

UDOSTĘPNIANIE PRZEZ PARTNERA PRYWATNEGO INFORMACJI PUBLICZNEJ O REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘCIA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

MACIEJ DOBIESZEWSKI*

WSTĘP

Podmioty prywatne są zobowiązane do udostępniania informacji publicznej, jeśli wykonują zadania publiczne. Jednym z takich podmiotów będzie partner prywatny realizujący we współpracy z podmiotem publicznym przedsięwzięcie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP). Specyfika takiego przedsięwzięcia polega na tym, że do udostępniania informacji publicznej w ramach tego samego, wspólnie realizowanego projektu będą obowiązane dwa podmioty charakteryzujące się odmienną naturą i reprezentujące różne sektory gospodarki. Podmioty te posiadają przy tym niejednakowy poziom informacji o różnych aspektach wykonywanego zadania (asymetria informacji), mogą ją w inny sposób przetwarzać i interpretować. Na tym tle pojawiają się zagadnienia dotyczące faktycznych i prawnych podobieństw i różnic w sytuacji partnerów w kontekście udostępniania informacji publicznej. W niniejszym opracowaniu analizie poddano kwestie zakresu informacji udzielanej przez każdego z partnerów, konsekwencje potencjalnie niejednolitego podejścia partnerów do interpretacji przesłanek ograniczenia czy odmowy udostępniania informacji publicznej oraz potencjału regulacji dotyczących udostępniania informacji publicznej dla ograniczania asymetrii informacji i jej niepożądanych dla efektywności przedsięwzięcia PPP skutków. Od strony metodologicznej, poza podstawową dla nauk prawnych metodą formalno-dogmatyczną, wykorzystano elementy ekonomicznej analizy prawa, polegające na zastosowaniu do opisu i analizy instytucji prawnych konstrukcji wypracowanych w ramach ekonomicznej teorii kontraktu.

* uczestnik seminarium doktoranckiego nauk prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego, e-mail: maciejdobieszewski@gmail.com, ORCID: 0009-0004-0853-6405

NATURA I CECHY SZCZEGÓLNE PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

Pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) w języku potocznym i publicznie bywa rozumiane bardzo szeroko, jako ogólna idea współpracy sektora publicznego i prywatnego, odnosząca się do bardzo zróżnicowanych jej form. Natomiast w polityce publicznej, prawie i ekonomii PPP utożsamia się z pewnym konkretnym modelem takiej współpracy, który można określić jako porozumienie pomiędzy podmiotami sektora publicznego i prywatnego, obejmujące wykonywanie zadań publicznych i wyróżniające się następującymi cechami:

- 1) łączeniem faz projektu,
- 2) finansowaniem prywatnym,
- 3) długoterminowym kontraktowaniem,
- 4) transferem ryzyka¹.

W podobny sposób partnerstwo publiczno-prywatne definiowane jest na gruncie polskiego prawa. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym² (dalej: ustawa o PPP), PPP „polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym”, przy czym „przedsięwzięcie” oznacza:

- a) budowę lub remont obiektu budowlanego,
- b) świadczenie usług,
- c) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność,
- d) inne świadczenie niż wymienione powyżej
– połączone z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Od wejścia w życie ustawy o PPP, tj. od początku 2009 r. do końca 2022 r., w Polsce zawarto 174 umów o PPP o łącznej wartości ok. 8,9 mld zł³. Wśród realizowanych projektów znajdują się zarówno niewielkie transakcje z obszaru efektywności energetycznej, infrastruktury sportowej, czy gospodarki wodno-kanalizacyjnej, jak i – szczególnie interesujące z punktu widzenia niniejszego opracowania – złożone przedsięwzięcia o wartości kilkuset milionów złotych, takie jak: budowa i utrzymanie linii tramwajowej Krakowskiego Szybkiego Tramwaju (etap IV), budowa elektrociepłowni w Olsztynie, czy budowa szpitala w Żywcu.

Dla natury PPP kluczowe, konstrukcyjne znaczenie ma ostatni element definicji przedsięwzięcia z ustawy o PPP, tzn. „eksploatacja, utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym, który jest przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego lub z nim związanym”⁴. Cechą konstytutywną PPP jest łączenie faz

¹ E. Iossa, *Hearing on public-private partnership*, OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 16 June 2014, DAF/COMP/WP2/WD(2014)1.

² T.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 30.

³ *Raport rynku PPP 2009–2022*, Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej Departament Partnerstwa Publiczno-Prywatnego [online:] www.ppp.gov.pl [dostęp: 15.05.2023].

