

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

Nr 368

Regulacja w sektorze kolejowym i jej sądowa kontrola

Redaktorzy naukowi

Jan Gola

Wojciech Szydło



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2014

Redakcja wydawnicza: Barbara Majewska
Redakcja techniczna: Barbara Łopusiewicz
Korekta: Barbara Cibis
Łamanie: Adam Dębski
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja powstała w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/08/A/HS5/00642

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się na stronie internetowej Wydawnictwa
www.pracnaukowe.ue.wroc.pl
www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Publikacja udostępniona na licencji Creative Commons
Uznanie autorstwa-Użycie niekomercyjne-Bez utworów zależnych 3.0 Polska
(CC BY-NC-ND 3.0 PL)



© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2015

ISSN 1899-3192
e-ISSN 2392-0041

ISBN 978-83-7695-486-8

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Zamówienia na opublikowane prace należy składać na adres:
Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
tel./fax 71 36 80 602; e-mail: econbook@ue.wroc.pl
www.ksiegarnia.ue.wroc.pl

Druk i oprawa: TOTEM

Spis treści

Wstęp	7
Maciej Błażewski: Reglamentacja rozpoczęcia wykonania budowy kolejowych.....	9
Joanna Czesak: Konstrukcja prawna licencji w transporcie kolejowym	19
Jan Gola: Prezes Urzędu Transportu Kolejowego – niezależny organ regulacyjny?.....	35
Stefan Akira Jarecki: Tabor a konkurencja w pasażerskich przewozach kolejowych.....	45
Karol Kłosowski: Rozporządzenie (WE) nr 1371/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym – teoria i praktyka	65
Jakub Kociubiński: Finansowanie usługi publicznej a otwarcie rynku transportu kolejowego – wewnętrzna sprzeczność?.....	83
Maciej Kruszyna: Punkt widzenia pasażerów na regulacje i deregulacje w pasażerskich przewozach kolejowych	101
Łukasz Piekaj: Public Service Obligation – obowiązek świadczenia usług publicznych w zbiorowym transporcie kolejowym.....	112
Kamilla Pomorska: Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego	123
Monika Przybylska: Decyzja o przyznaniu otwartego dostępu jako forma działania Prezesa UTK.....	140

Summaries

Maciej Błażewski: Rationing of commence of the construction works on the construction of railway	9
Joanna Czesak: Legal construction of licenses in railway transport.....	19
Jan Gola: President of the Railway Transport Office – an independent regulatory body?.....	35
Stefan Akira Jarecki: The rolling stock vs. competition in passenger rail transport.....	45
Karol Kłosowski: Regulation (EC) No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council on rail passengers’ rights and obligations – theory and practice.....	65
Jakub Kociubiński: Public service obligation vs. the liberalization of rail transport market – internal contradiction?	83

Maciej Kruszyna: The passengers point of view on the regulations and deregulations in the passenger rail transport.....	101
Łukasz Piekaj: PSO – Public Service Obligation in common railway transport.....	112
Kamilla Pomorska: Protection of business secret in the proceedings before the President of Rail Transport Office	123
Monika Przybylska: Open access decision as a regulatory instrument of the President of the Office for Railway Transport	140

Jakub Kociubiński

Uniwersytet Wrocławski

FINANSOWANIE USŁUGI PUBLICZNEJ A OTWARCIE RYNKU TRANSPORTU KOLEJOWEGO – WEWNĘTRZNA SPRZECZNOŚĆ?

PUBLIC SERVICE OBLIGATION VS. THE LIBERALIZATION OF RAIL TRANSPORT MARKET – INTERNAL CONTRADICTION?

DOI: 10.15611/pn.2014.368.06

Streszczenie: Zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej stanowi prawne narzędzie umożliwiające utrzymanie połączeń, które uznawane są za niezbędne społeczności w sytuacji różnorodnych niedomogów rynku. Jest szczególnie rozpowszechnione w transporcie kolejowym ze względu na ekonomiczno-operacyjne uwarunkowania sektora. Jednocześnie unijny legislator planuje dokonać pełnej liberalizacji obszaru do 2019 r. Artykuł zawiera próbę odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest pełne uwolnienie rynku, cechującego się tak dużym poziomem ingerencji państwa, bez której świadczenie niektórych usług transportowych byłoby niemożliwe. W tym celu przedstawione zostały założenia modelu konkurencji regulowanej, tzw. konkurencji o rynek, w kontekście podziału kompetencji między Unię a państwa członkowskie. Analiza obejmuje ocenę wpływu na liberalizację rynku rozwiązań w zakresie organizacji i finansowania kolejowych usług publicznych.

Słowa kluczowe: prawo UE, usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, obowiązek usługi publicznej, rekompensata z tytułu świadczenia usługi publicznej, konkurencja regulowana, konkurencja o rynek, transport kolejowy, liberalizacja.

