

# **PAŃSTWO A GOSPODARKA**

## **Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych**

**Redakcja: Henryk Nowicki, Paweł Nowicki**

**TORUŃ 2014**

# **Prawne uwarunkowania realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego wynikające z ustawy o drogach publicznych**

## **1. Wprowadzenie**

Inwestycje w zakresie dróg publicznych mogą być realizowane w kilku trybach, uregulowanych w następujących ustawach: o drogach publicznych<sup>246</sup>, o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym<sup>247</sup>, Prawo zamówień publicznych<sup>248</sup>, o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>249</sup>, o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>250</sup> oraz o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia<sup>251</sup>. Nie każdy rodzaj drogi publicznej może jednak zostać wykonany w dowolnie wybranym modelu.

Wykonywanie inwestycji drogowych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego (w skrócie PPP) jest uwarunkowane nie tylko postanowieniami u.p.p.p., ale także regulacjami u.d.p., tworzącymi szczególny status prawny dróg publicznych w Polsce. Powyższe przepisy odnoszą się do własności dróg publicznych, możliwości

---

<sup>245</sup> Magister, doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UMK.

<sup>246</sup> Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. (t. jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 260 ze zm.), dalej jako u.d.p.

<sup>247</sup> Ustawa z dnia 27 października 1994 r. (t. jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 931 ze zm.), dalej jako u.a.p.

<sup>248</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. (t. jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej jako u.p.z.p.

<sup>249</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 ze zm.), dalej jako u.k.r.u.

<sup>250</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.), dalej jako u.p.p.p.

<sup>251</sup> Ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 23, poz. 136 ze zm.).

wprowadzania fiskalnych ograniczeń w poruszaniu się po nich, umożliwiają powierzenie partnerowi prywatnemu wykonywania części kompetencji zarządcy drogi publicznej, w tym pobierania opłat od użytkowników dróg publicznych, a także stanowią podstawę prawną przekazywania nieruchomości leżących w pasie drogowym, na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej. Celem niniejszego referatu jest zatem analiza przepisów u.d.p. wpływających na możliwość realizacji przedsięwzięć w zakresie dróg publicznych jako projektów PPP.

## 2. Pojęcie i istota PPP

Na wstępie należy podkreślić, że nie ma jednego bezspornego rozumienia PPP ani na gruncie polskiej, ani zagranicznej nauki prawa<sup>252</sup>. Na potrzeby niniejszych rozważań za kluczowe należy jednak uznać rozumienie przedmiotowego pojęcia przyjęte w polskiej ustawie p.p.p. Definicja normatywna PPP zawarta została w art. 1 ust. 2 u.p.p.p., zgodnie z którym przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Już w uzasadnieniu do projektu u.p.p.p. podkreślano, że „wraz z wejściem w życie ustawy termin partnerstwo publiczno-prywatne oderwie się od jego potocznego znaczenia, a będzie miał ściśle określoną treść prawną. Nie każda współpraca sektora prywatnego i sektora publicznego będzie partnerstwem publiczno-prywatnym w rozumieniu nowej ustawy. To jest bardzo ważna uwaga, bowiem w debacie publicznej pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego jest niekiedy używane w bardzo szerokim znaczeniu<sup>253</sup>”, zgodnie z którym jest nim

---

<sup>252</sup> Zob. M. Kania (w:) *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze. Tom 8b*, R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), Warszawa 2013, s. 565; K. Feldo, *VAT w partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2011, s. 149 i nast.

<sup>253</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Sejm RP VI kadencji, druk nr 1180, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/1180>, dostęp: 23.12.2013 r.

każda forma współdziałania podmiotu publicznego z prywatnym bez względu na podstawę prawną jej podjęcia<sup>254</sup>. Przedmiotową podstawę może stanowić np. ustawa o autostradach płatnych czy ustawa o gospodarce komunalnej<sup>255</sup>. Partnerstwo publiczno-prywatne *sensu stricto* odnosi się jednak wyłącznie do inwestycji wykonywanych na podstawie ustawy p.p.p.

Powyższa współpraca ma dużo bardziej złożony charakter niż w przypadku zamówień publicznych czy koncesji na roboty budowlane lub usługi, gdzie strona publiczna zamawia odpłatne wykonanie usług czy robót budowlanych przez podmiot zewnętrzny<sup>256</sup>. W przypadku zamówień publicznych wynagrodzeniem jest zapłata ceny. W przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi wynagrodzenie czerpane jest przez koncesjonariusza w całości bądź w części z przychodów pochodzących z eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usługi. Zamówienia publiczne oraz koncesje nie wymagają jednak wspólnej realizacji przedsięwzięcia i współdziałania w tym zakresie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą czy koncesjodawcą i koncesjonariuszem. Pomimo powyższych różnic, związki pomiędzy u.p.p.p. a u.p.z.p. czy u.k.r.u. są jednak bardzo duże, gdyż u.p.p.p. nie reguluje trybu wyboru partnera prywatnego i odsyła w tym zakresie właśnie do stosowania przepisów u.p.z.p. i u.k.r.u.

