

WAWRZYNIEC SERAFIN¹

Prywatyzacja a outsourcing zadań państwa. Rozważania teoretycznoprawne

Streszczenie

W klasycznym podziale prywatyzacji zadań państwa przyjętym w polskiej nauce prawa wyróżniono jej dwa rodzaje: 1) prywatyzację *sensu stricto* i 2) prywatyzację *sensu largo*. Pierwsza oznacza całkowite wycofanie się z danej dziedziny aktywności przez państwo, druga – zlecenie realizacji zadań państwa podmiotom niepublicznym, przy zachowaniu roli państwa jako organizatora oraz odpowiedzialności państwa za działania podmiotów prywatnych i realizację zadań. Można jednak w praktyce obrotu odnotować przypadki, w których państwo zasadniczo wykonuje swoje zadania, a jedynie określone funkcje są przekazywane podmiotom prywatnym. Możliwe jest postawienie pytania, czy w takim przypadku mamy do czynienia z prywatyzacją zadań państwa, a jeśli tak, czy przyjmowana aktualnie typologia rodzajów prywatyzacji jest wystarczająca do opisanie form, jakie przyjmuje prywatyzacja w chwili obecnej. Zdaniem autora typologię należy uzupełnić o kategorię outsourcingu, która również mieści się w zbiorze działań państwa, a którą można określić jako prywatyzację, a jednocześnie nie jest ani prywatyzacją *sensu stricto*, ani też *sensu largo*.

Słowa kluczowe: prywatyzacja, outsourcing, zadania, państwo, prawo, teoria, administracja

¹ Mgr Wawrzyniec Serafin – uczestnik prawniczego seminarium doktoranckiego w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; e-mail: serafin.wawrzyniec@gmail.com; ORCID: 0000-0002-4114-3177.

WAWRZYNIEC SERAFIN

Privatization and outsourcing of state tasks. Theoretical considerations

Abstract

Widely accepted in Polish legal doctrine, classic typology of state tasks privatization is based on two categories: 1) *sensu stricto* privatization, and 2) *sensu largo* privatization. The first one refers to a situation in which the state completely withdraws from a given scope of activity, while the latter relates to a situation in which the state contracts execution of specified tasks to a non-governmental entity, while retaining the organization role for itself as well as the liability for proper performance of contracted tasks. In practice, however, there can be observed another, different category of situation in which, from a legal perspective, the state is executing its tasks, but yet some specific actions or processes, which constitute elements of a given state task are contracted to non-governmental entities. Hence it is possible to put the question, whether in this last situation it is still allowed to refer to as to state tasks privatization and if so, is the commonly accepted typology of different types of privatization sufficient for description of all presently observable forms of such privatization. In the author's humble opinion, classic state tasks privatization typology needs to be complemented by a third category – outsourcing, which also falls within the scope of actions generally defined as state tasks privatization, however cannot be classified neither as *sensu stricto* privatization, nor as *sensu largo* privatization.

Keywords: privatization, outsourcing, tasks, state, law, theory, administration

Wstęp

Współcześnie można dostrzec generalną tendencję do przekazywania przez państwa swoich zadań do realizacji podmiotom prywatnym. Czy to ze względów ekonomicznych, czy politycznych państwa coraz chętniej prywatyzują swoje zadania. Wynika to między innymi z tego, że zakres zadań państwa, w szczególności demokratycznych państw prawnych, znacząco się rozszerza. Uniemożliwia to wypełnianie przez państwa wszystkich przyjętych przez siebie zadań i w efekcie niejako wymusza korzystanie z podmiotów prywatnych przy ich realizacji, tak aby państwo wypełniało, choć w minimalnym stopniu, swoje wynikające z prawa obowiązki.

Powierzanie zadań państwa przybiera przy tym różne formy. W klasycznej typologii prywatyzacji zadań państwa zaproponowanej przez Stanisława Biernata wyróżnione zostały dwa rodzaje prywatyzacji: 1) prywatyzacja *sensu stricto* i 2) prywatyzacja *sensu largo*². Pierwsza z nich zakłada zupełne wycofanie się z danego obszaru działalności przez państwo, druga natomiast zakłada, że państwo pozostaje odpowiedzialne za realizację tych zadań, jednak powierza ich wykonanie podmiotom prywatnym i przyjmuje jedynie rolę organizatora.

W praktyce można jednak spotkać sytuacje, w których mamy do czynienia z prywatyzacją zadań państwa, która nie prowadzi do całkowitego wycofania się państwa z realizacji zadania, ani z sytuacją, w której podmiot prywatny samodzielnie realizuje zadanie, którego organizatorem i inicjatorem jest państwo. W szczególności chodzi o sytuacje, w której istotną, o ile nie najistotniejszą część zadania państwa stanowi wykonanie określonych czynności faktycznych lub prawnych, a wydanie decyzji administracyjnej stanowi jedynie formalność wtórną w stosunku do dokonanych czynności. Może być tak, że państwo zleci realizację tych kluczowych czynności podmiotowi prywatnemu. Biorąc pod uwagę definicję prywatyzacji *sensu largo*, państwo pozostaje podmiotem realizującym to zadanie, a zatem nie można mówić o jakiegokolwiek prywatyzacji, a jednocześnie większość zadania pozostaje realizowana przez podmiot niepubliczny.