Summary: Public Service Obligation (PSO) is a legal tool that allows sustaining of transport operations that are deemed to be vital for a society, but which cannot be provided commercially. Due to economic and operational factors PSOs are especially widespread in rail transport. At the same time the European legislator is planning to fully liberalize the sector in question by 2019. This paper attempt to answer a question whether full liberalization of the rail transport sector is possible given the extent of State's involvement in economically unviable railways. The system of controlled competition – so called “competition for markets” which is the backbone of sector's market order is analyzed in the context of division of competences between EU and Member States. The analysis covers the impact assessment of PSO framework on the rail transport market liberalization.

Keywords: EU law, services of general economic interest, Public Service Obligation, public service compensation, controlled competition, competition for markets, rail transport, liberalization.

1. Wstęp

Regulacja sektora transportu kolejowego napotyka wyzwania immanentnie związane z siecią charakterystyką operacji. Sektory sieciowe, zwane infrastrukturalnymi, mają wysokie koszty stałe wynikające z konieczności utrzymywania rozbudowanej infrastruktury niezbędnej do „wytworzenia” danej usługi transportowej¹. Szczególnie, że stosunek kosztów wejścia na rynek do zysków czerpanych z późniejszej działalności na tym rynku stanowi istotną barierę wejścia². Generalnie bowiem – przynajmniej w Europie – transport kolejowy pasażerów jest działalnością deficytową³. Zyski czerpane z biletów na ogół nie są w stanie pokryć wysokich kosztów i komercyjnie uzasadnić prowadzonych operacji. Szczególnie że w całej Unii Europejskiej (UE) w ciągu ostatnich trzech dekad daje się zauważyć regres w tej dziedzinie transportu⁴. Udział transportu kolejowego w porównaniu z innymi rodzajami usług przewozu osób wykazywał stałą tendencję spadkową⁵. Dopiero w latach 2010/2011 doszło do jęgo ustabilizowania na poziomie ok. 7%⁶.

Jednocześnie jest *prima facie* oczywiste, że usługi transportowe mają istotny walor użyteczności publicznej. Istnieje bogaty materiał analityczny ukazujący związek między dostępnością transportową (*accessibility*) i skomunikowaniem (*connectivity*) obszarów a szeroko pojętym rozwojem regionalnym⁷. Oczywiście poza czynnikami *stricte* ekonomicznymi, mierzonymi między innymi poziomem inwestycji czy produktu krajowego brutto, łączność między regionami wpływa na trudno kwantyfikowalną spójność społeczną⁸. Wpływ transportu nie ogranicza się

¹ Por. m.in. W. Rydzkowski, K. Wojewódzka-Król, *Transport. Aktualne problemy integracji z UE*, PWN, Warszawa 2008; A. De Palma, R. Lindsey, E. Quinet, R. Vickerman (red.), *A Handbook of Transport Economics*, Edward Elgar, Cheltenham 2011.

² S. Miecznikowski, D. Tłoczyński, M. Wołek, *Gospodarowanie w transporcie kolejowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2000, s. 9 i n.

³ Por. analizy KE: Commission Staff Working Document, SWD(2013) 10; SWD(2013) 11; COM(2013) 28; COM(2013) 29.

⁴ H. de Broca, M. Mielecka Riga, A. Subotčs, *Transport*, [w:] I. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 1831.

⁵ Por. Impact Assessment accompanying proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area, as regards the opening of the market for domestic passenger transport services by rail and the governance of the railway infrastructure, COM(2013) 29 final.

⁶ Odsetek jest jeszcze niższy i wynosi 6,2%, jeżeli wliczy się transport lotniczy i wodny (śródlądowy i morski). Por. European Commission, DG Mobility & Transport, EU transport in figures. Statistical Pocketbook 2013, Brussels 2013.

⁷ Por. m.in. K.T. Geurs, K.J. Krizek, *Accessibility Analysis and Transport Planning. Challenges of Europe and North America*, Edward Elgar, Cheltenham 2012; J.P. Rodrigue, C. Comtois, B. Slack, *Geography of Transport Systems*, Edition, Routledge, Abingdon 2013.

⁸ Spójność społeczna i terytorialna, które wchodzą w skład celów Unii Europejskiej wskazanych w art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 26.10.2012, C 326/1), stanowi swego rodzaju *superfluum*. Tradycyjnie są łączone z kwestią funduszy spójności, ale mają też związek z usługami świad-

więc wyłącznie do sfery gospodarki, co tym bardziej uzasadnia ingerencję państwa w celu zagwarantowania odpowiedniej dostępności transportowej w sytuacji różnorodnych niedomogów rynku.

Naszkicowane uwarunkowania stawiają regulatora przed koniecznością rozstrzygnięcia dylematu, jak zapewnić dostępność niezbędnych społeczności usług, których świadczenie jest jednocześnie nieopłacalne. W tym miejscu pojawia się pytanie, które wyznacza strukturę dyskursu. Czy daje się pogodzić interwencję państwa z paradygmatem liberalizacji sektora? Co jest szczególnie aktualne w obliczu prac nad reformą – tzw. czwartym pakietem kolejowym. Odpowiedź na sformułowane w tytule pytanie wymaga analizy instrumentów interwencji – głębokości i kształtu korekty mechanizmu rynkowego i tym samym wpływu na rynek.