⁴ Por. M. Bejm (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2014.

przedsięwzięcia – wymienia się m.in. fazy projektowania, konstrukcji, finansowania, zarządzania, utrzymania infrastruktury, ale za najbardziej podstawowy i najlepiej oddający istotę partnerstwa należy uznać podział na fazę konstrukcji (inwestycji) i eksploatacji (zarządzania). Jeśli dany projekt kończy się na fazie konstrukcji, to zwykle będziemy mieć do czynienia z klasycznym zamówieniem publicznym.

Drugi kluczowy aspekt partnerstwa publiczno-prywatnego to „wspólna” realizacja przedsięwzięcia. Na ten element zwracali uwagę projektodawcy ustawy o PPP na etapie prac legislacyjnych, podkreślając w uzasadnieniu projektu ustawy⁵, że „ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym dotyczy złożonych, silnych związków podmiotu publicznego i partnera prywatnego – rzeczywistego wspólnego wykonywania zadania. Ustawa – Prawo zamówień publicznych oraz projektowana ustawa o koncesjach na roboty budowlane i usługi, to regulacje służące zawieraniu dużo prostszych umów, w których w zamian za określone świadczenia sektor publiczny wypłaca określone wynagrodzenie (zamówienie publiczne) lub upoważnia do pobierania pożytków (koncesja)”.

Te dwie kwestie – wyraźnie zaznaczona faza eksploatacji czy zarządzania (trwająca często kilkanaście, a nawet kilkadziesiąt lat) oraz fakt wspólnej realizacji przedsięwzięcia są najbardziej interesujące z perspektywy dalszych rozważań dotyczących udostępniania informacji publicznej. Na tym tle możemy mówić o szczególnej specyfice formuły PPP, która wyraża się istnieniem w ramach jednego przedsięwzięcia dwóch (czasem więcej) podmiotów, które są jednocześnie objęte obowiązkami określonymi w przepisach o udostępnieniu informacji publicznej, ale których sytuacja faktyczna i prawna może być w tym kontekście nieidentyczna.

Należy zaznaczyć, że w prawodawstwie unijnym nie istnieje specjalny reżim prawny dotyczący PPP; nie jest ono traktowane jako odrębny instrument, a jako szczególny rodzaj zamówienia publicznego lub koncesji, i podlega wspólnotowym regulacjom dotyczącym tych właśnie instytucji. W prawie polskim ta relacja nie jest tak jednoznaczna, jednak problematyka rozróżnienia pomiędzy PPP a zamówieniem publicznym czy koncesją na roboty budowlane lub usługi wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Podkreślenia wymaga natomiast, że do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosować się będzie, zgodnie z art. 4 ustawy o PPP, przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁶ (dalej: ustawa PZP) lub ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷, co oznacza, że przepisy tych ustaw w szerokim zakresie znajdują zastosowanie do PPP, a co za tym idzie – są istotne dla dalszych rozważań.

⁵ Druk sejmowy nr 1180 [online:] <https://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/1180.htm> [dostęp: 15.05.2023].

⁶ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710.

⁷ T.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 140.

ASYMETRIA INFORMACJI W PPP

Asymetria informacji określana jest jako sytuacja, w której strony transakcji/ umowy posiadają różny poziom informacji⁸. Stanowi ona jeden z najważniejszych elementów ekonomicznej teorii kontraktu, a za badania nad różnymi jej aspektami i przejawami Nagrodą Nobla w dziedzinie ekonomii zostali uhonorowani James A. Mireels i William S. Vickrey w 1996 r. oraz George A. Akerlof, Andrew Spence and Joseph E. Stiglitz w 2001 r. Asymetria informacji jest najlepiej obserwowana na gruncie modelu pryncypał – agent i objawia się tym, że agent (którym może być przykładowo zleceniobiorca, wykonawca, pracownik) jest lepiej poinformowany co do swych umiejętności, zasobów, a w konsekwencji – przebiegu przedsięwzięcia, niż pryncypał (zleceniodawca, zamawiający, pracodawca). Strona lepiej poinformowana na różne sposoby korzysta z tego przywileju i stara się swą przewagą informacyjną utrzymać lub powiększyć⁹. Taka sytuacja prowadzi do różnych niekorzystnych z perspektywy ekonomicznej efektywności transakcji zjawisk, do których zalicza się przede wszystkim pokusę nadużycia (*moral hazard*), polegającą na tym, że agent wykorzystuje przewagę informacyjną do podejmowania działań w interesie własnym, a sprzecznych z interesem pryncypała, czy selekcji negatywnej (jedna ze stron umowy, wykorzystując asymetrię informacji, celowo ukrywa przed drugą stroną pewne informacje na swój temat, np. dotyczące swej kompetencji, doświadczenia, sytuacji finansowej, aby poprawić swoją pozycję kontraktową).

