PPP: ekonomia i prawo a cel publiczny

Utworzono: czwartek, 21, kwiecień 2011 08:13 Ryszard Kulik



Budowa i remonty dróg wymagają środków finansowych. Sposób ich zdobycia to domena działań publicznych. Pieniądze na ten cel muszą więc znaleźć się w budżetach organów administracji publicznej - właśnie administracji publicznej, bo w tej kwestii nie mamy do czynienia z podmiotami gospodarczymi. Zadania drogowe nie są związane z realizacją celów gospodarczych, lecz celów publicznych, które nie muszą być tożsame z celami gospodarczymi.

Swoją drogą… powszechna jest opinia, że podmioty wykonujące działalność gospodarczą są sprawniejsze m.in. dlatego, że oszczędniejsze w gospodarowaniu, ponieważ wydają środki w sposób bardziej celowy (oszczędny). Teza ta jest z pozoru oczywista i nie wymaga dowodu. Czy jednak sprawdza się w przypadku zarządzania drogami, tj. m.in. budowy (remontu), utrzymania, ochrony dróg nazywanych publicznymi, czyli w realizowaniu celu publicznego (zadania państwa/samorządu) jakim jest zapewnienie dostępu do określonych dóbr przeznaczonych do powszechnego użytku? Nie. Dowodem tego są coraz wyższe ceny budowy kolejnych odcinków autostrad płatnych, czy sukcesywne wzrosty opłat za ich użytkowanie, jak też koszty budowy dróg.

Od ponoszenia kosztów budowy dróg i ich utrzymania jest administracja publiczna, zarówno rządowa jak i samorządowa. Owszem, przewidziano w systemie prawa inne sposoby budowy (utrzymania) dróg, choćby w systemie określonym w ustawie z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 z późn. zm.). Niemniej nadal jest to realizacja celu publicznego, czyli wykonywanie zadań państwowych, co wiąże się z koniecznością wydatkowania środków publicznych w sposób stanowiący wyjątek od zasad określonych w ustawie o drogach publicznych i wiąże się z ustaleniem opłat (autostrady płatne). Tego nie ma w przypadku pozostałych dróg, z których korzystać

Phoca PDF

może nieodpłatnie każdy użytkownik. I jest to realizacja celu publicznego, nieodpłatna (tak też stanowi ustawa o drogach publicznych). W tym miejscu oczywiście należy wspomnieć, że realizacja tego celu w ramach programów Unii Europejskiej (z udziałem środków unijnych) jest ułatwiona (aczkolwiek usłana przeszkodami proceduralnymi).

Dla porządku należy dodać jeszcze jedną formę finansowania dróg publicznych (rangi autostrad), to jest spółki specjalnego przeznaczenia przewidziane w ustawie z 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia (Dz.U. z 2007 r. Nr 23, poz. 136 z późn. zm.). Również dla porządku należy wskazać, że faktycznie dopuszczalne jest budowanie przez podmiot prywatny dróg prywatnych (nie publicznych) w oparciu o ogólne regulacje prawa cywilnego. Pytanie czy taka inwestycja ma również sens ekonomiczny? Może na terenie kraju zaistnieją takie uwarunkowania, które wskażą na sensowność takiej inwestycji, np. droga dojazdowa do lotniska. Ale w przypadku dłuższych odcinków dróg z pewnością nie.

Istnieje też możliwość dofinansowania (partycypowania) przez podmiot prywatny w kosztach inwestycji drogowej. Taką możliwość dopuszczają np. art. 16 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 z późn. zm.) czy art. 3 ust. 5 ustawy z 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz.U. z 2005 r. Nr 267, poz. 2251 z późn. zm.). Wszystkie te przypadki wymagają sporządzenia stosownego porozumienia.

Jest jeszcze jedna forma dofinansowania zarządzania drogami, określona w ustawie z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno prywatnym (Dz.U. z 2009r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.). Dla porządku należy wspomnieć, że to jest już druga ustawa podejmująca to zagadnienie. Pierwszą była regulacją z 28 lipca 2005 r., która okazała się przepisem martwym – nie stosowanym. Druga, mimo funkcjonowania w systemie prawa od dwóch lat, także nie wzbudza zainteresowania (dlaczego?).

Ustawa ta ma szeroki zakres działania i odnosi się do (art. 1 ust. 2) wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Zatem oba te podmioty mają działać wspólnie w oparciu o zawartą umowę, ograniczoną w wąskim zakresie przez nadrzędne władze publiczne, przy czym dobór partnera prywatnego odbywa się na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowa regulacja jest normą prawa cywilnego, której doprecyzowanie w przypadkach jednostkowych określa, jak wyżej zaznaczono, umowa. Art. 7 ust. 1 tej ustawy stanowi: „Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego”.

Jak powyższe uregulowania odnoszą się do zarządzania drogami i czy istnieje

możliwość „wpasowania” tej ustawy do działalności zarządców (zarządów) dróg? Podstawą do funkcjonowania zarządców (zarządów) dróg jest, poza wyjątkami przedstawionymi wyżej, ustawa o drogach publicznych, która jest normą prawa administracyjnego (a nie cywilnego).