2. Charakterystyka ładu rynkowego sektora transportu kolejowego – model „regulowanej konkurencji”

Udział państwa w sektorze transportu kolejowego był tradycyjnie bardzo duży. Przedsiębiorstwa kolejowe – operatorzy infrastruktury i taboru – pozostawały w rękach państwa. Wynikało to po części z konieczności zaangażowania zasobów przekraczających możliwości podmiotów prywatnych, a częściowo ze strategicznego znaczenia opisywanego sektora⁹. Liberalizacja branży jest zjawiskiem relatywnie nowym (od 2001 r.). Trzy pakiety regulacyjne – tzw. pakiety kolejowe – wprowadziły pewne otwarcie rynku w trzech zasadniczych aspektach: zasadach wejścia na rynek, nadzoru regulatora i regulach finansowania infrastruktury¹⁰. Otwarcie

czonymi w ogólnym interesie gospodarczym, których częścią są tytułowe zobowiązania do świadczenia usług publicznych. Art. 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 26.10.2012, C 326/47) podkreśla znaczenie opisywanych usług właśnie dla zapewnienia spójności społecznej i terytorialnej. Por. J. Kociubiński, *Artykuł 14*, [w:] A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*. Tom I, LEX Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 265 i n. oraz w związku z tym M.A. Nesterowicz, *Artykuł 93*, [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szware-Kuczer (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz Tom II*, LEX Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 162.

⁹ S. Miecznikowski, D. Tłoczyński, M. Wołek, wyd. cyt., s. 9 i n.

¹⁰ W skład pierwszego pakietu wchodzi: Dyrektywa Rady 96/48/WE z dnia 23 lipca 1996 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości, Dz.Urz. UE z 17.09.1996, L 235/6; Dyrektywa 2001/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych, Dz.Urz. UE z 15.03.2001, L 75/1; Dyrektywa 2001/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniająca dyrektywę Rady 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym, Dz.Urz. UE z 15.03.2001, L 75/26; Dyrektywa 2001/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz przyznawanie świadectw bezpieczeństwa, Dz.Urz. UE z 15.03.2001, L 75/29; Dyrektywa 2001/16/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych, Dz.Urz. UE z 20.04.2001, L 110/1. W skład drugiego z pakietów regulacyjnych wchodzi: Dyrektywa 2004/49/WE

obejmowało tylko transport międzynarodowy, dlatego można stwierdzić, że zasadniczą przeszkodą dla wzrostu konkurencyjności sektora były nieprecyzyjnie określone warunki dostępu do rynków lokalnych¹¹. Jednocześnie od strony czysto technicznych parametrów pewien poziom interoperacyjności operacji kolejowych został zapewniony, dlatego ewentualne bariery wejścia mają zasadniczo charakter prawny i/lub regulacyjny¹².

Należy jednocześnie wskazać, że Komisja Europejska (KE) stale dąży do większego otwarcia rynku. Opublikowana propozycja czwartego pakietu regulacyjnego zakłada pełną liberalizację sektora do 2019 r.¹³ Reforma ma otworzyć przewoźnikom europejskim dostęp do tras krajowych. Pełna liberalizacja (zakładając na potrzeby analizy teoretyczny model) w sektorach sieciowych – a transport kolejowy niewątpliwie do takich należy – wiąże się z ryzykiem wystąpienia zjawiska zwanego *cherry-picking*¹⁴. Nie ulega wątpliwości, że poszczególne segmenty rynku – trasy różniąc się będą atrakcyjnością mierzoną możliwym do osiągnięcia poziomem zysków¹⁵.

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie bezpieczeństwa kolei wspólnotowych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym oraz dyrektywę 2001/14/WE w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz certyfikację w zakresie bezpieczeństwa (Dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa kolei), Dz.Urz. UE z 30.04.2004, L 164/44; Dyrektywa 2004/50/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę Rady 96/48/WE w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości i dyrektywę 2001/16/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej, Dz.Urz. UE z 30.04.2004, L 164/114; Dyrektywa 2004/51/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych, Dz.Urz. UE z 30.04.2004, L 164/164. Natomiast w skład trzeciego pakietu wchodziły: Dyrektywa 2007/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych oraz dyrektywę 2001/14/WE w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej, Dz.Urz. UE z 03.12.2007, L 315/44; Dyrektywa 2007/59/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. w sprawie przyznawania uprawnień maszynistom prowadzącym lokomotywy i pociągi w obrębie systemu kolejowego Wspólnoty, Dz.Urz. UE z 03.12.2007, L 315/51; Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Dz.Urz. UE z 03.12.2007, L 315/1 i Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym, Dz.Urz. UE z 03.12.2007, L 315/14.

¹¹ H. de Broca, M. Mielecka Riga, A. Subotčs, wyd. cyt., s. 1833.

¹² Tamże. Por. dyrektywy 96/48/WE i 2001/16/WE.