W ramach PPP współdziałanie podmiotu publicznego następuje w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego będącego składnikiem majątkowym. Zgodnie z art. 2 pkt 3 u.p.p.p. składnikiem majątkowym jest nieruchomości, część składowa nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, rzecz ruchoma oraz prawo majątkowe. Podkreśla się, że u.p.p.p. dała wyraźną podstawę prawną do angażowania majątku publicznego w przedsięwzięcia przeprowadzane

---

<sup>254</sup> Zob. *Partnerstwo publiczno-prywatne w samorządzie polskim na przykładzie regionów mazowieckiego i śląskiego*, E. Kornberger-Sokołowska (red.), Warszawa 2008, s. 9 i nast.; M. Kania (w:) *op. cit.*, s. 566-567.

<sup>255</sup> Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. (t. jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236).

<sup>256</sup> Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, *op. cit.*

wspólnie z partnerami prywatnymi<sup>257</sup>, co w przypadku dróg publicznych i nieruchomości pod te drogi jest kwestią zasadniczą.

Rozważając istotę PPP należy podkreślić, że formuła ta prezentuje szereg zalet i korzyści w porównaniu z tradycyjnymi formami realizacji inwestycji publicznych. Nie można jednak zapominać, że PPP ma także wady, które w konkretnych przypadkach spowodują, że partnerstwo nie będzie optymalnym sposobem przeprowadzenia projektu<sup>258</sup>. W związku z tym przed podjęciem decyzji o wykonywaniu przedsięwzięcia w omawianej formule zalecany jest szereg analiz. W literaturze wskazuje się, że poza analizą prawną zasadne może być dokonanie także następujących analiz: identyfikacji potrzeb podmiotu publicznego, finansowo-ekonomicznej projektu, technicznej czy ryzyk<sup>259</sup>. Referat niniejszy odnosi się wyłącznie do warunków prawnych realizacji inwestycji, nie porusza natomiast innych aspektów, w tym ekonomicznych. Na przykład, pomimo prawnej możliwości pobierania opłat za przejazd od użytkowników autostrady płatnej, która warunkuje koncesyjny tryb wykonania przedsięwzięcia, w konkretnej sytuacji przesłanki wdrożenia projektu mogą nie zaistnieć z uwagi na zbyt małe prognozy natężenia ruchu<sup>260</sup>.

### 3. Drogi publiczne jako przedsięwzięcia PPP

W literaturze podkreśla się, iż w celu ustalenia prawnych możliwości i warunków realizacji przedsięwzięcia w formule PPP konieczna jest analiza nie tylko ogólnych przepisów u.p.p.p., ale także przepisów szczególnych regulujących podejmowanie i wykonywa-

---

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> Zob. Komisja Europejska, *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Bruksela 2003, s. 2, [http://www.ppp.gov.pl/Poradnik\\_inwestora/AktyPrawne/Documents/Wytyczne\\_Komisji\\_PPP\\_190111.pdf](http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/AktyPrawne/Documents/Wytyczne_Komisji_PPP_190111.pdf), dostęp: 23.12.2013 r.; T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz praktyczny*, LEX, 2011, komentarz do art. 1.

<sup>259</sup> Zob. T. Skoczyński, *op. cit.*, komentarz do art. 4.

<sup>260</sup> Zob. E. Yescombe, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania*, Kraków 2008, s. 321.

nie inwestycji publicznych danego typu<sup>261</sup>. Wraz z wejściem w życie ustawy p.p.p. znowelizowano wiele innych ustaw, które tym samym dostosowano do nowej sytuacji prawnej. Z uwagi na temat niniejszego referatu kluczowe znaczenie dla omawianej materii posiadają przepisy ustawy o drogach publicznych.

Nie ma wątpliwości co do tego, że obowiązki w zakresie budowy i utrzymania dróg publicznych są zadaniami publicznymi, których realizacja może stanowić przedmiot PPP<sup>262</sup>. Formalnie PPP, jako tryb dokonywania inwestycji, można stosować do wszystkich dróg publicznych. W powyższym zakresie nie ma przeszkód natury prawnej<sup>263</sup>.

Zgodnie z art. 1 u.d.p. drogą publiczną jest droga zaliczona na podstawie powyższej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Elementem konstytutywnym pojęcia drogi publicznej jest zatem zaliczenie danej drogi do jednej z kategorii dróg publicznych (drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej lub gminnej)<sup>264</sup>. Ponadto drogę publiczną cechuje powszechny dostęp do niej, czyli nieograniczona podmiotowo możliwość korzystania z drogi<sup>265</sup>. Jednakże od powyższej zasady mogą wystąpić wyjątki w postaci ograniczeń w dostępie, w tym o charakterze fiskalnym, kiedy to legalne korzystanie z drogi jest uzależnione od uiszczenia opłaty na rzecz właściciela drogi<sup>266</sup>. Możliwość pobierania opłat od użytkowników dróg publicznych reguluje art. 13 u.d.p., natomiast do pobierania opłat za przejazd autostradą płatną odnosi się art. 37a ust. 1 u.a.p.

