

MACIEJ PISZ, SEBASTIAN WIJAS

OPLATA ZA DOSTĘPNOŚĆ W PARTNERSTWIE PUBLICZNO-PRYWATNYM

Celem niniejszego artykułu będzie przedstawienie instytucji opłaty za dostępność w partnerstwie publiczno-privatnym. W pierwszej kolejności ukazany zostanie mechanizm partnerstwa publiczno-privatnego i zarazem – w jego kontekście – zarysowane zostaną podstawowe założenia instytucji opłaty za dostępność, istniejące w polskim porządku prawnym na gruncie u.p.p.p. W dalszej części pracy zostaną z kolei ukazane praktyczne aspekty funkcjonowania instytucji opłaty za dostępność w partnerstwie publiczno-privatnym.

Instytucja opłaty za dostępność związana jest z mechanizmem partnerstwa publiczno-privatnego, zakładającym współpracę podmiotów publicznych i podmiotów prywatnych przy realizacji konkretnego przedsięwzięcia (na przykład przy realizacji projektu budowy drogi)¹. Należy w tym miejscu podkreślić, że partnerstwo publiczno-privatne stanowi koncepcję ciągle rozwijającą się, a w związku z tym wymagającą wielu zmian prawnych, tak aby umożliwić jej dostosowanie do faktycznych potrzeb². Na gruncie polskiego ustawodawstwa mechanizm partnerstwa publiczno-privatnego jest sukcesywnie wdrażany od 2005 roku. Rolę regulacji odnoszącej się do tego zagadnienia pełniła w Polsce początkowo ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno-privatnym³. Już jednak kilka lat później (pod koniec 2008 roku), regulacja ta została zastąpiona przez zupełnie nową u.p.p.p.⁴

Uchwalenie zupełnie nowej regulacji ustawowej w przedmiocie partnerstwa publiczno-privatnego nastąpiło wobec faktu, że pierwsza ustawa oka-

- 1 Na temat partnerstwa publiczno-privatnego zob. szerzej w dalszej części artykułu.
- 2 A. Dobaczewska, *Wybrane aspekty partnerstwa publiczno-privatnego w inwestycjach komunalnych*, GSP 2007 Nr 1, s. 111.
- 3 Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420.
- 4 Weszła ona w życie 27 lutego 2009 r.

zała się regulacją bez oddźwięku społecznego i nie spowodowała wyraźnie dostrzegalnego zainteresowania ze strony podmiotów publicznych oraz potencjalnych partnerów prywatnych związanego z podejmowaniem się na jej podstawie przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego⁵. Uchwalona 19 grudnia 2008 roku u.p.p.p. zachowuje swoją aktualność również w stanie prawnym obowiązującym w momencie opublikowania tego artykułu i to właśnie instytucja opłaty za dostępność wynikająca z tej regulacji będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Przed ukazaniem instytucji opłaty za dostępność, warto w tym miejscu bliżej przedstawić mechanizm partnerstwa publiczno-prywatnego, co pozwoli ukazać założenia, na jakich opiera się opłata za dostępność. Można w tym kontekście stwierdzić, iż ideą partnerstwa publiczno-prywatnego jest wykorzystanie podmiotów prywatnych do realizacji zadań publicznych, będących w dotychczasowej domenie działania podmiotów sektora publicznego⁶. U.p.p.p. definiuje partnerstwo publiczno-prywatne w sposób otwarty, poprzez wskazanie podstawowych cech umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷. W świetle tej regulacji przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym⁸. 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 własnego⁹.

Jak się wskazuje w literaturze przedmiotu, partnerstwo publiczno-prywatne w swym założeniu umożliwia realizację zadań publicznych bez konieczności angażowania środków publicznych lub ograniczając ich wielkość do minimum¹⁰. Opłata za dostępność w przyjętym w Polsce mechanizmie partnerstwa publiczno-prywatnego stanowi w tym kontekście jedno z takich nielicznych świadczeń, które w związku z realizacją przedsięwzięcia na zasadzie partner-

5 B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2009, s. 342.

6 W. Gonet, *Nowa ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym – możliwości wykorzystania do realizacji zadań w sektorze publicznym*, FK 2009 Nr 1-2, s. 5.