¹³ Propozycja aktów chodzących w skład czwartego pakietu kolejowego wraz z dokumentami towarzyszącymi są dostępne na stronach Komisji pod adresem: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/fourth-railway-package_en.htm (3.06.2014).

¹⁴ W. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 986-987. Por. również argumentacja zastosowana w orzeczeniu TS C-320/91, *Postępowanie karne przeciwko Paulowi Corbeau*, [1993] ECR I-2533.

¹⁵ S. Miecznikowski, D. Tłoczyński, M. Wołek, wyd. cyt., s. 30-46.

W sytuacji ograniczenia decyzji odnośnie do prowadzenia operacji na danej trasie do przesłanek wyłącznie ekonomicznych przewoźnicy będą skupiać swoją działalność na rynkach najbardziej dochodowych¹⁶. Zostanie to zmodyfikowane do pewnego stopnia koniecznością zapewnienia kohezji siatki, gdzie część połączeń będzie kontrybuować do ogólnego wyniku pozostałych, ale nie ulega wątpliwości, że dojdzie, tłumacząc anglojęzyczne określenie *cherry-picking*, do „wybrania wisienek z tortu”¹⁷. A zatem będzie się to wiązać z zaprzestaniem lub ograniczeniem oferowania danych usług na trasach niedających satysfakcjonującego wyniku finansowego¹⁸. Najczęściej będą to połączenia z niewielkimi miejscowościami na obszarach słabiej zurbanizowanych, niezdolnych wygenerować wystarczających popyt dla komercyjnego uzasadnienia operacji¹⁹. Taki scenariusz zakłada więc wzrost aktywności przewoźników na najbardziej atrakcyjnych (z perspektywy potencjalnych zysków) rynkach cząstkowych, co wiązać się będzie z poprawą ich konkurencyjności, ale jednocześnie z zaprzestaniem operacji na obszarach peryferyjnych.

Dlatego mimo postępującej (powoli) liberalizacji ład rynkowy sektora opiera się na modelu nazwanym „regulowaną/kontrolowaną konkurencją”²⁰. Został on dosyć eufemistycznie określony jako konkurencja „o rynek” w przeciwieństwie do konkurencji „na rynku”²¹. Niezależnie od takiej ekwilibrystyki semantycznej można wysunąć twierdzenie, że pod tą nazwą kryje się założenie zezwalające na interwencję państwową, jeśli nieskorygowany mechanizm rynkowy nie jest w stanie zapewnić realizacji ogólnie popieranego celu²². W tym miejscu konieczne jest odwołanie się do aksjologicznych podstaw unijnego prawa konkurencji, którego głównymi celami oprócz „efektywnej alokacji zasobów”, tradycyjnie utożsamianej z efektywnością ekonomiczną (zwłaszcza alokacyjną), przedmiotem ochrony jest równocześnie „integracja rynku wewnętrznego” i „dobrobyt konsumentów”²³. A zatem konkurencja „o rynek” oznaczać będzie sytuację, kiedy państwo subsydiuje operacje na trasach uznawanych za niezbędne społeczności – posiadających walor użyteczności pu-

¹⁶ J.L. Buendia Sierra, *Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures*, [w:] I. Faull, A. Nikpay (red.), wyd. cyt., s. 857-858; W. Whish, D. Bailey, wyd. cyt., s. 986 i n.

¹⁷ J.L. Buendia Sierra, *Article 106...*, wyd. cyt., s. 857-858.

¹⁸ Por. w związku z tym orzeczenie TS C-320/91, *Corbeau*, pkt 17-18.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ H. de Broca, M. Mielecka Riga, A. Subotčs, wyd. cyt., s. 1835-1837.

²¹ Commission Staff Working Document, SWD(2013) 10, s. 33.

²² Biała Księga. Plan utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasobooszczędnego systemu transportu, COM(2011) 0144 final.

²³ Por. m.in. P. Akman, „*Consumer Welfare*” and *Article 82EC: Practice and Rhetoric*, *World Competition: Law And Economic Review*, March 2009, vol. 32, no. 1, s. 72; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press, Oxford 2014; G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 21 i n., oraz w związku z tym orzeczenia Sądu T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Komisja*, [2006] ECR II-02969, wywód pkt 298-307; T-213/01 i T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG i Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Komisja*, [2006] ECR II-1601.

blicznej – a operatorzy konkurują między sobą o przyznanie prawa do obsługi tych tras. Później natomiast, czyli w momencie faktycznego wykonywania działalności przewozowej, konkurencja pomiędzy poszczególnymi uczestnikami rynku nie występuje, bo nawet jeśli aktywna jest większa liczba dostawców „publicznych” usług transportowych, to zarówno parametry operacji, jak i finansowanie określone jest na poziomie władzy publicznej odpowiedzialnej za organizację transportu zbiorowego na swoim terytorium.