Prowadzi to do zafałszowania obrazu rzeczywistości i powstaje iluzja, że państwo realizuje dane zadanie, podczas gdy w rzeczywistości jest ono w głównej mierze, a przynajmniej w istotnym zakresie realizowane przez podmiot prywatny. Może to wpływać negatywnie na pewność prawa, na prawa i wolności obywatel-

² S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 25.

skie, z uwagi chociażby na utrudniony dostęp do środków odwoławczych (podmiot prywatny nie jest organem państwa, jednocześnie jest związany umową z podmiotem publicznym, a nie obywatelem), stąd ewentualne odwołanie się od decyzji podmiotu prywatnego musiałoby następować poprzez organ państwowy. Może także w konsekwencji prowadzić do tego, że prawa w zakresie prywatyzacji zadań państwa stanowiąc będą z uwzględnieniem innych form, a przynajmniej nie wszystkich form tego zjawiska, jakie występują w rzeczywistości. Mając na względzie powyższe, autor stoi na stanowisku, że pożądane jest uzupełnienie typologii prywatyzacji zadań państwa o trzecią kategorię – *outsourcing*.

Klasyczna definicja prywatyzacja zadań państwa w polskiej nauce prawa

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań będzie wspomniana już wyżej klasyczna definicja prywatyzacji zadań państwa zaproponowana przez S. Biernata, zgodnie z którą prywatyzacją zadań państwa są „wszelkie przejawy odstępowania od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej, działające w formach prawa publicznego”³, a także wspomniana wyżej typologia uwzględniająca prywatyzację *sensu stricto* i *sensu largo*⁴.

³ Ibidem. Nie jest to oczywiście jedyna definicja; w tym miejscu warto wskazać na definicję pojęcia prywatyzacji zadań państwa zaproponowaną przez L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 31, zgodnie z którą: „Prywatyzacja oznacza twórczy proces w zakresie sposobu wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne przejmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym »ogólnym«, nie zaś w interesie jednostkowym. Realizacja zadań odbywa się w formach i metodach prawa prywatnego (cywilnego lub handlowego)”. Jednakże zdecydowana większość autorów odnosi się w swoich rozważaniach właśnie do definicji zaproponowanej przez S. Biernata, w tym wspomniana L. Zacharko.

⁴ S. Biernat, op. cit., s. 30. Należy zwrócić uwagę, że z treści przywołanej publikacji nie wynika jednoznacznie, czy zaproponowane wyróżnienie rodzajów prywatyzacji stanowi podział, czy też typologię, w dalszych rozważaniach przyjęte zostało, że jest to typologia, co można przyjąć na podstawie przywołanej publikacji, jak i wynika z innych źródeł, m.in. można wskazać na tezy referatu wygłoszonego przez S. Biernata na konferencji „Prywatyzacja zadań publicznych” w Warszawie w dniach 25–26 października 2000 r., za: „Nowy Przegląd Notarialny” 2001, 7–8 (11–12), s. 14, 15. Przy czym należy podkreślić, że dla prawidłowości dalszych rozważań nie ma znaczenia, czy wyróżnienie rodzajów prywatyzacji zadań państwa zaproponowane przez S. Biernata ma charakter podziału czy typologii.

Anomalie w prywatyzacji zadań państwa

Typologia zaproponowana przez S. Biernata, jakkolwiek trafna, w chwili obecnej, zdaniem autora, wymaga uzupełnienia. Istnieje co najmniej jedna forma realizacji przez państwo zadań za pomocą podmiotów prywatnych, która nie pasuje do żadnego z uwzględnionych typów.

Forma ta z jednej strony mieści się w granicach definicji zaproponowanej przez S. Biernata, do której odnosi się klasyczna typologia, z drugiej strony nie można jej nazwać ani prywatyzacją *sensu largo*, ani *sensu stricto*. Forma ta charakteryzuje się tym, że państwo w dalszym ciągu realizuje zadania, ale jego najistotniejszą część wykonuje podmiot prywatny.

Można zatem powiedzieć, że formalnie państwo wykonuje dane zadanie, ale faktycznie realizuje je podmiot prywatny. Z uwagi na tę niekonsekwencję, choć praktyczny wymiar takiego rozwiązania sprowadza się do tego samego, co prywatyzacja *sensu largo*, to jednak właśnie ze względu na brak formalnego przekazania zadania do realizacji nie możemy tu mówić o prywatyzacji *sensu largo*, lecz należy stwierdzić, że mamy do czynienia z innym zjawiskiem. Nie jest to zjawisko z pogranicza prywatyzacji *sensu largo* i *sensu stricto*, stąd nie jest wystarczające wskazanie, że nie jest to podział a typologia. Zjawisko to nie ma bowiem cech wspólnych prywatyzacji *sensu largo* i *sensu stricto*, lecz stanowi odrębną kategorię, która ma pewne cechy prywatyzacji, lecz nie można jej zaliczyć do żadnego z typów zaproponowanych przez S. Biernata. Niżej przedstawione zostaną przykłady klasycznej prywatyzacji zadań państwa oraz atypowe formy tego zjawiska, o którym mowa powyżej. Porównanie rozpocznie przedstawienie przypadków klasycznej prywatyzacji *sensu largo* jako punkt odniesienia do analizy nietypowych przypadków.

Za ilustrację zastosowania prywatyzacji zadań państwa (*sensu largo*) może posłużyć realizacja zadań w zakresie publicznego transportu zbiorowego przez organizatorów: gminy, powiaty, województwa. Zgodnie z ustawą o publicznym transporcie zbiorowym organizatorem publicznego transportu zbiorowego właściwym ze względu na obszar działania lub zasięg przewozów może być:

- 1) gmina,
- 2) związek międzygminny,
- 3) powiat,
- 4) związek powiatów,
- 5) województwo,
- 6) minister właściwy do spraw transportu⁵.

