa³¹.

W orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę na nadużywanie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy, który stanowi element SIWZ. Jak zauważyła KIO:

zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. [...] obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą³².

Nadużywanie prawa do ustalania istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy, ma miejsce najczęściej w wypadku postanowień odnoszących się do kar umownych, możliwości waloryzacji świadczeń³³ czy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu³⁴. Jako nadużycie prawa traktowano również powtarzane wzywianie wykonawcy do uzupełnienia albo wyjaśnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów w tym samym zakresie³⁵, żądanie przez zamawiającego zawarcia umowy niezgodnej z oświadczeniem wykonawcy, przyjętym na etapie wyboru oferty³⁶, czy też bezpodstawne

poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców oraz rzeczowo nieuzasadnione różnicowane traktowanie niektórych klientów. W tym pierwszym przypadku nie chodzi wprawdzie bezpośrednio o działania zamawiającego, gdyż to nie on, a wykonawca sprzedaje towary lub usługi. Wskazana regulacja nakłada jednak na zamawiającego obowiązek eliminowania ofert zawierających tak zwane ceny dumpingowe. W drugim przypadku istotne jest, aby formułowane przez zamawiającego warunki podmiotowe nie naruszały regulacji u.z.n.k. Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 104 n.

³¹ Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2018 roku (sygn. KIO 2269/18, Legalis nr 1896017). Zob. także A. Wiktorowski, [w:] E. Wiktorowska *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 129 n.

³² Wyrok KIO z dnia 7 września 2021 roku (sygn. KIO 2194/21, Legalis nr 2624623).

³³ Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2020 roku (sygn. KIO 2729/20, Legalis nr 2505905).

³⁴ Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 roku (sygn. KIO 1018/15, Legalis nr 1351925).

³⁵ Wyrok KIO z dnia 6 października 2010 roku (sygn. KIO/UZP 2098/10, ftp.uzp.gov.pl).

³⁶ Wyrok KIO z dnia 5 marca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 45/10, Legalis nr 218168).

zatrzymanie wadium³⁷. W odniesieniu do kar umownych KIO odmówiła na przykład skuteczności treści SIWZ w zakresie, w jakim kary umowne przewidziane wzorem umowy wiązały odpowiedzialność wykonawcy z okolicznościami, za których powstanie on nie odpowiada³⁸. W innym orzeczeniu Izba podkreśliła, że „niedopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia jako stanowiących przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”³⁹.

Nadużycie prawa podmiotowego może także dotyczyć wykonywania prawa odstąpienia od umowy. Jak wskazał SO we Wrocławiu w wyroku z dnia 10 sierpnia 2020 roku (sygn. XII C 653/18), zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy o roboty budowlane tylko dla zamawiającego i to w okolicznościach, które nie zagrażały opóźnieniu realizacji całości inwestycji (o czym mowa w art. 635 k.c.), a następnie skorzystanie z tego uprawnienia, stanowi nadużycie prawa podmiotowego i nie zasługuje na ochronę. Podobnie za nadużycie prawa uznano bezcelowe żądanie przez wykonawcę gwarancji zapłaty za wykonane roboty budowlane⁴⁰. Możliwość skorzystania z instytucji nadużycia prawa dopuścił również SO w Krakowie w sytuacji podniesienia przez zamawiającego zarzutu przedawnienia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane zamówienie⁴¹.

Wnioski

Analizując problematykę nadużycia prawa na gruncie prawa zamówień publicznych, można zauważyć, że zastosowanie wskazanej instytucji wykazuje pewne cechy swoiste. Widoczne jest to zwłaszcza na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, którego regulacja p.z.p. pozbawia możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, otrzymał bowiem od ustawodawcy

³⁷ Zob. np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2013 roku (sygn. V ACa 261/13, Legalis nr 736432).

³⁸ Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 roku (sygn. KIO 923/14, Legalis nr 981808). Podobnie wyrok KIO z dnia 25 września 2020 roku (sygn. KIO 1877/20, Legalis nr 2495487). Zob. także wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2020 roku (sygn. KIO 1593/20, Legalis nr 2481179), w którym Izba wskazała na konieczność precyzyjnego określenia przypadków, w których mogą być stosowane kary umowne. Zdaniem Izby „kary umowne muszą być proporcjonalne do wagi uchybień, a wykonawca musi posiadać wiedzę, jakie przypadki nienależytego wykonania umowy kwalifikują się pod konkretne naruszenie sankcjonowane karą umowną”. Tak też KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 roku (sygn. KIO 1585/19, www.orzeczenia.uzp.gov.pl).

³⁹ Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 roku (sygn. KIO 487/14, Legalis nr 863232). Podobnie KIO w wyroku z dnia 25 października 2013 roku (sygn. KIO 2397/13, Legalis nr 787412).

⁴⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 8 października 2019 roku (sygn. I AGa 533/18, Legalis nr 2330972).

⁴¹ Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 lipca 2016 roku (sygn. I C 2191/15, www.saos.org.pl).

prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków inicjowanego postępowania, w tym warunków umowy. Uprawnienia te, służące zabezpieczeniu interesu publicznego, powinny być jednak wykonywane zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w sposób, który nie zakłóca uczciwej konkurencji. Faktyczna przewaga zamawiającego nad wykonawcami na tym etapie postępowania stosunkowo często prowadzi jednak do nadużycia wskazanych praw podmiotowych poprzez ustanawianie warunków dla wykonawców krzywdzących, które stanowią instrument nieproporcjonalny do osiągnięcia wyznaczonych celów. Jednym z najczęściej podnoszonych w tym względzie nadużyć jest niewłaściwe sformułowanie przez zamawiającego postanowień dotyczących kar umownych. Należy jednak wyrazić nadzieję, że w obecnym stanie prawnym, przede wszystkim wobec treści art. 433 oraz 436 nowego p.z.p., opisane tu zjawisko ulegnie znacznemu ograniczeniu.

Ustawowe unormowanie etapu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie przyznaje zamawiającemu tak daleko idącej przewagi wobec wykonawców, która cechuje etap przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Przypadki nadużywania praw podmiotowych przez zamawiających, z uwagi na ich szczególne względem k.c. uprawnienia, będą więc zdarzały się o wiele rzadziej i często będą wynikać z błędów czy nadużyć zamawiających, mających swoje źródło w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania. Wynika to z faktu, iż wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest w przeważającej mierze bezpośrednio regulowane przepisami cywilnoprawnymi. Powoduje to, że na tym etapie sytuacje nadużycia praw podmiotowych (dokonywane zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców) nie będą w większości przypadków wykazywały szczególnych czy też swoistych cech.

Bibliografia

- Czerniawski R., *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009.
- Dmowski S., [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011.
- Doliwa A., *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2010.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Grzybowski S., [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985.
- Gutowski M., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018.
- Josserand L., *De l'esprit de droits et de leur relativité*, Paris 1939.
- Justyński T., *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000.
- Knypl T., Trzcziński K., *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8.
- Kosik J., *Zdolność prawna państwowych osób prawnych*, Warszawa 1963.
- Putris S., *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018.

- Pyziak-Szafnicka M., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2012.
- Radwański Z., Zieliński M., *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 2.
- Sokal P., *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24.
- Stachowiak M., [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Stelmachowski A., *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1.
- Szer S., *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1955.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Wiktorowski A., [w:] E. Wiktorowska, A. Gawrońska-Baran, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Wolter A., *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 2001.
- Żurawik A., *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 4.

The Abuse of Rights in Public Procurement Law

Summary

The abuse of rights is one of the fundamental legal constructs of private law. Due to the Public Procurement Law regulation referring to the rules of the Civil Code, the institution of abuse of rights is also applicable in the field of public procurement. The aim of this paper is to analyze the usefulness of this private law institution in the area of Public Procurement Law and to examine whether its application is connected with circumstances and rights characteristic of the public procurement system.

Keywords: abuse of rights, public procurement, freedom of contract, subjective rights.

MAŁGORZATA KOZŁOWSKA

ORCID: 0000-0003-1766-6901

Uniwersytet Wrocławski
malgorzata.kozłowska2@uwr.edu.pl

IWONA WRZEŚNIAK

ORCID: 0000-0002-3361-4688

Uniwersytet Wrocławski
iwona_wrz@wp.pl

Administracyjnoprawne regulacje przeciwdziałania korupcji w sektorze zamówień publicznych

Abstrakt: Korupcja to zjawisko, które trudno zamknąć w definicyjnych ramach z uwagi na jej cechy, takie jak powszechność i entropia. W sektorze zamówień publicznych dochodzi do wyraźnej i dynamicznej interakcji między podmiotami publicznymi a prywatnymi przedsiębiorcami przy wykorzystaniu środków publicznych, co prokuruje liczne interakcje korupcyjne. Z tych też przyczyn w sektorze zamówień publicznych zostało ukształtowane wiele regulacji administracyjnoprawnych mających za przedmiot przeciwdziałanie temu zjawisku.

Słowa kluczowe: korupcja, zamówienia publiczne, prawo administracyjne.

Korupcja sektora zamówień publicznych

Korupcja jest zjawiskiem, które towarzyszy człowiekowi od czasów, kiedy zaczęły powstawać pierwsze organizacje państwowe, a wraz z nimi prawo penalizujące omawiane zjawisko¹. Obecnie występuje ona we wszystkich krajach świata

¹ Jak zauważa Jacek Bil, walka ze zjawiskiem korupcji przy pomocy norm prawnych zaczęła się już w XXIV wieku p.n.e., kiedy to sumeryjski władca Urukagina podjął się wielu istotnych reform społecznych. W prawodawstwie babilońskim penalizowano przestępstwo nadużycia wła-

ta, niezależnie od panującego w nich ustroju politycznego czy gospodarczego². Z tych też przyczyn nie występuje jedna, powszechnie przyjęta definicja korupcji. Ogólnie rzecz ujmując, zjawisko to można definiować jako każde „wykorzystanie urzędów publicznych w celu osiągnięcia korzyści prywatnych”³. Korupcja będzie więc występować tam, gdzie pojawia się rozróżnienie między dobrem publicznym a prywatnym. Nadto zachowania korupcyjne będzie charakteryzowała niejawność lub tajność wymiany świadczeń, której powodami są nieposzanowanie powszechnie obowiązujących norm etycznych i prawnych oraz przedkładanie interesu prywatnego nad publiczny. W klasycznym modelu uczestnikami procedury korupcyjnego będą zazwyczaj dwie osoby lub większa liczba osób, z czego jedno będą pełniły funkcję biernych partnerów transakcji korupcyjnej — akceptujących propozycję korupcyjną, a drugie — funkcję partnerów czynnych, wychodzących z inicjatywą takich propozycji⁴.

Pozornie wydawać by się mogło, że zjawisko korupcji występuje wyłącznie w sferze publicznej. Należy jednak zauważyć, że relacje korupcyjne mają miejsce także na styku sektora publicznego z prywatnym, gdzie transakcje korupcyjne mają doprowadzić do osiągnięcia przez strony obopólnych korzyści przy wykorzystaniu stanowisk i uprawnień osób sprawujących władzę publiczną⁵. Eksperti Banku Światowego, rozpatrując problem korupcji pod kątem powiązań między firmami i przedsiębiorcami sektora prywatnego i publicznego a przedstawicielami władzy państwowej, wyróżnili między innymi korupcję administracyjną.

dzy, co zostało opisane w kodeksie Hammurabiego (XVIII wiek p.n.e), natomiast w starożytnym Egipcie korupcja została opisana jako czyn zabroniony w ustawie karnej faraona Horemheba z lat 1319–1292 p.n.e. Z problemem korupcji borykały się starożytne państwa o ustroju demokratycznym. W ateńskim polis, mimo licznych reform społecznych i ustrojowych prowadzonych przez Klejsteno-sosa i Peryklesa, kwitły przestępstwa urzędnicze o charakterze korupcyjnym, takie jak sprzedajność i defraudacja środków publicznych, które od VI wieku p.n.e. były ścigane na gruncie prawa karnego. Podobnie w starożytnym Rzymie, w ustawie XII tablic, datowanej na lata 451–450 p.n.e., penalizowane były czyny łapówkarskie, których dopuszczać się mieli urzędnicy publiczni. Zob. *idem, Zjawisko korupcji. Rozpoznawanie, zapobieganie, zwalczanie*, Warszawa 2018, s. 10–12).

² Międzynarodowa organizacja zajmująca się problemem korupcji — Transparency International — 28 stycznia 2021 roku ogłosiła Indeks Percepcji Korupcji za 2020 rok. Z przedstawionych badań wynika, że korupcja występuje w 180 krajach świata, które zostały uwzględnione w rankingu. Chociaż zjawisko to występowało w nich z różnym natężeniem, żaden kraj nie okazał się wolny od tego problemu. Liderami rankingu, którzy najlepiej radzą sobie z tym negatywnym zjawiskiem, są Dania i Nowa Zelandia. Krajami, które znajdują się na dole tabeli, a co za tym idzie — najgorzej radzą sobie ze zjawiskiem korupcji, są Somalia, Syria i Sudan Południowy. Polska uplasowała się na 45 miejscu. Zob. https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020_Report_EN_0802-WEB-1_2021-02-08-103053.pdf (dostęp: 12.01.2021).

³ J. Pope, *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Berlin 2000, s. 18–19.

⁴ K. Tarchalski, *Korupcja i przywileje. Zarys teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 9–10.

⁵ L.V. Ferreira, F.C. Morosini, *The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporation*, „Austral. Brazilian Journal of Strategy & International Relations” 2, 2013, nr 3, s. 243.

Korupcja administracyjna definiowana jest jako zamierzone nadużycie prawa (ustaw, rozporządzeń, regulaminów) przez funkcjonariusza publicznego w ramach przysługujących mu uprawnień w celu zapewnienia korzyści podmiotom sektora publicznego lub prywatnego w zamian za uzyskanie, w sposób nielegalny, korzyści prywatnych⁶.

Przykładem korupcji administracyjnej jest korupcja sektora zamówień publicznych. Jak podkreśla Grzegorz Makowski:

zamówienia publiczne to szczególnie obszar, w którym spotykają się dwa światy: sfera publiczna (państwowa) i sfera aktywności prywatnych przedsiębiorstw. Współcześnie jest on traktowany jak rynek, choć dość specyficzny, ponieważ w dużym stopniu regulowany przez państwo. Co do idei zamówienia publiczne mają jednak po prostu naśladować działanie wolnego rynku, na którym grę podejmują prywatne podmioty. Co za tym idzie powinien on kierować się przede wszystkim zasadą konkurencyjności. Ta bowiem ma gwarantować racjonalne wydatkowanie publicznych pieniędzy, czyli uzyskiwanie możliwie wysokiej jakości usług w zamian za możliwie niską cenę. Z perspektywy publicznej dodatkowym gwarantem racjonalności i legitymizacji decyzji podejmowanych na rynku zamówień publicznych jest transparentność⁷.

Niektóre z przykładów działań korupcyjnych w sektorze zamówień publicznych to nadużycia polegające na:

1. wręczaniu łapówek urzędnikom i udzielaniu zamówienia faworyzowanemu oferentom na etapie składania zamówienia publicznego, zmovie oferentów w trakcie przyznawania kontraktów, składaniu ofert niezgodnych z prawdą w celu zaburzenia konkurencyjności;
2. uchybieniach w procesie zarządzania kontraktami, poczynając od nieprawidłowości na etapie realizacji, włącznie z poświadczeniem nieprawdy co do realizacji przedmiotu umowy zgodnie ze specyfikacją;
3. sprzeniewierzeniu środków finansowych w zakresie rozliczania projektów na podstawie fałszywych faktur⁸.

Przyczyny występowania korupcji w sektorze zamówień publicznych

Korupcję cechuje entropia rozumiana jako zdolność rozprzestrzeniania się na coraz to nowsze dziedziny życia, które uprzednio nie były nią zainfekowane. Sektor zamówień publicznych, w którym dochodzi do gospodarowania środ-

⁶ M. Kozłowska, *Prawo administracyjne jako narzędzie przeciwdziałania korupcji funkcjonariuszy administracji publicznej*, Wrocław 2021, s. 27.

⁷ G. Makowski, *Korupcja a rynek zamówień publicznych — jak ją rozumieć, jak mierzyć?*, Warszawa 2017, s. 4, http://barometryzyka.pl/dokumenty/1_korupcja_a_zamowienia.pdf (dostęp: 11.11.2021).

⁸ Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju, Grupa Banku Światowego, *Świadomi nadużyć finansowych i korupcji. Podręcznik dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi*, Warszawa 2015, s. 4.

kami publicznymi, nie oparł się temu negatywnemu zjawisku. W sektorze tym dochodzi bowiem do największej aktywności między instytucjami publicznymi i podmiotami gospodarczymi sektora prywatnego w związku z wydatkowaniem znacznych środków publicznych⁹.

W Rządowym Programie Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020¹⁰ sektor zamówień publicznych został zakwalifikowany jako jeden z obszarów bardziej zagrożonych korupcją w sferze życia publicznego. Wynika to z faktu, że obejmuje on wszystkie jednostki sektora publicznego, które dokonują zakupu towarów i usług oraz realizują inwestycje.

Do najczęstszych przypadków zachowań sprzyjających korupcji należy: niestosowanie lub obchodzenie przepisów prawa zamówień publicznych, wadliwe przeprowadzanie procedury udzielania zamówień publicznych, brak sprecyzowanej koncepcji lub celu realizacji zamówienia publicznego, brak rzetelnego planowania zamówień publicznych, wadliwe sporządzanie dokumentów, niewłaściwe opracowywanie umów, nadużywanie trybów nieprzetargowych, manipulowanie przetargami, nierówny dostęp do informacji o zamówieniach publicznych, manipulowanie kryteriami dokonywania oceny ofert, niewłaściwe lub niedostateczne dokumentowanie prowadzonych postępowań, udzielanie zamówień nierzetelnym wykonawcom¹¹.

Twórcy Programu do typów zamówień najczęściej generujących nadużycia zaliczyli zamówienia infrastrukturalne dotyczące budowy dróg, autostrad, linii kolejowych; zamówienia w obszarze informatyzacji administracji publicznej, w których efektem działań korupcyjnych jest najczęściej preferowanie określonego dostawcy; zamówienia finansowane ze środków unijnych; zamówienia w dziedzinie ochrony zdrowia, w których nieprawidłowości dotyczą między innymi zamówienia na zakup sprzętu, aparatury medycznej, jak również badania; zamówienia udzielane przez sektor obronny, gdzie ograniczona transparentność postępowań uzasadniana koniecznością ochrony informacji umożliwia powstanie procederu korupcyjnego; oraz zamówienia w energetyce¹².