Kluczowym elementem tak zarysowanego modelu organizacji rynku, umożliwiającym realizację pozaekonomicznych, „prospójnościowych” celów jest zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej (*Public Service Obligation*). Stanowi element szerszej unijnej koncepcji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym²⁴. Znaczeniowo termin ten najbliższy jest pojęciu „usługi użyteczności publicznej”²⁵. Ale mimo wyraźnego podobieństwa do krajowych modeli tych usług, zwłaszcza do francuskiej koncepcji *service public*, nie może być traktowany w kategorii analogii do modeli krajowych²⁶. Jest to więc oryginalna unijna koncepcja i całe *acquis* z nią związane powstało i ewoluuje na płaszczyźnie prawa UE²⁷. Mimo to państwa członkowskie mają szeroki margines swobody podczas desygnacji danej usługi jako świadczonej w interesie ogólnym – czyli można uznać ją za realizującą interes publiczny²⁸. W przypadku opisywanego sektora będzie to wybór tras²⁹. Dlatego w kręgu zainteresowania niniejszego opracowania pozostaną jedynie operatorzy taboru³⁰. Podmioty te, podobnie jak wszystkie inne jednostki stanowiące przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa UE, podlegają regułom prawa konkurencji, w tym prawa subwencyjnego³¹. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na chaos zwią-

²⁴ J. Kociubiński, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Unii Europejskiej. Wyzwanie dla europejskiego modelu gospodarczego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2013, s. 88-97 i 143-146.

²⁵ Tamże; Komunikat Komisji. Usługi użyteczności publicznej w Europie, 20.09.2000, COM(2000) Dz.Urz. UE z 19.01.2001, C 17/4.

²⁶ Tamże.

²⁷ Biała Księga usług interesu ogólnego. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Bruksela 24.05.2004, COM (2003) 374, s. 38; Komisja Europejska. Zielona Księga w sprawie usług użyteczności publicznej. 21.05.2003, COM(2003) 270 final, pkt 1.17.

²⁸ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...* Wybór dokonany przez państwa kontrolowany jest jedynie pod kątem wystąpienia „rażących błędów w ocenie”. Por. Komunikat Komisji z 2000 r., pkt 3.22.

²⁹ Art. 1 rozporządzenia 1370/2007. W dalszej kolejności wiązać się to będzie z określeniem pożądanego standardu oferowania na danych trasach.

³⁰ Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym nie są ograniczone wyłącznie do działalności znajdującej się na bezpośrednim „styku” z konsumentem – pasażerem.

³¹ Orzeczenie TS C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979, pkt 21, dające początek linii orzeczniczej. Por. m.in. orzeczenia TS C-159/91 i C-160/91, *Christian Poucet v. Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, [1993] ECR I-637, pkt 17; C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, [1994] ECR I-43, pkt 18; C-244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurances et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v. Ministère*

zany z równoległym funkcjonowaniem pojęć „usługi świadczone w interesie ogólnym”, „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym” i „usługi publiczne (użyteczności publicznej)”³². Występujące w dedykowanym transportowi przepisie art. 93 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) sformułowanie „usługa publiczna” jest w rzeczywistości tożsame z pojęciem usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym³³. Do wysunięcia takiego wniosku uprawnia zarówno analiza dokumentów KE, jak i orzecznictwa Trybunału, gdzie stanowisko stwierdzające tożsamość wzmiankowanych pojęć zostało niejednokrotnie wyrażone *explicite*³⁴.

Przywoływany gospodarczy charakter opisywanych usług stanowi jednocześnie czynnik implikujący wewnętrzną sprzeczność sygnalizowaną w tytule. Chodzi bowiem o działalność gospodarczą, wykonywaną w interesie publicznym³⁵. Jest więc to odwrócenie tradycyjnego paradygmatu, zgodnie z którym działalność ta jest wykonywana dla zysku, więc przynajmniej co do zasady wszystkie decyzje związane z zarządzaniem przedsiębiorstwem podejmowane są w oparciu o przesłanki ekonomiczne.

3. Istota zobowiązania do świadczenia usługi publicznej

Tytułowe zobowiązanie stanowi swego rodzaju prawny łącznik między władzą, która jest konstytucyjnie odpowiedzialna za dostępność określonych usług użyteczności publicznej a przedsiębiorstwem, które je faktycznie świadczy³⁶. Relacja jest dwustronna, z jednej umożliwia utworzenie operatorowi preferencyjnych warunków pozwalających wykonywać społecznie użyteczną działalność w sytuacji niedomogów rynku³⁷. Z drugiej natomiast wprowadza element odpowiedzialności w przypadku braku lub nienależytego wykonania usługi³⁸.

de l'Agriculture et de la Pêche, [1995] ECR I-4013, pkt 14; C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, [1997] ECR I-7119, pkt 21.

³² M. Klasse, *Services of General Economic Interest*, [w:] M. Heidenhain (red.), *European State Aid Law Handbook*, C.H. Beck, Hart – Nomos – München – Oxford 2010, s. 501.

³³ Tamże.

³⁴ Zielona Księga z 2003 r.

³⁵ A. Jones, B. Sufrin, wyd. cyt., s. 47 i n.

³⁶ C.H. Bovis, *Financing Services of General Economic Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection*, *European Law Journal*, January 2005, vol. 11, no. 1, s. 92; C.H. Bovis, *Developing Public Procurement Regulation: Jurisprudence and Its Influence on Law Making*, *Common Market Law Review*, April 2006, vol. 43, no. 2, s. 461.