---

<sup>261</sup> Zob. M. Bielecki, *Realizacja inwestycji infrastrukturalnych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego*, Nieruchomości nr 9/ 2009, Legalis.

<sup>262</sup> Zob. M. Kania (w:) *op. cit.*, s. 582 i nast.

<sup>263</sup> Zob. A. Ferek, *Tryby budowy dróg*, <http://www.wspolnota.org.pl/aktualnosci/aktualnosc/tryby-budowy-drog>, dostęp: 23.12.2013 r.

<sup>264</sup> Zob. R. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 42.

<sup>265</sup> Ibidem, s. 43.

<sup>266</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 23.

Powyższe przepisy regulują zatem sposób wykorzystywania powstałych w ramach PPP składników majątkowych, jakimi są drogi publiczne.

Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzieli się na drogi krajowe, drogi wojewódzkie, drogi powiatowe oraz drogi gminne (art. 2 ust. 1 u.d.p.). Drogi krajowe stanowią własność Skarbu Państwa. Drogi wojewódzkie, powiatowe i gminne stanowią własność właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy (art. 2a u.d.p.). Co do zasady zarządcami dróg są: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dla dróg krajowych), zarząd województwa (dla dróg wojewódzkich), zarząd powiatu (dla dróg powiatowych) oraz wójt, burmistrz, prezydent miasta (dla dróg gminnych) (art. 19 ust. 2 u.d.p.).

#### **4. Własność dróg publicznych a modele PPP**

W literaturze<sup>267</sup> prezentowane są różne modele współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym w ramach PPP. Modele te w wielu kwestiach zasadniczo różnią się od siebie. W zależności od uprawnień i obowiązków stron umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej jako umowa PPP) wyróżnia się modele w skrócie określane jako: BOT (od słów *build, operate, transfer*, czyli – buduj, eksploatuj, przekaz), BOOT (*build, own, operate, transfer* - buduj, posiadaj, eksploatuj, przekaz), BOO (*build, own, operate* - buduj, posiadaj, eksploatuj), BTL (*build, transfer, lease* – buduj, przekaz, dzierżaw), BOR (*build, operate, renewal* - buduj, eksploatuj, odnawiaj koncesję), BTO (*build, transfer, operate* - buduj, przekaz, eksploatuj), DBFO (*design, build, finance, operate* - projektuj, buduj, finansuj, eksploatuj), OM (*operation, maintance* – eksploatacja, utrzymanie), DB (*design, build* – projektowanie, budowa), DBO (*design, build, operation* – projektowanie, budowa, eksploata-

---

<sup>267</sup> Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, op. cit.; M. Kania (w:) op. cit., s. 571 i nast.; *BOT w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego. Buduj, eksploatuj, przekaz*, M. Adamska (red.), Warszawa 2006, s. 14; M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 14-19.

cja), *Temporary Privatization* (tymczasowa prywatyzacja) i wiele innych. Należy zauważyć, że wiele spośród powyższych modeli zakłada możliwość przejęcia własności obiektu stanowiącego przedmiot przedsięwzięcia PPP przez partnera prywatnego (*own*), z obowiązkiem późniejszego przeniesienia własności tego obiektu na stronę publiczną (*transfer*) lub bez takiego obowiązku. Przeniesienie własności obiektu na partnera prywatnego zakładają w szczególności modele takie jak BOOT, BOO czy *Temporary Privatization*<sup>268</sup>. Działanie to ma na celu zabezpieczenie interesu publicznego poprzez przekazanie zarządzania ryzykiem związanym z utrzymaniem obiektu partnerowi prywatnemu<sup>269</sup>. W literaturze podkreśla się, że u.p.p.p. dopuszcza dokonywanie przesunięć majątkowych pomiędzy uczestnikami przedsięwzięcia, co odróżnia PPP od koncesji na roboty budowlane i usługi<sup>270</sup>. W powyższym kontekście rodzi się pytanie o ewentualną możliwość przeniesienia własności drogi publicznej na podmiot prywatny, w tym wypadku na przedsiębiorcę realizującego inwestycję drogową w ramach PPP. Partner prywatny mógłby wtedy stać się właścicielem drogi publicznej, którą np. sam wcześniej wybudował.

Dla powyższej problematyki kluczowe znaczenie posiada treść art. 2a u.d.p., zgodnie z którym drogi krajowe stanowią własność Skarbu Państwa, natomiast drogi wojewódzkie, powiatowe i gminne stanowią własność właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy. W związku z powyższym w literaturze podnosi się, że drogi publiczne są rzeczami wyłączonymi z obrotu powszech-

---

<sup>268</sup> Zob. O. Lissowski, *Partnerstwo publiczno-prywatne i świadczenie usług publicznych*, Poznań 2012, s. 44-45; E. Yescombe, op. cit., s. 26; A. Wojewnik-Filipkowska, *Project Finance w formule partnerstwa publiczno-prywatnego – strukturyzacja podmiotowa* (w:) *Partnerstwo publiczno-prywatne*, J. Majewski (red.), Gdańsk 2009, s. 102.

<sup>269</sup> Zob. M. Kania (w:) op. cit., s. 573.