⁹ Centralne Biuro Antykorupcyjne, *Przewidywane zagrożenia korupcyjne w Polsce*, Warszawa 2013, s. 6.

¹⁰ Rządowy Program Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020 (dalej: Program) to załącznik do uchwały Nr 207 Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2017 roku w sprawie Rządowego Programu Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020 (M.P. z 2018 r. poz. 12). Akt ten utracił moc 31 grudnia 2020 roku. Z uwagi na to, że Rada Ministrów nie sporządziła nowego antykorupcyjnego programu w miejsce poprzedniego, należy przyjąć, że ten już nieobowiązujący akt prawny stanowi najbardziej aktualną analizę stanu i przyczyn korupcji w Polsce, jaka została wydana przez naczelną organy administracji publicznej, i to na jego zapisach autorki artykułu będą opierały swoje przemyślenia.

¹¹ Rządowy Program Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020, *Obszary życia społecznego w Polsce najbardziej zagrożone korupcją. Zamówienia publiczne*.

¹² *Ibidem*.

Rozwiązania administracyjnoprawne ukierunkowane na zapobieganie korupcji sektora zamówień publicznych

W załączniku do komunikatu Komisji Europejskiej w sprawie polityki zwalczania korupcji¹³ zostały wymienione zasady mające za przedmiot zwiększenie efektywności walki z korupcją, z których część — mająca na celu prewencję korupcji sektora publicznego — adresowana jest do organów administracji publicznej i pozostawiona do uregulowania na gruncie prawa administracyjnego danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Zaliczono do nich między innymi przyjęcie indywidualnych, krajowych strategii antykorupcyjnych, zawierających środki represyjne i prewencyjne w zakresie walki z korupcją, oraz zapewnienie integralności, odpowiedzialności i przejrzystości w administracji publicznej, w tym w sektorze zamówień publicznych, a także wprowadzenie efektywnych metod zarządzania oraz narzędzi audytu i nadzoru¹⁴.

Formułowanie zaleceń dotyczących wdrożenia na gruncie prawa administracyjnego — a nie prawa karnego, które *prima facie* jawi się jako przeznaczone do zwalczania zjawiska korupcji — rozwiązań służących zapobieganiu korupcji sektora zamówień publicznych jest podejściem trafnym i pożądanym.

W kontekście przeciwdziałania korupcji postuluje się, aby były przyjmowane i rozwijane te działania prawne i pozaprawne, które zmierzają do ograniczania przyczyn powstawania korupcji. Rozwiązania wypracowane na gruncie prawa administracyjnego, chociaż nie są postrzegane jako ściśle ukierunkowane na walkę z tym negatywnym zjawiskiem, odgrywają istotną rolę w jego ograniczaniu, szczególnie w sektorze publicznym. Polegają one na eliminowaniu rozwiązań, które stwarzają możliwości bądź ułatwiają popełnienie czynów korupcyjnych w szeroko rozumianej administracji publicznej, oraz na wprowadzaniu mechanizmów *stricte* prewencyjnych¹⁵.

Podobną optykę przyjął naczelny organ administracji publicznej — Rada Ministrów, która w Rządowym Programie Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020 w ramach konstruowania polityki antykorupcyjnej przyznała prymat metodom administracyjnoprawnym ukierunkowanym na zapobieganie temu zjawisku¹⁶.

¹³ Załącznik do Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 28 maja 2003 roku w sprawie polityki zwalczania korupcji, Brussels 28.05.2003, COM (203) 317 final.

¹⁴ M. Kozłowska, *Prawo administracyjne...*, s. 36.

¹⁵ M. Kozłowska, *Rejestr korzyści jako narzędzie przeciwdziałania korupcji w administracji publicznej*, [w:] *Ewolucja elektronicznej administracji publicznej*, red. R. Kusiak-Winter, J. Korczak, Wrocław 2021, s. 37.

¹⁶ Do działań tych zaliczono wzmocnienie rozwiązań ograniczających możliwość korupcji w sektorze publicznym przez opracowanie wytycznych dotyczących jednolitych rozwiązań organizacyjnych i prawnych w zakresie przeciwdziałania korupcji w administracji oraz opracowanie zasad postępowania w sytuacji zagrożenia korupcyjnego w kontaktach funkcjonariusz administracji

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych¹⁷ zawiera liczne rozwiązania administracyjnoprawne mające na celu prewencję korupcji¹⁸. Do środków zapobiegawczych przed złożeniem oferty można zaliczyć obowiązek prawidłowego i kompletnego opisanie oczekiwanych świadczeń, oparcie specyfikacji na dobrze rozeznaczonych potrzebach zamawiającego i jej sprecyzowanie tak, aby nie dopuszczać do uznaniowych interpretacji, oraz zapewnienie konkurencyjności postępowania, stosowanie jednolitych wzorów dokumentów przetargowych czy unikanie określania fabrykatów, aby uniknąć zмовы cenowej wśród producentów i dostawców. Prewencja korupcji w fazie między złożeniem oferty a rozstrzygnięciem przetargu polega na możliwości żądania stosownych dokumentów potwierdzających bezstronność ubiegającego się o zamówienie, sporządzeniu protokołu z przeprowadzonego przetargu, jawnego otwarcia złożonych ofert oraz możliwości odwołania się od wyniku przetargu do niezależnego organu. Ostatecznie na etapie wykonania świadczenia działania antykorupcyjne sprowadzają się do kontroli jego wykonania i rozliczania, w tym odbioru przedmiotu zamówienia¹⁹.

Podsumowanie

Korupcja to zjawisko, które trudno zamknąć w definicyjnych ramach, z uwagi na jej cechy, takie jak powszechność i entropia. Bank Światowy definiuje to zjawisko jako wykorzystanie urzędu publicznego do prywatnych celów, co mimo ogólnego charakteru tej definicji najlepiej oddaje problem korupcji w sektorze zamówień publicznych.

publicznej–klient. Zob. Rządowy Program Przeciwdziałania Korupcji na lata 2018–2020, *Plan działań. Tabela nr 1. Zadania przewidziane do realizacji w ramach wdrażania Programu*.

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129.

¹⁸ Prawo zamówień publicznych jest elementem prawa publicznego, mimo że w znacznej mierze posługuje się ono prywatnoprawną metodą regulacji. „Zjawisko to stanowi rezultat postępującego umacniania się jedności i spójności całego systemu prawnego, powodując coraz szersze przenikanie się problematyki typowej dla różnych gałęzi prawa. Prowadzi to do sytuacji, w której przy coraz większej wszechstronności działania administracji jest ona zmuszona do posługiwania się formami prawnymi pochodzącymi z różnych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego” — G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 85–86. Chociaż na gruncie ustawy doszło do formalnego oparcia postępowania na udzieleniu zamówienia, a fazy jego realizacji na metodzie cywilnoprawnej, to korzystanie z niej przez zamawiających zostało poddane licznym i daleko idącym ograniczeniom, mającym służyć ochronie wieloaspektowego interesu publicznego (zob. *ibidem*, s. 86). Z tych też przyczyn autorki artykułu kwalifikują metody zmierzające do przeciwdziałania korupcji w sektorze zamówień publicznych jako rozwiązania o charakterze administracyjnoprawnym.

¹⁹ K. Krak, M. Wnuk, M. Żelewski, *Świadomość ryzyka korupcji i zмовы przetargowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018, s. 63–78.

W sektorze zamówień publicznych dochodzi bowiem do wyraźnej i dynamicznej interakcji między podmiotami publicznymi a prywatnymi przedsiębiorcami przy wykorzystaniu środków publicznych. Sytuacja ta prokuruje liczne pokusy korupcyjne, co pokazują rządowe programy antykorupcyjne wskazujące sektor zamówień publicznych jako sferę życia publicznego najbardziej zagrożoną tym zjawiskiem.

Przy pomocy norm prawa administracyjnego możliwa jest skuteczna walka z korupcją. Regulacje administracyjne uwzględniają specyfikę korupcji, jaka występuje w określonym państwie, oraz jej partykularny charakter. Wymierzone są one bezpośrednio w działania, które w danej społeczności uznawane są za korupcyjne. Z tych też przyczyn w sektorze zamówień publicznych ukształtowano wiele regulacji administracyjnoprawnych mających za przedmiot przeciwdziałanie temu zjawisku.

Bibliografia

- Bil J., *Zjawisko korupcji. Rozpoznawanie, zapobieganie, zwalczanie*, Warszawa 2018.
- Centralne Biuro Antykorupcyjne, *Przewidywane zagrożenia korupcyjne w Polsce*, Warszawa 2013.
- Corruption Perceptions Index 2020*, https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020_Report_EN_0802-WEB-1_2021-02-08-103053.pdf.
- Ferreira L.V., Morosini F.C., *The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporation*, „Austral. Brazilian Journal of Strategy & International Relations” 2, 2013, nr 3.
- Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
- Kozłowska M., *Prawo administracyjne jako narzędzie przeciwdziałania korupcji funkcjonariuszy administracji publicznej*, Wrocław 2021.
- Kozłowska M., *Rejestr korzyści jako narzędzie przeciwdziałania korupcji w administracji publicznej*, [w:] *Ewolucja elektronicznej administracji publicznej*, red. R. Kusiak-Winter, J. Korczak, Wrocław 2021.
- Krak K., Wnuk M., Żelewski M., *Świadomość ryzyka korupcji i zmywy przetargowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018.
- Makowski G., *Korupcja a rynek zamówień publicznych — jak ją rozumieć, jak mierzyć?*, Warszawa 2017, http://barometryzyka.pl/dokumenty/1_korupcja_a_zamowienia.pdf.
- Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju, Grupa Banku Światowego, *Świadomi nadużyć finansowych i korupcji. Podręcznik dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi*, Warszawa 2015.
- Pope J., *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Berlin 2000.
- Tarchalski K., *Korupcja i przywileje. Zarys teorii i praktyki*, Warszawa 2000.

Administrative-Legal Regulations of Preventing Corruption in the Public Procurement Sector

Summary

Corruption is a phenomenon which is hard to put into a definitive framework because of its universality and entropy. In the public procurement sector there is a clear and dynamic interaction between public entities and private entrepreneurs, using public funds, which promotes numerous corrupt interactions. For these reasons, numerous administrative-legal regulations have been formed in the public procurement sector aimed at counteracting this phenomenon.

Keywords: corruption, public procurement, administrative law.

MARIA KRÓLIKOWSKA-OLCZAK

ORCID: 0000-0003-4095-2703

Uniwersytet Łódzki

mkrolikowska@wpia.uni.lodz.pl

Wpływ zasad prawa zamówień publicznych na efektywność ekonomiczną zamówień publicznych

Abstrakt: Artykuł prezentuje zasady prawa zamówień publicznych, które mają fundamentalne znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Po reformie unijnego prawa zamówień publicznych z 2014 roku zamówienia publiczne stały się instrumentem realizującym zasadę zrównoważonego rozwoju. W ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych wśród najważniejszych zmian, obok zasady efektywności, wymieniono zasady uczciwej konkurencji i równości. Procedury określone przepisami w zakresie udzielania zamówień publicznych mają służyć praktycznemu stosowaniu zasad: równego traktowania, uczciwej konkurencji, niedyskryminacji, przejrzystości, proporcjonalności oraz jawności. Efektywność ekonomiczna ma na celu wdrażanie podejścia strategicznego przy udzielaniu zamówień publicznych, wzmacniając rolę planowania w tym procesie.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, zasada zrównoważonego rozwoju, zasada uczciwej konkurencji, zasada równości, zasada jawności, efektywność ekonomiczna.

Wstęp

Prawo zamówień publicznych jest podporządkowane zasadom, które są fundamentem wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia, niezależnie od ich wartości, a zatem niezależnie od zakresu podlegania danego zamówienia reżimowi prawa unijnego czy też prawa polskiego¹. Respektowanie zasad zamówień

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.); dalej: p.z.p.

publicznych ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Obowiązek ich przestrzegania w państwach członkowskich UE wywodzi się z zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE), do których odwołują się dyrektywy unijne Parlamentu Europejskiego i Rady: dyrektywa 2014/24/UE², dyrektywa 2014/25/UE³ i dyrektywa 2009/81/WE⁴. Przepisy dyrektyw stanowią o udzieleniu zamówień z poszanowaniem zasad TFUE: swobodnego przepływu osób i towarów, swobodnego świadczenia usług i przedsiębiorczości, swobodnego przepływu kapitału i płatności. Nie można też nie wspomnieć o zasadach wywodzących się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, do których przede wszystkim należy zaliczyć zasady: niedyskryminacji, równego traktowania, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

Unijne prawo zamówień publicznych wchodzi również w interakcje z normami prawa konkurencji. Przepisy TFUE określają reguły w dziedzinie konkurencji⁵, które są niestety często pomijane w praktyce zamówień publicznych. Należy w związku z tym podnieść, że konkurencja jest skutkiem wolności gospodarczej, będąc do pewnego stopnia integralną częścią rynku. Nie ma jednak charakteru samodzielnego, lecz w pełni instrumentalny. Zamówienia publiczne zaś są wymieniane jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu przy jednoczesnym zagwarantowaniu postępu technicznego i najbardziej efektywnego wydatkowania środków publicznych. Aktualnie pojawiają się w tym obszarze kwestie ochrony środowiska i klimatu oraz równości

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE z 28.03.2014, L 94, s. 65 z późn. zm.) — dyrektywa klasyczna.

³ Dyrektywa Parlamentu i Rady 2014/25/UE z dnia 16 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE z 28.03.2014, L 94, s. 243 z późn. zm.) — dyrektywa sektorowa.

⁴ Dyrektywa Parlamentu i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE z 20.08.2009, L 216, s. 76 z późn. zm.) — dyrektywa obronna.

⁵ Rozwinięcie ramowych przepisów TFUE ma miejsce w aktach prawa wtórnego, którym towarzyszą liczne akty niewiążące (*soft law*). Szerzej zob. m.in. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009; K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2008; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009; R. Wish, D. Balley, *Competition Law*, Oxford 2012, s. 248 n.; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 54 n.; M. Królikowska-Olczak, *Zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015, s. 716 n.; *eadem*, *Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2.

społecznej. Dążenie do pozornie wykluczających się aspektów doprowadziło do sformułowania zasady zrównoważonego rozwoju.

Zamówienia publiczne instrumentem realizującym zasadę zrównoważonego rozwoju

Po reformie unijnego prawa zamówień publicznych z 2014 roku zamówienia publiczne stały się instrumentem realizującym zasadę zrównoważonego rozwoju, przyjąwszy rozwiązania prawne pozwalające na promowanie i egzekwowanie wartości związanych z ochroną środowiska, aspektami społecznymi oraz wspieraniem innowacji⁶. Przyjęcie w polityce Unii Europejskiej zasady zrównoważonego rozwoju prowadzi przy tym do powstawania coraz liczniejszych instrumentów prawnych wymuszających uwzględnianie aspektów środowiskowych w unijnej polityce zamówień publicznych.

Przyjęta w 2010 roku strategia Europa 2020 zakładała, że wspieranie zrównoważonego rozwoju będzie jednym z jej priorytetów. Zrównoważony rozwój jest tu rozumiany jako wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów naturalnych, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej⁷. W komunikacie Komisji z dnia 11 grudnia 2019 roku do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Europejski Zielony Ład zaktualizowano zobowiązanie Komisji do rozwiązywania problemów związanych z klimatem i środowiskiem naturalnym⁸. Europejski Zielony Ład jest nową strategią UE, której celem jest osiągnięcie do 2050 roku zerowego poziomu emisji gazów cieplarnianych netto i w ramach której wzrost gospodarczy będzie oddzielony od wykorzystania zasobów naturalnych. Wskazuje się przede wszystkim na transformację UE z myślą o zrównoważonej przyszłości. Osiągnięcie dodatkowej redukcji emisji będzie stanowić wyzwanie polegające na przekierowaniu kapitału prywatnego na działania służące klimatowi i ochronie środowiska. Europejski Zielony Ład, wskazując na cele UE do 2030 roku, zawiera nowe podejście do zamówień publicznych. Oznacza to wprowadzenie systemu zamówień publicznych, w którym istotną rolę w procedurze zamówieniowej odgrywają zasady zamówień publicznych.

⁶ Z uwagi na udział zamówień publicznych w gospodarce unijnej (około 16% PKB) KE promuje wykorzystywanie zamówień publicznych jako instrumentu wdrażającego koncepcję zrównoważonego rozwoju. Zob. E. Latoszek, *Agenda na Rzecz Zrównoważonego Rozwoju 2030 i jej wpływ na wybrane polityki Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie” 2017, nr 3, s. 99.

⁷ Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 roku — Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, COM (2010) 2020, final.

⁸ Bruksela 11.12.2019, COM (2019) 640, final.

W doktrynie wciąż toczy się dyskusja, czy zrównoważony rozwój można uznać za zasadę prawa, czy jest to wytyczna pojawiająca się w kontekście *soft law*. Podzielam pogląd, że zasadę zrównoważonego rozwoju należy zaliczyć do „zasad prawnych w znaczeniu dyrektywalnym o wiążącym charakterze”⁹.

Zasadę zrównoważonego rozwoju można odnaleźć zarówno w prawie pierwotnym, jak i wtórnym Unii Europejskiej. Wyeksponowania wymaga treść art. 11 TFUE, w którym odwołano się do zasady zrównoważonego rozwoju jako podstawy integracji polityki ochrony środowiska z politykami sektorowymi. Do zasady zrównoważonego rozwoju nawiązuje również przepis art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE), który wskazuje na zrównoważony wzrost gospodarczy, stabilność cen oraz społeczną gospodarkę rynkową jako fundamenty trwałego rozwoju Europy¹⁰. Oznacza to, że gdyby w traktatach dotyczących zamówień publicznych zabrakło bezpośredniego odniesienia do konieczności przestrzegania wymogów ochrony środowiska, to i tak taka konieczność wynikałaby z zasady integracji, opartej na podstawie zrównoważonego rozwoju. Zasada integracji i zasada zrównoważonego rozwoju uwzględniane łącznie warunkują postrzeganie ochrony środowiska jako czynnika wyciągniętego przed nawias celów i zadań kształtowanych przez UE w rozmaitych sferach działań, w tym w zamówieniach publicznych.