⁵ Art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13).

Tak więc zadania w zakresie publicznego transportu zbiorowego leżą w kompetencji tak organów samorządu, jak administracji państwowej. Można jednak odnaleźć przypadki, w których zadania te są realizowane przez podmioty prywatne. Wskazują na to przykładowo następujące udzielone zamówienia publiczne: 1) zamówienie udzielone przez Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego na „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 155, 255”⁶, zamówienie udzielone przez Gminę Lubicz na „Publiczny transport zbiorowy”⁷ czy zamówienie udzielone przez Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy na „Świadczenie usług przewozowych na linii autobusowej nr 92 w relacji Bydgoszcz – gmina Białe Błota”⁸.

W przypadku publicznego transportu zbiorowego organizatorem, nie tylko w aspekcie praktycznym, ale i prawnym, pozostaje jednostka samorządu czy też organ administracji państwowej, on również jest odpowiedzialny, aby usługi tego rodzaju były świadczone. Podmiotem, który realizuje te zadania, jest jednak podmiot prywatny, mamy tu zatem do czynienia z modelowym przykładem prywatyzacji zadań państwa *sensu largo*.

Inny przykład stanowi wydawanie kart do cyfrowych tachografów. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych⁹ podmiot wydający karty wykonuje m.in. następujące zadania: „realizuje proces wydawania kart, a w szczególności: przyjmuje wnioski o wydanie, wznowienie lub wymianę kart i wydaje karty, zapewniając właściwą organizację ich odbioru na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”.

Podmiot, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych, to podmiot prywatny wybrany na podstawie przepisów dotyczących przetargu ograniczonego¹⁰. Podmiot prywatny w zakresie wydawania kart nie tylko dokonuje bowiem czynności technicznych, lecz także przyjmuje wnioski o wydanie, wznowienie lub wymianę kart (musi je zatem również rozpatrywać). Chociaż to minister właściwy do spraw transportu i Prezes Głównego Urzędu Miar są odpowiedzialni za system, to jednak w zakresie wydawania kart do tachografów cyfrowych, a więc umożliwiających jednostkom korzystanie z systemu i wymaganych przez prawo¹¹,

⁶ Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2016/S 117-209216.

⁷ Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2014/S 244-430297.

⁸ Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2013/S 005-005120.

⁹ Ustawa z dn. 29 lipca 2005 r. o systemie tachografów cyfrowych, Dz.U. z 2015 r., poz. 1494 z późn. zm.

¹⁰ Art. 18 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych.

¹¹ Art. 24 ust. 4 ustawy o systemie tachografów cyfrowych przewiduje kary związane z brakiem bądź nieprawidłowym posługiwaniem się kartami do tachografów cyfrowych.

nie bierze udziału żadna instytucja państwowa, lecz jedynie podmiot prywatny. Tym samym również tutaj mamy do czynienia z prywatyzacją zadań państwa (*sensu largo*). W praktyce obrotu prawnego można jednak spotkać prywatyzację zadań państwa, która odbiega od modelu opisanego powyżej.

Jednym z przykładów takich anomalii jest usługa wydruku masowego tzw. massspringingu i wysyłka mandatów świadczona na rzecz Generalnej Inspekcji Transportu Drogowego. Zgodnie z pkt. 2 opis przedmiotu zamówienia ma ono celu:

zapewnienie obsługi procesów personalizacji druków, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania, sortowania, przygotowania do wysyłki oraz wysyłki druków związanych z prowadzeniem postępowań w sprawach:

- a) związanych z nakładaniem przez Zamawiającego grzywn w drodze mandatów karnych, tj. w sprawach o wykroczenia dotyczących przekraczania przez kierujących pojazdami dopuszczalnych prędkości jazdy, niestosowania się przez nich do sygnałów świetlnych oraz innych naruszeń drogowych, oraz
- b) związanych z nakładaniem i pobieraniem przez Zamawiającego kar pieniężnych na podstawie ustawy o drogach publicznych¹².

Jak wynika z treści opisu przedmiotu zamówienia (pkt 4.1), wykonawca w ramach zamówienia musi wykonywać następujące zadania:

- drukowanie dokumentów i poddruków,
- personalizacja poddruków z wykorzystaniem danych powierzonych przez Zamawiającego,
- zapewnienie kopert z nadrukiem,
- zapewnienie poddruków według wzorów dostarczonych przez Zamawiającego,
- kopertowanie,
- dostarczanie korespondencji odbiorcom wskazanym przez Zamawiającego za potwierdzeniem odbioru,
- odbieranie zwrotnej korespondencji, w tym potwierdzeń odbioru oraz korespondencji niedostarczonej,
- prowadzenie ewidencji czynności realizowanych w ramach realizacji zamówienia,
- prowadzenie ewidencji korespondencji wychodzącej oraz korespondencji przychodzącej,

¹² http://bip.gitd.gov.pl/data/assets/pdf_file/0020/33392/02_siwz.pdf.

- przekazywanie Zamawiającemu raportów, zestawień i danych niezbędnych do okresowego rozliczania zleconych i wykonywanych usług na podstawie dostarczanych przez Zamawiającego materiałów.