<sup>270</sup> Zob. *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, M. Bejm (red.), Warszawa 2010, Legalis, komentarz do art. 1; L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, LEX, 2012, komentarz do art. 1.



nego (*reges extra commercium*)<sup>271</sup>, a zatem nie mogą być przedmiotem czynności cywilnoprawnej<sup>272</sup>, a ich własność może przechodzić tylko pomiędzy podmiotami publicznymi<sup>273</sup>. Podkreśla się, iż przyczyną powyższej koncepcji może być przekonanie, iż „publiczna własność infrastruktury oraz kontrola ze strony państwa leży w interesie narodowym i ma strategiczne znaczenie dla bezpieczeństwa narodowego<sup>274</sup>”.

Chociaż przepis art. 2a u.d.p. nie odnosi się bezpośrednio do własności nieruchomości, na której znajduje się droga publiczna, to w literaturze<sup>275</sup> zgodnie wskazuje się, że powyższy przepis pośrednio wskazuje właściciela takiej nieruchomości. Nie może tu bowiem dojść do podmiotowego rozszczępienia prawa własności nieruchomości i drogi publicznej<sup>276</sup>. W związku z powyższym przyjęto, że co od zasady, zaliczenie danej drogi do kategorii dróg publicznych może nastąpić wyłącznie w stosunku do dróg położonych na nieruchomościach stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego<sup>277</sup>.

Podkreślić należy, że zaliczenie nowego odcinka drogi do odpowiedniej kategorii dróg publicznych może nastąpić dopiero po jego wybudowaniu, z chwilą gdy będzie zdalny do eksploatacji. W literaturze oraz orzecznictwie podkreśla się, że drodze nieistniejącej, znaj-

---

<sup>271</sup> Zob. R. Strachowska, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 26.

<sup>272</sup> Zob. W. Szydło, *Prawnorzeczowy status nieruchomości gruntowych należących do kategorii dróg gminnych*, Samorząd Terytorialny nr 1-2/2013, s. 125.

<sup>273</sup> Zob. R. Strachowska, *op. cit.*, s. 26.

<sup>274</sup> *BOT w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego. Buduj, eksploatuj, przekaz*, *op. cit.*, s. 248.

<sup>275</sup> Zob. W. Szydło, *op. cit.*, s. 120; R. Skwarło, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 października 2004 r.*, III CZP 52/04, Samorząd Terytorialny nr 11/2006, s. 76.

<sup>276</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, *op. cit.*, s. 32.

<sup>277</sup> Zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 30 października 2008 r., II SA/GI 498/08, LEX nr 491249.

dużącej się w fazie planowania i budowy nie można nadać kategorii drogi publicznej<sup>278</sup>.

Z powyższych rozważań wynika zatem, że proces realizacji inwestycji drogowej można podzielić na dwa etapy oddzielone od siebie momentem nadania drodze kategorii drogi publicznej. Właścicielem nieruchomości, na której znajduje się wybudowana i oddana do użytku droga, posiadająca status drogi publicznej oraz właścicielem tej drogi musi być podmiot publiczny. Nie będzie zatem możliwe przeniesienie własności drogi publicznej na podmiot prywatny, w tym partnera prywatnego realizującego inwestycję w zakresie dróg publicznych w formule PPP, ani na spółkę powołaną w celu wykonania takiego przedsięwzięcia. W związku z tym w przypadku przedmiotowych inwestycji niedozwolone będzie umowne uregulowanie własności obiektu, którego wybudowanie lub eksploatacja stanowi przedmiot umowy PPP. Niedopuszczalne będzie wobec tego zastosowanie modeli przewidujących wspomniane powyżej zmiany w zakresie własności. Możliwe natomiast jest zastosowanie schematów, które zakładają publiczną własność wybudowanej infrastruktury.

Odnosząc się natomiast do etapu realizacji inwestycji drogowej sprzed nadania drodze kategorii drogi publicznej, możemy tu mieć do czynienia z prywatną bądź publiczną własnością gruntów, na których zostanie wybudowana droga publiczna. Teoretycznie możliwe jest nawet wybudowanie drogi na gruncie prywatnym, a następnie - po nabyciu własności tejże nieruchomości przez właściwy podmiot publiczny - nadanie tej drodze kategorii drogi publicznej. Dopuszczalne będą w związku z tym także te modele PPP, które przewidują przekazanie nieruchomości publicznej nabytej na cele budowy dróg na własność partnerowi prywatnemu lub przewidują wybudowanie drogi na gruncie należącym do partnera prywatnego (gruncie prywatnym), z tym jednak zastrzeżeniem, że własność tych nieruchomości zostanie przeniesiona na rzecz podmiotu publicznego do momentu nadania drodze kategorii drogi publicznej.

---

<sup>278</sup> Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r., I SA/Wa 2210/05, LEX nr 219231. Zob. też W. Maciejko, P. Zaborniak, op. cit., s. 27.