Zasada uczciwej konkurencji i zasada równości

W obowiązującej od 1 stycznia 2021 ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych wśród najważniejszych zmian, obok zasady efektywności, wymieniono zasady uczciwej konkurencji i równości. Zgodnie z treścią art. 16 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zasady te wywodzą się wprost z dyrektyw unijnych: dyrektywy klasycznej (art. 18 ust. 1), sektorowej (art. 36 ust. 1) oraz obronnej (art. 4) — implementowanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych. Zasady te wiążą się z wywodzącymi się z TFUE zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Z treści pkt 1 preambuły do dyrektywy klasycznej

⁹ Z. Bukowski, *Bezpieczeństwo ekologiczne jako kryterium koniecznych działań dla zrównoważonego rozwoju*, [w:] *Zrównoważony rozwój. Od utopii do praw człowieka*, red. A. Papuziński, Bydgoszcz 2005, s. 117–118; P. Korzeniowski, *Zasada zrównoważonego rozwoju jako podstawa wykładni sądowej*, [w:] *Inteligentna i zrównoważona gospodarka sprzyjająca włączeniu społecznemu — wyzwania dla systemów prawnych Unii Europejskiej i państw członkowskich*, red. S. Dudzik, B. Iwańska, N. Półtorak, Warszawa 2017, s. 150.

¹⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. C z 2016 r., s. 13).

i sektorowej oraz pkt 15 preambuły obronnej wynika, że procedury określone przepisami w zakresie udzielania zamówień mają służyć praktycznemu zastosowaniu zasad równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Zaakcentowania wymagają przepisy dyrektyw odnoszące się do zasad równości i konkurencji, których celem jest zapobieganie konfliktowi interesów. Zgodnie z przepisami przytaczanych dyrektyw państwa członkowskie muszą zapewnić podjęcie przez instytucje zamawiające należytych środków, aby skutecznie zapobiegać konfliktom interesów w toku postępowań o udzielenie zamówienia. Celem tych działań jest zapobieganie ewentualnemu zakłóceniu konkurencji oraz zagwarantowanie równego traktowania wszystkich wykonawców. Pojęcie konfliktu interesów odnosi się do każdej sytuacji, w której pracownicy instytucji zamawiającej bądź dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działający za instytucję zamawiającą, a biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia albo mogący wpłynąć na wynik postępowania, mają bezpośrednio lub pośrednio interes — czy to finansowy, czy ekonomiczny lub nawet osobisty — który może być postrzegany jako zagrażający ich bezstronności oraz niezależności w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia¹¹. Państwa członkowskie mają również obowiązek podejmowania odpowiednich środków zapewniających realizację przez wykonawców zamówienia publicznego unormowań obowiązujących w międzynarodowym prawie ochrony środowiska czy międzynarodowym prawie socjalnym¹². Obowiązku respektowania przez wykonawców wymienionych przepisów nie należy jednak utożsamiać z powinnością przestrzegania przez nich warunków realizacji zamówień, określonych przez instytucje zamawiające, a które mogą dotyczyć aspektów gospodarczych związanych z innowacyjnością, aspektów środowiskowych czy społecznych¹³.

Warto podkreślić, że wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 p.z.p. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców pozwalają na realizację celów ustawowych, to jest efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Ustawodawca wprawdzie nie zdefiniował pojęcia uczciwej konkurencji na gruncie prawa zamówień publicznych, jednak analizując postanowienia tego aktu, nie ulega wątpliwości, że chodzi przede wszystkim o wykluczenie wszelkich porozumień między potencjalnymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, a także między potencjalnym wykonawcą a za-

¹¹ Art. 24 dyrektywy 2014/24; art. 42 dyrektywy 2014/25; art. 35 dyrektywy 2014/23.

¹² Art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24; art. 36 ust. 2 dyrektywy 2014/25.

¹³ Art. 70 dyrektywy 2014/24; art. 87 dyrektywy 2014/25.

mawiającym, o ile cel lub skutek godzi w konkurencję (art. 108 ust. 1 pkt 5)¹⁴. Zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Z realizacji tej zasady wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego działań godzących w uczciwą konkurencję między innymi poprzez wykluczenie wykonawcy (art. 108 ust. 1 p.z.p.). Artykuł 108 p.z.p. zawiera zamknięty katalog tak zwanych obligatoryjnych podstaw wykluczenia, które pełnią przede wszystkim funkcje prewencyjną i represyjną. Obligatoryjne podstawy wykluczenia mają zniechęcić do popełniania niektórych przestępstw (art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 4 p.z.p.), uchylania się od płacenia podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (art. 108 ust. 1 pkt 3 p.z.p.) oraz zawierania porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji¹⁵.

Warto też zauważyć, że dyscyplina finansów publicznych obejmuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia oraz określenia warunków udziału w postępowaniu¹⁶.

Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁷ lub zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 p.z.p.). Przedmiotem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w szeroko rozumianej działalności gospodarczej. Postanowienia ustawy zapewniają ochronę przedsiębiorcy przed każdym przejawem nieuczciwości innego uczestnika obrotu gospodarczego, jak również zapewniają przejrzystość rynku. Obejmuje to każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli naruszy ono interes przedsiębiorstwa lub klienta albo mu zagraża. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także takie zachowanie, które chociaż nie pozostaje w sprzeczności z określoną normą praw-

¹⁴ W szczególności jeżeli należący do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 275) złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Zob. też *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo sądów okręgowych w latach 2010–2015 z komentarzem*, red. H. Łopianowska, A. Packo, Warszawa 2016, s. 15 n.

¹⁵ W świetle klauzuli generalnej zawartej w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przepis ten implementując do polskiego systemu prawnego postanowienia wynikające z art. 101 ust. 1. TFUE, rozszerzając ten katalog w stosunku do prawa unijnego o tak zwany bojkot i znowę przetargową. Szerzej zob. M. Królikowska-Olczak, *Zasada uczciwej konkurencji...*, s. 15.

¹⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305).

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913.

ną, narusza jednak normy pozaprawne, mogące wynikać z istniejących zwyczajów, nakazów moralnych, etycznych bądź innych reguł ukształtowanych w danej grupie przedsiębiorców¹⁸. Chodzi o pewne powszechnie akceptowane w kręgach przedsiębiorców reguły uczciwego postępowania, których przestrzeganie zapewnia uczciwość w konkurencji. Konkurencja między przedsiębiorcami powinna być również przejrzysta. Wyrazem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania jest transparentność postępowania i pełen dostęp do informacji o istotnych okolicznościach tego postępowania.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada ta polega na jawności postępowania zarówno dla jego uczestników, jak i osób trzecich. Ma ona znaczenie w realizacji innych zasad, zwłaszcza zapewnienia uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości wydatkowania środków publicznych, ale również dla funkcji kontrolnej realizowanej przez zainteresowanych wykonawców. Zasada jawności wyraża się zarówno w dostępie do informacji o zamówieniach (na przykład ogłoszenia o zamówieniach, jawność postępowania odwoławczego), jak i w jawności dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu.

Rzeczywista jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza to obowiązek udostępnienia przez zamawiającego informacji związanych z postępowaniem. Gwarantuje to transparentność tego postępowania zarówno w odniesieniu do czynności zamawiającego, jak i wykonawcy, gdyż każdy wykonawca, decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, godzi się jednocześnie na to, że dokumenty przez niego składane i informacje o nim przekazywane zamawiającemu (poza określonymi ustawowo wyjątkami) będą w określonym czasie podlegały ujawnieniu przez zamawiającego na wniosek osób zainteresowanych. Niektóre dane będą natomiast podle-

¹⁸ Katalog czynów nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu cytowanej ustawy, jest katalogiem otwartym. Szerzej zob. B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2003, s. 85, s. 143 n.; M. Późniak-Niedzielska, S. Sołtyśński, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 516–517; M. Namysłowska, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. Analiza porównawcza*, Warszawa 2014, s. 190 n.; U. Promińska, *Ochrona przed nieuczciwą konkurencją*, [w:] *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, red. W. Katner, Warszawa 2017, s. 537 n.

gały wręcz upublicznieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania, są to między innymi informacje o otwarciu ofert czy informacje zamieszczone w oficjalnych publikatorach. Artykuł 267 p.z.p. zobowiązuje bowiem zamawiającego do zamieszczania ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, który jest oficjalnym publikatorem na szczeblu krajowym, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych. Ogłoszenie stwarza stan powszechnego poinformowania, stanowiąc wyraz przejrzystości działania zamawiającego. O wadze tych obowiązków świadczy sankcja nieważności przewidziana w przypadku ich naruszenia. Nie sposób nie podnieść, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie umieścił ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

Jawność gwarantuje uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne dostęp do informacji o planowanych i wszczynanych postępowaniach, jawne otwarcie ofert, jawność dokumentów związanych z postępowaniem, jawność w zakresie toczących się postępowań odwoławczych i skargowych. W trakcie prowadzonego postępowania zasada jawności wyraża się przede wszystkim w prawie dostępu do protokołu postępowania oraz do tych załączników do protokołu, które na danym etapie postępowania mogą być udostępnione¹⁹.

Wyjątkiem od zasady jawności są ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem, jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym. W art. 18 ust. 3 p.z.p. został wyrażony zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Efektywność ekonomiczna zamówień publicznych

Efektywność odnosi się do obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych (art. 17 ust. 1 p.z.p.). Tym samym efektywność ma służyć przede wszystkim

¹⁹ Protokół jest jawny, a zamawiający ma obowiązek udostępnienia protokołu na wniosek (art. 74 ust. 1 p.z.p.). Zob. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 164–167; *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 94–99; P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 104–135.

kim wdrożeniu podejścia strategicznego przy udzielaniu zamówień, wzmacniając rolę planowania w tym procesie.

Mimo że przepis art. 17 ust. 1 p.z.p. nie zawiera pojęcia efektywności, a jedynie odnosi się do uzyskania „najlepszych efektów zamówienia” oraz najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, jego treść pozwala na przyjęcie efektywności jako zasady przy udzielaniu zamówień publicznych²⁰. Zasada efektywności ma zastosowanie zarówno do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne.

Efektywność ekonomiczna nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych wyraża się w relacji między wartością (jakością) nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych a ich ceną lub powiązаныmi z nimi kosztami. Dążenie do maksymalizowania efektywności udzielanych zamówień może być postrzegane jako proces optymalizacji zakupów publicznych, który dotyczy nie tylko elementu zapłaty za zamówienie, ale obejmuje cały okres, w jakim zamawiający będzie korzystał z uzyskanego zamówienia. W tym świetle zamówienia publiczne nie mogą być jedynie traktowane jako instrument prawny, lecz trzeba je postrzegać także jako instrument ekonomiczny. Wojciech Hartung słusznie uznaje, że „już nie tylko element konkurencji, ale również efektywność i racjonalność realizacji zadań publicznych stanowić powinna podstawę interpretacji przepisów dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE”²¹. Autor ten podnosi też, że w przypadku poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE²² jej regulacje należało interpretować przez pryzmat otwarcia rynku, natomiast postanowienia dyrektywy 2014/24/UE wymagają zachowania równowagi między konkurencją a innymi wartościami.

Podzielał przy tym pogląd Pawła Nowickiego, że regulacje dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE wymagają zachowania równowagi między różnymi wartościami a efektywnością wykorzystywania środków bez celowego zawężania konkurencji, co jest konsekwencją wprowadzania zakazu sztucznego zawężania konkurencji do art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE²³. Efektywność ekonomiczną konkretnego zamówienia wyraża zasada *Best Value for Money*, zgodnie z którą zamówienie publiczne powinno być udzielane w sposób gwarantujący osiągnięcie jak najlepszych efektów związanych z realizacją danego zamówienia

²⁰ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, red. H. Nowak, M. Winiarz, s. 159.

²¹ W. Hartung, [w:] W. Hartung *et al.*, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 14.

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. z 30.04.2004, L 134).

²³ P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 147–148.

w stosunku do jego ceny lub kosztu²⁴. Należy podnieść, że interpretacja przepisów dyrektyw zamówieniowych musi być zgodna z podstawowymi celami unijnej regulacji zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie swobody przepływu towarów, swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości, a także zasad z nich wynikających, takich jak zasady: równego traktowania, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i jawności.

Dyrektywy zamówieniowe z 2014 roku, jak również ustawa Prawo zamówień publicznych włączyły zamówienia publiczne w realizację różnych polityk unijnych dotyczących spełnienia celów związanych z ochroną środowiska naturalnego oraz promowania innowacji i zamówień społecznych. W świetle nowych rozwiązań prawnych efektywność ekonomiczna zamówień publicznych powinna być instrumentem stymulującym wzrost gospodarczy.

Zakończenie

Przestrzeganie zasad prawa zamówień publicznych ma fundamentalne znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Po reformie unijnego prawa zamówień publicznych z 2014 roku zamówienia publiczne stały się instrumentem realizującym zasadę zrównoważonego rozwoju, przyjmując rozwiązania prawne pozwalające na promowanie i egzekwowanie wartości związanych z ochroną środowiska naturalnego, aspektami społecznymi oraz wspieraniem innowacji.

W ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych wśród najważniejszych zmian, obok zasady efektywności, wymieniono zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równości. Ich wyrazem jest transparentność postępowania i pełen dostęp do informacji o istotnych okolicznościach tego postępowania. Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia są sposobami ograniczania zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Procedury określone przepisami w zakresie udzielania zamówień publicznych mają służyć praktycznemu zastosowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, niedyskryminacji, przejrzystości, proporcjonalności oraz jawności. Efektywność ekonomiczna ma natomiast na celu wdrażanie podejścia strategicznego przy udzielaniu zamówień publicznych, wzmacniając rolę planowania w tym procesie.

²⁴ Ustawodawca nie zdecydował się na legalne zdefiniowanie *Best Value for Money* jako zasady zamówień publicznych. Pojęcie *Best Value for Money* w prawie zamówień publicznych może obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów jakościowych, środowiskowych lub społecznych związanych z przedmiotem zamówienia. Szerzej zob. *ibidem*, s. 284 n.

Bibliografia

- Bukowski Z., *Bezpieczeństwo ekologiczne jako kryterium koniecznych działań dla zrównoważonego rozwoju*, [w:] *Zrównoważony rozwój. Od utopii do praw człowieka*, red. A. Papuziński, Bydgoszcz 2005.
- Gadek B., *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2003, nr 85.
- Graniecki P., Graniecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Jurkowska-Gomułka A., *Publiczne i prywatne egzekwowanie praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013.
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2008.
- Korzeniowski P., *Zasada zrównoważonego rozwoju jako podstawa wykładni sądowej*, [w:] *Inteligentna i zrównoważona gospodarka sprzyjająca włączeniu społecznemu — wyzwania dla systemów prawnych Unii Europejskiej i państw członkowskich*, red. S. Dudzik, B. Iwańska, N. Półtorak, Warszawa 2017.
- Królikowska-Olczak M., *Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2.
- Królikowska-Olczak M., *Zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015.
- Latoszek E., *Agenda na Rzecz Zrównoważonego Rozwoju 2030 i jej wpływ na wybrane polityki Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie” 2017, nr 3.
- Namysłowska M., *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. Analiza porównawcza*, Warszawa 2014.
- Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
- Późniak-Niedzielska M., Sołtysiński S., [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021.
- Promińska U., *Ochrona przed nieuczciwą konkurencją*, [w:] *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, red. W. Katner, Warszawa 2017.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009.
- Wish R., Balley D., *Competition Law*, Oxford 2012.
- Zamówienia publiczne. Orzecznictwo sądów okręgowych w latach 2010–2015 z komentarzem*, red. H. Łopianowska, A. Packo, Warszawa 2016.

The Impact of the Principles of Public Procurement Law on the Economic Effectiveness of Public Procurement

Summary

The article presents the principles of Public Procurement Law that are of fundamental importance to ensure rational and effective spending of public funds. After the reform of the public procurement law in the European Union in 2014, public procurement has become an instrument implementing the principle of sustainable development. In the Act of 11 September 2019 — Public Procurement Law, the most important changes include, in addition to the principle of effectiveness, the principle of fair competition and the principle of equality. The procedures set out in the provisions on the award of public procurement are to serve the practical application of the principles of: fair competition, equal treatment of contractors, transparency, proportionality and principle of open proceedings.

Keywords: public procurement law, the principle of sustainable development, the principle of fair competition, the principle of openness, economic efficiency.

HENRYK NOWICKI

ORCID: 0000-0003-0392-2433

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

nowicki@umk.pl

Systemowe ujęcie kontroli w nowym prawie zamówień publicznych

Abstrakt: W artykule przedstawiono nowe ujęcie kontroli zamówień publicznych w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych. Analiza jest prowadzona z perspektywy przyjętych rozwiązań prawnych, które w znacznym zakresie odpowiadają postulatom doktryny. Prowadzone badania oparte są na przyjęciu systemu kontroli zamówień, którego podstawę dają organy kontroli ujęte w p.z.p. W tekście przedstawiono wpływ poglądów doktryny na warunki prawidłowej budowy systemu kontroli oraz prawidłowego funkcjonowania systemu kontroli. Ważne do ustalenia sytuacji prawnej podmiotów kontrolowanych są rozważania dotyczące procedur kontroli oraz określonych ustawowo praw i obowiązków kontrolowanych i kontrolujących. W opracowaniu zawarto również uwagi odnoszące się do nowo powołanego organu, jakim jest Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, i jego roli w systemowym funkcjonowaniu kontroli zamówień.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, kontrola, system kontroli.