Zgodnie z uprawnieniami określonymi w art. 56 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym Inspektor, a tym samym Inspekcja Transportu Drogowego są uprawnieni do dawania grzywnien w drodze mandatów karnych za naruszenia przepisów ustawy, a także wynikające z innych ustaw w tym Prawa o ruchu drogowym i ustawy o drogach publicznych¹³. Oznacza to, że Inspekcja poprzez swojego funkcjonariusza – Inspektora – wystawia mandat, w tym mandat, który wynika z wykroczenia zarejestrowanego przez tzw. fotoradar.

Sytuacja w analizowanym przypadku jest zatem odmienna od tej właściwej dla prywatyzacji *sensu largo*. Inaczej niż miało to miejsce we wcześniejszych przypadkach, w odniesieniu do massprintingu mandatów mamy do czynienia z sytuacją, w której podmiot prywatny bierze udział w fizycznym wytworzeniu i doręczeniu go osobie, która popełniła wykroczenie drogowe, lecz formalnie mandat jest wystawiany przez podmiot publiczny – Inspekcję Transportu Drogowego.

Aby dopuszczalne było dla określenia tej sytuacji posłużenie się pojęciem prywatyzacji *sensu largo* w niniejszej sytuacji, podmiot zajmujący się wydrukiem masowym i wysyłką mandatów musiałby również w sensie prawnym wystawiać te mandaty. W związku z powyższym należałoby przyjąć, że skoro podmiot ten wykonuje jedynie czynności techniczne, nie może być mowy o żadnej prywatyzacji zadań państwa. Z drugiej strony, nie można również powiedzieć, że to zadanie państwa jest wykonywane przez państwo samodzielnie.

Innym podobnym przykładem jest kontrola wydatkowania środków unijnych. Zgodnie z art. 206 ust. 2 pkt 4) ustawy o finansach publicznych¹⁴ podmiot podpisujący umowę o dofinansowanie musi się zobowiązać do poddania się kontroli w zakresie realizacji projektu. Zgodnie z art. 206 ust. 11 ustawy o finansach publicznych, w przypadku wydania środków niezgodnie z przeznaczeniem, instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca na podstawie porozumienia lub umowy, na podstawie porozumienia lub umowy może upoważnić instytucję wdrażającą do wydawania decyzji o zwrocie środków (w oparciu o wyniki kontroli). W praktyce jednak zdarzały się sytuacje, w których Instytucje odpowiedzialne za kontrolę wydawania środków i w następstwie tej kontroli za wydawanie decyzji o cofnięciu środków zlecały wykonanie podmiotom prywatnym. Za przykład mogą posłużyć postępowania przeprowadzone przez Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Progra-

¹³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Dz.U. z 2015 r., poz. 211, 390, 978, 1269, 1273, 1893, 2183 z późn. zm.

¹⁴ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2013 r., poz. 855 z późn. zm.

mów Unijnych, m.in. postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie kontroli projektów w ramach komponentu regionalnego województwa mazowieckiego Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki¹⁵. Jak wynika z Rozdziału II Zakresu Zadań Wykonawcy stanowiących część specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

celem usługi jest zbadanie pod kątem zgodności realizacji projektów z zapisami umowy oraz wniosku o dofinansowanie projektu realizowanych w ramach Priorytetu VIII PO KL Działania 8.1 oraz Priorytetu IX PO KL Działania 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 mające na celu weryfikację prawidłowości realizacji projektu zgodnie z obowiązującymi regułami i zasadami wynikającymi z Programu, w tym zapisami Wytucznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO KL, obowiązującymi aktami prawa wspólnotowego i krajowego, umową/decyzją o dofinansowanie projektu oraz załączonym do niej wnioskiem o dofinansowanie projektu¹⁶.

Tym samym, choć ostateczną decyzję wydawała właściwa instytucja – w tym przypadku Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych, w rzeczywistości proces kontroli wykonywany był przez podmiot prywatny. Również w tym przypadku podmiot prywatny bierze udział w czynnościach zmierzających do wydania ewentualnej decyzji o zwrocie dofinansowania¹⁷. Także i w tym przypadku, pomimo iż państwo nie wykonuje zadania w całości, nie mamy do czynienia z prywatyzacją ani *sensu largo*, ani *sensu stricto*, jednakże także i w tym przypadku państwo nie działa samodzielnie. Umożliwia to postawienie pytania, czy w tych przypadkach mamy do czynienia w ogóle z prywatyzacją zadań państwa. Kluczowe dla odpowiedzi na to pytanie jest określenie, czym jest zadanie państwa.

W przyjętych przez S. Biernata ramach pojęciowych publiczne zadania państwa można rozpatrywać w trzech ujęciach:

¹⁵ Znak sprawy WZP/WKP-P/U-322-3/13, data publikacji ogłoszenia 12.02.2013, <http://bip.mazowia.eu/zamowienia-publiczne/id,282.html>, data wejścia 23.08.2016.

¹⁶ Podobne postępowania przeprowadzone przez tą instytucję to postępowania: 1) WZP/WKP-P/U-332-37/12 – Przeprowadzenie kontroli projektów w ramach komponentu regionalnego województwa mazowieckiego Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, ogłoszenie opublikowane 20.09.2012, <http://bip.mazowia.eu/zamowienia-publiczne/id,265.html>, data wejścia 23.08.2016, oraz 2) WZP/WKP-P/U-332-41/12 – Przeprowadzenie kontroli projektów w ramach komponentu regionalnego województwa mazowieckiego Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, ogłoszenie opublikowane 16.10.2012 <http://bip.mazowia.eu/zamowienia-publiczne/id,266.html>.