## **5. Partner prywatny jako zarządca drogi publicznej**

Regulacje kluczowe dla statusu partnera prywatnego wykonującego inwestycje drogowe w formule PPP zawiera także art. 19 ust. 7 u.d.p., zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zadania zarządcy, o których mowa w art. 20 pkt 3-5, 7, 11-13 oraz 15 i 16 u.d.p., może wykonywać partner prywatny. Do partnera prywatnego może zatem należeć: pełnienie funkcji inwestora; utrzymanie nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą, z wyjątkiem części pasa drogowego, o których mowa w art. 20f pkt 2 u.d.p.; realizacja zadań w zakresie inżynierii ruchu; koordynacja robót w pasie drogowym; wykonywanie robót interwencyjnych, robót utrzymaniowych i zabezpieczających; przeciwdziałanie niszczeniu dróg przez ich użytkowników; przeciwdziałanie niekorzystnym przeobrażeniom środowiska mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy lub utrzymania dróg; dokonywanie okresowych pomiarów ruchu drogowego oraz utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów. Regulacje u.d.p. nie przewidują natomiast możliwości przejęcia przez partnera prywatnego kompetencji zarządcy drogi publicznej, takich jak: opracowywanie projektów planów rozwoju sieci drogowej oraz bieżące informowanie o tych planach organów właściwych do sporządzania miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego; opracowywanie projektów planów finansowania budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg oraz drogowych obiektów inżynierskich; przygotowanie infrastruktury drogowej dla potrzeb obronnych oraz wykonywanie innych zadań na rzecz obronności kraju; prowadzenie ewidencji dróg, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz udostępnianie ich na żądanie uprawnionym organom; sporządzanie informacji o drogach publicznych oraz przekazywanie ich Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad; przeprowadzanie okresowych kontroli stanu dróg i drogowych obiektów inżynierskich oraz przepraw promowych, ze szczególnym uwzględnieniem ich wpływu na stan bez-

pieczeństwa ruchu drogowego, w tym weryfikację cech i wskazanie usterek, które wymagają prac konserwacyjnych lub naprawczych ze względu na bezpieczeństwo ruchu drogowego; badanie wpływu robót drogowych na bezpieczeństwo ruchu drogowego; wprowadzanie ograniczeń lub zamykanie dróg i drogowych obiektów inżynierskich dla ruchu oraz wyznaczanie objazdów drogami różnej kategorii, gdy występuje bezpośrednie zagrożenie bezpieczeństwa osób lub mienia; nabywanie nieruchomości pod pasy drogowe dróg publicznych i gospodarowanie nimi w ramach posiadanego prawa do tych nieruchomości; nabywanie nieruchomości innych niż wymienione w pkt 17 na potrzeby zarządzania drogami i gospodarowanie nimi w ramach posiadanego do nich prawa; zarządzanie i utrzymywanie kanałów technologicznych i pobieranie opłat, o których mowa w art. 39 ust. 7; zarządzanie bezpieczeństwem dróg w transeuropejskiej sieci drogowej, a także wydawanie zezwoleń na zajęcie pasa drogowego i zjazdu z dróg.

W literaturze<sup>279</sup> podkreśla się, że ustawodawca nie przewidział możliwości przejęcia przez partnera prywatnego władczych kompetencji zarządcy drogi publicznej, takich jak wydawanie decyzji administracyjnych (sfera *imperium*). Co ciekawe, art. 19 ust. 7 u.d.p. nie przewiduje możliwości przekazania pobierania przez partnera prywatnego opłat i kar od użytkowników dróg publicznych. Możliwość taką przewiduje natomiast art. 13h u.d.p., w stosunku do wymienionych tam opłat. Z uwagi na znaczenie możliwości pobierania opłat od użytkowników dróg publicznych dla ustanowienia koncesyjnego sposobu wynagradzania partnera prywatnego, problematyka ta zostanie odrębnie omówiona w dalszej części referatu.

Należy również wskazać, iż upoważnienia do przejęcia części kompetencji zarządcy drogi publicznej nie przewidziano w u.d.p. dla przedsiębiorców dokonujących inwestycji drogowych w trybach innych niż PPP. Umowa PPP oczywiście może, ale nie musi przewidywać prywatyzacji wykonywania zadań publicznego zarządcy drogi

---

<sup>279</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, op. cit., s. 324; M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, op. cit., s. 186.

publicznej<sup>280</sup>. Uprawnienia niepowierzone partnerowi prywatnemu zobowiązany jest realizować zarządca publiczny<sup>281</sup>. Nawet pomimo ewentualnego przekazania realizacji części kompetencji partnerowi prywatnemu, odpowiedzialność za wykonanie zadania publicznego nadal ponosi podmiot publiczny. W związku z tym, zgodnie z art. 8 u.p.p.p., podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Przekazanie partnerowi prywatnemu zadań zarządcy drogi publicznej w zakresie innym niż określony w art. 13h i 19 ust. 7 u.d.p., jako sprzeczne z ustawą będzie nieważne z mocy art. 58 § 1 Kc<sup>282</sup>.