Przedsięwzięcie PPP wpisuje się doskonale w model pryncypał – agent. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że sektor prywatny znajduje się zwykle w korzystniejszej pozycji niż publiczny z uwagi na doświadczenie w realizacji różnych projektów inwestycyjnych, w różnych układach organizacyjnych, lepszą świadomość ryzyka i umiejętność nim zarządzania¹⁰. PPP jest zresztą zasadniczo realizowane właśnie ze względu na tę przewagę podmiotu prywatnego – główną motywacją rozwijania tej formuły wykonywania zadań publicznych są, poza oszczędnościami dla finansów publicznych, wykorzystanie efektywności i *know-how* sektora prywatnego w obszarze usług czy zadań publicznych¹¹. Warto tu też przywołać art. 3 poprzedniczki polskiej ustawy o PPP¹², w którym jednoznacznie wskazano, że „partnerstwo publiczno-prywatne może stanowić sposób realizacji przedsięwzięcia, jeżeli przynosi to korzyści dla interesu publicznego przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów realizacji tego przedsięwzięcia. Korzyścią dla interesu publicznego jest w szczególności oszczędność w wydatkach podmiotu publicznego, podniesienie standardu świadczonych usług

⁸ Por. D. Cendrowicz, A. Chrisidu-Budnik (red.), *Asymmetric Information in Public Administration*, Warszawa 2022; G.A. Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, "The Quarterly Journal of Economics" 1978, nr 3(84).

⁹ Por. A. Chrisidu-Budnik, *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019, s. 43–45.

¹⁰ M.C. Jensen, *A theory of the firm: governance, residual claims, and organizational forms*, Harvard University Press 2003.

¹¹ Por. R. Albertus, *The impact of information asymmetry on public-private partnership contracts: Theoretical approaches*, "African Journal of Business Management" 2019, nr 13(17).

¹² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2005 r. Nr 169 poz. 1420).

lub obniżenie uciążliwości dla otoczenia”. W obecnej ustawie z podobnej dyrektywy – w związku z tendencją do odbiurokratyzowania instytucji PPP oraz likwidowania barier dla jego rozwoju – zrezygnowano, ale jako ogólna wytyczna wydaje się ona zachowywać uniwersalną aktualność.

Problem asymetrii informacji jest w przypadku PPP szczególnie mocno obecny, zwłaszcza przy trudniejszych, wyrafinowanych projektach, a ze zdwojoną intensywnością będzie przejawiał się w fazie eksploatacji. Asymetria informacji jest bowiem największa w kontraktach o wysokim poziomie złożoności, wartości, innowacyjności i czasie trwania, pozostając stosunkowo niską przy prostych, standardowych transakcjach, gdzie pryncypał posiada duże doświadczenie¹³. Dodatkowo partnerzy w PPP mogą być w różnym stopniu zaangażowani w realizację projektu na różnych jego etapach (w praktyce w fazie eksploatacji ciężar realizacyjny jest w głównej mierze po stronie partnera prywatnego). Oznacza to, że podmioty realizujące wspólnie przedsięwzięcie będą często dysponowały różnym poziomem informacji publicznej.

Na tym tle pojawiają się wyzwania prawne, które zostaną omówione poniżej, ale też kwestia specyficznej roli, jaką mogą odgrywać przepisy o dostępie do informacji publicznej. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że uregulowania instytucjonalne (w tym zwłaszcza systemy informacyjne) mogą być jednym z ważnych czynników przełamania asymetrii informacyjnej, a co za tym idzie – redukcji jej niekorzystnych konsekwencji¹⁴.

ZAKRES INFORMACJI PUBLICZNEJ UDZIELANEJ PRZEZ PARTNERA PRYWATNEGO

Obowiązek udostępniania informacji publicznej przez podmioty prywatne wynika bezpośrednio z art. 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁵ (dalej: u.d.i.p.), który stanowi, że obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne. Artykuł 4 wymienia też w pkt 1–5 przykładowe kategorie podmiotów objętych tym obowiązkiem, wśród których z perspektywy niniejszego opracowania szczególną uwagę należy zwrócić na „podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym”.