7 B. Korbus, M. Strawiński, *op. cit.*, s. 347.

8 Zob. art. 1 ust. 2 u.p.p.p.

9 Zob. art. 7 ust. 1 u.p.p.p.

10 W. Gonet, *op. cit.*, s. 5.

stwa podmiotów publicznych i prywatnych muszą być poniesione ze środków publicznych.

Chcąc ulokować opłatę za dostępność w strukturze świadczeń uiszczanych przez podmiot publiczny realizujący przedsięwzięcie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, należy poczynić na wstępie zastrzeżenie, że w u.p.p.p. zostały rozróżnione dwa rodzaje świadczeń podmiotu publicznego w związku z transakcją partnerstwa publiczno-prywatnego: wkład własny w przedsięwzięcie oraz wynagrodzenie na rzecz partnera prywatnego¹¹. Wkład własny został zdefiniowany w art. 2 pkt 5 u.p.p.p. Zgodnie z tym przepisem wkładem własnym jest świadczenie podmiotu publicznego (lub partnera publicznego), polegające w szczególności na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia¹², a także na wniesieniu składnika majątkowego¹³. Odnosząc się z kolei do zagadnienia wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego, należy zwrócić uwagę, że obowiązująca obecnie ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie definiuje tego pojęcia. Jest to zasadniczo odmienne rozwiązanie od przyjętego na gruncie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 roku, która w art. 4 pkt 7 określała wynagrodzenie partnera prywatnego jako: prawo do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub też jako zapłatę sumy pieniężnej przez podmiot publiczny¹⁴. Pomimo braku definicji legalnej wynagrodzenia partnera prywatnego w aktualnym stanie prawnym, należy wyraźnie podkreślić, że realizacja przedsięwzięcia przez partnera prywatnego za wynagrodzeniem cały czas należy do istoty partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁵, a samo zobowiązanie do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy o partnerstwie publiczno-

11 *Opłata za dostępność. Interpretacja prawna i finansowa pojęcia wraz z opinią na temat wybranych zagadnień dotyczących podziału ryzyk, wpływu na dług publiczny oraz klasyfikacji opłaty za dostępność w budżetach podmiotów publicznych*, Analiza na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2012, s. 9.

http://www.ppp.gov.pl/KonferencjeIseminaria/Documents/20120404_opinia_oplata_za_dostepnosc.pdf, 03.09.2013 r.

12 Zob. art. 2 pkt 5 lit. a u.p.p.p.

13 Zob. art. 2 pkt 5 lit. b u.p.p.p.

14 M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 344.

15 M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 37.

prywatnym¹⁶. Co zarazem istotne, z treści u.p.p.p. wyczytać można dwie podstawowe formy wynagrodzenia partnera prywatnego¹⁷, które korespondują ze sposobem postrzegania tego wynagrodzenia przyjętym na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy. Należy podkreślić, że jedną ze wspomnianych form wynagrodzenia partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, a drugą – zapłata sumy pieniężnej. W tym ujęciu opłata za dostępność – omawiana w niniejszym artykule – jest wynagrodzeniem partnera prywatnego świadczone na jego rzecz w formie zapłaty sumy pieniężnej¹⁸. Trzeba zarazem wyraźnie w tym miejscu podkreślić, że opłata za dostępność nie stanowi dopłaty do świadczonych usług w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a u.p.p.p.¹⁹

Powszechnie stosowana definicja pojęcia „opłaty za dostępność” stanowi, że opłata ta polega na wypłacie przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego kwoty stanowiącej ekwiwalent wkładu partnera prywatnego w realizację określonego wspólnego przedsięwzięcia publiczno-prywatnego²⁰. Zastosowanie wynagrodzenia w tej formie dotyczy z reguły projektów, w których nie jest możliwe lub jest nader utrudnione określenie wynagrodzenia partnera prywatnego w formie opłaty od użytkowników przedmiotu partnerstwa albo gdy takie opłaty są niewystarczające do pokrycia wydatków związanych z danym projektem, w tym kosztów projektów oraz zysku partnera prywatnego²¹.