¹⁷ Odrębny problem stanowi kwestia, czy w rozumieniu k.p.a. w takiej sytuacji doszło w ogóle do zbadania sprawy przez organ administracji.

- 1) zadania rzeczywiście wykonywane przez państwo – oznacza ono wówczas ustalenie stanu faktycznego, realnego zasięgu i rodzajów zadań publicznych,
- 2) zadania „modelowe” swoiste i charakterystyczne dla państwa, zakres ten wynika z konstytucji i innych doniosłych ustaw ustrojowych, zadania publiczne rozumiane w ten sposób to zadania ze swej natury przypisane państwu (inaczej zadania „minimalne”, „wrodzone” państwa),
- 3) zadania państwa i samorządu terytorialnego wynikające z całego obowiązującego w danym czasie porządku prawnego, a zatem wszelkie zadania wyznaczone przez obowiązujące prawo – suma ustalonych w ten sposób zadań daje obraz normatywnie nakazanej działalności państwa¹⁸.

Nietrudno dostrzec, że ujęcie pierwsze dla dalszych rozważań będzie bezużyteczne – skoro oznacza zadania rzeczywiście wykonywane przez państwo, to zadania przekazane do realizacji podmiotom prywatnym w takim ujęciu nie są zadaniami państwa. Sprywatyzowane zadanie państwa nie będzie mieścić się w zakresie pojęcia zadań rzeczywiście wykonywanych przez państwo – nie będzie przez państwo wykonywane, lecz przekazane do realizacji podmiotowi prywatnemu. Stąd dalsza część niniejszego opracowania nie będzie się odnosić do rozumienia pojęcia „zadania państwa” w pierwszym ujęciu. Można również zauważyć, że w pewien sposób ujęcie drugie zawiera się w trzecim, zawsze bowiem zadania swoiste państwa będą częścią sumy wszystkich zadań nakazanych państwu przez prawo¹⁹. Stąd dalsze rozważania będą odnosić się właśnie do rozumienia pojęcia „zadań państwa”, o którym mowa w pkt. 2) i 3) powyżej.

Odnosząc przyjęte przez S. Biernata definicje do przywołanych przykładów, należy stwierdzić, że nie mamy do czynienia z prywatyzacją zadań państwa, a jednak podmiot prywatny wykonuje zadania państwa.

Dlatego z punktu widzenia dalszych rozważań istotna jest odpowiedź na pytanie o istotę zadania państwa nie z punktu widzenia podmiotu, który ma je realizować, lecz z punktu widzenia jego złożoności treściowo-proceduralnej. Kluczowa jest odpowiedź na pytanie, czy każde działanie i każda czynność państwa stanowi jednocześnie jego zadanie, czy też zadanie państwa to odrębna kategoria, na którą składają się poszczególne działania, czynności czy procedury. Zdaniem autora możliwe jest przyjęcie dwóch możliwości rozumienia „zadania”:

¹⁸ S. Biernat, op. cit., s. 15 i 16 i przywołana tam literatura.

¹⁹ W. Hoff, *Granice prywatyzacji zadań i kompetencji władz publicznych*, „Krytyka Prawa” 2012, 4(1), s. 98 – w odniesieniu do istnienia kompetencji (zadań) państwa z zakresu „jądra władzy”, których nie można poddać prywatyzacji.

- 1) zadanie w rozumieniu elementarnym, jako dowolna aktywność państwa, tj. każde działanie, czynność czy procedura;
- 2) zadanie w rozumieniu kompleksowym, jako powiązane funkcjonalnie przejawy aktywności państwa (działania, czynności, procedury), które służą realizacji określonego celu.

Jeśli przyjmiemy rozumienie *zadania*, przedstawione w pkt 1) powyżej, to wówczas mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem prywatyzacji *sensu largo*. Wprawdzie efektem działań podjętych przez podmiot prywatny nie jest kompletna usługa, lecz podmiot prywatny realizuje składające się na nią poszczególne czynności, działania, procesy, z których każdy jest odrębnym *zadaniem*, w tym sensie zatem mamy do czynienia z prywatyzacją zadań państwa.

Jeśli natomiast przyjmiemy rozumienie *zadania*, o którym mowa w pkt. 2) powyżej, to wówczas, konsekwentnie, w odniesieniu do przedstawionych wyżej sytuacji nie możemy mówić o prywatyzacji, tak jak została ona określona na wstępie. Państwo w dalszym ciągu wykonuje dane zadanie, a zatem nie można mówić o prywatyzacji *sensu stricto* ani o prywatyzacji *sensu largo*. Udział państwa w wykonywaniu danego zadania nie podlega jedynie na nadzorze czy kontroli i odpowiedzialności za wykonywane zadania, bo niezależnie od udziału podmiotów prywatnych to ono ostatecznie wykonuje zadanie w rozumieniu kompleksowym.

Z drugiej strony nie można także twierdzić, że państwo wykonuje takie zadanie-usługę samodzielnie bez udziału podmiotów prywatnych, gdy znaczną, o ile nie główną część zadania w rozumieniu kompleksowym realizuje podmiot prywatny, a państwo ogranicza się do formalnego „zatwierdzenia” wykonanego przez podmiot niepubliczny zadania-usługi.

W świetle przyjętej przez S. Biernata definicji prywatyzacji zadań państwa i zaproponowanej przez tego autora typologii prywatyzacji zadań państwa prowadzi to do wewnętrznej sprzeczności, nie można mówić z jednej strony o prywatyzacji zadań państwa, nie można jednak mówić również o wykonywaniu zadań państwa przez państwo.