W piśmiennictwie podkreśla się, że otwarty charakter wyliczenia zawartego w art. 4 ust. 1 pkt 1–5 u.d.i.p. wskazuje, iż elementem decydującym o tym, że określony podmiot ma obowiązek udostępnienia informacji publicznej, jest wykonywanie przez ten podmiot zadań publicznych¹⁶. Przesłanka dysponowania

¹³ Por. K. Horubski, *The Problem of Information Asymmetry in Awarding Public Contracts* [w:] D. Cendrowicz, A. Chrisidu-Budnik (red.), *Asymmetric Information in Public Administration*, Warszawa 2022.

¹⁴ Por. G. Clarkson, T.E. Jacobsen, A.L. Batcheller, *Information asymmetry and information sharing*, „Government Information Quarterly” 2007, nr 24.

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902.

¹⁶ M. Rypina, *Udostępnianie informacji publicznej przez podmioty prywatne*, Warszawa 2022, s. 92.

majątkiem publicznym, zasygnalizowana w odniesieniu do niektórych podmiotów w art. 4 ust. 1 pkt 5, mieści się w zakresie szerszego pojęcia wykonywania zadań publicznych i nie ma samodzielnego charakteru, ponieważ dysponowanie majątkiem publicznym służy generalnie wykonywaniu zadań publicznych. Przekazanie majątku publicznego podmiotowi prywatnemu w celu innym niż realizacja przez ten podmiot prywatny zadań publicznych przerywa związek majątku z jego publicznym charakterem¹⁷.

Podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne są obowiązane do udostępnienia informacji publicznej tylko wtedy, gdy informacja ma związek z wykonywaniem zadania publicznego. Jeśli informacja nie dotyczy wykonywanych przezeń zadań publicznych, to w tym zakresie określony podmiot nie występuje w roli podmiotu zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej¹⁸. Aspekt podmiotowy nie może być więc badany w oderwaniu od przesłanki przedmiotowej.

Przesłanka „wykonywania zadań publicznych” będzie więc decydująca dla oceny, czy i w jakim zakresie partner prywatny będzie zobowiązany do udzielenia informacji publicznej. Kwestia nie jest oczywista. Pojęcie „zadanie publiczne” należy do najtrudniejszych kategorii w nauce prawa administracyjnego¹⁹. Zadania publiczne są w doktrynie najogólniej ujmowane jako te, które służą zaspokajaniu potrzeb zbiorowych i leżą w interesie ogólnospołecznym, przy czym wskazuje się, że kategoria ta wymyka się jednoznacznym definicjom²⁰. Z perspektywy PPP szczególne znaczenie ma kwestia samego transferu zadań do podmiotu prywatnego. W tym zakresie na aprobatę zasługuje pogląd, że samo przekazanie podmiotom niepublicznym wykonywania zadań publicznych (zwane niekiedy „prywatyzacją zadań publicznych”) nie sprawia, że charakter tych zadań ulega zmianie. Tylko wówczas, gdy państwo (podmioty publiczne) całkowicie rezygnuje z zajmowania się niektórymi sprawami i z odpowiedzialności za ich wykonanie, zadania te tracą charakter publiczny (następuje „depublicyzacja” takich zadań)²¹. O takiej rezygnacji nie może być mowy w przypadku PPP, które – jak wskazano wyżej – cechuje wspólna realizacja i współodpowiedzialność za przedsięwzięcie. Współodpowiedzialność jest przy tym skierowana względem strony trzeciej, tzn. odbiorcy zadania czy świadczenia, i w tym miejscu możemy uchwycić kolejną linię demarkacyjną między PPP a np. zamówieniem publicznym, gdzie nie dochodzi do przekazania odpowiedzialności względem ostatecznego odbiorcy (wykonawca jest odpowiedzialny w zasadzie tylko wobec zamawiającego), więc trudno mówić o przekazaniu zadania publicznego.

Ustawa o PPP nie posługuje się pojęciem „zadanie publiczne”, w przeciwieństwie do swej poprzedniczki z 2005 r. W uzasadnieniu projektu wyrażono pogląd, że „pojęcie zadania publicznego bez dookreślenia, o jakie zadanie chodzi, może

¹⁷ *Ibidem*, s. 110.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 27 lipca 2017 r., I OSK 2917/15.

¹⁹ Por. R. Stasikowski, *O pojęciu zadań publicznych (studium z zakresu nauki administracji i nauki prawa administracyjnego)*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7–8.

²⁰ Por. M. Rypina, *Udostępnianie informacji...*, *op. cit.*, s. 95.