## **6. Pobieranie opłat za korzystanie z dróg publicznych przez partnera prywatnego**

Zgodnie z art. 4 u.p.p.p., jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego, w zakresie nieuregulowanym w u.p.p.p. stosuje się przepisy u.k.r.u. W innych przypadkach stosuje się przepisy u.p.z.p., a w przypadkach, w których nie mają zastosowania powyżej wymienione ustawy - wyboru dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów u.p.p.p., a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. W zależności zatem od rodzaju wynagrodzenia przypadającego partnerowi prywatnemu jego wybór nastąpi według różnych procedur.

---

<sup>280</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, op. cit., s. 322.

<sup>281</sup> Ibidem, s. 323.

<sup>282</sup> Ibidem.

Dla ustalenia właściwej procedury wyboru partnera prywatnego kluczowa jest odpowiedź na pytanie o możliwość pobierania pożytków z przedmiotu PPP. W literaturze<sup>283</sup> podkreśla się, że pojęcie pożytków należy tu rozumieć tak, jak jest ono rozumiane w prawie cywilnym<sup>284</sup>, a w praktyce najczęściej będą nimi opłaty pobierane od użytkowników.

Problematykę prawną rodzajów opłat ponoszonych przez użytkowników dróg publicznych, podmiotów uprawnionych do ich pobierania oraz przeznaczenia opłat, w tym zaliczania poszczególnych z nich do przychodów pobierającego je podmiotu określają m.in. przepisy u.d.p. oraz u.a.p. Powyższych zagadnień nie można uregulować odmiennie w umowie PPP gdyż, jak już zostało wspomniane, takie postanowienia umowy będą sprzeczne z ustawą, a przez to nieważne.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.d.p. korzystający z dróg publicznych są obowiązani do ponoszenia opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania oraz przejazdu po drogach krajowych pojazdów samochodowych, w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy Prawo o ruchu drogowym<sup>285</sup>, za które uważa się także zespół pojazdów składający się z pojazdu samochodowego oraz przyczepy lub naczepy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony, w tym autobusów niezależnie od ich dopuszczalnej masy całkowitej. Zgodnie natomiast z art. 13 ust. 2 u.d.p. korzystający z dróg publicznych mogą być obowiązani do ponoszenia opłat za przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągach dróg publicznych oraz przeprawy promowe na drogach publicznych. Jak już zostało wspomniane, zasady pobierania opłat za przejazd autostradami określa u.a.p. Z uwagi na temat niniejszego referatu regulacje zawarte w tej ustawie pozostają poza zakresem rozważań.

---

<sup>283</sup> Zob. T. Skoczyński, op. cit., komentarz do art. 4.

<sup>284</sup> Zob. art. 53 i 54 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn.: Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>285</sup> Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. (t. jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1137 ze zm.).

Do pobierania powyżej wymienionych opłat upoważnieni są co do zasady zarządcy dróg publicznych (art. 20 pkt 8 u.d.p.). Ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>286</sup> wprowadzono do u.d.p. art. 13h, zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym opłaty, o których mowa w art. 13 ust. 1 pkt 1 u.d.p., art. 13 ust. 2 pkt 1 u.d.p. oraz opłatę dodatkową, o której mowa w art. 13f ust. 1 u.d.p., może pobierać partner prywatny. Ustawą p.p.p. z 2008 r. znowelizowano powyższy przepis umożliwiając partnerowi prywatnemu pobieranie obu opłat wymienionych w art. 13 ust. 2 u.d.p. Aktualnie partner prywatny może zatem zostać upoważniony w umowie PPP do pobierania opłat od korzystających z dróg publicznych za: parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania oraz opłatę dodatkową za nieuiszczenie tych opłat; przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągach dróg publicznych oraz przeprawy promowe na drogach publicznych.

Dla omawianej materii kluczowe znaczenia posiada także regulacja zawarta w art. 40a ust. 1a u.d.p., zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym opłaty pobierane przez partnera prywatnego, o których mowa w art. 13 ust. 1 pkt 1 u.d.p., art. 13 ust. 2 pkt 1 u.d.p. oraz opłata dodatkowa, o której mowa w art. 13f ust. 1 u.d.p., stanowią przychody partnera prywatnego. Dość wskazać, że powyższy katalog nie pokrywa się w pełni z katalogiem opłat, które mogą być przez partnera prywatnego pobierane. Zgodnie bowiem z cytowanym powyżej art. 40a ust. 1a u.d.p. przychodem partnera prywatnego nie może być opłata pobierana za przeprawy promowe na drogach publicznych.

W literaturze prezentowane są sprzeczne poglądy na temat prawidłowej wykładni powyższego przepisu. Jak stwierdza P. Zaborniak<sup>287</sup>, skoro opłat za przeprawę promową nie wymieniono w 40a ust. 1a u.d.p., to nie mogą one stanowić przychodu partnera prywatnego. Odmienny pogląd zaprezentował na ten temat M. Bejm, zda-

---

<sup>286</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420 ze zm., dalej jako u.p.p.p.2005.

<sup>287</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, op. cit., s. 500.

niem którego mamy tu do czynienia z błędem legislacyjnym i poprzez wykładnię funkcjonalną należy zrównać status prawny omawianych opłat za przeprawy promowe z pozostałymi opłatami, które mogą stanowić przychód partnera prywatnego<sup>288</sup>.