Zagadnienia wprowadzające

Problematyka kontroli jest jednym z ważnych zagadnień, które wiąże się z funkcjonującymi w naszym systemie prawa przepisami z zakresu zamówień publicznych. Ustawodawca krajowy, określając zakres regulacji nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)¹ wskazał między innymi na kontrolę udzielania zamówień. Oprócz tego zakresem ustawy zostały objęte środki ochrony prawnej oraz pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realiza-

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

cji umów w sprawie zamówienia publicznego². Przywołane przepisy odnoszą się wprost do kontroli realizowanej w systemie administracji przez wyspecjalizowane organy kontrolujące zamówienia publiczne oraz sądy. Spośród organów powołanych do kontroli należy najpierw wskazać na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP)³, ale też na Najwyższą Izbę Kontroli⁴, regionalne izby obrachunkowe⁵ oraz inne organy, które kontrolują zamówienia publiczne⁶. Wśród organów kontrolujących zamówienia publiczne występują również organy uczestniczące w kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej⁷. W przypadku zamówień publicznych ważną rolę odgrywa kontrola sądowa realizowana w ramach środków ochrony prawnej⁸ oraz kontrola sądowa będąca wynikiem zaskarżalności do sądów niektórych działań uczestników procesu udzielania zamówień publicznych⁹. Z kontrolą sądową będziemy mieli do czynienia także w przypadku rozwiązania sporu przed sądem polubownym¹⁰. Natomiast z kontrolą sądową zamówień publicznych możemy mieć styczność w przypadku naruszenia norm prawa karnego¹¹.

Wskazane organy¹² uczestniczące w kontroli zamówień publicznych możemy zakwalifikować jako współtworzące system kontroli zamówień publicznych¹³.

² Art. 1 pkt 8 i 9 p.z.p.

³ Art. 603–617 p.z.p.

⁴ Zob. art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1200 ze zm.); dalej: ustawa o NIK.

⁵ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2137).

⁶ Szerzej o organach kontrolujących zamówienia publicznej zob. H. Nowicki, *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 87; *idem*, *Kontrola zamówień publicznych w świetle zmian prawnych z 2016 r., uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Disputatio” 22, 2019, nr 2, s. 37.

⁷ Zob. P. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 391. Szerzej por. *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

⁸ Art. 579 ust. 1 p.z.p.

⁹ Zob. np. art. 444 ust. 3; art. 459 ust. 1; art. 460; art. 611 pkt 2 p.z.p.

¹⁰ Art. 591 ust. 1 p.z.p.

¹¹ Np. art. 296a, art. 297, art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2345). Zob. J. Presz-Król, A. Adach-Nerwińska, *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień...*, s. 77 n.

¹² Pod pojęciem organów uczestniczących w kontroli zamówień publicznych rozumiem również sądy.

¹³ W wielu publikacjach wskazywałem na potrzebę podejścia systemowego zarówno do systemu prawa zamówień publicznych, jak i — w konsekwencji — systemu kontroli zamówień publicznych; zob. np. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009,

Przez system kontroli zamówień publicznych rozumiemy wszystkie organy powołane i uprawnione do kontroli tych zamówień, których działanie oparte jest na wspólnych regułach wynikających z systemu prawa, w tym prawa zamówień publicznych, a które to reguły powodują współdziałanie i współzależności zachodzące pomiędzy tymi organami w związku z kontrolą zamówień publicznych. Gdy przyjmujemy takie określenie systemu kontroli zamówień publicznych, niezbędne będzie zidentyfikowanie wszystkich organów kontrolujących oraz doprecyzowanie pojęciowe przedmiotu kontroli i innych zagadnień związanych z funkcjonowaniem tego systemu. Takie założenie wymaga skonfrontowania rozwiązań przyjętych w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych z postulatami doktryny w zakresie prawidłowo ukształtowanych rozwiązań systemowych. Analiza ta ma służyć ocenie aktualnych rozwiązań ustawowych i ich wpływu na sytuację prawną kontrolowanych. Należy również wskazać, jak przyjęte regulacje służą poprawie działania kontroli i funkcjonowania zamówień publicznych.

Założenia przyjętych rozwiązań ustawowych w zakresie kontroli

Jednym z założeń przyjętych w trakcie prac nad koncepcją, a następnie projektem nowej ustawy Prawo zamówień publicznych było zmodyfikowanie przepisów dotyczących kontroli w zamówieniach publicznych. Problemy te zostały zidentyfikowane w uzasadnieniu projektu ustawy¹⁴, w którym wskazano między innymi na potrzebę: podniesienia efektywności udzielanych zamówień; odejścia od nadmiernego koncentrowania się na spełnianiu wymogów formalnych zamiast uzyskania najlepszego jakościowo produktu lub usługi; szerokiej dostępności środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi na wyroki KIO do sądów powszechnych; ograniczenia rozproszonego i nieefektywnego systemu kontroli. Potrzebę modyfikacji prawa w tym zakresie podnosiły publikacje naukowe, które były efektem licznych konferencji naukowych z zakresu nowego podejścia do zamówień publicznych oraz profesjonalizacji kadr działających na tym rynku¹⁵.

s. 87; *idem*, *Pojęcie Prawa zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 69; *idem*, *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *System zamówień...*, s. 366; *idem*, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień...*, s. 95.

¹⁴ Druk sejmowy nr 3624 z 12 lipca 2019 roku.

¹⁵ Do poszczególnych opracowań będę się odwoływał w dalszej części artykułu. Jako publikację wskazującą na współpracę środowiska naukowego w tym zakresie zob. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, *Wkład uniwersyteckiego środowiska naukowego w Toruniu w rozwój Prawa*

Prawidłowemu ukształtowaniu przepisów dotyczących kontroli wobec zdiagnozowanych problemów musi posłużyć prawidłowe i jednoznaczne sformułowanie wielu przepisów i stworzenie instytucji w nowym prawie zamówień publicznych. Z tych też względów należy wskazać na część rozwiązań przyjętych w ustawie i wprowadzone tam nowe pojęcia oraz zdefiniowane na nowo terminy już funkcjonujące w systemie prawa zamówień publicznych¹⁶. Bezpośrednio z problematyką kontroli wiążą się na przykład niektóre pojęcia zdefiniowane w tak zwanym słowniku ustawy oraz terminy, do których odwołuje się ustawodawca w dalszych przepisach, a które nie zawsze są definiowane na gruncie prawa. Do takich pojęć należy na przykład „efektywność udzielanych zamówień”, która to problematyka nie tylko ma umocowanie w przepisach prawa, ale również jest zjawiskiem z zakresu ekonomii i nauk o zarządzaniu¹⁷. Ustawodawca, przyjmując rozwiązania dotyczące kontroli, kierował się potrzebą jej usprawnienia i temu mają służyć wprowadzone wspólne przepisy o charakterze ogólnym¹⁸. Poprawie funkcjonowania kontroli służy natomiast obowiązek przeprowadzenia analizy ryzyka naruszenia prawa oraz obowiązek publikowania przez organy kontrolujące wytycznych dotyczących prowadzenia kontroli. Spośród przyjętych rozwiązań ustawowych co do kontroli należy ponadto wskazać na zmiany dotyczące środków ochrony prawnej oraz sądowego i pozasądowego rozstrzygania sporów. Oczekiwany efekt wprowadzanych rozwiązań ustawowych w zakresie kontroli ma być zwiększenie efektywności kontroli zamówień publicznych.

Przyjęte rozwiązania ustawowe dotyczące kontroli w świetle poglądów doktryny

Dokonując analizy przyjętych rozwiązań ustawowych dotyczących i związanych z kontrolą, należy odwołać się do przyjętych regulacji i skonfrontować je z rozważaniami i poglądami doktryny¹⁹. Reformując organy kontrolujące zamówień

zamówień publicznych w Polsce, [w:] *Państwo a gospodarka*, t. 9. *Nowe Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2020, s. 7.

¹⁶ System prawa zamówień publicznych należy przyjąć w ujęciu szerokim; zob. H. Nowicki, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu*, [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019, s. 156.

¹⁷ Zob. T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument...*, s. 19; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.

¹⁸ Dział XI, rozdział I p.z.p.

¹⁹ Wśród publikacji z zakresu kontroli administracji należy wskazać na: S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej. Kontrola nadzór, struktura systemu, instytucje*, Toruń 1995; J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2018.

wienia publiczne, trzeba uwzględnić wypracowane przez przedstawicieli doktryny warunki konieczne do wdrożenia poprawnej struktury systemu kontroli. Są to: oficjalność kontroli, aktywność kontroli, bezstronność kontroli, proporcjonalność kontroli, fachowość kontroli oraz efektywność kontroli²⁰. Wśród warunków, które należy podkreślić i które zostały zidentyfikowane w toku prac legislacyjnych, są proporcjonalność, fachowość i efektywność kontroli.

Wyrazem proporcjonalności jest przyjęcie jako podstawy podejmowania działań kontrolnych po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielanego zamówienia²¹. W przypadku kontroli Prezesa UZP ustawodawca wskazał, że jest ona wszczynana w sytuacji uzasadnionego przypuszczenia naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, zawarcie lub zmianę umowy²².

Fachowość kontroli muszą gwarantować same organy kontroli. Dodatkowo ustawodawca wśród zadań Prezesa UZP wskazał: dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy, prowadzenie działalności edukacyjno-szkoleniowej, przedstawianie stanowiska w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli oraz opiniowanie kwestionariusza kontroli²³. Prowadzenie działalności edukacyjno-szkoleniowej służy profesjonalizacji kadr uczestniczących w procesach zamówieniowych, w tym kadr organów kontroli²⁴. Kontrola prowadzona przez profesjonalne kadry, dysponujące pogłębioną wiedzą z zakresu zamówień publicznych, jest w stanie wykryć ewentualne nieprawidłowości i sformułować wnioski pokontrolne.

Efektywność kontroli to właściwie sformułowane wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli oraz ich wpływ na poprawę działania kontrolowanego, a także korygowanie działań zamawiającego. Środkiem służącym efektywności przeprowadzonej kontroli są stwierdzone naruszenia przepisów ustawy²⁵, zalecenia pokontrolne²⁶ oraz zamieszczenie informacji o wynikach kontroli w Biuletynie Informacji Publicznej organu, który przeprowadził kontrolę²⁷. Obowiązek publikacji informacji o przeprowadzonych kontrolach oraz ich wynikach dotyczy wszystkich organów realizujących kontrolę udzielania zamówień. Powołując Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych ustawodawca wskazał,

²⁰ Szerzej zob. H. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy nowej ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3, s. 8 n.

²¹ Art. 598 ust. 1 p.z.p.

²² Art. 607 ust. 1 p.z.p.

²³ Art. 469 p.z.p.

²⁴ Na temat realizacji tego zadania przez prezesa UZP i współpracy w tym zakresie ze środowiskiem naukowym zob. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, *op. cit.*

²⁵ Art. 609 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.

²⁶ Art. 616 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

²⁷ Art. 602 p.z.p.

że jednym z jego podstawowych zadań jest dbałość o efektywność kontroli zamówień publicznych²⁸.

Przygotowując reformę kontroli zamówień publicznych, należało uwzględnić warunki poprawnego funkcjonowania systemu kontroli, do których zaliczamy współdziałanie organów kontroli i nadzoru oraz współpracę wszystkich organów kontroli²⁹.

Regulacje przyjęte w p.z.p. tylko w niewielkim zakresie odnoszą się do współdziałania organów kontroli z organami nadzoru³⁰. W przypadku kontroli w administracji rządowej organy kontrolujące są zobowiązane do przekazywania na wniosek Prezesa Rady Ministrów na przykład informacji dotyczących działalności kontrolnej, w tym informacji o wynikach kontroli, o zaleceniach pokontrolnych oraz sposobie ich realizacji³¹. Kierownik jednostki kontrolującej jest zobowiązany do przekazywania informacji o wynikach kontroli kierownikowi jednostki nadrzędnej lub sprawującej nadzór nad jednostką kontrolowaną³². W przypadku kiedy kierownik jednostki kontrolującej uzna to za właściwe, może informację o wynikach kontroli przekazać również do innych organów lub jednostek. Przekazywanie informacji o wyniku kontroli organowi nadzoru w stosunku do kontrolowanych podmiotów publicznych jest szczególnie ważne ze względu na niewładczy charakter wyników kontroli. Wynik kontroli administracyjnej wskazuje co najwyżej na naruszenie prawa i ma charakter zaleceń. Dopiero organ sprawujący nadzór w zakresie swojej właściwości może zastosować prawny środek nadzoru, który będzie miał charakter władczej ingerencji w działanie kontrolowane. Dlatego do właściwego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, oprócz kontroli administracyjnej, istotna jest kontrola przedsądowa realizowana przez Krajową Izbę Odwoławczą³³. Ważna jest również kontrola sądowa realizowana w ramach środków ochrony prawnej³⁴ oraz kontrola sądowa, która może mieć miejsce w przypadku bezpośredniego wystąpienia do sądu przez ustawowo upoważniony podmiot³⁵. W przypadku zamówienia udzielanego z wykorzystaniem

²⁸ Zob. art. 494 p.z.p.

²⁹ H. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy...*, s. 10; *idem*, *Sądowa kontrola...*, s. 95.

³⁰ Takie rozwiązanie jest zasadne ze względu na to, że stosunki nadzoru co do zasady są wynikiem układów ustrojowych, których przepisy p.z.p. nie dotyczą.

³¹ Art. 9 ustawy z dnia 15 lipca 2011 roku o kontroli w administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 224).

³² Art. 57 ustawy o kontroli w administracji rządowej.

³³ Zob. art. 2 ust. 9 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31).

³⁴ Art. 579 ust. 1 oraz art. 590 ust. 1 p.z.p.

³⁵ Zob. np. art. 444; art. 457–460 p.z.p.

trybu zamówienia z wolnej ręki, określanego jako zamówienie *in house*³⁶, prawodawca wskazał na organ nadzoru i jego uprawnienia do zastosowania określonych środków nadzoru³⁷. Organami nadzoru nad zamawiającymi przynależnymi do samorządu terytorialnego są regionalne izby obrachunkowe, które są zarazem organami kontroli zamówień publicznych.

Nowym rozwiązaniem przyjętym na gruncie obecnej ustawy są przepisy wprowadzające obowiązek współpracy organów kontrolujących zamówienia publiczne. W uzasadnieniu podniesiono, że urzeczywistnieniem zasady współdziałania organów kontroli w nowym prawie zamówień publicznych jest powołanie Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, czyli forum współpracy wszystkich instytucji kontrolujących zamówienia, związanych ze środkami zarówno krajowymi, jak i pochodzącymi z UE. Zadania komitetu w tym zakresie zostały określone między innymi jako zapewnienie możliwości współpracy organów kontroli w kwestii prowadzonych kontroli, występowania do Prezesa UZP o wydanie opinii lub podjęcia innych działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego i jednolitego rozumienia przepisów o zamówieniach, proponowanie rozwiązań w zakresie zmiany w systemie kontroli oraz propagowanie dobrych praktyk co do standardów kontroli³⁸. W dalszych przepisach dotyczących kontroli ustawodawca zobowiązał organy kontroli do współpracy z sobą w związku z prowadzoną kontrolą. Przejawem tej współpracy jest wymiana informacji o przeprowadzonych kontrolach oraz ich wynikach, a także uwzględnianie wyniku kontroli przeprowadzonej wcześniej przez inny organ³⁹. Natomiast zamawiający został zobowiązany do poinformowania organu wszczynającego kontrolę o wcześniejszym przeprowadzeniu kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli i do udostępnienia jej wyników⁴⁰.

Ważna dla systemowego ujęcia kontroli zamówień publicznych jest identyfikacja na gruncie p.z.p. organów uprawnionych lub zobowiązanych do kontroli zamówień. Kolejnym działaniem jest wskazanie podmiotów, które mogą być poddawane kontroli. Niezbędne jest również określenie przedmiotu kontroli przypisane poszczególnym organom kontroli oraz wskazanie, w jakim zakresie kontrola jest realizowana wobec poszczególnych uczestników postępowania i udzielonego zamówienia publicznego. Zagadnieniem wymagającym uwzględnienia przy dokonywanej analizie jest dodatkowo zarysowanie kryteriów kontroli, którymi mogą się posługiwać poszczególne organy kontrolujące. Prawo zamówień publicznych koncentruje się na kryterium legalności udzielania zamówień. Należy podkreślić,

³⁶ H. Nowicki, *Zamówienia publiczne in house w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle treści art. 144b ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, t. 1, red. J. Niczyporuk, Lublin 2019, s. 93.

³⁷ Art. 444 p.z.p. odpowiada swą konstrukcją art. 144b ustawy z 2004 roku.

³⁸ Art. 494 p.z.p.

³⁹ Art. 597 ust. 1–3 p.z.p.

⁴⁰ Art. 597 ust. 4 p.z.p.

że wprowadzone regulacje odnoszące się do współpracy organów kontroli mogą dotyczyć tylko kontroli i jej wyników opartych na kryterium legalności. Tylko wyniki oparte na tym samym kryterium dają się bowiem zastosować w działaniach innego organu kontrolującego. Musimy jednak brać pod uwagę także inne kryteria kontroli, którymi posługuje się część organów kontrolujących udzielanie zamówień. To zastrzeżenie dotyczące stosowania innych kryteriów odnosi się również do organów kontroli wskazanych w p.z.p.

Konsekwencjom zachodzącej relacji prawnej między kontrolującym a kontrolowanym w demokratycznym państwie prawa musi towarzyszyć określenie praw i obowiązków zachodzących pomiędzy tymi podmiotami w związku z prowadzoną kontrolą. Rozważenia wymagają zagadnienia dotyczące procedur kontroli i określenia sytuacji prawnej kontrolowanego, jego upodmiotowienia w związku z prowadzoną kontrolą, które obejmują takie zagadnienia, jak wszczęcie kontroli, jej prowadzenie oraz zakończenie wraz z wynikiem kontroli. Przepisy prawa muszą określać nie tylko prawa organu kontrolującego, ale muszą też jednoznacznie wskazywać obowiązki i prawa kontrolowanego, którym towarzyszą obowiązki również po stronie organu kontrolującego.

Ustawodawca bezpośrednio w przepisach poprzednio obowiązujących ustaw z zakresu zamówień publicznych wskazywał na kontrolę Prezesa UZP⁴¹ oraz kontrolę przedsądową realizowaną przez zespoły arbitrów⁴², zastąpioną kontrolą Krajowej Izby Odwoławczej⁴³. Jedną z nowelizacji ustawy z 1994 roku wprowadzono kontrolę sądową⁴⁴. Przyznaniu określonych uprawnień w zakresie udzielania zamówień *in house* organom nadzorczym towarzyszyło upoważnienie do kontroli działań poddanych temu nadzorowi⁴⁵.

