

Warszawa, 23 stycznia 2003 r.

Opinia prawna w sprawie zgodności rządowego projektu ustawy o budowie i eksploatacji dróg krajowych (druki nr 857 i 857-A) w wersji przedstawionej w sprawozdaniu Komisji Infrastruktury z dnia 17 grudnia 2002 r. (druk nr 1226) oraz rządowego projektu ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych (druk nr 858) w wersji przedstawionej w sprawozdaniu Komisji Infrastruktury z dnia 17 grudnia 2002 r. (druk nr 1227), z prawem Unii Europejskiej, w związku z wątpliwościami przedstawionymi w notatce Biura Legislacyjnego z dnia 16 stycznia 2003 r.

Opinia odnosi się do wskazanych w pkt 1 notatki Biura Legislacyjnego z dnia 16 stycznia 2003 r. wątpliwości dotyczących zgodności projektu ustawy z o budowie projektu ustawy o budowie i eksploatacji dróg krajowych (druki nr 857 i 857-A) w wersji przedstawionej w sprawozdaniu Komisji Infrastruktury z dnia 17 grudnia 2002 r. (druk nr 1226), z prawem Unii Europejskiej.

W odniesieniu do rządowego projektu ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych (druk nr 858) w wersji przedstawionej w sprawozdaniu Komisji Infrastruktury z dnia 17 grudnia 2002 r. (druk nr 1227), notatka Biura Legislacyjnego (w punkcie 2) formułuje uwagi dotyczące jedynie wątpliwości konstytucyjnych, a nie dotyczy kwestii zgodności z prawem wspólnotowym (pomimo uwagi o charakterze ogólnym zawartej w pkt 3 notatki). W odniesieniu do poszczególnych uwag Biura Legislacyjnego należy stwierdzić, co następuje:

ad. 1, pierwszy tiret

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego oraz Rady 1999/62/WE z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie pobierania opłat od pojazdów ciężarowych za korzystanie z niektórych rodzajów infrastruktury (Dz. Urz. WE nr L 187, 20.07.1999) reguluje

zagadnienie nakładania opłat jedynie na pojazdy przeznaczone do drogowego przewozu towarów, których maksymalna dopuszczalna waga brutto z załadunkiem nie jest mniejsza niż 12 ton (art. 1 w zw. z art. 2 lit. d). Należy więc podkreślić, że pojazdy o dopuszczalnej wadze brutto poniżej 12 ton nie podlegają opłatom za korzystanie z niektórych rodzajów infrastruktury w myśl zarówno tej dyrektywy jak i prawa wspólnotowego (innymi słowy - zagadnienie to nie jest regulowane przez prawo wspólnotowe).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy państwo członkowskie może nałożyć na użytkowników dróg zarówno opłaty drogowe (*user charge*) jak i opłaty za przejazd (*toll*). Państwo członkowskie może więc zdecydować się na wprowadzenie jednego z tych systemów pobierania opłat za korzystanie z infrastruktury, lub też na jednoczesne stosowanie obu tych systemów. Należy mieć jednak na uwadze fakt, że w myśl art. 7 ust. 2 dyrektywy opłaty drogowe jak i opłaty za przejazd mogą być nałożone jedynie na użytkowników autostrad lub innych dróg z kilkoma pasami ruchu o charakterystyce zbliżonej do autostrady oraz mostów, tuneli i przełęczy górskich.

Należy więc wyraźnie podkreślić, że – zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy - w tym samym czasie nie można na ten sam odcinek drogi nałożyć opłat za przejazd i opłat za korzystanie z infrastruktury (jedyne wyjątki dotyczą korzystania z mostów, tuneli i przełęczy górskich).

Generalnie, art. 28 ust. 2 projektu ustawy jest zgodny z art. 7 ust. 3 dyrektywy. Należy jednak w tym kontekście podkreślić, że ten przepis projektu ustawy nie realizuje w pełni celu dyrektyw, jakim jest nie tylko umożliwienie nakładania opłat za korzystanie z infrastruktury drogowej, ale i stworzenie mechanizmów zabezpieczających przed podwójnym nakładaniem opłat na użytkowników dróg za korzystanie z tego samego odcinka drogi. Zawarte w art. 28 ust. 3 upoważnienie dla ministra właściwego do spraw transportu określa jedynie wykazy dróg, za korzystanie z których pobiera się oraz nie pobiera się opłat drogowych. Brak jest więc w projekcie ustawy przepisów zapobiegających możliwości ponoszenia przez użytkowników samochodów podwójnych opłat za korzystanie z dróg publicznych. Opłata drogowa jest bowiem uiszczana z góry, podczas gdy opłata za przejazd w chwili rozpoczęcia użytkowania przez kierowcę odcinka drogi podlegającego opłacie za przejazd.