Zdaniem autora prawidłowe jest rozumienie kompleksowe zadania państwa. Po pierwsze, gdyby miało być ono jedynie zbiorczym określeniem na wszelkie przejawy aktywności państwa, nie byłoby w ogóle potrzebne jego wyodrębnianie, skoro istnieją bardziej precyzyjne określenia na opisanie poszczególnych rodzajów aktywności państwa. Po drugie zadanie wiąże się z obowiązkiem wykonania danych czynności, tymczasem w obrocie prawnym w niektórych sprawach, prowadzonych nawet w tych samych procedurach, nie zawsze wszystkie czynności czy działania są podejmowane, a inne są powtarzane. Przyjęcie rozumienia elementarnego prowadziłoby do wniosku, że zadania państwa, a przynajmniej ich część ma charakter

fakultatywny, a z drugiej strony prowadziłoby do sztucznego zwiększenia ilości zadań. Po trzecie prowadziłoby do zakłócenia hierarchii wartości, zadania państwa stały by się tym samym co poszczególne czynności niezbędne do ich wykonania. Po czwarte jednak, co najistotniejsze, same teksty polskich ustaw nie pozwalają przyjąć rozumienia elementarnego.

Odnosząc się do wybranych z przykładów przywołanych powyżej, można wskazać na następujące regulacje określające zadania państwa. W przypadku Inspekcji Transportu Drogowego zgodnie z art. 50 ustawy o transporcie drogowym do zadań Inspekcji należy:

- 1) kontrola:
 - a) przestrzegania obowiązków lub warunków przewozu drogowego, o których mowa w art. 4 pkt 22,
 - b) (uchylona),
 - c) przestrzegania przepisów ruchu drogowego w zakresie i na zasadach określonych w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym [podkr. W.S.],
 - d) (uchylona),
 - e) przestrzegania szczegółowych zasad i warunków transportu zwierząt,
 - f) (uchylona),
 - g) wprowadzonych do obrotu ciśnieniowych urządzeń transportowych pod względem zgodności z wymaganiami technicznymi, dokumentacją techniczną i prawidłowością ich oznakowania, w zakresie określonym w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych,
 - h) rodzaju używanego paliwa,
 - i) dokumentów związanych z wykonywaniem publicznego transportu zbiorowego,
 - j) prawidłowości uiszczenia opłaty elektronicznej, o której mowa w art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych,
 - k) przestrzegania czasu pracy:
 - przedsiębiorców osobiście wykonujących przewozy drogowe,
 - osób niezatrudnionych przez przedsiębiorcę, lecz osobiście wykonujących przewozy drogowe na jego rzecz²⁰.

Już ogólna analiza wskazuje, że zadania są określone w sposób kompleksowy, ustawa nie wskazuje poszczególnych czynności, jak pobieranie informacji z auto-

²⁰ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Dz.U. z 2015 r., poz. 211 z późn. zm., <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20011251371>.

matycznych urzędzeń mierzących prędkość czy też wysyłania blankietu mandatu na określonym wzorze do adresata, mówi po prostu o kontroli przestrzegania przepisów ruchu drogowego.

Podobnie w przypadku transportu publicznego, zgodnie z art. 8 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym do zadań organizatora transportu publicznego należy

- 1) planowanie rozwoju transportu,
- 2) organizowanie publicznego transportu zbiorowego,
- 3) zarządzanie publicznym transportem zbiorowym²¹.

Także w przypadku transportu publicznego zadania określono w sposób kompleksowy, ustawa nie określa zadania polegającego na sprzedaży biletów, montażu kasowników, nie określa nawet, czy dany organizator musi sam realizować te usługi. Zadania polegają na planowaniu rozwoju, organizowaniu i zarządzaniu publicznym transportem zbiorowym. Na to zaś składają się poszczególne elementarne aktywności państwa, jak np. stworzenie przystanków, czy zarządzanie realizacją publicznego transportu zbiorowego przez podmiot prywatny, któremu takie zadanie zlecono. Wyżej wskazane przykłady pozwalają na postawienie tezy, że mamy do czynienia z sytuacją, w której nie występuje żaden z dotychczasowych przypadków prywatyzacji, a jednocześnie część czynności niezbędnych do realizacji danego zadania jest prywatyzowane. Pozwala to na postawienie pytania, z jakim zjawiskiem mamy do czynienia. Zjawisko to można określić mianem *outsourcingu*. Powszechnie przyjęte znaczenie tego wyrażenia to „przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym”²².

²¹ Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym Dz.U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm., <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20110050013>.