³⁷ C.H. Bovis, *Developing Public Procurement...*, s. 461 i n.

³⁸ Por. m.in. orzeczenia TS i Sądu 172/80, *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*, [1981] ECR 202; T-93/02, *Confédération nationale du Crédit mutual v. Komisja (livret A and livret bleu)*, [2005] ECR II-143; T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd i BUPA Ireland Ltd v. Komisja*, [2005] ECR II-741, pkt 190.

Co do zasady stworzenie dla operatorów wspomnianych preferencyjnych warunków odbywa się w ramach tzw. klauzuli ucieczki zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE³⁹. Umożliwia ona niestosowanie przepisów prawa UE w stosunku do przedsiębiorstw zobowiązanych do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym⁴⁰. Zwraca uwagę, że derogacja może obejmować wszystkie przepisy prawa unijnego, a nie jedynie reguły konkurencji czy pomocy publicznej⁴¹. Natomiast działalność związana z realizacją wspólnej polityki transportowej (z wyłączeniem transportu lotniczego i morskiego), w aspekcie związanym z realizacją użytecznych publicznie zadań, cechuje się szczególnym reżimem prawnym określonym na poziomie *acquis communautaire*⁴².

Podstawą jest przepis art. 93 TFUE stanowiący *lex specialis* w stosunku do art. 106 ust. 2 TFUE⁴³. Zawiera blankietową zgodę na udzielenie pomocy w przypadku zadań związanych z „koordynacją transportu” i świadczeniami „nierozdzielnie związanymi z pojęciem usługi publicznej”. Jak zostało wskazane w toku wcześniejszych rozważań, to państwa określają, które usługi związane z regularnym przewozem pasażerów – które trasy zostaną uznane za „usługi publiczne/użyteczności publicznej”⁴⁴. A zatem akceptowalne jest wsparcie pokrywające straty operacyjne powstałe w wyniku dostarczania społecznie użytecznych, ale nierentownych usług⁴⁵. *A contrario* co do zasady zastosowanie przepisu art. 93 TFUE w transporcie będzie niedopuszczalne, jeśli dana usługa nie będzie oferowana na pożądanym poziomie przy zastosowaniu nieskorygowanego mechanizmu rynkowego⁴⁶. Publiczne środki, tzw. rekompensata z tytułu świadczenia usługi publicznej (*Public Service Compensation*), korzystające ze wspomnianej blankietowej zgody nie będą wobec tego stanowiły pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE⁴⁷. Doniosłość wynikająca z różnicy w prawnej klasyfikacji narzędzi wsparcia związana jest z me-

³⁹ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 106-112; J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym a zasada proporcjonalności*, *Studia Prawnicze, Zeszyt 2* (188), 2011, s. 165-168.

⁴⁰ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 106-112.

⁴¹ Tamże; M. Szydło, *Artykuł 106*, [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), *Traktat o funkcjonowaniu...* s. 519 i n.

⁴² M.A. Nesterowicz, wyd. cyt., s. 162 i n. Por. orzeczenie 209/84, 210/84, 211/84, 212/84, 213/84 i 214/84, *Postępowanie karne przeciwko Lucasowi Asjes i innym, Andrewowi Gray i innym, Jaquesowi Maillot i innym, i Léo Ludwigowi i innym (Nouvelles Frontières)* [1986] ECR 1425, pkt 31, 40-42.

⁴³ C.H. Bovis, *Public Service Obligations in the Transport Sector: The Demarcation between State Aids and Services of General Interest under EU Law*, *European Business Law Review*, 2005, vol. 16, no. 6, s. 1329.

⁴⁴ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 112-115; por. Komunikat Komisji z 2000 r., pkt 3.22.

⁴⁵ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 112-115.

⁴⁶ Por. orzeczenie Sądu T-260/94, *Air Inter SA v. Komisja*, [1997] ECR II-997.

⁴⁷ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 331 – 350. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Reforma zasad UE dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Bruksela 23.03.2011, COM(2011)146 final.

chanizmem kontroli przewidzianym w prawie UE. Co do zasady pomoc publiczna podlega notyfikacji *ex ante*, a zastosowanie środków uzależnione jest od pozytywnej decyzji Komisji⁴⁸. Natomiast w przypadku subsydiów korzystających z derogacji, czy to w ramach generycznych zasad z art. 106 ust. 2 TFUE, czy szczególnych z art. 93 TFUE, mimo obowiązku ograniczenia ich stosowania do sytuacji niedomogów rynku, kontrola ma charakter *ex post*, jako że nie ma obowiązku uprzedniej notyfikacji, w związku z tym jest mniej skuteczna⁴⁹.