Przez sformułowanie „zapłaty sumy pieniężnej” – i zarazem, w kontekście powyższych uwag, przez pojęcie „opłaty za dostępność” – należy równocześnie rozumieć jakąkolwiek zapłatę środków pieniężnych od podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego tytułem wynagrodzenia za realizację przedsięwzięcia²². W szczególności zapłatą sumy pieniężnej – i, tym samym, opłatą za dostępność – będzie płatność tytułem zobowiązania podmiotu publicznego do poniesienia części wydatków na realizację przedsięwzięcia²³. Płatność ta może być uiszczona, przykładowo, w postaci częściowego po-

16 M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 343.

17 Zob. art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym. Por. także *Opłata za dostępność. Interpretacja...*, *op. cit.*, s. 9.

18 *Opłata za dostępność. Interpretacja...*, *op. cit.*

19 *Ibidem*.

20 *Opłata za dostępność. Interpretacja...*, *op. cit.*

21 *Ibidem*.

22 Por. T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2011, s. 71.

23 Por. *ibidem*.

krycia kosztu wykonania obiektu budowlanego, w postaci dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego czy też dopłaty do kosztów utrzymania obiektu. W tych ostatnich przypadkach zapłata sumy pieniężnej może być zbliżona do pojęcia wkładu własnego podmiotu publicznego.

Pod terminem „zapłaty sumy pieniężnej” (i zarazem pod pojęciem „opłaty za dostępność”) nie należy z kolei rozumieć dochodów, jakie partner publiczny uzyskuje od osób trzecich, które korzystają z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego jako klienci, a także – co do zasady – nie należy pod tym sformułowaniem rozumieć dochodów uzyskiwanych od podmiotu publicznego, który korzysta z przedmiotu partnerstwa na rynkowych zasadach²⁴.

Przyjmuje się, że opłata za dostępność ma charakter pieniężny i uiszczana jest partnerowi prywatnemu po udostępnieniu środka majątkowego do eksploatacji²⁵. Trzeba w tym miejscu jednak zaznaczyć, że dokonanie zapłaty sumy pieniężnej – a zatem uiszczenie opłaty za dostępność – może nastąpić w dowolnym momencie obowiązywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Kwestie terminu i sposobu płatności powinny być uregulowane w konkretnej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Można zarazem wskazać, że w praktyce w wielu przypadkach płatność części należności będzie miała miejsce po wykonaniu pierwszego etapu umowy, na przykład po wykonaniu obiektu budowlanego, a reszta należności płatna będzie stosownie do realizowanych usług²⁶. Wobec faktu, że ustawa nie precyzuje formy dokonania zapłaty sumy pieniężnej (formy uiszczenia opłaty za dostępność), możliwe są jednak także i inne metody uiszczenia płatności, na przykład w postaci opłaty rocznej na pokrycie kosztów utrzymania zrealizowanej inwestycji powiększonej o marżę zysku (w przypadku, gdy partner prywatny zarządza zrealizowaną inwestycją) czy w postaci tzw. *shadow tools* – wynagrodzenie płacone jest przez partnera publicznego partnerowi prywatnemu w zależności od rzeczywistej liczby użytkowników zrealizowanej inwestycji²⁷.

W literaturze przedmiotu zakłada się, że model oparty na zapłacie sumy pieniężnej przez podmiot publiczny – a więc model opierający się na wykorzystaniu instytucji opłaty za dostępność – będzie w praktyce jednym z najpopularniejszych modeli wynagradzania partnera prywatnego w ramach mecha-

24 Por. *ibidem*, s. 71-72.

25 *Opłata za dostępność. Interpretacja...*, *op. cit.*

26 Por. T. Skoczyński, *op. cit.*, s. 72.

27 Por. G. Ostrzołek, *Finansowanie budowy drogi w mieście na prawach powiatu na zasadach partnerstwa publiczno-prywatnego (ustawowego)*, FK 2009 Nr 12, s. 57.

zmu partnerstwa publiczno-prywatnego²⁸. Model ten odpowiada brytyjskiej formule *Project Finance Initiative* zakładającej, że całość wynagrodzenia partnera prywatnego pochodzi od podmiotu publicznego w postaci zapłaty tzw. *unitary charge*²⁹.