Wprowadzeniu przepisów z zakresu zamówień publicznych towarzyszyło przyznawanie kolejnym organom kontroli uprawnień w zakresie kontroli zamówień publicznych. Zwiększająca się liczba organów kontrolujących zamówienia powodowała liczne problemy, których adresatami byli między innymi zamawiający i ich działania związane z procedurami zamówieniowymi. Wielość organów kontrolujących i stosowane zindywidualizowane procedury kontroli doprowadziły do sytuacji, kiedy zamawiający bardziej koncentrował się na wymogach

⁴¹ Art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz.U. Nr 76, poz. 344), utrzymany art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny Dz.U. Nr 19, poz. 177).

⁴² Art. 88 ustawy z 1994 roku.

⁴³ Krajowa Izba Odwoławcza została powołana w 2007 roku zgodnie z art. 1 pkt 49 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560).

⁴⁴ Kontrolę sądową wprowadzono dodanym art. 91a do ustawy z 1994 roku; zob. art. 1 pkt 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778).

⁴⁵ Dodany art. 144b na mocy art. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020).

formalnych, często bardzo drobiazgowych, a samo udzielenie zamówienia i jego realizacja schodziły na drugi plan. Problem ten został zidentyfikowany w pracach nad nowym prawem zamówień publicznych i stał się podstawą zmodyfikowania przepisów w tym zakresie. W związku z wielością organów uprawnionych do kontroli zamówień publicznych należało uregulować wzajemne relacje zachodzące pomiędzy nimi. Jest to szczególnie istotne w przypadku zbiegu uprawnień kontrolnych co do podmiotu i przedmiotu kontroli. Należało zatem określić wzajemne relacje dotyczące podejmowania kontroli na przykład w zakresie: powiadamiania o zamiarze podjęcia kontroli; ograniczenia liczby kontroli w tym samym czasie; ochrony kontrolowanego przed nadmiernym angażowaniem w spełnianie obowiązków wobec organów kontroli. Konieczna do uregulowania stała się ponadto problematyka kolejnych kontroli następujących „po sobie” i znaczenia wyniku już przeprowadzonej kontroli dla organu rozpoczynającego kontrolę. Oczywiście chodzi tu o zbieżność przedmiotową kontroli oraz kontrole prowadzone z wykorzystaniem tych samych kryteriów.

Ustawodawca przyjął jako zasadę planowanie kontroli oraz uzależnił jej przeprowadzenie od uprzedniej analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w udzielanym zamówieniu⁴⁶. Sama kontrola prowadzona jest na podstawie kwestionariusza kontroli opracowanego przez organ kontroli i przekazanego kontrolowanemu wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli. W toku kontroli organ nie może wykroczać poza zagadnienia i dokumenty wskazane w kwestionariuszu. Prawodawca, przyjmując zakres podmiotowy regulacji nowego prawa zamówień publicznych, wskazał między innymi na podmioty zobowiązane do stosowania przepisów ustawy. Tak ogólne ujęcie skutkuje tym, że wśród tych podmiotów będziemy mieli zamawiających, wykonawców, organy właściwe w sprawach zamówień oraz inne podmioty, których sytuację prawną określają przepisy p.z.p. Podmioty te poddane są przepisom p.z.p. wyłącznie w takim zakresie, w jakim są oni uczestnikami poszczególnych etapów przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie oraz realizacji zamówienia publicznego. Wśród podmiotów, które w swych działaniach są zobowiązane do stosowania przepisów p.z.p., mamy również organy uprawnione lub zobowiązane do kontroli udzielania zamówień. To przepisy konstytuujące dane organy wskazują na zakres uczestnictwa tych organów w kontroli udzielania zamówień publicznych. Przepisy te określają, czy dany organ kontrolujący jest uprawniony, czy też zobowiązany do podejmowania działań kontrolnych. Tylko Prezes UZP jest powołany jedynie do kontroli zamówień publicznych. Pozostałe organy kontrolują zamówienia publiczne oraz inne dziedziny działalności podmiotów poddanych ich kontroli. Określając zakres przedmiotowy, który wskazuje na kontrolę zamówień publicznych, ustawodawca ustalił kryteria kontroli oraz to, jakie etapy dotyczące udzielania zamówień poddawane są kontroli.

⁴⁶ Art. 598 p.z.p.

W przypadku analizowanej ustawy prawodawca posługuje się pojęciem „kontrola udzielania zamówień”⁴⁷, a następnie definiuje udzielenie zamówienia jako zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁸. Wprowadzając przepisy ogólne regulujące zagadnienia kontroli⁴⁹, ustawodawca posługuje się również pojęciem kontroli „udzielania zamówień”⁵⁰. Natomiast w przypadku przepisów opisujących kontrolę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prawodawca określa, że prezes przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego⁵¹. W dalszych przepisach dotyczących kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP wskazano, że stosuje się je do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy⁵². Takie ustawowe poszerzone określenie zakresu kontroli służy właściwemu ujęciu tej instytucji i uprawnień w tym zakresie Prezesa UZP. Z kolei zróżnicowane podejście prawodawcy co do zarysowywania zakresu prowadzonych kontroli w przypadku innych organów kontroli ma tylko znaczenie porządkujące. Zakres kontroli poszczególnych organów kontroli jest określany w przepisach powołujących dany organ kontroli i wskazujących na zakres podmiotowy i przedmiotowy kontroli. Przykładem może być Najwyższa Izba Kontroli⁵³, której zakres przedmiotowy kontroli jest określony najszerzej jako kontrola działalności⁵⁴. Takie ujęcie zakresu kontroli oznacza, że w przypadku podmiotów poddanych kontroli NIK ma możliwość kontrolowania wszystkich działań podejmowanych w związku z przygotowaniem, prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. NIK może również kontrolować działalność przedsiębiorców i innych podmiotów w zakresie wykonywania zamówień publicznych⁵⁵. Tymczasem w przypadku regionalnych izb obrachunkowych ustawodawca wskazał między innymi, że dokonują one kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych w stosunku do podmiotów wskazanych ustawowo⁵⁶. Także w wypadku organów kontroli w administracji rządowej kontrola obejmuje działalność podmiotów poddanych tej kontroli⁵⁷.

Rozbieżności w terminologii pojęć określających zakres kontroli są pewną ułomnością ustawy, jednak nie są istotnym problemem w związku z prowadzo-

⁴⁷ Art. 1 pkt 10 p.z.p.

⁴⁸ Art. 7 pkt 25 p.z.p.

⁴⁹ Dział XI, rozdział 1 p.z.p.

⁵⁰ Art. 596 ust. 1 p.z.p.

⁵¹ Art. 603 ust. 1 p.z.p.

⁵² Art. 603 ust. 2 p.z.p.

⁵³ Ustawa o NIK.

⁵⁴ Zob. art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o NIK.

⁵⁵ Art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy o NIK.

⁵⁶ Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2137 ze zm.).

⁵⁷ Art. 3 ust. 1 ustawy o kontroli w administracji rządowej; zob. art. 596 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

nymi działaniami kontrolnymi. Ważne z perspektywy systemowego podejścia do kontroli zamówień publicznych są wprowadzone w p.z.p. przepisy ogólne⁵⁸. Zgodnie z dyspozycją przepisów p.z.p. organy kontrolujące zamówienia publiczne są zobowiązane stosować przepisy p.z.p. przed przepisami odrębnymi właściwymi dla danego organu kontroli⁵⁹. Ustawodawca wskazał przy tym organy kontroli administracyjnej składające się na system kontroli zamówień poprzez określenie składu organu doradczego ministra powołanego do monitorowania i analizowania działalności organów kontroli oraz ustalenie organów kontroli podlegających monitorowaniu⁶⁰. Powołując Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, prawodawca wskazał, że w jego pracach uczestniczą przedstawiciele: Prezesa Rady Ministrów, ministra właściwego do spraw gospodarki, ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, Prezesa UZP, Prezesa KIO, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz instytucji audytowej w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności⁶¹. W pracach komitetu uczestniczą także zaproszeni przedstawiciele Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych⁶². Natomiast do organów kontroli, które są określone ustawowo jako kontrolujące udzielanie zamówień, zaliczono: Prezesa UZP, organy wskazane przepisami ustawy o kontroli w administracji (z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów)⁶³, regionalne izby obrachunkowe oraz instytucje audytowe i instytucje zarządzające w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich i funduszy wspierających sektory morski lub rybacki⁶⁴.

Uwagi końcowe

Tworząc nowe ramy prawne kontroli udzielania zamówień, prawodawca nie ingeruje w dotychczasowe ustawowe kompetencje poszczególnych organów kontroli tworzących analizowany system organów. Wprowadza jedynie pewne ramy dotyczące procedur kontroli, które wiążą wszystkie organy objęte tą regulacją. Do najważniejszych należy zaliczyć:

⁵⁸ Dział XI. „Kontrola udzielania zamówień”, rozdział 1. „Przepisy ogólne” p.z.p.

⁵⁹ Art. 596 ust. 3 p.z.p.

⁶⁰ Art. 494 pkt 1 p.z.p.

⁶¹ Art. 495 ust. 1 p.z.p.

⁶² Art. 495 ust. 2 p.z.p.

⁶³ Art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej.

⁶⁴ Art. 596 ust. 2 p.z.p.

- pierwszeństwo stosowania przepisów p.z.p. w przypadku sprzeczności regulacji p.z.p. z przepisami odrębnymi właściwymi dla innych organów kontroli;
- współdziałanie organów kontroli w ramach Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych;
- współpracę organów kontroli i uwzględnianie wyników kontroli prowadzonej przez inne organy kontroli, w szczególności Prezesa UZP;
- planowanie kontroli;
- przeprowadzanie kontroli po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa;
- dokonywanie kontroli na podstawie kwestionariusza kontroli;
- to, że negatywny wynik kontroli może być sformułowany tylko w przypadku naruszenia przepisów p.z.p., które miało wpływ na wynik postępowania (z wyjątkiem zamówień współfinansowanych ze środków UE).

Bibliografia

- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2018.
- Jędrzejewski S., Nowicki H., *Kontrola administracji publicznej. Kontrola nadzór, struktura systemu, instytucje*, Toruń 1995.
- Kocowski T., *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.
- Nowicki H., *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Kontrola zamówień publicznych w świetle zmian prawnych z 2016 r., uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Disputatio” 22, 2019, nr 2.
- Nowicki H., *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy nowej ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3.
- Nowicki H., *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu*, [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019.
- Nowicki H., *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.
- Nowicki H., *Pojęcie Prawa zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009.
- Nowicki H., *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Zamówienia publiczne in house w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle treści art. 144b ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, t. 1, red. J. Niczyporuk, Lublin 2019.

- Nowicki H., Nowicki P., Kucharski K., *Wkład uniwersyteckiego środowiska naukowego w Toruniu w rozwój Prawa zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *Państwo a gospodarka*, t. 9. *Nowe Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2020.
- Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
- Nowicki P., *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Presz-Król J., Adach-Nerwińska A., *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

Systemic Approach to Control in the New Public Procurement Law

Summary

The article presents a new approach to public procurement control in the light of the Public Procurement Law. The analysis is conducted in terms of the adopted legal solutions, which to a large extent correspond to the postulates of legal scholars. The research is based on the adoption of a procurement control system based on the control authorities included in the Public Procurement Law. The influence of the views of legal science on the conditions of the proper construction of the control system and the conditions of the proper functioning of the control system was presented. Considerations regarding control procedures as well as statutory rights and obligations of the controlled and controlling entities are important in determining the legal situation of the controlled entities. Comments were presented regarding the Committee for Control in Public Procurement, a newly established body, and its role in the systemic functioning of procurement control.

Keywords: public procurement, control, control system.

EWA PRZESZŁO

ORCID: 0000-0002-9649-4134

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ewa.przeszlo@us.edu.pl

Działalność zawodowa wykonawcy w prawie zamówień publicznych

Abstrakt: W sytuacji niewyjaśnienia określenia „działalność zawodowa” na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych należy zastanowić się nad jego znaczeniem i treścią oraz ustalić jego związek z wykonawcą zamówienia publicznego. Z przepisów spoza sfery prawa zamówień publicznych wynika bowiem, że działalność zawodowa może być ujmowana jako zespół czynności o określonym przedmiocie, a ponadto jako wykonywana w określony sposób działalność gospodarcza oraz czynności prowadzone na podstawie umowy cywilnoprawnej lub umowy o pracę. Działalność zawodowa to także zespół czynności określonego wykonawcy, który dysponuje uprawnieniami, w tym kwalifikacjami, do realizacji konkretnego zamówienia publicznego, oraz jego zdolność zawodowa.

Słowa kluczowe: wykonawca, działalność zawodowa, zdolność zawodowa, kwalifikacje, zamówienia publiczne.

Wprowadzenie

Przepisy prawa zamówień publicznych¹ określają tak zwane warunki podmiotowe², jakie muszą spełnić wykonawcy³ ubiegający się o zamówienie pu-

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.); dalej: p.z.p.

² Są to warunki mające na celu ocenę wiarygodności potencjalnych wykonawców, których nie należy utożsamiać ani z warunkami obligatoryjnie bądź fakultatywnie wykluczającymi z postępowania, ani też zdefiniowanymi w ustawie — w art. 7 pkt 29 warunkami, które zamawiający określa w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

³ Zgodnie z art. 7 pkt 30 p.z.p. przez wykonawcę należy „rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie

bliczne. Zamawiający — w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego — może wymagać od wykonawcy między innymi posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (gdy wymagają tego odrębne przepisy), a także posiadania zdolności zawodowej i kwalifikacji zawodowych. Wobec niewyjaśnienia wskazanych pojęć na gruncie ustawy p.z.p. należy zastanowić się nad ich znaczeniem i treścią oraz ustalić ich związek z wykonawcą zamówienia publicznego, a więc podmiotem, któremu działalność zawodowa może być przypisywana, oraz wskazać na różnicę między terminem działalności zawodowej a zdolności zawodowej (i związanym z nią pojęciem kwalifikacji zawodowych wykonawcy).

Genezy odwołania się przez prawo zamówień publicznych do działalności zawodowej należy upatrywać w przepisach kodeksu cywilnego⁴, zgodnie z którym taka działalność jest charakterystyczna dla przedsiębiorcy i zamienna wobec działalności gospodarczej. Dla porównania ustawa Prawo przedsiębiorców⁵, konstruując definicję przedsiębiorcy, wskazuje na działalność gospodarczą, pomijając zawodową. Z kolei zdolność zawodową i kwalifikacje eksponują dyrektywy UE⁶, które określenia te łączą z udziałem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Analogicznie, w identycznym kontekście, prawodawca krajowy włączył te pojęcia do polskiego p.z.p.

Wobec tego jeśli działalność zawodowa, zdolność i kwalifikacje zawodowe mogą identyfikować wykonawcę z funkcjonalnego punktu widzenia, to celowe jest ustalenie treści owej „zawodowości”, tym bardziej że jest to trudne w obszarze przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych. Należy przy tym zauważyć, że „zawodowość” nie ma także jednoznacznie ustalonych cech w innych niż p.z.p. sferach badawczych, co powinno skłaniać do refleksji nad tym zagadnieniem.

1. Działalność zawodowa, czyli jaka?

W art. 112 ust. 2 p.z.p. w kontekście określenia warunków udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazuje się zwłaszcza na

usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

⁵ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 165 ze zm.).

⁶ Zob. np. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65 ze zm.); dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 roku w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. UE L 255 z 30.09.2005, s. 22 ze zm.).

uprawnienia do prowadzenia (przez wykonawcę) „działalności gospodarczej lub zawodowej”. Rozdzielenie aktywności wykonawcy na dwa wymienione obszary świadczy o przyjęciu przez prawodawcę założenia, że są one odmienne, różnią się między sobą, zapewne nie tylko nazwą. Założenia tego nie sposób jednak zweryfikować na gruncie przepisów p.z.p., ponieważ wynika z nich jedynie, że działalność zawodowa nie jest tym samym co działalność gospodarcza. Podjęcie próby ustalenia, czym jest działalność zawodowa, wymaga zatem odwołania się do innych przepisów, przede wszystkim do kodeksu cywilnego.

Na gruncie kodeksu cywilnego nie ma wprawdzie definicji działalności zawodowej, ale stwierdzenie, że taka działalność jest prowadzona przez dany podmiot, pozwala wysunąć wniosek, że podmiot ten ma status przedsiębiorcy (tak w art. 43¹). Z kolei aktualnie obowiązująca ustawa Prawo przedsiębiorców, regulująca kompleksowo kwestie działalności gospodarczej, w tym jej definicję, uznaje, że każda działalność mająca cel zarobkowy, zorganizowana, ciągła i wykonywana we własnym imieniu jest działalnością gospodarczą. Można wobec takiego ujęcia działalności gospodarczej przyjąć, że także działalność zawodowa, jeśli tylko będzie można przypisać jej owe funkcjonalne cechy, może zostać uznana za działalność gospodarczą.

Na marginesie należy odnotować, że na działalność zawodową wskazywał art. 2 poprzednio obowiązującej (do marca 2018 roku) ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁷. W przypadku tej ustawy działalność zawodowa została wymieniona jako jeden z przedmiotowo określonych rodzajów aktywności, obok działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej, usługowej oraz poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania kopaliny ze złóż.

Tak jak można dokonać uszczegółowienia przedmiotu działalności na przykład wytwórczej lub usługowej, tak można również wyspecyfikować kategorie przedmiotowe działalności zawodowej. Nie ma bowiem jednolitej (przedmiotowo) działalności wytwórczej, budowlanej i oczywiście także zawodowej. Wskazuje na to podział dokonany w ramach Polskiej Klasyfikacji Działalności⁸.

Na działalność zawodową wskazują ponadto przepisy odnoszące się do wykonywania tak zwanych zawodów regulowanych⁹. Takimi zawodami w Polsce są

⁷ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168; nie obowiązuje).

⁸ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz.U. Nr 251, poz. 1885).

⁹ Zob. ustawa z dnia 22 grudnia 2015 roku o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1646). Szerzej zob. M. Górka, *Zasada wzajemnego uznawania w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2014; A. Cieśliński, *Modele automatycznego uznawania kwalifikacji zawodowych w Unii Europejskiej i ich wdrożenie w polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120. *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskim porządku prawnym. Księga Jubileuszowa z okazji siedemdziesięciopięciolecia Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, 2020, s. 241–256.