Podejście do stosowania wyłączenia, które uzależnione jest od istnienia zobowiązania, ulegało ewolucji wraz z modyfikacją priorytetów ustroju gospodarczego Wspólnot i Unii Europejskiej⁵⁰. Obecnie dominuje bardzo permissywna wykładnia, zgodnie z którą skorzystanie z wyłączenia w wypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jest możliwe, jeśli dzięki niemu przedmiotowe usługi będą oferowane na „ekonomicznie akceptowalnych warunkach” w sytuacji „równowagi finansowej” operatora⁵¹. W tym kontekście należy przywołać także rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Altmark*⁵². Określono w nim przesłanki, których wypełnienie pozwoli uznać wsparcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym za niepodlegające unijnemu reżimowi prawa pomocy publicznej, a zamiast tego stanowiące rekompensatę z tytułu świadczenia usługi publicznej. Oczywiście orzeczenie Trybunału *de iure* ma charakter jednostkowy, indywidualny, ale zastosowana linia argumentacji została inkorporowana do legislacji wtórnej regulującej przedmiotowe usługi, stanowiąc jednocześnie praktycznie użyteczną dyrektywę interpretacyjną⁵³.

⁴⁸ Wynika to *expressis verbis* z art. 108 ust. 3 TFUE, ale brak notyfikacji nie oznacza automatycznie, że pomoc publiczna jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym (nielegalna).

⁴⁹ M. Szydło, wyd. cyt., s. 503 i n. Derogacja wynika z mocy prawa, ze względu na charakter świadczonych usług. Por. w związku z tym orzeczenie 258/78, *L.C. Nungesser KG i Kurt Eisele v. Komisja*, [1982] ECR 2015, pkt 8-9 oraz decyzje KE 82/861, *British Communications*, Dz.Urz. WE z 21.12.1982 L 360/36 i 82/371, *NAVEVA-ANSEAU*, Dz.Urz. WE z 20.11.1982, L 167/39.

⁵⁰ J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...* s. 15 i n.; J. Kociubiński, *Prawo dostępu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jako prawo podstawowe? Rozważania na tle reorientacji priorytetów europejskiego modelu gospodarczego*, [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013, s. 117 i n.

⁵¹ Linie orzecznicza wyznaczyło rozstrzygnięcie TS C-320/91, *Corbeau*, pkt 16. Por. również orzeczenia sprawie C-393/92, *Gemeente Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, [1994] ECR I-1477, pkt 114; C-157/94, *Komisja v. Holandia*, [1997] ECR I-5699, pkt 28 i 43; C-158/94, *Komisja v. Włochy*, [1997] ECR I-5789, pkt 36 i 39; C-159/94, *Komisja v. Francja (EDF/GDF)*, [1997] ECR I-5815, pkt 26.

⁵² Orzeczenie TS C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, i Oberbundesamt beim Bundesverwaltungsgericht*, [2003] ECR I-7747/.

⁵³ Pakiet *Altmark II* składa się z: Decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE z 11.01.2012

A zatem zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej musi być precyzyjnie określone, a nie jedynie dorozumiane na podstawie charakterystyki danej działalności. Nawet jeżeli dana usługa będzie miała walor użyteczności publicznej, ale cele polityki władz publicznych, których jest częścią, są zdefiniowane w sposób nadmiernie szeroki, niejasny i ogólnikowy, nie będzie możliwości skorzystania z „klauzuli ucieczki”⁵⁴. Wobec tego analogicznie niedopuszczalna w kontekście zastosowania art. 93 TFUE jest sytuacja, kiedy dana usługa zostanie uznana za świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym tylko na niektórych terytoriach, podczas gdy na innych odmówiono jej tego statusu⁵⁵. Stąd zobowiązanie musi być wyraźnie „powierzone”. Wybór aktu należy do państwa członkowskiego, ale sam fakt istnienia konieczności zdobycia autoryzacji dla prowadzenia określonej działalności (koncesji, licencji, zezwolenia etc.) nie wystarczy do uznania, że występuje przedmiotowe „powierzenie” w sytuacji braku określenia charakteru zobowiązania lub gdy jest ono sformułowane w zbyt ogólny sposób czy też gdy nie jest prawnie wiążące⁵⁶.

4. Rekompensata z tytułu świadczenia usługi publicznej

Szczegółowe zasady dotyczące stosowania wspomnianego wyłączenia w transporcie kolejowym zostały określone w rozporządzeniu 1370/2007 dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70⁵⁷. Kolejnym wymogiem sformułowanym w orzeczeniu *Altmark* jest bowiem określenie rekompensaty *ex ante* na podstawie przejrzystych parametrów⁵⁸. Rozporządzenie konkretyzuje zasady udzielania kompensacji w przedmiotowym sektorze, określając jej parametry⁵⁹.

L 7/3; Komunikatu Komisji Zasady ramowe Unii Europejskiej, dotyczącego pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz.Urz. UE z 11.01.2012, C 8/15; Komunikatu Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE z 11.01.2012, C 8/4. Por. szerzej: J. Kociubiński, *Stosowanie „Pakietu Altmark” (I i II) wobec pomocy udzielanej przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, Folia Iuridica Wratislaviensis, 2012, vol. 1, no. 1, s. 179-201.