Należy stwierdzić, że art. 2 pkt 2 projektu ustawy, zawierający definicję opłaty za przejazd, jest sprzeczny z prawem UE. Opłata, w rozumieniu prawa wspólnotowego,

jest pobierana nie za przejazd określonego odcinka drogi lecz za przejazd określonego odcinka drogi o najwyższej kategorii. W związku z tym wadliwym pojęciem drogi posługuje się również art. 28 ust. 1 i 2 projektu ustawy. Należy także zauważyć, że droga jest zdefiniowana w art. 2 pkt 5 projektu ustawy poprzez odesłanie do ustawy o drogach publicznych. Za drogę krajową w rozumieniu ustawy przyjmuje się nie tylko autostrady czy drogi ekspresowe, ale także drogi stanowiące inne połączenia zapewniające spójność sieci dróg krajowych, drogi alternatywne dla autostrad płatnych, drogi stanowiące ciągi obwodnicowe dużych aglomeracji miejskich oraz drogi o znaczeniu obronnym. Natomiast zgodnie z dyrektywą (art. 7 ust. 2 pkt a) opłaty mogą być pobierane za korzystanie z autostrad oraz innych dróg z kilkoma pasami ruchu o charakterystyce podobnej do autostrad. Objęcie opłatami innych kategorii dróg głównych (art. 7 ust. 2 lit. b dyrektywy) wymaga uzyskania zgody Komisji Europejskiej.

Projekt ustawy w art. 73 wprowadza zmiany do ustawy o drogach publicznych nadając nowe brzmienie art. 13; zgodnie z art. 13 ust. 7 ustawy na warunkach określonych w przepisach o budowie i eksploatacji dróg krajowych mogą być pobierane opłaty za przejazd po autostradach. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 101 projektu ustawy z dniem wejścia ustawy w życie traci moc ustawa o autostradach płatnych.

Zgodnie z art. 96 projektu ustawy opłaty za przejazd wynikające z umów koncesyjnych są pobierane na warunkach określonych w tych umowach. Zmiany stawek opłat za przejazdy wymagają zgody ministra właściwego do spraw transportu.

Ważnym warunkiem jest, by opłata drogowa była określona w wysokości proporcjonalnej do czasu trwania korzystania z infrastruktury drogowej. Należy się zastanowić, czy przedstawiony w art. 31 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 4 projektu ustawy sposób określania wysokości stawek innych niż roczna w pełni odzwierciedla wymóg proporcjonalności, o którym mowa w dyrektywie.

Należy podkreślić, że zgodnie z Załącznikiem II do dyrektywy stawka dzienna jest taka sama dla wszystkich kategorii pojazdów i wynosi 8 EURO. W art. 33 ust. 2 projektu ustawy stwierdza się, że stawki opłaty drogowej dziennej nie mogą być wyższe niż 8 EURO. Przepis ten jest sprzeczny z prawem UE, gdyż określona w

załączniku II do dyrektyw wysokość stawki nie może być ani wyższa ani niższa niż 8 EURO, lecz ma wynosić równe 8 EURO.

Ponadto, państwo członkowskie w stosunku do samochodów w nim zarejestrowanych może stosować jedynie stawki roczne (art. 7 ust. 8 dyrektywy). W stosunku do pojazdów zarejestrowanych w innych państwach Państwo Członkowskie może stosować stawki miesięczne, tygodniowe i dzienne. W projekcie ustawy brak jest przepisu rozróżniającego pojazdy zarejestrowane w danym państwie członkowskim i pojazdy zarejestrowane w innym państwie. Projekt ustawy jest więc w tym zakresie sprzeczny z prawem UE.