352 zawody o różnorodnym charakterze¹⁰. Nazwy części z nich traktują o określonej co do przedmiotu działalności zawodowej, głównie medycznej¹¹. W pozostałych przypadkach zawody te mają charakter podmiotowy, choć ich nazwy także odzwierciedlają przedmiot działania danych podmiotów¹². Wykonywanie zawodów regulowanych, a więc działalności zawodowej (regulowanej), określone jest przepisami rangi ustaw. W ich ramach nie poprzestaje się tylko na ustaleniu kwestii przedmiotowych związanych z działalnością zawodową i wymaganymi kwalifikacyjnymi, lecz również łączy się działalność zawodową ze sposobami jej wykonywania. Wskazuje się mianowicie, że może być ona realizowana (wykonywana) w ramach działalności gospodarczej danego podmiotu, w ramach stosunku pracy oraz na podstawie umowy cywilnoprawnej. Obowiązują przy tym przepisy umożliwiające wykonywanie działalności zawodowej jedynie w ramach działalności gospodarczej oraz przepisy nieprzewidujące wykonywania danego zawodu (działalności zawodowej) jako działalności prowadzonej we własnym imieniu¹³.

Działalnością zawodową jest także, jak można przyjąć, działalność podejmowana i prowadzona przez osoby wykonujące tak zwane wolne zawody¹⁴ oraz zawody zaufania publicznego¹⁵. Jest ona związana z konkretnymi podmiotami o określonych cechach, ze sposobem jej wykonywania oraz przedmiotem tej działalności. Można zarazem stwierdzić, że wykonywanie działalności zawodowej przez przedstawicieli wolnych zawodów i zawodów zaufania publicznego jest możliwe w różny sposób. Niektóre podmioty mogą korzystać ze wszystkich form wskazanych przez prawo, to jest indywidualnej działalności gospodarczej, w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej oraz w ramach określonej struktury organizacyjnej (na przykład spółki partnerskiej), natomiast inne mają ograniczone możliwości wyboru w tym względzie.

Działalnością zawodową jest ponadto działalność wykonywana przez rzemieślników na podstawie przepisów ustawy o rzemiośle¹⁶, według której (art. 2

¹⁰ Tak według danych Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej (NAWA), <https://nawa.gov.pl>; według NAWA „zawód regulowany to zespół czynności zawodowych, których wykonywanie jest uzależnione od spełnienia wymogów określonych w przepisach danego państwa członkowskiego UE” — https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=regprofs&id_count=23&quid=1&mode=asc&maxRows=##top (dostęp: 29.12.2021).

¹¹ Na przykład położnictwo i ginekologia, psychiatria, ale też chociażby produkcja kotłów centralnego ogrzewania.

¹² Na przykład adwokat, kierownik pociągu, magister inżynier architekt, muzealnik.

¹³ Według danych Komisji Europejskiej, *The EU Single Market. Regulated Professions Data Base*, <https://nawa.gov.pl>.

¹⁴ Na temat wykonywania wolnych zawodów zob. zwł. J. Jacyszyn, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004; *idem*, *Wolny zawód — anachronizm czy istotne pojęcie prawne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11, s. 14–19; P. Antkowiak, *Polskie i europejskie standardy wykonywania wolnych zawodów*, „Przegląd Politologiczny” 2013, nr 1, s. 129–142. Należy zauważyć, że wolne zawody zaliczane są do kategorii zawodów regulowanych.

¹⁵ Na tę kategorię zawodów wskazuje art. 17 ust. 1 Konstytucji RP.

¹⁶ Ustawa z dnia 22 marca 1989 roku o rzemiośle (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2159).

ust. 1) „rzemiosłem jest zawodowe wykonywanie działalności gospodarczej” przez osoby fizyczne (w tym wspólników spółki cywilnej) oraz spółki handlowe z udziałem osób fizycznych.

Zaprezentowane spostrzeżenia odnoszące się do ustalenia znaczenia określenia „działalność zawodowa” na gruncie przepisów prawa prowadzą do konstatacji, że termin ten może być stosowany w różnym ujęciu i kontekstach. Działalność zawodowa może być bowiem określona jako zespół czynności o ustalonym przedmiocie, może to być również działalność przypisana do danego podmiotu o konkretnym statusie prawnym, a także jako działalność o pewnych cechach funkcjonalnych (takich jak na przykład ciągłość, zarobkowość). W tym świetle, wobec niemożliwości jednoznacznego ustalenia znaczenia pojęcia „działalność zawodowa” na gruncie przepisów prawa, można odwołać się jeszcze do założeń doktryny w tym względzie, mając jednak świadomość, że są one dokonywane z pozycji różnych dyscyplin¹⁷. Mogą one mieć tylko pewien wpływ na wykładnię norm, nie pozwalają jednak na usuwanie wieloznaczności pojęć zastosowanych przez prawodawcę.

Konkludując, ponieważ nie sposób ustalić znaczenia pojęcia „działalność zawodowa”, w efekcie można stwierdzić, iż nie wiadomo, czy działalność zawodowa wykonawcy w ramach procedury zamówienia publicznego oznacza charakter tylko przedmiotowy, czy może podmiotowo-przedmiotowy, ewentualnie czy jest to działalność o cechach funkcjonalnych. Zatem — działalność zawodowa — czyli jaka? Wydaje się, że z treści przepisów ustawy p.z.p. można jedynie wysnuć wniosek, iż zgodnie z wolą prawodawcy nie jest to działalność gospodarcza.

2. Problem uprawnień zawodowych wykonawcy zamówienia

Należy zauważyć, iż mamy tu do czynienia z brakiem ustaleń w zakresie działalności zawodowej wykonawcy. Nie wiadomo zatem, jakie uprawnienia wykonawcy do prowadzenia działalności zawodowej mogą stanowić warunek jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby uznać, że działalność zawodowa wiąże się z wykonywaniem zawodów regulowanych, to uprawnienia do wykonywania takiej działalności byłyby zarazem uprawnieniami

¹⁷ W literaturze prawniczej obszernej interpretacji pojęcia zawodu i działalności zawodowej dostarcza opracowanie Krystyny Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja. Studium z zakresu materialnego prawa administracyjnego*, Poznań 1999. Zob. także uwagi na ten temat z perspektywy teorii organizacji i zarządzania — M. Reduta, *Zawód, profesja i kultura profesjonalna*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2015, nr 2.

do wykonywania działalności gospodarczej, przy założeniu, że będzie to działalność prowadzona we własnym imieniu.

Wydaje się zresztą także, że prawodawca, wprowadzając określenie „działalność zawodowa”, nie brał pod uwagę faktu (możliwości) wykonywania takiej działalności w różny sposób i przez różne podmioty, nie zawsze mogące pozyskać status prawny wykonawcy. Nie będzie zatem miał znaczenia przedmiot konkretnej działalności, ale prawo do wykonywania określonej działalności gospodarczej przyznane danemu podmiotowi, a wynikające z koncesji, zezwolenia lub wpisu do odpowiedniego rejestru działalności regulowanej. Podstawą, a zarazem przesłanką podjęcia (rozpoczęcia) działalności gospodarczej, będzie jednak — w przypadku zawodów regulowanych, w tym wolnych zawodów — uprzednie wpisanie danego podmiotu takiej działalności do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej¹⁸ lub rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego¹⁹, ponieważ koncesja, zezwolenie lub wpis do rejestru działalności regulowanej jest wyłącznie publicznym uprawnieniem przedsiębiorcy.

Podmiot, który wykonuje działalność zawodową, a sposobem jej wykonywania jest dokonywanie czynności zarobkowych, ciągłych, zorganizowanych, we własnym imieniu tego podmiotu, bez względu na przedmiot takiej działalności, wykonuje — według ustawy Prawo przedsiębiorców — działalność gospodarczą. Podjęcie takiej działalności wymaga wpisu do odpowiedniego rejestru (rejestr przedsiębiorców KRS) lub ewidencji (Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej), a tym samym uzyskania statusu przedsiębiorcy.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że podmioty zamierzające wykonywać wolne zawody podlegają wpisowi na listę osób uprawnionych do wykonywania danego zawodu, prowadzoną przez odpowiednie korporacje zawodowe, będące zarazem samorządami wolnych zawodów. Wpis na taką listę możliwy jest po spełnieniu wymogów, zwłaszcza gdy dany podmiot dysponuje odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi.

3. Zdolność zawodowa i kwalifikacje wykonawcy

Określając „zdolność zawodową” (zob. art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p.), należy odnieść się przede wszystkim do wiedzy i doświadczenia wykonawcy, które to cechy powinny realnie być właściwe podmiotom ubiegającym się o zamówie-

¹⁸ Zob. ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 2296 ze zm.).

¹⁹ Zob. ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 112 ze zm.).

nie²⁰, podkreślając jednocześnie, że zamawiający nie ma obowiązku określania wszystkich warunków, a nawet może zrezygnować z ich formułowania (tak też w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej²¹).

Ustawa Prawo zamówień publicznych precyzuje sposób pozwalający zamawiającemu dokonanie oceny między innymi spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy. W art. 116 p.z.p. określono, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może wskazać takie warunki, jak: niezbędne wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny wykonawcy (lub innych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) z zachowaniem odpowiednich wymogów dookreślonych w przywołanym przepisie.

Niewątpliwie z posiadaniem określonych zdolności zawodowych ściśle wiążą się właśnie kwalifikacje wykonawcy lub innych osób działających „po stronie” wykonawcy. Kwalifikacje te są związane co do zasady z podmiotem będącym osobą fizyczną²², ponieważ tylko taka osoba może „zdobywać” umiejętności zawodowe i pozyskiwać odpowiednie dyplomy potwierdzające jej kwalifikacje. Dyplomy takie powinny zostać wskazane przez zamawiającego, który powinien dokonać ich charakterystyki czy nawet je nazwać²³. Trzeba zakładać, że wykonanie zamówienia ma mieć charakter profesjonalny, rzetelny²⁴. Żadna jednostka organizacyjna, czy to osoba prawna, czy niemająca osobowości prawnej, nie dysponuje kwalifikacjami zawodowymi, te bowiem w przypadku wykonawcy niemającego statusu osoby fizycznej mogą być właściwe pracownikom takiego wykonawcy, w tym osobom pełniącym u wykonawcy funkcje kierownicze lub zarządcze, a także osobom wykonującym na rzecz wykonawcy czynności na podstawie umowy cywilnoprawnej. Jednocześnie na każdym odcinku postępowania zamawiający może uznać, że wykonawca nie posiada wymaganej zdolności, gdy zaistnieją określone okoliczności²⁵. Warto także zaznaczyć, że mimo niewyjaśnienia pojęcia działalności zawodowej w ustawie Prawo zamówień publicznych

²⁰ Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 roku, sygn. KIO 978/21, Legalis. Tak też na przykład M. Stręciwilk, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w nowym PZP*, Warszawa 2020, LEX/el.

²¹ Wyrok TSUE z dnia 26 marca 2015 roku w sprawie C-601/13: *Ambisig*, orzecznictwo TSUE w latach 2011–2020, strony UZP; wyrok TSUE z dnia 24 stycznia 2008 roku w sprawie C-532/06: *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos v. Dimos Alexandroupolis i inni*, Dz.U. UE C 2008.64.11/1 z 8.03.2008, LEX.

²² Zob. A. Powalowski, *Publicznoprawny status osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą w Polsce*, Gdańsk 2008, s. 61–62.

²³ Szerzej zob. D. Grześkowiak-Stojek, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 353–355.

²⁴ Szerzej zob. P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 426–430 i orzecznictwo.

²⁵ Art. 116 ust. 2 p.z.p.: „Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów

prawodawca określa podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej²⁶.

Podsumowanie

Działalność zawodowa, a także wszelkie inne określenia mające związek z wykonywaniem takiej działalności, w tym zdolność zawodowa i kwalifikacje zawodowe, w niewielkim tylko stopniu podlegają wyjaśnieniu na gruncie prawa zamówień publicznych. Dopiero sięgnięcie do innych źródeł pozwala na dokonanie ich interpretacji, choć duża ich ilość przyczynia się do różnorodności wykładni wskazanych określeń.

Ponieważ działalność zawodowa to zespół czynności konkretnego wykonawcy, który dysponuje uprawnieniami, w tym kwalifikacjami do wykonywania określonej (przedmiotowo) działalności, to ustaleniu podlegają zarówno uprawnienia podmiotowe danego wykonawcy, jak i jego zdolność do konkretnego działania. Wreszcie działalność zawodowa to także pewien sposób wykonywania tej działalności. Sprowadza się on do prowadzenia działalności gospodarczej, czyli zarobkowej, ciągłej, zorganizowanej, realizowanej we własnym imieniu, ewentualnie do wykonywania czynności w ramach stosunku pracy lub na podstawie umowy cywilnoprawnej. Który z tych sposobów może zostać wykorzystany przez wykonawcę zamówienia publicznego, nie zostało ustalone na gruncie obowiązujących przepisów.

Bibliografia

- Antkowiak P., *Polskie i europejskie standardy wykonywania wolnych zawodów*, „Przegląd Polityczny” 2013, nr 1.
- Cieśliński A., *Modele automatycznego uznawania kwalifikacji zawodowych w Unii Europejskiej i ich wdrożenie w polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 120. *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskim porządku prawnym. Księga Jubileuszowa z okazji siedemdziesięcioletnia Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, 2020.
- Górka M., *Zasada wzajemnego uznawania w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.

technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy, może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”.

²⁶ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415).

- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Grzeškowiak-Stojek D., [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021.
- Jacyszyn J., *Wolny zawód — anachronizm czy istotne pojęcie prawne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11.
- Jacyszyn J., *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004.
- Powałowski A., *Publicznoprawny status osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą w Polsce*, Gdańsk 2008.
- Reduta M., *Zawód, profesja i kultura profesjonalna*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2015, nr 2.
- Stręciwilk M., *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w nowym PZP*, Warszawa 2020, LEX/el.
- Wojtczak K., *Zawód i jego prawna reglamentacja. Studium z zakresu materialnego prawa administracyjnego*, Poznań 1999.

Professional Activity of an Economic Operator in Public Procurement Law

Summary

In view of the fact that the term “professional activity” has not been clarified on the grounds of the Public Procurement Law, it is necessary to reflect on its meaning and content, as well as to establish its relationship with the contractor for a public contract. It follows from provisions outside the sphere of the Public Procurement Law that professional activity may be understood as a set of activities with a specific subject matter, and also as a specific business activity and activities carried out on the basis of a civil law contract or an employment contract. Professional activity is also a set of activities of a specific economic operator who has the rights, including qualifications and professional capacity, to perform a specific public contract.

Keywords: economic operator, professional activity, professional capacity, qualifications, public contract.

RYSZARD SZOSTAK

ORCID: 0000-0002-1364-3772

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ryszard.szostak@uek.krakow.pl

O innowacyjności w zamówieniach publicznych

Abstrakt: Zamówienia publiczne mogą odgrywać istotną rolę w stymulacji rozwoju gospodarczego. Oprócz zwyczajnej kreacji popytu obecnie liczy się także ich wykorzystanie w zakresie unowocześnienia gospodarki. Wzrost innowacyjności zamówień publicznych zależy jednak od wielu czynników. Przede wszystkim liczą się instrumenty organizacyjne, zwłaszcza związane z planowaniem oraz polityką zakupową państwa i samorządu, a także z profesjonalizacją obsługi kontraktów zawieranych na zaspokojenie potrzeb publicznych. Jako kolejne wskazuje się: wykorzystanie proinnowacyjnych rozwiązań proceduralnych, odpowiednio ukierunkowany opis przedmiotu zamówienia wspomagany wynikami badań rynkowych i zamówień przedkomercyjnych, większe zastosowanie procedur negocjacyjno-przetargowych i konkursów oraz dostępnego od niedawna partnerstwa innowacyjnego. Nie bez znaczenia są ponadto: racjonalizacja warunków wymaganych od wykonawców, szersze operowanie jakościowymi kryteriami oceny ofert i wdrożenie efektywnego nadzoru nad realizacją umów o zamówienia publiczne.

Słowa kluczowe: innowacyjność, zamówienia publiczne, partnerstwo innowacyjne.

Uwagi ogólne

W ramach społeczno-gospodarczych funkcji zamówień publicznych doniosłe znaczenie może mieć ich funkcja stymulacyjna na rzecz unowocześnienia gospodarki (nie tylko publicznej) oraz upowszechnienia rozwiązań innowacyjnych. Wpływ zamówień publicznych na postęp techniczny i rozwój bywa bardziej intensywny z uwagi na liczne instrumenty celowego i zorganizowanego oddziaływania. Dotyczy to przede wszystkim innowacji łączących się z praktycznymi wdrożeniami nowych lub udoskonalonych produktów, procesów lub rozwiązań

organizacyjnych¹. W ogóle wszelkie innowacje, w tym ekoinnowacje i usprawnienia społeczno-organizacyjne, to podstawowe czynniki wzrostu, stanowiące centralny element strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju gospodarczego. W świetle postanowienia pkt 47 preambuły dyrektywy 2014/24/UE zamawianie innowacyjnych produktów, usług lub robót, oprócz zwyczajnej stymulacji nowoczesnego obrotu związanej z kreowaniem popytu, nie tylko odgrywa kluczową rolę w zakresie poprawy skuteczności i jakości usług publicznych, lecz też pozwala uzyskać optymalną relację jakości do wielkości zaangażowanych środków publicznych, nie licząc korzyści gospodarczych, środowiskowych i społecznych, wynikających z generowania nowych pomysłów i rozwiązań realizacyjnych².