Generalnie zarządzanie drogami odbywa się w trybie administracyjnym, tj. w trybie procedur administracyjnych, w tym też egzekucji administracyjnej. Zarządzanie drogami należy bowiem do obowiązków zarządców dróg, będących organami wykonawczymi jednostek samorządu terytorialnego i wiąże się z ich odpowiedzialnością wobec każdego korzystającego z drogi publicznej. Nadto, z zarządzaniem drogami łączą się zarezerwowane wyłącznie dla wymienionych zarządców uprawnienia decyzyjne, a więc władcze.

Dodać należy, że tam gdzie są dopuszczalne regulacje cywilne, są one w tej branży stosowane poprzez zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarządy dróg nie dysponują własnym znaczącym potencjałem wykonawczym, powierzając te zadania kontrahentom na zasadach cywilistycznych.

Zatem w praktyce partnerstwo tego typu (PPP) w branży jest stosowane, a dalsze ich zastosowanie jest utrudnione z uwagi na uregulowania prawne mające charakter administracyjny. Na ograniczenia w tym zakresie wskazuje orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2002 r. (Dz.U. Nr 214, poz. 1816) odnoszące się do płatnego parkowania oraz przejazdów ponadnormatywnych.

Stosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w przypadku zarządzania drogami jest prawnie dopuszczalne. Pozwalają na to wprowadzone do ustawy drogowej, równolegle z wejściem w życie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zapisy na przykład art.: 13h, 22 ust. 2a, 40a ust. 1a. Jednakże czy w tym przypadku nie są to przepisy wewnętrznie sprzeczne? Niestety wydaje się, że tak. Przykładowo, proces decyzyjny odbywa się w trybie prawa administracyjnego, tak też z egzekucją, nawet w przypadku kiedy formalnie nie ma decyzji a obowiązek wynika z mocy prawa, np. płatne parkowanie – egzekucja odbywa się w oparciu o art. 3 §1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2005r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.). Zatem, stosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w zakresie dróg publicznych jest prawnie dopuszczalne, ale czy może być skuteczne i celowe oraz prawnie i ekonomicznie uzasadnione?

W tym miejscu zastrzegam, że jest to osobisty mój pogląd. Otóż uważam, że nie w przypadku realizacji jednego z celów publicznych, jakim jest sprawne zarządzanie drogami i do tego na zasadach nieodpłatności (zgodnie z treścią art. 1 ustawy o drogach publicznych korzystanie z dróg publicznych w celach komunikacyjnych jest nieodpłatne). Na czym w związku z tym ma polegać partnerstwo publiczno-prywatne? Na czym miałby zarobić partner prywatny, który własnym staraniem wybuduje drogę, skoro korzystanie co do zasady z dróg jest nieodpłatne? Czy partner prywatny ma się zaspokoić z opłat za zajęcie pasa drogowego, ale jak to się ma do zapisów ustawy o drogach publicznych w zakresie zajęcia pasa drogowego i umieszczania urządzeń obcych w pasie drogowym, skoro te kwestie reguluje prawo

administracyjne, łącznie z egzekucją administracyjną? Czy partner prywatny zechce zainwestować w potrzebną drogę, ale zlokalizowaną na terenie słabo zurbanizowanym i o słabym natężeniu ruchu? Pytania te można mnożyć.

Dodatkowo nasuwa się następująca uwaga: jakie ryzyko ponosi partner prywatny, skoro w jego przypadku odpada kwestia poszukiwania kontrahenta, płatnik jest doskonale znany i wypłacalny, a po podpisaniu umowy jej zmiany można renegocjować. Po czyjej stronie leży ryzyko? Skonstruowanie umowy w powyższym zakresie może okazać się bardzo trudne i do tego co zrobić ze sferą prawa administracyjnego, którego partner prywatny nie może realizować.

O co chodzi? Może o inżynierię finansową? Zapewne chodzi o wspomożenie budżetów pieniędzmi prywatnymi. Tak czy inaczej od konieczności wydatkowania środków budżetowych, także w tym przypadku, nie ma odwrotu, a ewentualna konstrukcja prawna takiego przedsięwzięcia nastręcza wiele wątpliwości, nie tylko prawnych, ale też organizacyjnych.

Zastosowanie partnerstwa tego typu wydaje się zasadne przy wszelkiego typu działaniach nazwijmy to kubaturowych oraz tam gdzie mamy do czynienia z regulacjami cywilnymi (np. budowa i późniejszy najem wraz ze spłatą kosztów budowy, czy inwestycja powiązana z przyszłą usługą, np. w służbie zdrowia, czy oświacie), ale nie w sytuacjach, w których mamy do czynienia z elementem administracyjnym (decyzjami), to jest w przypadku zarządzania drogami.

Tak czy inaczej bez pieniędzy adekwatnych do osiągnięcia zamierzonego celu, żaden podmiot czy to prywatny czy publiczny, nic nie zdziała.

Ryszard Kulik
radca prawny
ZDMiKP Bydgoszcz

Phoca PDF