W praktyce funkcjonowania polskiej u.p.p.p. powstają jednak wątpliwości co do dopuszczalności przyjęcia w podpisywanej przez podmiot publiczny i prywatny umowie o partnerstwie postanowienia, że wynagrodzenie partnera prywatnego może stanowić w całości zapłata sumy pieniężnej ze środków podmiotu publicznego (a zatem że całość wynagrodzenia stanowić będzie opłata za dostępność), a w żadnym stopniu wynagrodzenia nie będą stanowić dochody z opłat od osób trzecich korzystających z majątku przedsięwzięcia zrealizowanego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Wątpliwości wynikają z faktu, że kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r.³⁰ Z kolei obecnie obowiązująca u.p.p.p. nie zawiera takiego sformułowania. Ponadto wątpliwości wzmacnia często pojawiające się stwierdzenie, iż istotą partnerstwa publiczno-prywatnego jest poszukiwanie źródeł finansowania przedsięwzięć u osób trzecich korzystających z danej infrastruktury. W takim ujęciu partner prywatny powinien z tego źródła czerpać część dochodów, z których zapewni sobie przynajmniej częściowy zwrot inwestycji³¹. Mając powyższe wątpliwości na uwadze, w literaturze przedmiotu³² wskazuje się, że o ile zostaną spełnione inne wymogi ustawowe co do przyjęcia sposobu wynagradzania przez zapłatę sumy pieniężnej³³, to dopuszczalne jest całkowite sfinansowanie przedsięwzięcia ze strony podmiotu publicznego w formie zapłaty sumy pieniężnej (opłaty za dostępność). Oczywiście w takim przypadku podmiot publiczny powinien dokładnie rozważyć, czy realizacja przedsię-

28 M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 345-346.

29 *Ibidem*, s. 346.

30 Art. 6 ust. 3 tej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. *expressis verbis* stanowił, że „wynagrodzenie partnera prywatnego może stanowić w całości zapłata sumy pieniężnej, jeżeli odrębne przepisy tak stanowią”.

31 T. Skoczyński, *op. cit.*, s. 72.

32 Zob. m.in. M. Bejm (red.) P. Bogdanowicz P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 346, T. Skoczyński, *op. cit.*, s. 72.

33 Takim wymogiem jest na przykład przeprowadzenie wyboru partnera prywatnego przy zastosowaniu przepisów p.z.p.

wzięcia, które w całości będzie musiał sam sfinansować, jest dla niego korzystna w formie partnerstwa publiczno-prywatnego³⁴.

Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, by obok zapłaty sumy pieniężnej (a zatem obok opłaty za dostępność) w konkretnej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym przewidzieć, że wynagrodzenie partnera prywatnego może pochodzić także od osób trzecich. Należy w tym miejscu zatem wyraźnie podkreślić, że wynagrodzenie partnera prywatnego może pochodzić bądź w całości z opłaty za dostępność (czyli z zapłaty sumy pieniężnej), bądź częściowo z opłaty za dostępność i dochodów z opłat od korzystających z majątku przedsięwzięcia zrealizowanego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Można przy tym wskazać, że pierwszy z wariantów odnosi się przede wszystkim do przedsięwzięć o niskiej rentowności, w których nie ma możliwości samofinansowania się inwestycji realizowanej w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Dotyczy to w szczególności realizacji projektów budowy dróg, z których korzystanie jest nieodpłatne czy projektów infrastruktury społecznej (takich jak szkoły lub domy kultury). Drugi wariant odnosi się z kolei do projektów, w których podmiot publiczny gwarantuje podmiotowi prywatnemu minimalną stopę zwrotu z inwestycji³⁵.

CHARGES FOR AVAILABILITY IN PRIVATE-PUBLIC PARTNERSHIP

SUMMARY

The purpose of this article is to present the concept of a charge for availability in the public-private partnership. First, the mechanism of the public-private partnership will be discussed together with the basic notions of a charge for availability which was introduced to the Polish legal system by virtue of the Act on Private-Public Partnership dated 19 December 2008. The paper also touches on the practical aspects of functioning of a charge for availability in public-private partnership.

34 T. Skoczyński, *op. cit.*, s. 72.

35 *Oplata za dostępność. Interpretacja...*, *op. cit.*