²² M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001, s. 13; zob. też C.L. Gay, J. Essinger, *Outsourcing strategiczny*, Kraków 2002, s. 13–15, zdaniem autorów outsourcing jest po prostu jednym ze sposobów realizacji zadań. Z punktu widzenia niniejszego opracowania należy w szczególności wskazać na dwa rodzaje outsourcingu, które wyróżniają autorzy: „zlecenie funkcji – firma przekazuje innej firmie ogniwo swojego łańcucha popytu. Najczęściej zleca się proste usługi pomocnicze, jak sprzątanie (...) Jest to krótkoterminowe rozwiązanie taktyczne, często wybierane nie dlatego, że harmonizuje z perspektywą strategicznego rozwoju firmy, lecz wskutek konieczności szybkiego uporania się z problemem”, a także „outsourcing usług – staranny dobór i zaangażowanie wyspecjalizowanych dostawców zewnętrznych pozwala firmie na nowo zdefiniować tę działalność, skupić się na niej i, w razie potrzeby, ożywić ją dzięki uzyskaniu dostępu do kompetencji i doświadczenia wykonawcy usługi. Przy odpowiednim podejściu firma może ze współpracy z dostawcą odnieść korzyści na poziomie strategicznym i w rezultacie skupić się bardziej na tym, co robi najlepiej i co generuje jej przewagę konkuren-

Przy czym „przedmiotem wydzielenia stanowiących istotę outsourcingu są funkcje działalności gospodarczej”²³. Odnosząc się do pojęcia outsourcingu należy zachować szczególną ostrożność z uwagi na to, że powstało ono na gruncie nauki zarządzania w innych ramach pojęciowych. W analizowanym przypadku należy zatem odnieść to pojęcie w drodze analogii do struktury i funkcji państwa, a dokładniej jego poszczególnych instytucji.

Zgodnie z ukształtowanym na gruncie nauki zarządzania poglądem funkcja przedsiębiorstwa to „zbiór (zakres) potencjalnych (możliwych), zwykle powtarzalnych, typowych i sformalizowanych proceduralnie działań wyodrębnionych ze względu na ich zawartość treściową (rodzaj) oraz na ich zrelatywizowanie do określonego celu lub jego części (zadania)”²⁴. Również pojęcie „funkcji przedsiębiorstwa” w drodze analogii należy w analizowanym przypadku odnieść do funkcji państwa, a dokładniej jego poszczególnych instytucji.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że w przypadku „outsourcingu” stosowanego przez podmioty realizujące zadania państwa brak jest przedsiębiorstwa, jego rolę pełni podmiot realizujący zadania państwa. Outsourcing oznacza zatem wydzielenie ze struktury organizacyjnej tegoż podmiotu realizowanych przez niego funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym. Funkcja przy tym nie jest funkcją działalności gospodarczej (choć wydaje się, że w przypadku zadań, które wiążą się z osiągnięciem zysku może tak być), lecz funkcją działalności polegającej na realizacji danego zadania/zadań państwa. W tym miejscu należy poczynić zastrzeżenie, że każde rozstrzygnięcie dotyczące bezpośrednio obywatela stanowi realizację zadania i oznacza po prostu prywatyzację *sensu largo*, jeśli realizuje takie zadanie podmiot prywatny – wówczas nie mówimy o outsourcingu.

O tym, że można posłużyć się pojęciem outsourcingu w odniesieniu do tego rodzaju sytuacji, przemawiają również poglądy wyrażane w opracowaniach amerykańskich dotyczących prywatyzacji zadań państwa, w których wyróżnia się prywatyzację i outsourcing²⁵.

cyjną”. Podobnie istotę outsourcingu, choć w odniesieniu do funkcji personalnej, określa M.F. Cook, *Outsourcing funkcji personalnej*, Kraków 2003, s. 21. Zdaniem autorki istota outsourcingu funkcji personalnej polega „na zleceniu niezależnym dostawcom zewnętrznym bądź specjalistycznym firmom zajmującym się świadczeniem usług lub sprzedażą na zasadzie stałej współpracy wykonywania zadań z zakresu funkcji personalnej, które zwykle są realizowane przez pracowników przedsiębiorstwa”.

²³ M. Trocki, op. cit., s. 15.

²⁴ Ibidem, s. 16 za: L. Krzyżanowski, *Podstawy nauki zarządzania*, Warszawa 1985, s. 189.

²⁵ Tak D.C. Kidwell, *Public War, Private Fight, The United States and Private Military Companies*, Global War on Terrorism Occasional Papers 12, Fort Leavenworth, Kansas 2005.

Outsourcing a prywatyzacja zadań państwa

Jak zostało wykazane powyżej, w zakresie pojęcia prywatyzacji zadań państwa zaproponowanego przez S. Biernata występują odrębności, których nie da się przypisać do prywatyzacji *sensu stricto*, ani *sensu largo*. Mając również na względzie definicję tego pojęcia, należy odpowiedzieć na pytanie, jaka relacja występuje pomiędzy prywatyzacją *sensu stricto* i *sensu largo* a outsourcingiem.

W pierwszej kolejności należy zadać sobie pytanie, czy w przypadku outsourcingu w ogóle można mówić o prywatyzacji. Odpowiedź na to pytanie wydaje się twierdząca – chociaż formalnie zadanie państwa nie jest wykonywane przez podmiot prywatny, to z drugiej strony nie można powiedzieć, że państwo realizuje je samodzielnie – mamy do czynienia z odstępieniem od realizacji części zadania przez państwo na rzecz podmiotu prywatnego. Zdaniem autora to właśnie przesądza o tym, że jest to przejaw szeroko rozumianej prywatyzacji.

Kolejno należy zadać pytania o wzajemne relacje między prywatyzacją *sensu largo*, prywatyzacją *sensu stricto* a outsourcingiem. W odniesieniu do wzajemnego stosunku prywatyzacji *sensu stricto* i outsourcingu należy stwierdzić, że zachodzi stosunek wykluczania się – w sytuacji, gdy państwo całkowicie wycofało się z danego obszaru działalności, nie może zajść sytuacja, w której realizuje zadania w tej dziedzinie i korzysta przy tym z podmiotów prywatnych.