Dyrektywa zabrania nakładania podwójnych opłat (drogowych i za przejazd) na pojazdy przeznaczone do drogowego przewozu towarów, których maksymalna dopuszczalna waga brutto z załadunkiem nie jest mniejsza niż 12 ton. Nie nakłada ona natomiast takich zakazów na pojazdy o mniejszej masie. Należy jednak w tym kontekście zauważyć, że nałożenie podwójnych opłat na pojazdy o masie niższej niż 12 ton z jednej strony stanowiłoby dyskryminację części użytkowników dróg publicznych, z drugiej zaś strony jest formą nieuzasadnionego uprzywilejowania pojazdów ciężarowych, pomimo że to właśnie one w największym stopniu przyczyniają się do niszczenia nawierzchni dróg i zanieczyszczenia środowiska.

ad. 1, drugi tiret

Jak wspomniano powyżej, państwo członkowskie może nałożyć na użytkowników dróg zarówno opłaty drogowe (user charge) jak i opłaty za przejazd (toll). Państwo członkowskie może więc zdecydować się na wprowadzenie jednego z tych systemów pobierania opłat za korzystanie z infrastruktury, lub też na jednoczesne stosowanie obu tych systemów.

Należy jednak podkreślić, że w tym samym czasie nie można na ten sam odcinek drogi nałożyć opłat za przejazd i opłat za korzystanie z infrastruktury (jedyne wyjątki dotyczą korzystania z mostów, tuneli i przełęczy górskich). Konieczne jest więc zawarcie w projekcie ustawy mechanizmów zabezpieczających przed podwójnym nakładaniem opłat na użytkowników dróg za korzystanie z tego samego odcinka drogi. Zawarte w art. 28 ust. 3 upoważnienie dla ministra właściwego do spraw

transportu określa jedynie wykazy dróg, za korzystanie z których pobiera się oraz nie pobiera się opłat drogowych. Brak jest więc w projekcie ustawy przepisów rozwiązujących możliwość ponoszenia przez użytkowników samochodów podwójnych opłat za korzystanie z dróg publicznych.

Art. 75 projektu ustawy w wersji przedłożenia rządowego (druk nr 857) zawierał mechanizmy pozwalające na dostosowanie udzielonych przed dniem wejścia ustawy w życie koncesji do treści przepisów tej ustawy. W szczególności przepis ten zawierał zobowiązanie dla koncesjonariusza i Zarządu Dróg Krajowych do podjęcia negocjacji w celu zmiany umowy koncesyjnej a w przypadku braku osiągnięcia porozumienia upoważniał ministra właściwego do spraw transportu do wypowiedzenia umowy koncesyjnej.

W projekcie ustawy w wersji sprawozdania komisji (druk nr 1226) zagadnienie to reguluje art. 95, zgodnie z którym koncesje udzielone do dnia wejścia w życie ustawy oraz umowy koncesyjne zawarte do tego dnia pozostają w mocy. W stosunku do wersji przedstawionej przez rząd przepis ten został znacząco okrojony.

Przepis ten oznacza, iż do dnia wygaśnięcia już zawartych koncesji obowiązywać będą zamieszczone w nich uregulowania, a tym samym nie uniknie się podwójnego nakładania opłat na użytkowników dróg. W projekcie ustawy brak jest bowiem jednoznacznego stwierdzenia, w jaki sposób uniknie się nakładania podwójnych opłat (tj. drogowych i za przejazd) na użytkowników dróg.

W tym kontekście można wskazać jedynie na art. 96 projektu ustawy, zgodnie z którym opłaty za przejazd wynikające z umów koncesyjnych są pobierane na warunkach określonych w tych umowach. Zmiany stawek opłat za przejazdy wymagają zgody ministra właściwego do spraw transportu.

ad. 1, trzeci i czwarty tiret

Kwestie dotyczące udzielania koncesji na budowę lub eksploatację autostrady (rozdział IV projektu) objęty jest zakresem regulacji następujących przepisów prawa wspólnotowego:

- 1/ dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (O.J 1993, L 199), zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13

października 1997 r. (O.J. 1997, L 328) i dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (O.J. 2001, L 285),

2/ dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (O.J 1989, L 395), zmieniona dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 13 czerwca 1997 r. (O.J. 1992, L 209).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/37/WE, jeżeli zamawiający zawierają umowę koncesyjną na roboty budowlane, przepisy dotyczące ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 3, 6, 7 i 9-12 oraz art. 15 dyrektywy, stosuje się do umowy, której wartość jest nie mniejsza niż 5 000 000 ECU.