²¹ Por. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994.

być źródłem niepotrzebnych trudności w stosowaniu ustawy”, ale także, że „zrezygnowano z ograniczenia partnerstwa do wykonywania wyłącznie zadań publicznych”. W literaturze przedmiotu dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego z rezerwą podchodzi się do tej koncepcji. M. Bejm w swym *Komentarzu do ustawy o PPP* wskazuje, że partnerstwo publiczno-prywatne będzie mogło służyć realizacji przedsięwzięć, których celu nie będzie musiało stanowić wykonywanie zadań publicznych (własnych) podmiotu publicznego²². Jednocześnie autor ten przyznaje, że przeciwnego zdania wydaje się być M. Kania²³, a z kolei A. Panasiuk podnosi, że ze względu na charakter podmiotów publicznych przedmiotem partnerstwa najczęściej będzie i tak wykonywanie zadań publicznych²⁴.

Nie przesadzając o tym, czy można, nawet czysto teoretycznie, wyobrazić sobie, że w ramach PPP będą wykonywane zadania inne niż publiczne, wydaje się, że ocena możliwości zaistnienia takiej sytuacji powinna być dokonywana z zastrzeżeniem absolutnie wyjątkowego jej charakteru i zawsze na podstawie wnikliwej analizy konkretnego przypadku.

W tym miejscu należy pochylić się nad problematyką relacji pomiędzy zakresami informacji publicznej udzielanej przez partnera prywatnego i przez podmiot publiczny, dotyczącej w końcu tego samego przedsięwzięcia.

Trudno byłoby przyjąć, że ta sama informacja mogłaby mieć różny status z punktu widzenia przepisów u.d.i.p. w odniesieniu do podmiotu publicznego i partnera prywatnego. Nawet gdyby dało się na gruncie konkretnych spraw bronić takiego stanowiska, to prowadziłyby to do wniosków trudnych do przyjęcia z punktu widzenia systemowego, aksjologicznego i szeroko rozumianej efektywności prawa (oznaczałoby to, że wnioskodawca może daną informację uzyskać w zależności od tego, do którego z podmiotów złoży wniosek).

Problem dotyczy innego aspektu, tzn. że podmioty realizujące wspólne przedsięwzięcie mają w pewnym stopniu różne informacje na temat jego przebiegu, różny sposób i możliwości ich przetwarzania, różną ich interpretację. Taka sytuacja jest konsekwencją i przejawem omówionej wcześniej asymetrii informacji. Podmiot publiczny posiada możliwości ograniczenia tej asymetrii, m.in. możliwość bieżącej kontroli wykonywania zadań realizowanych w ramach partnerstwa (art. 8 ustawy o PPP). Niezależnie od tego nieuniknione wydają się jednak sytuacje, w których jeden z podmiotów nie będzie w stanie udzielić danej informacji albo będzie mógł ją udzielić w zakresie innym niż drugi. Przepis art. 4 ust. 3 u.d.i.p. stanowi, że „obowiązane do udostępniania informacji publicznej są podmioty, o których mowa w ust. 1 i 2, będące w posiadaniu takich informacji”. Szczególne znaczenie będzie miała informacja przetworzona, której wytworzenie wymaga przeprowadzenia przez podmiot zobowiązany pewnych czynności analitycznych, organizacyjnych i intelektualnych, a co za tym idzie – interpretacji i oceny²⁵.

²² Por. M. Bejm (red.), *Ustawa o partnerstwie... , op. cit.*

²³ M. Kania, P. Marquardt, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r.*, Toruń 2010.

²⁴ A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009.

²⁵ Por. wyrok NSA z dnia 30 września 2015 r., I OSK 1746/14.

Wydaje się, że możliwe jest tu dwojake podejście do wyzwań, jakie niosą za sobą opisane okoliczności. Pierwsze, które można nazwać „idealistycznym”, zakładałoby, że partnerzy współpracują ze sobą i wspierają się w udzielaniu informacji publicznej, wymieniając się informacjami, wzajemnie je weryfikując itd.²⁶ Pozornie taka praktyka wydaje się pożądana dla relacji stron umowy o PPP i korzystna z perspektywy wnioskodawcy ubiegającego się o dostęp do informacji. Jednak przy drugim podejściu, nazwijmy je „realistycznym”, dostrzeżemy istnienie różnych napięć, sprzecznych interesów, czy odmiennych ocen, nieuniknionych w relacji umownej (relacji pryncypał – agent). Przyjmując takie stanowisko, należałoby pozwolić podmiotom udzielać informacji odrębnie, a wnioskodawcom dochodzić jej odrębnie od każdej ze stron. To pozwoliłoby na poznanie różnych punktów widzenia, różnych interpretacji, wyrobienie sobie bardziej zniuansowanego poglądu o przedsięwzięciu, co generalnie powinno zwiększać efektywność kontroli obywatelskiej i jawność życia publicznego, które są jednymi z aksjologicznych fundamentów przepisów o dostępie do informacji publicznej. W każdym razie – przyjąwszy zarówno pierwsze, jak i drugie podejście – obowiązek udostępniania informacji publicznej wydaje się być wartościowym instrumentem ograniczenia asymetrii informacji.