Wydaje się, że nieumieszczenie opłaty z art. 13h ust. 2 pkt 2 u.d.p. w katalogu opłat z art. 40a ust. 1a u.d.p. rzeczywiście jest rezultatem niedopatrzenia ze strony ustawodawcy, które wymaga usunięcia przy najbliższej nowelizacji ustawy. Trudno bowiem znaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiego wyłączenia. Skutkiem umożliwienia partnerowi prywatnemu pobierania opłat za przeprawy promowe na drogach publicznych miało być poszerzenie zakresu przedsięwzięć drogowych mogących stanowić przedmiot PPP<sup>289</sup>. Możliwość samego tylko pobierania opłaty przez przedsiębiorcę, bez ewentualności uznania jej za jego przychód, rozpatrywana w kontekście ustanowienia koncesyjnego sposobu wynagradzania partnera prywatnego, stanowi istotną wadę omawianej regulacji prawnej. Uniemożliwia ona bowiem pobieranie pożytków przez przedsiębiorcę z prawa do eksploatacji przedmiotowego obiektu budowlanego i wykonywania wspomnianych usług.

### **7. Korzyści partnera prywatnego pochodzące z nieruchomości leżących w pasie drogowym**

Ustawą p.p.p.2005 dodano do u.d.p. także art. 22 ust. 2a, zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny może otrzymać w najem, dzierżawę albo użyczenie nieruchomości leżące w pasie drogowym, w celu wykonywania działalności gospodarczej. Powyższy przepis umożliwia zatem gospodarcze wykorzystywanie nieruchomości w pasie drogowym, co ma stanowić dodatkową korzyść dla przedsiębiorcy zaangażowanego w drogowe projekty PPP<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Zob. *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, M. Bejm (red.), *op. cit.*, komentarz do art. 19.

<sup>289</sup> Ibidem.

<sup>290</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, *op. cit.*, s. 383.



Jak wskazuje P. Zaborniak, otrzymanie przez partnera prywatnego nieruchomości leżących w pasie drogowym w celu wykonywania działalności gospodarczej uznać należy za wynagrodzenie dla przedsiębiorcy, które powinno być zaklasyfikowane jako pożytek z przedsięwzięcia lub zapłata określonej sumy pieniężnej<sup>291</sup>. Powołany powyżej autor nie określił jednak, do którego z dwóch wzmiankowanych rodzajów wynagrodzenia należałoby je zaliczyć. Sprawa powyższa nie ma natomiast charakteru oczywistego i budzi wątpliwości w doktrynie. Omawiane korzyści nie są w ścisłym znaczeniu ani płatnością, ani nie stanowią pożytku z drogi publicznej<sup>292</sup>. Innych rodzajów wynagrodzenia partnera prywatnego art. 4 u.p.p.p. nie przewiduje. Wydaje się, że można by bronić tezy o trzecim rodzaju wynagrodzenia, poza dwoma powyższymi, które wyszczególniono w u.p.p.p. W tym miejscu należy jednak przypomnieć, że właściwa klasyfikacja omawianego wynagrodzenia jest kluczowa z perspektywy ustalenia trybu wyboru partnera prywatnego, o czym poniżej.

Zrozumienie genezy powyższego problemu interpretacyjnego ułatwi porównanie nieobowiązującego już art. 22 ust. 2b u.d.p. z, także nieobowiązującym już, art. 4 pkt 7 u.p.p.p.2005. Artykuł 22 ust. 2b u.d.p. stanowił, że najem, dzierżawa albo użyczenie, o których mowa w ust. 2a, jest inną korzyścią będącą wynagrodzeniem, o którym mowa w art. 4 pkt 7 u.p.p.p.2005. Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 7 u.p.p.p.2005 wynagrodzenie partnera prywatnego oznaczało prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłatę sumy pieniężnej przez podmiot publiczny. Z powyższego zestawienia wynika, że u.p.p.p.2005 wyróżniała trzy rodzaje źródeł wynagrodzenia partnera prywatnego. Jednym z nich były tzw. „inne korzyści”, do których u.d.p. zaliczała właśnie najem, dzierżawę albo użyczenie omawianych nieruchomości. Powyższe korzyści nie były zatem pierwotnie traktowane ani jako

---

<sup>291</sup> Ibidem.

<sup>292</sup> W literaturze podkreśla się, że pojęcie korzyści jest szersze od pojęcia pożytków, gdyż korzyści nie muszą być przychodami, natomiast pożytki przyjmują postać przychodu (dochodu). Zob. E. Niezbecka (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, A. Kidyba (red.), LEX, 2012, komentarz do art. 53.

płatność, ani jako pożytki<sup>293</sup>. Ustawa p.p.p.2005 została jednak zastąpiona nową ustawą, przyjmującą w powyższym zakresie odmienne regulacje, w związku z czym wraz z wejściem w życie nowej u.p.p.p. uchylono art. 22 ust. 2b u.d.p. Powyżej zacytowane, nieobowiązujące już przepisy tworzyły logiczną strukturę, w odróżnieniu od aktualnych prób dopasowania do siebie niejako „na siłę” różniących się od siebie konstrukcji z u.d.p. i u.p.p.p.