Art. 11 ust. 3 dyrektywy nakłada na zamawiających, którzy zamierzają przyznać koncesję na roboty budowlane, obowiązek poinformowania o swym zamiarze w ogłoszeniu. Publikowane ogłoszenia muszą być zgodne ze wzorami określonymi w załącznikach do dyrektywy i zawierać informacje przewidziane w tych załącznikach. Ust. 7, 9 i 13 określa zasady obowiązkowego zamieszczania ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Art. 15 dyrektywy stanowi, że zamawiający, którzy zamierzają przyznać koncesję na roboty budowlane, obowiązani są wyznaczyć termin przyjmowania wniosków o koncesję, który nie może wynosić mniej niż 52 dni od dnia wysłania ogłoszenia.

Art. 44 projektu ustawy jest zgodny z dyrektywą w zakresie w jakim przewiduje obowiązek umieszczania ogłoszeń w prasie o zasięgu krajowym oraz w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Jednocześnie art. 58 projektu zobowiązuje ministra właściwego do spraw transportu do określenia, w drodze rozporządzenia, m.in. szczegółowych warunków postępowania koncesyjnego i wzoru ogłoszenia o rozpoczęciu kwalifikacji wstępnej. Zawarty w art. 44 projektu wykaz informacji, jakie powinno zawierać ogłoszenie, nie ma charakteru *numerus clausus*. **Ostateczna ocena zgodności wzoru tego ogłoszenia z wymogami dyrektywy będzie możliwa z chwilą przedstawienia odpowiedniego projektu rozporządzenia.**

W przeciwieństwie do zawartego w art. 3 ust. 1 dyrektywy zawężenia zakresu stosowania przepisów dotyczących ogłoszeń wyłącznie do umów koncesyjnych, których wartość wynosi co najmniej 5 milionów euro, projektowana ustawa nie zawiera tego rodzaju ograniczenia. Oznacza to, że przedsiębiorstwo państwowe

„Drogi Krajowe” byłoby każdorazowo zobowiązane - na podstawie art. 44 projektu - do umieszczania ogłoszeń bez względu na wartość zamówienia objętego umową koncesji. Z kolei art. 45 projektu ustawy stanowi, że „w postępowaniu koncesyjnym mogą uczestniczyć (...) spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) o kapitale zakładowym nie mniejszym niż równowartość 5 mln euro”. **Tego rodzaju ograniczenia podmiotowego nie przewiduje natomiast dyrektywa.**

Przewidziany w art. 44 ust. 3 projektu termin składania dokumentacji do kwalifikacji wstępnej (nie krótszy niż 60 dni od dnia ukazania się ogłoszenia) nie narusza przepisów dyrektywy i jest jednocześnie bardziej korzystny dla uczestników postępowania koncesyjnego niż termin określony w art. 15 dyrektywy (nie mniej niż 52 dni od dnia wysłania ogłoszenia).

Projekt ustawy nie przewiduje żadnych procedur odwoławczych, które mogłyby mieć zastosowanie w przypadku postępowania koncesyjnego. Projekt nie odsyła również w tym zakresie do przepisów innych ustaw, a w art. 43 ust. 2 wyłącza stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych do postępowania koncesyjnego.

Obowiązek stosowania przez państwa członkowskie procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wynika z art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień objętych zakresem regulacji m.in. dyrektywy 71/305/EWG (obecnie dyrektywy Rady 93/37/EWG)¹, że decyzje podejmowane przez zamawiających podlegają efektywnemu, a zwłaszcza możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, zgodnie z warunkami określonymi w dyrektywie. Podstawą zaskarżenia tych decyzji jest naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów krajowych implementujących to prawo. Art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG wyraźnie nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, że procedury odwoławcze - zgodnie ze szczegółowymi przepisami, jakie państwa członkowskie mogą wprowadzić - są dostępne co najmniej każdej osobie, która ma lub miała interes w uzyskaniu określonego zamówienia publicznego na roboty budowlane, w przypadku gdy osoba

¹ Dyrektywa 71/305/EWG została uchylona i zastąpiona dyrektywą Rady 93/37/EWG. Zgodnie z art. 36 ust. 2 dyrektywy Rady 93/37/EWG, odniesienia do uchylonej dyrektywy są rozumiane jako odniesienia do tej dyrektywy (tj. dyrektywy 93/37/EWG).

ta została pokrzywdzona lub istnieje ryzyko jej pokrzywdzenia w wyniku domniemanego naruszenia przepisów.

Brak w projekcie ustawy przepisów umożliwiających stosowanie procedur odwoławczych w zakresie postępowania koncesyjnego **narusza przepisy dyrektywy Rady 89/665/EWG.**

Sporządził: Zespół Prawa Europejskiego