Sytuacja jest bardziej złożona w przypadku relacji między prywatyzacją *sensu largo* a outsourcingiem, skoro bowiem jest to przejaw prywatyzacji, zasadne wydaje się pytanie dlaczego nie można outsourcingu zaliczyć do kategorii prywatyzacji *sensu largo*. Zdaniem autora nie jest to możliwe z uwagi na istotę outsourcingu – podmiot prywatny w takiej sytuacji nie realizuje zadania, a jedynie poszczególne funkcje, które są niezbędne do zrealizowania tego zadania przez podmiot realizujący zadania państwa. W przeciwieństwie do prywatyzacji *sensu largo*, nie jest tak, że państwo jest jedynie organizatorem oraz odpowiada za realizację zadania. W przypadku outsourcingu państwo realizuje dane zadanie, a jedynie poszczególne funkcje składające się na realizację tego zadania są zlecane podmiotowi prywatnemu.

Należy przy tym zauważyć, że może zaistnieć sytuacja, w której podmiot prywatny realizujący zadanie państwa w ramach prywatyzacji *sensu largo* może pewne funkcje zlecić innemu podmiotowi prywatnemu, tym samym dwie instytucje zostaną wykorzystane równolegle, ich zadania nie będą jednak polegały na tym samym. Antycypując zarzut, że nie jest outsourcing odrębnym pojęciem w stosunku do prywatyzacji *sensu largo*, należy podkreślić, że choć może zdarzyć się, że zjawiska te wystąpią jednocześnie, to zakresy tych pojęć nie pokrywają się. Wynika to po części stąd, że w przypadku realizacji zadania państwa przez podmiot prywatny z wykorzystaniem outsourcingu nie będzie to outsourcing polegający na zleceniu

funkcji działalności administracyjnej państwa, lecz outsourcing klasyczny funkcji działalności gospodarczej podmiotu prywatnego, która po prostu polega na wykonywaniu zadania państwa.

Podsumowując, outsourcing należy uznać za odrębny od prywatyzacji *sensu largo*, tak jak została przedstawiona w typologii zaproponowanej przez S. Biernata. Powstaje pytanie, w jaki sposób należy tą typologię uzupełnić, aby uwzględniła tego rodzaju zjawisko. Czy outsourcing można uznać za szczególny przypadek prywatyzacji *sensu largo*, czy też w ogóle za kolejny typ prywatyzacji obok prywatyzacji *sensu stricto* i *sensu largo*.

Zdaniem autora ze względów, o których była mowa powyżej przy analizie relacji między outsourcingiem a prywatyzacją *sensu largo*, outsourcingu nie można uznać za szczególny rodzaj prywatyzacji *sensu largo*, przede wszystkim dlatego, że zadanie formalnie dalej realizuje podmiot odpowiedzialny za zadania publiczne, a nie podmiot wykonujący umowę outsourcingu. Stąd słuszniejsze wydaje się uznanie outsourcingu za trzeci rodzaj prywatyzacji, która zakłada, że państwo realizuje dane zadanie, lecz nie samodzielnie, poszczególne funkcje składające się na to zadanie są realizowane przez podmiot prywatny.

Wnioski

Podsumowując, zdaniem autora zasadne jest uzupełnienie klasycznej typologii rodzajów prywatyzacji zadań państwa zaproponowanego przez S. Biernata o pojęcie outsourcingu. W praktyce obrotu pojawiło się bowiem zjawisko, które nie pasuje do prywatyzacji *sensu stricto* ani do prywatyzacji *sensu largo*, wymyka się zatem wspomnianej klasycznej typologii, jednak mieści się w samej definicji prywatyzacji – następuje bowiem częściowe odstępianie od realizacji zadania państwa na rzecz podmiotu prywatnego. Polega na prywatyzacji realizowanych przez państwo funkcji, tym samym zakłada niesamodzielną realizację zadań przez państwo. Uzupełnienie takie nie jest sprzeczne z założeniami, na których powstała wspomniana klasyczna typologia prywatyzacji rodzajów zadań państwa, a jednocześnie umożliwia jej dostosowanie do definicji prywatyzacji zadań państwa, z której się wywodzi, z uwzględnieniem jej form, z jakimi można się spotkać w rzeczywistości.

Bibliografia

- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994.
Cook M.F., *Outsourcing funkcji personalnej*, Kraków 2003.

- Czapska J., *Bezpieczeństwo a samopomoc obywatelska*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2001, 7–8 (11–12).
- Gay C.L., Essinger J., *Outsourcing strategiczny*, Kraków 2002.
- Hoff W., *Granice prywatyzacji zadań i kompetencji władz publicznych*, „Krytyka Prawa” 2012, 4(1).
- Kidwell D.C., *Public War, Private Fight, The United States and Private Military Companies*, Global War on Terrorism Occasional Papers 12, Fort Leavenworth, Kansas 2005.
- Kisała M., *Planowanie strategiczne a prywatyzacja zadań publicznych*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2006, numer specjalny.
- Kisała M., *Rola prywatyzacji zadań publicznych w kształtowaniu przez gminę konkurencyjności na rynku usług komunalnych*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, 3.
- Lis W., *Prywatyzacja zadań publicznych w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego*, [w:] W. Lis (red.), *Współczesne zagrożenia bezpieczeństwa państwa*, Lublin 2015.
- Matuszewski J., *Wolności obywatela a prywatyzacja zadań publicznych państwa*, „Krytyka Prawa” 2012, 4(1).
- Trocki M., *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001.
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.