Rozwiązania omawianych wątpliwości nie ułatwia także treść obecnie obowiązującej u.p.p.p. Podkreślić należy bowiem, iż w literaturze kwestionowany jest dychotomiczny charakter podziału form wynagrodzenia, który ustanawia art. 4 ust. 1 u.p.p.p. Podnosi się, że powyższy katalog powinien być traktowany jako otwarty<sup>294</sup>. Należy zwrócić jednak uwagę, iż przyjęcie szerokiego rozumienia pojęcia wynagrodzenia partnera prywatnego w u.p.p.p. może spowodować, że wybór tego partnera w procedurze określonej w u.k.r.u. zostanie zakwestionowany, jeśli umowa PPP będzie przewidywać wynagrodzenie w innej formie, niż określonej w art. 4 ust. 1 u.p.p.p. Przepis powyższy wyraźnie wskazuje bowiem, że do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w zakresie nieuregulowanym w u.p.p.p., stosuje się przepisy u.k.r.u. tylko, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej<sup>295</sup>.

Treść art. 22 ust. 2a u.d.p. może budzić także inne wątpliwości interpretacyjne. Z powyższego przepisu nie wynika bowiem jasno czy na jego mocy partner prywatny może uzyskać wyłączne prawo do korzystania z nieruchomości leżącej w pasie drogowym oraz czy

---

<sup>293</sup> Zob. M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, op. cit., s. 39-40.

<sup>294</sup> Zob. T. Skoczyński, op. cit., komentarz do art. 4; *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, M. Bejm (red.), op. cit., komentarz do art. 4.

<sup>295</sup> Zob. T. Skoczyński, op. cit., komentarz do art. 4; *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, M. Bejm (red.), op. cit., komentarz do art. 4. W literaturze prezentowane są jednak także poglądy odmienne od powyższego. Zob. K. Płonka-Bielenin, T. Moll, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2012, s. 71-72.

prawo to obejmuje możliwość przeznaczenia tej nieruchomości na cele niezwiązane z potrzebami użytkowników drogi. W literaturze trafnie wskazano, że należy odróżnić nieruchomość na której znajduje się droga publiczna od pozostałej części nieruchomości w pasie drogowym. W nawiązaniu do powyższego podkreśla się, że przedsiębiorca nie powinien innym użytkownikom drogi utrudniać przejazdu po niej, a wykorzystywać na zasadzie wyłączności może tylko tę część nieruchomości, na której nie jest zlokalizowana ani droga, ani urządzenia czy obiekty służące potrzebom zarządzania ruchem lub zarządzania drogą<sup>296</sup>.

## 8. Wnioski końcowe

Przepisy ustawy o drogach publicznych nie wyczerpują tematyki prawnych warunków realizacji inwestycji drogowych w formule PPP. Powyższa ustawa reguluje jednak kwestie posiadające zasadnicze znaczenie dla możliwości przeprowadzania przedmiotowych przedsięwzięć. Przepisy u.d.p. umożliwiają bowiem przekazywanie partnerowi prywatnemu wykonywania części kompetencji zarządcy drogi publicznej, w tym pobierania opłat od użytkowników dróg i uznawania ich za przychód przedsiębiorcy. Powyższe umożliwia czerpanie pożytków z przedsięwzięcia, a dzięki temu dopuszczalny jest wybór partnera prywatnego na zasadach określonych w u.k.r.u. Na podstawie umowy PPP partnerowi prywatnemu mogą być także przekazane nieruchomości w pasie drogowym na cele związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, co daje mu możliwość uzyskiwania dodatkowych korzyści z przedsięwzięcia. Ustawa reguluje także status własnościowy dróg publicznych, uniemożliwiając przeniesienie ich własności na rzecz partnera prywatnego. Z powyższych regulacji wynika również, iż ustawodawca nadał partnerowi prywatnemu realizującemu inwestycje drogowe w formule PPP szczególną pozycję prawną. Analogiczny status nie przysługuje bowiem ani koncesjonariuszowi, ani wykonawcy zamówienia publicznego przeprowadzającym przedmiotowe projekty.

---

<sup>296</sup> Zob. W. Maciejko, P. Zaborniak, op. cit., s. 384-385.

Powyższe przepisy powodują jednak liczne wątpliwości interpretacyjne, które mogą utrudniać przeprowadzanie przedmiotowych inwestycji w formule PPP. Nie jest bowiem do końca jasne czy opłaty pobierane przez partnera prywatnego z tytułu przepraw promowych na drogach publicznych mogą stanowić jego przychód. Nie wiadomo również, jak zgodnie z u.p.p.p. należy zaklasyfikować korzyści z nieruchomości leżących w pasie drogowym, otrzymanych przez przedsiębiorcę na zasadach określonych w art. 22 ust. 2a u.d.p. Od oceny ich charakteru prawnego zależy natomiast wskazanie właściwego trybu wyboru partnera prywatnego. Wydaje się, iż przy najbliższej nowelizacji ustawy powyższe wątpliwości powinien wyjaśnić sam ustawodawca.