OGRANICZENIA DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ – KONSEKWENCJE MOŻLIWYCH RÓŻNIC W PODEJŚCIU PARTNERA PRYWATNEGO I PODMIOTU PUBLICZNEGO

Ograniczenia dostępu do informacji publicznej określone są w art. 5 u.d.i.p. i obejmują przede wszystkim przesłanki ochrony informacji niejawnych, prywatność osoby fizycznej, tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie nie wydaje się, aby w przypadku partnera prywatnego można było mówić o istnieniu jakichś istotnych odrębności w stosunku do innych podmiotów obowiązanych do udzielania informacji publicznej (w tym innych podmiotów prywatnych udzielających jej z uwagi na wykonywanie zadań publicznych).

Znaczenie mogą mieć natomiast różnice w podejściu do tych kwestii na poziomie stosowania prawa. Ograniczenia wymienione wyżej są najczęstszą przyczyną umorzenia postępowania w sprawie udzielenia informacji, a przede wszystkim – odmowy udzielenia informacji publicznej. W dużej mierze to na tle ich interpretacji występują różnego rodzaju spory administracyjne i sądowe z obszaru dostępu do informacji publicznej. Oznacza to, że w podobnych, często identycznych merytorycznie kwestiach (np. wniosek takiej samej treści skierowany równoległe do

²⁶ Niejako na marginesie można zadać pytanie, czy strony mogą kwestie udostępniania informacji publicznej uczynić przedmiotem umowy między nimi (np. że obowiązek ten będzie spoczywał na jednej z nich). Wydaje się, że o ile na poziomie wewnętrznej relacji nie ma ku temu jakichś zasadniczych przeszkód, o tyle taka umowa może wiązać jedynie jej strony (w zakresie np. współpracy, udostępniania informacji, konsultowania odpowiedzi na wnioski), natomiast nie powinna mieć znaczenia dla podmiotu wnioskującego o informację publiczną. Inne podejście prowadziłoby do trudnego do zaakceptowania wniosku, że umową można modyfikować bezwzględnie obowiązujące przepisy u.d.i.p.

podmiotu publicznego i partnera prywatnego) mogą toczyć się odrębne postępowania odwoławcze (na podstawie art. 17 u.d.i.p.) czy sądowe (na podstawie art. 21 i 23 u.d.i.p.). W takich postępowaniach mogą siłą rzeczy zapadać odmienne decyzje lub orzeczenia.

Zilustrować można to na przykładzie ograniczenia dostępu do informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, szczególnie istotnej z perspektywy partnera prywatnego, którym, zgodnie z ustawą o PPP, może być tylko przedsiębiorca. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy PZP, który znajduje zastosowanie do wielu postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁷, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ochrona ta jest przy tym nieograniczona w czasie, co oznacza, że trwa pomimo zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (a więc *per analogiam* – w fazie eksploatacji przedsięwzięcia PPP)²⁸. W toku realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego mogą zostać skierowane zarówno do podmiotu publicznego, jak i do partnera prywatnego wnioski o pozyskanie tak zastrzeżonej informacji. Generalnie, interpretacja tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być w obydwu przypadkach taka sama. Ale praktyka może być różna – podmiot publiczny i prywatny mogą inaczej (jeden wężiej, drugi szerzej) zinterpretować tajemnicę przedsiębiorstwa. Odmierna interpretacja może pojawić się również na dalszych etapach – w postępowaniu odwoławczym i sądowym (przed sądem administracyjnym czy karnym). Każda ze spraw będzie przecież traktowana odrębnie i rozpatrywana indywidualnie przy uwzględnieniu szeregu przesłanek. W zakresie postępowania administracyjnego mamy przy tym do czynienia z odmiennymi środkami odwoławczymi. Od decyzji podmiotu publicznego będzie zwykle przysługiwało odwołanie do organu ustalonego zgodnie z ogólnymi przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego oraz przepisami ustaw szczególnych regulujących ustrój danych organów i wskazujących organy wyższego stopnia²⁹. W przypadku zaś wydania decyzji przez partnera prywatnego, zgodnie z art. 17 ust. 2 u.d.i.p., wnioskodawcy przysługiwać będzie zasadniczo mniej korzystny, niedewolutywny środek odwoławczy w postaci wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Na decyzje organu odwoławczego czy sądu mogą mieć wpływ różne czynniki, np. kwestia nadużycia prawa dostępu do informacji. W piśmiennictwie, nie bez pewnej racji, podnosi się, że konstrukcja nadużycia prawa dostępu do informacji publicznej może znaleźć szersze zastosowanie w odniesieniu do podmiotów prywatnych obowiązanych do udostępniania informacji publicznej³⁰.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233.