Od razu trzeba jednak wykluczyć instrumenty ingerencji bezpośredniej, jak roboty publiczne, preferencje krajowe lub lokalne czy jakiegokolwiek formy pozaustawowej pomocy publicznej dla przedsiębiorców, pozostające w sprzeczności z zasadami wspólnego rynku europejskiego. Obecnie nawet proinnowacyjne kontrakty offsetowe lub indywidualne gwarancje rządowe dla wybranych przedsiębiorców są ograniczone i limitowane normatywnie w imię wartości nadrzędnych związanych z wolnym przepływem towarów i usług, a ponadto z otwartą i uczciwą konkurencją w wymiarze transgranicznym³. W szczególności ochrona konkurencji z założenia ma sprzyjać rozwojowi ogólnemu, postępowi technicznemu, specjalizacji i podnoszeniu jakości wszelkich świadczeń, pomniejszaniu kosztów produkcji i usług, rozszerzaniu powiązań kooperacyjnych z korzyścią dla drobnych przedsiębiorców itd. Dlatego zorientowanie zamówień publicznych na rozwój społeczno-gospodarczy, oprócz oczywistej stymulacji popytu, postępu i dynamicznego zaangażowania gospodarczego przedsiębiorców, może następować zasadniczo tylko z zastosowaniem instrumentów niewładczych, zwłaszcza cywilnoprawnych. Znacząca rola stymulacyjna zamówień publicznych łączy się nie tylko z ich liczebnością i wartością (sięgającą obecnie około 20% obrotu zawodowego z udziałem przedsiębiorców), lecz także z określonym ukierunkowaniem przedmiotowym. Rozwiązania stosowane w zamówieniach publicznych z łatwością przenikają do sfery prywatnej, przede wszystkim za pośrednictwem

¹ Por. definicyjny art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.; dalej: p.z.p.), odzwierciedlający art. 2 pkt 22 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65).

² Więcej zob. A. Wójtowicz-Dawid, *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8), s. 67 n.; J. Pożarowska, *Zamówienia publiczne na innowacje*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, D. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 133 n.

³ Według ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz.U. poz. 568 ze zm.) dopuszcza się właściwie tylko udzielenie kredytów preferencyjnych i ograniczoną pomoc publiczną dla przedsiębiorców na podnoszenie kwalifikacji zawodowych personelu, ochronę własności intelektualnej i projektowanie produktów innowacyjnych.

wykonawców, przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia nabytego w realizacji kontraktów publicznych. Prawidłowo zarządzane zamówienia publiczne często stają się wzorcowe dla całego obrotu gospodarczego. Większa koncentracja zamówień publicznych, udzielanych na zasadzie celowości (planowości) i racjonalnie zorganizowanych, to dodatkowe czynniki umożliwiające wykorzystanie ich w charakterze swoistej szpicy rozwojowej w gospodarce.

Unormowana od niedawna polityka zakupowa państwa (por. art. 21 p.z.p.) powinna polegać na wyznaczaniu priorytetów i kierunków rozwoju zamówień rządowych, zorientowanych na ciągły wzrost udziału produktów i usług innowacyjnych przy przestrzeganiu reguł rachunku ekonomicznego (kwestia kosztów), wymagań normalizacyjnych oraz aspektów społecznych. Powinno się zatem co najmniej zalecać określone preferencje na rzecz zweryfikowanych pozytywnie rozwiązań i standardów zapewniających zwłaszcza unowocześnienie i ujednoczenie zaopatrzenia, poprawę efektywności i skuteczności usług świadczonych dla ludności oraz obniżkę kosztów transakcyjnych. Politykę zakupową Rada Ministrów przyjmuje w drodze uchwały, na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki⁴. W sferze zamówień samorządowych racjonalną politykę zakupową zorientowaną na innowacje mają kształtować fakultatywnie właściwe organy samorządu terytorialnego.

Sensowna centralizacja zamówień zapewnia większą koncentrację, racjonalne ukierunkowanie przedmiotowe i wzrost efektywności (skuteczności) transakcji, którą z powodzeniem można wykorzystać do stymulacji innowacyjności w większych rozmiarach, przede wszystkim w zakresie zaopatrzenia i wyposażenia instytucji publicznych. Formy centralizacji mogą być co najmniej trojaki:

1. ustanowienie centralnego zamawiającego na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym;
2. ustanowienie wspólnej obsługi zaopatrzeniowo-gospodarczej podległych jednostek;
3. zawarcie umowy ramowej na świadczenia określonego rodzaju na rzecz podległych jednostek.

Najdogodniej przedstawia się ostatnia z tych form, polegająca na nawiązaniu w trybie przetargowym długoterminowej umowy o współpracę z jednym bądź kilkoma wykonawcami (porozumienie wielostronne), ustalającej warunki wykonywania określonych rodzajowo świadczeń na rzecz oznaczonych zamawiających wraz z ustaleniem minimalnych standardów jakościowych i maksymalnych cen jednostkowych. Zamówień jednostkowych udzielają już sami beneficjenci (zamawiający) w granicach bieżących potrzeb, w trybie negocjacji z wolnej ręki albo w trybie uproszczonego przetargu zamkniętego na zasadach z góry wyznaczo-

⁴ Więcej o polityce zakupowej zob. A. Hajduk, *Planowanie zamówień publicznych jako narzędzie efektywnego wydatkowania środków publicznych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2021, nr 1, s. 99 n.; M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 171–172.

nych w umowie ramowej wielostronnej⁵. Jak łatwo zauważyć, długoterminowa formuła umowy ramowej może zapewnić pożądane, z punktu widzenia nowych technologii, ukierunkowanie wielu powtarzających się transakcji w dłuższym horyzoncie czasowym przy znaczącym spadku kosztów kontraktowania oraz obsługi biurokratycznej zamówień objętych tego rodzaju koncentracją.

Z kolei za efektywną promocję zamówień innowacyjnych, w większym stopniu uwzględniających najnowsze osiągnięcia technologiczne, sprzyjających rozwojowi społeczno-gospodarczemu i efektywnemu zaspokajaniu potrzeb zbiorowych przy poszanowaniu bieżących wyzwań rynku pracy, odpowiada przede wszystkim Urząd Zamówień Publicznych. Pomimo różnych barier i ograniczeń, głównie o charakterze faktycznym, trzeba odnotować wiele osiągnięć, zwłaszcza w zakresie działalności edukacyjno-informacyjnej urzędu oraz promowania dobrych praktyk⁶.

Pośród rozwiązań cywilnoprawnych zorientowanych bezpośrednio na stymulację zamówień innowacyjnych, oprócz udzielania zamówień przedkomercyjnych, zgodnie wymienia się co najmniej trzy, a mianowicie częstsze stosowanie:

1. wstępnych konsultacji rynkowych lub innych form aktywnego rozeznania rynku;

2. rozwiązań nowatorskich w ramach specyfikacji techniczno-technologicznych zamawianych świadczeń, z ewentualną możliwością składania ofert wariantowych czy choćby jakościowych kryteriów oceny ofert przetargowych;

3. negocjacyjno-przetargowych procedur udzielania zamówień, zwłaszcza negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego⁷.

W praktyce jednak zainteresowanie tymi procedurami nie jest jeszcze — niestety — zadowalające, skoro wskaźnik zastosowania pierwszej z nich sięga niepełna 0,5%, drugiej — około 0,1%, natomiast wskaźnik sporadycznego partnerstwa innowacyjnego zbliża się do pułapu 0,01% wartości wszystkich zamówień udzielanych według prawa polskiego.

⁵ Więcej o tej formie centralizacji zob. R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, s. 63 n.

⁶ Por. A. Wichniak-Olczak, *Działalność edukacyjno-informacyjna urzędu Zamówień Publicznych środkiem profesjonalizacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 3, s. 26 n.

⁷ Por. wystąpienia podczas konferencji „Zamówienia innowacyjne oraz zamówienia publiczne w czasie pandemii Covid-19”, zorganizowanej przez Urząd Zamówień Publicznych 30 czerwca 2021 roku z udziałem przedstawicieli urzędów do spraw zamówień publicznych Polski (Justyna Pożarowska), Węgier (Gabriela Havas-Kovacs), Czech (Lena Matuchova) oraz Słowacji (Michał Machut), w ramach transmisji dostępnej na stronie UZP.

Profesjonalna obsługa administracyjna zamówień publicznych

Zorientowanie zamówień publicznych na innowacje przede wszystkim wymaga fachowej i starannej obsługi administracyjnej. Liczą się kompetencje, umiejętności i predyspozycje organizacyjne urzędników i innych pracowników, którzy powinni być świadomi znaczenia innowacyjności, wrażliwi na interesy publiczne i dostatecznie kreatywni w poszukiwaniu nowych rozwiązań, adekwatnych do indywidualnych potrzeb instytucji zamawiających. Wymaga to rzecz jasna określonych preferencji w zakresie wykształcenia oraz tworzenia odpowiednich warunków dla stałego doskonalenia wiedzy i umiejętności personelu. Poprawa sytuacji w tym zakresie, po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych, następuje niestety zbyt wolno. Konieczne wydaje się wprowadzenie urzędowych standardów kadrowo-organizacyjnych na rzecz wzmocnienia statusu urzędników administrujących zamówieniami publicznymi⁸. Powinni być bardziej wyspecjalizowani i stabilizowani zawodowo oraz wyżej sytuowani w strukturach organizacyjnych jednostek zamawiających, a także lepiej wynagradzani. Niezbędne jest ponadto szersze operowanie odpowiednimi regulaminami i procedurami wewnętrznymi, bynajmniej nie tylko w zakresie organizacji i trybu pracy komisji przetargowych, ale też w odniesieniu do innych zespołów weryfikacyjnych i pracowników merytorycznych odpowiedzialnych za należyte rozeznanie potrzeb i wymagań, kompleksowe przygotowanie udzielenia zamówienia publicznego oraz nadzór nad wyegzekwowaniem należnego świadczenia i bezpieczeństwem transakcji.

Nie bez znaczenia jest też poprawa jakości obsługi kontraktowej po stronie wykonawców, zarówno w sferze zarządczo-gospodarczej, jak i techniczno-organizacyjnej, skoro jednakowo doniosłe są wiedza, kwalifikacje i doświadczenie w zdobywaniu zamówień, ale i w trakcie ich realizacji w zgodzie z zasadą realnego wykonania zamówienia *in natura*, w sposób zapewniający efektywne osiągnięcie celów transakcji⁹. Na gruncie mechanizmów wolnorynkowych brakuje jednak podstaw do ingerencji normatywnej w sferę działalności przedsiębiorców. Pozostaje rygorystyczne przestrzeganie unormowań z zakresu weryfikacji warunków wymaganych od wykonawców ubiegających się o zamówienia, z zachowaniem zasad równości, bezstronności i uczciwej konkurencji, podczas gdy w fazie ich realizacji liczy się realne wyegzekwowanie należnego zamawiającemu świadczenia przy obowiązku dochodzenia przysługujących mu roszczeń. Obecnie kluczowe znaczenie mają zdolności technicznozawodowe wykonawcy, gwarantowane „do-

⁸ Por. cykl artykułów na temat profesjonalizacji zamówień publicznych w „Prawie Zamówień Publicznych” 2020, nr 3 i nr 4.

⁹ Por. T. Kocowski, *Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1, s. 17 n.

robkiem firmowym” przedsiębiorstwa¹⁰, jego wyposażeniem oraz kwalifikacjami i doświadczeniem personelu. Jak łatwo zauważyć, istotny postęp w tym zakresie w dużej mierze zależy od zdolności weryfikacyjno-nadzorczych urzędników reprezentujących instytucje zamawiające.

Zamówienia przedkomercyjne

Istotną rolę innowacyjną odgrywają tak zwane zamówienia przedkomercyjne na usługi badawczo-rozwojowe poprzedzające wprowadzenie nowych technologii lub rozwiązań modernizacyjnych po stronie instytucji zamawiających, zwłaszcza gdy nie mogą one w zwykły sposób zamówić na rynku niezbędnych produktów, usług lub robót budowlanych¹¹. Chodzi o znalezienie i zaprojektowanie rozwiązań nowatorskich lub prototypowanie i opracowanie nowych produktów (usług), doświadczalne testowanie nowych materiałów i technologii budowlanych itd. Jak każde zamawianie świadczeń także kontraktowanie tego rodzaju usług intelektualnych i techniczno-doświadczalnych powinno odbywać się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Z uwagi jednak na zaawansowaną specyfikę zamówień na prace badawczo-rozwojowe niektóre z nich zostały wyłączone z reżimu prawa zamówień publicznych w ślad za dyspozycją art. 14 dyrektywy 2014/24/UE. Według art. 11 ust. 1 pkt 3 p.z.p. dotyczy to sporej części usług badawczo-rozwojowych, jednak pod warunkiem że wynikające z nich korzyści przypadną wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności; ponadto całość wynagrodzenia za świadczenie takich usług wypłaca zamawiający. Pozostałe są udzielane już na zasadach ustawowych, zwłaszcza gdy zamawiający dzieli się z innymi osobami korzyściami, a tym bardziej kosztami. Wyłączenie zamówień przedkomercyjnych z reżimu ustawowego nie oznacza bynajmniej przyzwolenia na zawieranie transakcji bezpośrednich. Zarówno bowiem w ramach uproszczonego „postępowania grantowego”, aktualnego zwłaszcza w działalności naukowej lub kulturalnej, jak i w pozostałym zakresie stosuje się procedury konkursowe¹². Wynagrodzenie za realizację zamówienia przedkomercyjnego powinno

¹⁰ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 roku (sygn. III CZP 87/08, LEX nr 470908), z głosem R. Szostaka, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 1, s. 68 n.

¹¹ Więcej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *Zamówienia przedkomercyjne*, Warszawa 2011, s. 21 n.

¹² Dlatego w zgodzie z komunikatem Komisji Europejskiej z 14 grudnia 2007 roku o wspieraniu innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego nie uznaje się za „przedkomercyjne”, podobnie zresztą jak wszelkich innych transakcji wspieranych finansowo przez państwo. Samo zaś udzielanie zamówień przedkomercyjnych powinno opierać się na trzech założeniach: 1. usługi badawczo-rozwojowe polegają na poszukiwaniu i projektowaniu optymalnych rozwiązań aż po opracowanie ograniczonej ilości produktów nowatorskich, w celach testowych, nie zaś w celach handlowych

odzwierciedlać wartość rynkową korzyści uzyskanych przez zamawiającego oraz ryzyko poniesione przez wykonawcę, tak aby nie można uznać zamówienia za formę niedozwolonej pomocy publicznej na podstawie art. 107 TFUE. Stosowny podział ryzyka i korzyści uzasadnia pogłębioną współpracę zamawiającego z wykonawcą, co ułatwia zidentyfikowanie potencjalnych ograniczeń realizacyjnych. Oprócz typowych kryteriów oceny ofert przetargowych liczą się jeszcze mierniki jakości technologicznej, stopnia korzyści płynących z wydatnej optymalizacji rozwiązań funkcjonalnych czy predyspozycji personelu wykonawcy w zakresie zdolności do rozwiązywania problemów badawczo-rozwojowych¹³.

Proinnowacyjny opis przedmiotu zamówienia

Jak wiadomo, przewidziane w art. 99 i n. p.z.p. zasady opisu przedmiotu zamówienia (przejrzystości, zupełności, uczciwej konkurencji itd.) mają znaczenie ogólne. Nie rzutują bowiem bezpośrednio na treść świadczenia wykonawcy adekwatnego do potrzeb zamawiającego. Tymczasem świadomość tych potrzeb, a tym bardziej zdolność do należytego ukształtowania właściwości zamawianego świadczenia z punktu widzenia jego przeznaczenia, nie zawsze są zadowalające. Dlatego istotne znaczenie ma analiza potrzeb i wymagań, która w odniesieniu do zamówień większej wartości jest obligatoryjna i sformalizowana (art. 83 p.z.p.)¹⁴. Z perspektywy innowacyjności liczy się gruntowne rozeznanie rynku w poszukiwaniu nowoczesnych produktów i rozwiązań dostępnych w obrocie, niekiedy zaś konieczne może się okazać uruchomienie przez zamawiającego dodatkowo wstępnych konsultacji rynkowych, zwłaszcza w celu ustalenia możliwości dostosowania oferowanych dostaw, usług lub robót do indywidualnych potrzeb zamawiającego poprzez modyfikacje ich właściwości (art. 84 p.z.p.)¹⁵.

Warunkiem efektywnego skorzystania z informacji i fachowego doradztwa ze strony profesjonalnie działających przedsiębiorców jest uprzednie ujawnienie przez zamawiającego zamiarów i wymagań związanych z planowaną transakcją, w tym

(takich jak produkcja seryjna, dostawy zorientowane na osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju); 2. zastosowanie odpowiedniego podziału ryzyka i korzyści — zamawiający nie zastrzega tylko dla siebie wyników badań i rozwoju, lecz dzieli się z wykonawcą korzyściami i ryzykiem; 3. udzielenie zamówienia odbywa się na zasadach otwartości i konkurencyjności, bezstronności i przejrzystości.

¹³ Tytułem przykładu trzeba odnotować udane zamówienia przedkomercyjne w dziedzinie szerokopasmowych sieci internetowych, zintegrowanych systemów świadczenia usług transportowych albo zarządzania świadczeniem usług opiekuńczych na terenach miejskich.

¹⁴ Por. A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 234 n.; H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 288–289; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 265.

¹⁵ Por. H. Nowak, M. Winiarz, *op. cit.*, s. 290; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 266–268.

preferencji o charakterze innowacyjnym, a następnie wnikliwe rozważenie pozyskanych ustaleń, rekomendacji, wskazówek i innych informacji. W razie potrzeby do analizy i weryfikacji wyników konsultacji można zaangażować eksperta czy nawet uruchomić dodatkowe prace studialne. Przy nieosiągnięciu zadowalających rezultatów niezbędnych do należytego opisu przedmiotu zamówienia powinno się rozważyć udzielenie zamówienia w trybie negocjacyjno-przetargowym. Rozwiązaniem uzupełniającym bywa dopuszczenie ofert wariantowych. Są to oferty dodatkowe, zawierające rozwiązania alternatywne względem podstawowych, które muszą się jednak mieścić w ramach wymagań określonych przez zamawiającego. Stwarzają one szansę na świadczenie o podwyższonych właściwościach.

Dopuszczenie kryteriów jakościowych

W ramach preferowanego ustawowo wielokryterioowego modelu wyboru oferty najkorzystniejszej (por. art. 246 p.z.p.) poczesne miejsce zajmują kryteria jakościowe dotyczące wybranych parametrów lub pozostałych właściwości przedmiotu zamówienia (wydajności, funkcjonalności, niezawodności, trwałości itd.)¹⁶. Mierniki jakościowe zorientowane na podwyższone walory techniczne przedmiotu zamówienia lub inne korzyści transakcyjne związane z przedmiotową stroną zamówienia z powodzeniem mogą stymulować innowacyjność. Zarówno sam opis, jak i wyznaczenie odpowiedniej hierarchii w ramach tego rodzaju kryteriów nie jest łatwe, wymaga rozeznania przydatności, ustalenia optymalnego poziomu właściwości minimalnych, a przede wszystkim rzetelnego wartościowania rozwiązań ulepszonych. Wszystkie kryteria pozacenowe muszą mieć charakter ekonomiczny, pozostając we właściwych proporcjach (bilansie) w stosunku do ceny lub kosztu realizacji świadczenia¹⁷. Przede wszystkim poszczególne propozycje ofertowe podlegają punktacji w obrębie każdego z przyjętych kryteriów z uwzględnieniem przypisanej im wagi, która w odniesieniu do kryteriów jakościowych wynika ze stosunku wartości nakładów dodatkowych niezbędnych do podniesienia jakości (w oznaczonym zakresie) do całkowitej szacunkowej wartości zamówienia. Ponieważ indywidualnie oferowane podniesienie jakości świadczenia jest kosztowne (z uwagi na większe nakłady i surowszy reżim wykonania, lepszy surowiec, zaangażowanie wyspecjalizowanego personelu itd.), wymusza to wzrost ceny transakcyjnej. Zamawiający powinien zatem gruntownie rozważyć nie tylko to, które konkretnie właściwości świadczenia wymagają polepszenia, lecz także samą przydatność przedmiotu o szczególnych walorach jakościowych,

¹⁶ Więcej zob. F. Łapecki, *Kryteria jakościowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4, s. 158 n.

¹⁷ W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 657 n.

skoro standardowy poziom dobrej jakości świadczenia należy do wymagań minimalnych, które każdorazowo „z urzędu” powinny być wyegzekwowane. Poza tym rolę kryterium zastępczego może odgrywać tu zaostrenie odpowiedzialności wykonawcy za uchybienia jakościowe (wady), choćby w postaci przedłużonego terminu rękojmi ponad kodeksowy okres dwóch lat bądź pięciu lat na roboty budowlane¹⁸. Propozycje poszczególnych wykonawców są tym bardziej atrakcyjne, im w większym stopniu zapewniają utrzymanie wymaganej jakości przedmiotu zamówienia w dłuższym horyzoncie czasowym. Ważę takiego kryterium ustala się na podstawie relacji kosztów serwisu dodatkowego z rękojmi do całkowitej szacunkowej wartości zamówienia.

Zastosowanie konkursu

Innowacyjność łączy się często z twórczością lub wynalazczością, a w konsekwencji z nabyciem własności intelektualnej. W zakresie sposobów pozyskiwania dzieł o wysokim stopniu innowacyjności będących utworami (projektu urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego, informatycznego czy nawet aranżacji większej imprezy kulturalnej) zamawiający powinien rozważyć zorganizowanie konkursu w celu wyłonienia najlepszego wykonawcy, któremu następnie powierzy w trybie negocjacyjnym (art. 325 i n. p.z.p.) wykonanie dzieła finalnego zastosowania¹⁹. Jeżeli zaś zamówienie ma dotyczyć nowatorskich rozwiązań technicznych, lepsze może się okazać uruchomienie partnerstwa innowacyjnego (art. 189 i n. p.z.p.).

Konkurs na najlepsze dzieło autorskie, zwłaszcza o charakterze koncepcyjnym (pomysł), pełni tradycyjnie doniosłe funkcje praktyczne — pobudza do konkurencji i współzawodnictwa z zakresu rozwiązań oryginalnych, nowoczesnych i zaspokajających nietypowe oczekiwania zamawiającego, a ponadto sprzyja ich optymalizacji funkcjonalnej, uwalniając od ryzyka nietrafnych założeń techniczno-ekonomicznych. Na dodatek rozgrywa się w warunkach zaostrej konkurencji, z udziałem profesjonalistów, a sam wybór wykonawcy zapada po uprzedniej

¹⁸ Wprawdzie gwarancja dodatkowa (art. 577 k.c.) także może odgrywać rolę instrumentu stymulacji jakości i innowacyjności świadczenia, lecz żądanie jej udzielenia z góry w warunkach zamówienia koliduje z jej naturalnie dobrowolnym charakterem, choć niektórzy myślą ją z czynnością umownego przedłużenia ustawowego okresu rękojmi. Poza tym gwarancji jakości udzielają zazwyczaj wytwórcy, importerzy bądź inni przedsiębiorcy wprowadzający produkty do obrotu, natomiast wykonawcy zamówień publicznych na ogół jedynie „przenoszą” przyrzeczenia gwarancyjne na zamawiających.

¹⁹ Do udzielenia zamówienia dochodzi w istocie po wyczerpaniu hybrydowego postępowania: konkursowego oraz negocjacyjnego (z wybranym wykonawcą lub wykonawcami), zorientowanego na ukształtowanie ostatecznych warunków umowy finalnej (art. 326 p.z.p.).

gruntownej ocenie opracowań koncepcyjnych²⁰. Tylko wyjątkowo w odniesieniu do dzieł niezbyt skomplikowanych, niewymagających dłuższego czasu na ich przygotowanie, organizuje się konkursy na prace finalnego zastosowania, przy których liczy się nie tyle innowacyjność, ile samo nabycie praw autorskich do oryginalnych rozwiązań projektowych, jak na przykład na aranżację wnętrza, instalację niewielkiego pomnika lub tablicy pamiątkowej czy opracowanie jednostkowego utworu muzycznego na potrzeby uroczystości. Ukierunkowanie zaś konkursu na najlepszą koncepcję przedsięwzięcia gospodarczego stanowi doskonały sposób efektywnego pozyskania dzieła funkcjonalnie innowacyjnego, zawierającego rozwiązania adekwatne do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Przedłożone do konkursu prace ocenia sąd konkursowy na podstawie z góry zastrzeżonych kryteriów w postaci mierników innowacyjno-funkcjonalnych, ekonomicznych (kosztów realizacyjnych), estetycznych itd.

Niestety z braku dostatecznej promocji procedur konkursowych w zamówieniach publicznych, a jednocześnie z powodu niedopuszczalnej tolerancji urzędowej, zwłaszcza w odniesieniu do chybionych rozwiązań architektoniczno-budowlanych zamawianych w trybie przetargowym (ryzykownym co do twórczych prac projektowych), w praktyce konkursy organizowane są sporadycznie²¹. W zakresie zamówień udzielanych na prace architektoniczne oraz architektoniczno-budowlane (konstrukcyjne) sytuacja ulegnie zapewne poprawie w związku z wprowadzeniem normatywnego nakazu zastosowania trybu konkursowego, choć dotyczy on jedynie prac większej wartości (art. 525 ust. 2 p.z.p.), podczas gdy w praktyce znaczna część prac projektowych w ogóle nie sięga pod względem wartości europejskiego progu kwotowego. Konieczna jest zatem dalsza promocja i upowszechnianie dobrych praktyk w zakresie korzystania z procedur konkursowych.

Partnerstwo innowacyjne

Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia na stworzenie nowego przedmiotu we współpracy z partnerem prywatnym²². W odpowiedzi na ogłoszenie wnioski o dopuszczenie do postępowania mogą składać wszyscy za-

²⁰ M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 67 n.

²¹ Por. M. Ziółkowska, *Dlaczego konkurs nie funkcjonuje jako podstawowa procedura zamawiania twórczych prac projektowych?*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 2, s. 4 n.

²² Więcej zob. M. Borowiak, T. Siedlecki, *Nowy tryb — partnerstwo innowacyjne*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2016, nr 9, s. 28 n.; A. Wójtowicz-Dawid, *op. cit.*, s. 87 n.; P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 585 n.; J. Pożarowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 608 n.; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 528 n.

interesowani wykonawcy, a po wyczerpaniu kwalifikacji podmiotowej (możliwe wykluczenia) zaprasza się dopuszczonych wykonawców do składania ofert wstępnych i prowadzi negocjacje w celu ulepszenia złożonych propozycji, po czym zaprasza się wszystkich zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert stanowczych na prace badawczo-rozwojowe mające na celu opracowanie innowacyjnego produktu lub robót budowlanych (art. 189 p.z.p.). Po stworzeniu innowacyjnego przedmiotu przez wykonawcę dochodzi do nabycia przez zamawiającego określonej jego ilości, jeśli spełnia ustalone wymagania techniczno-jakościowe oraz ekonomiczne.

Kluczowe znaczenie ma w tym wypadku opis potrzeb i wymagań przedmiotowych oraz proceduralnych, na podstawie którego składa się oferty wstępne i toczy negocjacje z zachowaniem konkurencji, który podlega potem rozwinięciu poprzez ustalenie co najmniej:

1. kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej do umowy o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego dotyczącego prac badawczo-rozwojowych;
2. kryteriów ewentualnego wyboru najkorzystniejszej koncepcji spełnienia świadczenia innowacyjnego będącego wynikiem prac badawczo-rozwojowych powstałych w ramach partnerstwa zorganizowanego z kilkoma wykonawcami;
3. warunków nabycia innowacyjnych dostaw, usług lub robót budowlanych finalnego przeznaczenia wraz z zasadami przejścia na zamawiającego majątkowych praw autorskich lub wynalazczych.

Umowa finalna o partnerstwo kreuje zatem zobowiązanie o wykonanie określonych prac badawczo-rozwojowych i przeniesienie ich wyników na zamawiającego. W przypadku umowy wielostronnej z udziałem kilku partnerów przeprowadza się gruntowną weryfikację wyników każdego z nich w celu wyłonienia najlepszego opracowania. Ostatecznym efektem zobowiązania jest nabycie przez zamawiającego innowacyjnego przedmiotu, wykonanego zgodnie z zaakceptowanym wynikiem prac badawczo-rozwojowych.

Zastosowanie procedury negocjacyjno-przetargowej

Jeżeli zamawiający poszukuje świadczenia innowacyjnego, powinien rozważyć udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 153 pkt 2 p.z.p.)²³ albo dialogu konkurencyjnego (art. 170 p.z.p.)²⁴. Są to procedury otwarte, uruchamiane na podstawie ogłoszenia. Pierwsza jest bardziej przewidywalna — z zarysowanym opisem przedmiotu zamówienia, z wymogiem przedkładania

²³ Por. E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 464 n.

²⁴ Por. A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 492 n.

ofert wstępnych umożliwiających uporządkowany przebieg negocjacji warunków zamówienia, z wysokim prawdopodobieństwem zwieńczenia jej wyborem oferty najkorzystniejszej w etapie końcowym. Druga zaś jest bardziej elastyczna — polega na przeprowadzeniu w pierwszym etapie wielostronnych negocjacji z zachowaniem konkurencji w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań (innowacyjnych), jednak bez większych gwarancji na sukces, z prawdopodobieństwem zamknięcia postępowania poprzez jego unieważnienie w wypadku nieopracowania satysfakcjonujących rozwiązań. W etapie drugim obie procedury przekształcają się w tryb przetargowego wyboru oferty najkorzystniejszej, uruchamiany na podstawie indywidualnych zaproszeń z uwzględnieniem warunków ustalonych na podstawie wyników uprzednich negocjacji (por. art. 152 i 169 p.z.p.).

Negocjacje z ogłoszeniem albo dialog konkurencyjny można uruchomić, w szczególności gdy:

1. zamówienie ma charakter innowacyjny,
2. jego przedmiot jest wysoce złożony lub z innej przyczyny obciążony wysokim ryzykiem,
3. rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego.

Dlatego też najistotniejsze znaczenie mają negocjacje (wielostronne) z wykonawcami szczegółowych warunków zamówienia. W ramach sporządzonego przez zamawiającego opisu potrzeb i wymagań podaje się podstawowe właściwości zamawianego przedmiotu oraz warunki stawiane wykonawcom wraz ze sposobem ich udokumentowania. Po kwalifikacji wstępnej zgłaszających się wykonawców (możliwe wykluczenia) zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych poprzedzających negocjacje albo od razu do dialogu konkurencyjnego. Składanie ofert wstępnych ma na celu uściślenie wymagań przedmiotowych wraz ze stworzeniem podstaw do weryfikacji rzeczywistych zamiarów zgłaszających się wykonawców. Gwarantuje to pogłębioną selekcję oferowanych rozwiązań (możliwe odrzucenie oferty wstępnej) oraz usprawnia przebieg samych negocjacji zorientowanych na ustalenie ostatecznych warunków zamówienia.

Z kolei alternatywny dialog konkurencyjny od początku toczy się w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań i warunków realizacji zamówienia aż do momentu, gdy zamawiający będzie w stanie ustalić rozwiązania najlepiej realizujące jego potrzeby (art. 184 p.z.p.). Po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza specyfikację warunków zamówienia, stanowiącą rozwinięcie dyspozycji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, albo unieważnia postępowanie. Następnie zaprasza wykonawców do składania ofert przetargowych z uwzględnieniem ostatecznych warunków zamówienia.

Podsumowanie

Zamówienia innowacyjne znacząco stymulują rozwój gospodarczy. Zwiększenie poziomu innowacyjności tych zamówień zależy jednak od uruchomienia wielu instrumentów, przede wszystkim o charakterze organizacyjno-zarządczym oraz proceduralnym, zorientowanych na poszukiwanie oraz wdrażanie nowych rozwiązań i technologii. W ramach typowych procedur przetargowych istotne znaczenie mają: racjonalny opis przedmiotu zamówienia, wysokie wymagania związane z weryfikacją wiarygodności wykonawców oraz dopuszczenie jakościowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Pożądanym jest jednak dalszy wzrost zastosowania procedur negocjacyjno-przetargowych, a także wykorzystania konkursu na twórcze prace projektowe.

Bibliografia

- Borowiak M., Siedlecki T., *Nowy tryb — partnerstwo innowacyjne*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2016, nr 9.
- Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Hajduk A., *Planowanie zamówień publicznych jako narzędzie efektywnego wydatkowania środków publicznych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2021, nr 1.
- Kocowski T., *Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1.
- Łapecki F., *Kryteria jakościowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4.
- Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021.
- Nowak H., Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., *Zamówienia publiczne na innowacje*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, D. Dobaczewska, Warszawa 2018.
- Skubiszak-Kalinowska I., Kulesza M., *Zamówienia przedkomercyjne*, Warszawa 2011.
- Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Szostak R., *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.
- Wichniak-Olczak A., *Działalność edukacyjno-informacyjna urzędu Zamówień Publicznych srodkiem profesjonalizacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 3.
- Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Wójtowicz-Dawid A., *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8).
- Ziółkowska M., *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
- Ziółkowska M., *Dlaczego konkurs nie funkcjonuje jako podstawowa procedura zamawiania twórczych prac projektowych?*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 2.

Innovativeness in Public Procurement

Summary

Public procurement can play an important role in stimulating economic development. Apart from the simple creation of demand, it is now also important to use it to modernize the economy. However, the increase of innovativeness in public procurement depends on many factors. In the first place, organizational instruments are indicated, especially those related to the planning and procurement policy of the state and local government, as well as the professionalization of servicing contracts concluded to meet public needs. What counts in the background is the use of pro-innovative procedural solutions, an appropriately targeted description of the subject of the contract supported by the results of market research and pre-commercial procurement, greater use of negotiation and tender procedures and competitions, as well as the recently available innovative partnership. Moreover, the following factors are important: rationalization of the conditions required from contractors, wider use of qualitative criteria for the evaluation of tenders, and ensuring effective supervision over the implementation of public procurement contracts.

Keywords: innovativeness, public procurement, innovative partnership.

Informacja dla autorów

1. Teksty w wersji elektronicznej prosimy nadsyłać pocztą elektroniczną na adres: auwr.prawo@prawo.uni.wroc.pl.
2. Wszystkie artykuły publikowane w czasopiśmie „Prawo” są recenzowane.
3. O przyjęciu tekstu do wydania w Czasopiśmie Autorzy zostaną poinformowani w ciągu 30 dni za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany przez nich adres.
4. Recenzje zostaną przesłane Autorom, którzy zobowiązują się do dokonania zasugerowanych w nich poprawek i korekt.
5. Teksty należy nadsyłać w formacie dokumentów programu Word lub tekstu sformatowanego RTF. Maksymalna objętość tekstu:
 - a) artykuł — 60 000 znaków ze spacjami;
 - b) recenzja — 25 000 znaków ze spacjami.
6. Szczegółowe informacje dotyczące formatowania tekstów oraz sporządzania przypisów znajdują się na stronie www.wuwr.com.pl w zakładce „Dla Autorów”.
7. Teksty odbiegające od podanych standardów będą odsyłane do Autorów z prośbą o dostosowanie ich do wymogów pisma.
8. Do tekstu należy dołączyć streszczenie i słowa kluczowe w języku angielskim (do 600 znaków ze spacjami) oraz krótką notkę o Autorze (do 400 znaków ze spacjami).
9. Wydawnictwo zastrzega sobie prawo do dokonywania poprawek redakcyjnych tekstów.
10. Przesłanie przez Autora tekstu do Redakcji Czasopisma jest równoznaczne z jego oświadczeniem, że przysługują mu autorskie prawa majątkowe do tego tekstu, że tekst jest wolny od wad prawnych oraz że nie był wcześniej publikowany w całości lub części ani nie został złożony w redakcji innego czasopisma, a także z udzieleniem nieodpłatnej zgody na wydanie tekstu w czasopiśmie „Prawo” oraz jego nieograniczone co do czasu i terytorium rozpowszechnianie, w tym wprowadzenie do obrotu egzemplarzy czasopisma oraz odpłatne i nieodpłatne udostępnianie jego egzemplarzy w internecie.
11. Autorzy są zobowiązani do wykonania korekty autorskiej w ciągu 7 dni od daty jej otrzymania. Niewykonanie korekty w tym terminie oznacza zgodę Autora na wydanie tekstu w postaci przesłanej do korekty.
12. Po opublikowaniu artykułu Autor otrzymuje nieodpłatnie jeden drukowany egzemplarz czasopisma „Prawo”. Wszystkie udostępniane przez Wydawnictwo artykuły, w formacie PDF, znajdują się na stronie www.cns.wuwr.pl.
13. Autorzy nie otrzymują honorarium autorskiego za przekazane artykuły.



Wydawnictwo
Uniwersytetu
Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.

plac Uniwersytecki 15
50-137 Wrocław
sekretariat@uwur.com.pl

wwur.eu
Facebook/wydawnictwouwr