²⁸ B. Kotowicz, *Dostęp do informacji publicznej w prawie zamówień publicznych* [w:] P. Szustakiewicz (red.), *Dostęp do informacji publicznej*, Warszawa 2019.

²⁹ Por. M. Rypina, *Udostępnianie informacji...*, op. cit.

³⁰ Jak wskazuje M. Rypina, podmioty prywatne podlegają obowiązkowi wynikającemu z ustawy o dostępie do informacji publicznej w zakresie węższym niż organy władzy i ze swej natury nie są powołane do rozpatrywania wniosków podmiotów indywidualnych, w tym

W każdym razie trzeba mieć na uwadze okoliczność, że w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego mamy generalnie dwa podmioty³¹ realizujące to samo przedsięwzięcie. Oznacza to, że w praktyce możemy mieć odrębne postępowania, zarówno w ramach rozpatrywania wniosku o dostęp do informacji publicznej, jak i w ramach następującej po nim kontroli instancyjnej czy sądowej, a co za tym idzie – w konkretnych sprawach mogą na gruncie niemal tożsamyh stanów faktycznych zapadać różne rozstrzygnięcia.

PODSUMOWANIE

Podmiot prywatny realizujący przedsięwzięcie publiczno-prywatne w rozumieniu ustawy o PPP generalnie jest zobowiązany do udzielania informacji publicznej. Informacja, którą posiada i zdolności jej przetwarzania mogą być inne niż podmiotu publicznego, co wynika ze zjawiska asymetrii informacji. To oznacza, że pomiędzy informacją udostępnianą przez partnerów przedsięwzięcia PPP mogą istnieć różnice o charakterze zarówno ilościowym, jakościowym, jak i interpretacyjnym. Udostępnianie przez partnerów informacji następuje zasadniczo w odrębnych postępowaniach, co może potencjalnie skutkować odmiennymi interpretacjami, decyzjami czy orzeczeniami, nawet w bardzo zbliżonych czy wręcz tożsamyh sprawach. Powyższe okoliczności stanowią komplikacje, mogą wywoływać konfuzję, zwłaszcza po stronie podmiotów wnioskujących o dostęp do informacji publicznej. Wydaje się jednak, że ostatecznie ich efektem jest zwiększenie jawności życia publicznego, dzięki szerszym możliwościom pozyskiwania przez zewnętrznych interesariuszy (w tym instytucje społeczeństwa obywatelskiego) pełniejszej i wielowymiarowej informacji o realizowanych projektach PPP. Przyczyniają się również do wzmocnienia roli obowiązku udostępniania informacji publicznej jako instrumentu ograniczania asymetrii informacji i redukcji wynikających z niej, niekorzystnych dla szeroko rozumianej efektywności przedsięwzięcia, zjawisk kontraktowych.

BIBLIOGRAFIA

- Albertus R., *The impact of information asymmetry on public-private partnership contracts: Theoretical approaches*, "African Journal of Business Management" 2019, nr 13(17).
Bejm M. (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2014.

wniosków o udostępnienie informacji publicznej. Ryzyko utrudnienia pracy czy wręcz paraliżu takich podmiotów na skutek kierowania do nich szeregu wniosków, w tym np. inspirowanych przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną albo pozostających z nimi w prywatnym sporze, jest w tym przypadku dużo wyższe niż w przypadku organów administracji publicznej. Por. M. Rypina, *Udostępnianie informacji...*, *op. cit.*

³¹ W pewnych, wcale nierzadkich sytuacjach podmiotów może być więcej, np. gdy partner prywatny przybiera formę konsorcjum. To oczywiście dodatkowo komplikuje opisane wyżej problemy, ale raczej tylko w sensie ilościowym niż jakościowym, dlatego tego rodzaju sytuacje nie są w niniejszym opracowaniu poddawane odrębnej analizie.

- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994.
- Cendrowicz D., Chrisidu-Budnik A. (red.), *Asymmetric Information in Public Administration*, Warszawa 2022.
- Akerlof G.A., *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, "The Quarterly Journal of Economics" 1978, nr 3(84).
- Chrisidu-Budnik A., *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019.
- Clarkson G., Jacobsen T.E., Batcheller A.L., *Information asymmetry and information sharing*, "Government Information Quarterly" 2007, nr 24.
- Horubski K., *The Problem of Information Asymmetry in Awarding Public Contracts* [w:] D. Cendrowicz, A. Chrisidu-Budnik (red.), *Asymmetric Information in Public Administration*, Warszawa 2022.
- Iossa E., *Hearing on public-private partnership*, OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 16 June 2014, DAF/COMP/WP2/WD(2014)1.
- Jensen M.C., *A theory of the firm: governance, residual claims, and organizational forms*, Harvard University Press 2003.
- Kania M., Marquardt P., *Partnerstwo publiczno- prywatne. Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r.*, Toruń 2010.
- Kotowicz B., *Dostęp do informacji publicznej w prawie zamówień publicznych* [w:] P. Szustakiewicz (red.), *Dostęp do informacji publicznej*, Warszawa 2019.
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno- prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Raport rynku PPP 2009–2022*, Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej Departament Partnerstwa Publiczno- Prywatnego [online:] www.ppp.gov.pl.
- Rypina M., *Udostępnianie informacji publicznej przez podmioty prywatne*, Warszawa 2022.
- Stasikowski R., *O pojęciu zadań publicznych (studium z zakresu nauki administracji i nauki prawa administracyjnego)*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7–8.

UDOSTĘPNIANIE PRZEZ PARTNERA PRYWATNEGO INFORMACJI PUBLICZNEJ O REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘCIA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

Streszczenie

W opracowaniu analizie poddano kwestie obowiązku udostępniania informacji publicznej przez partnera prywatnego w zakresie realizacji we współpracy z podmiotem publicznym przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego (PPP) oraz kształtowania się na tym tle napięć, konfliktów i synergii między zasadami jawności, uczciwej konkurencji i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Specyfika PPP w tym kontekście polega na nieidentyczności faktycznej i prawnej sytuacji partnerów w ramach tego samego, wspólnego przedsięwzięcia. Głównym założeniem PPP i motywem stosowania tej formuły jest przekonanie o wyższej kompetencji i efektywności partnera prywatnego. W naturę PPP jest zatem wpisana asymetria informacji, polegająca na tym, że partner prywatny (agent, zleceniobiorca, wykonawca) posiada inny, zwykle większy, zasób informacji o realizacji przedsięwzięcia, a także wyższe umiejętności jej przetwarzania i interpretowania niż podmiot publiczny (zleceniodawca, zamawiający). W kontekście przepisów o dostępie do informacji publicznej oznacza to

konieczność rozważenia m.in. problemów: czy zakres informacji udzielanych przez partnerów będzie tożsamy; czy ta sama informacja będzie informacją publiczną w odniesieniu do każdego z partnerów; jakie będą konsekwencje potencjalnie niejednolitego podejścia partnerów do interpretacji przesłanek ograniczenia czy odmowy udostępniania informacji publicznej. Zagadnienia te wymagają szerszej eksploracji ze względu na niski poziom rozpoznania naukowego oraz istotne znaczenie tak teoretycznie, jak i praktyczne.

Słowa kluczowe: informacja publiczna, partnerstwo publiczno-prywatne, asymetria informacji

DISCLOSURE OF THE PUBLIC INFORMATION ON THE IMPLEMENTATION OF A PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) PROJECT BY THE PRIVATE PARTNER

Abstract

The paper discusses the issues of the obligation to disclose public information by the private partner's within the implementation of a public-private partnership (PPP) project in cooperation with the public entity and the tensions, conflicts and synergies between the principles of transparency, fair competition and protection of trade secrets. The peculiarity of PPP in this context lies in the non-identity of the factual and legal situation of the partners running together the same project. The main premise of PPPs and the motive for using this formula is the private partner superior competence and efficiency. Thus, the inherent feature of the nature of PPP is an asymmetry of information, manifested by the private partner's (agent's, contractor's) different, usually greater, resource of information about the implementation of the project, as well as a higher ability to process and interpret it, than that of the public entity (principal, contracting authority). In the context of the provisions on access to public information, this means the need to consider, among others, such issues as whether the scope of information provided by the partners is the same, whether the same information should always be considered public information with respect to each partner, what are the consequences of the partners' potentially inconsistent approach to interpreting the rationale for limiting or denying access to public information. These issues need to be explored more extensively due to the relatively low level of scientific recognition and their significant importance both theoretically and practically.

Keywords: public information, public private partnership (PPP), information asymmetry