⁵⁴ Decyzja 2003/521/EC: Commission Decision of 9 April 2002 on the State aid implemented by Italy for cableway installations in the Autonomous Province of Bolzano, Dz.Urz. UE z 22.07.2002, L 183/19.

⁵⁵ Jeśli zastosowanie art. 93 TFUE będzie niemożliwe, to również nie będzie można skorzystać z art. 106 ust. 2 TFUE, por. M. Kekelekis, P. Nicolaides, *Public Financing of Urban Transport: The Application of EC State Aid Rules*, World Competition, September 2008, vol. 31, no. 3, s. 426.

⁵⁶ Orzeczenie TS C-34/01 i C-38/01, *Enirisorse SpA v. Ministero delle Finanze*, [2003] ECR I-14243, pkt 40.

⁵⁷ Wchodzące w skład tzw. trzeciego pakietu kolejowego, por. przypis 10.

⁵⁸ Orzeczenie TS C-280/00, *Altmark*, pkt 90 i T-289/03, *BUPA*, pkt 214.

⁵⁹ Art. 6 rozporządzenia 1370/2007 oraz załącznik do tego aktu.

Wsparciu finansowemu dużej części usług użyteczności publicznej towarzyszy ryzyko wystąpienia niedozwolonego subsydiowania krzyżowego, zwanego także skośnym⁶⁰. Chodzi o sytuację, kiedy przedsiębiorstwo otrzymujące rekompensatę i posiadające preferencyjne warunki świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym będzie wykorzystywać uzyskane korzyści do osiągnięcia przewagi na rynkach równoległych, gdzie podmiot ten prowadzi działalność komercyjną (często o zupełnie innym charakterze)⁶¹. Ryzyko to można minimalizować, dostosowując wysokość rekompensaty do rzeczywistych kosztów dostarczania danej usługi z uwzględnieniem „rozsądnego” zysku, co może być problematyczne w sytuacji, kiedy część kosztów jest wspólna dla różnych form aktywności podmiotu⁶². Akurat w transporcie kolejowym nie jest to pierwszorzędą kwestią. Poziom efektywnej konkurencji między poszczególnymi przedsiębiorstwami branży jest stosunkowo niewielki, biorąc pod uwagę stopień rozpowszechnienia usług publicznych i związany z tym niski poziom rentowności. Bardziej doniosła jest kwestia efektywności samych subsydiowanych, społecznie użytecznych operacji. Szczególnie że źródłem są środki publiczne, co sprawia, iż poza wymiarem ekonomicznym, związanym z gospodarowaniem jednostek budżetowych, ma także wymiar polityczny. Wiąże się ona bezpośrednio z zagadnieniem otwarcia rynku. Jest *prima facie* oczywiste, że istnienie zobowiązania do świadczenia usługi publicznej na danej trasie oznacza, że inne podmioty nie będą prowadzić tam operacji, bo niezależnie od przewagi, jaką zobowiązany podmiot będzie posiadał w wyniku otrzymywania rekompensaty, rynek i tak nie będzie uzasadniał komercyjnej działalności⁶³.

Natomiast wystąpienie sytuacji, kiedy „zewnątrzny” podmiot nieotrzymujący rekompensaty utrzyma dostęp do trasy i będzie w stanie prowadzić na niej dochodową działalność, nie musi oznaczać, że zobowiązanie zostało nałożone niesłusznie⁶⁴. Komercyjne *rationale* operacji na danej trasie może stanowić przykład opisanej praktyki *cherry picking*, a ponadto nie ma żadnej gwarancji, że podmiot ten nie za-

⁶⁰ M. Fehling, *Problems of Cross-subsidisation*, [w:] M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T.M.C. Asser Press, Den Haag 2009, s. 129.

⁶¹ Tamże. Por. także orzeczenie TS 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja*, [1983] ECR 3461.

⁶² G.B. Abbamonte, *Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?*, *European Law Review*, October 1998, vol. 23, no. 3, s. 414-433. Zjawisko to często występuje w sektorach sieciowych, co w znacznym stopniu wynika z ich struktury kosztów. Por. w związku z tym D. Gerardin, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*, E. Righini (red.), *New EU State Aid Rules for Services of General Economic Interest*, *European State Aid Law Quarterly – Special Issue 2012*, s. 56.

⁶³ Biorąc pod uwagę zakres podziału kompetencji między UE a państwa członkowskie, a także mechanizm kontroli, teoretycznie możliwe jest nałożenie zobowiązań na rentowne trasy.

⁶⁴ Kontrola wyboru dokonywanego przez państwo przeprowadzana jest na poziomie prawa UE tylko pod kątem „rażących błędów w ocenie” (*manifest error of assessment*). Por. J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 105.

przestanie oferowania danych usług w wyniku podjęcia decyzji czysto biznesowej⁶⁵. A zatem można powiedzieć, że samo zobowiązanie – i wynikająca z niego rekompensata – jest neutralne dla otwarcia rynku, dopóki jest nałożone na rynki nierentowne⁶⁶. Wpływ na wspomniane otwarcie, z uwzględnieniem specyfiki ładu rynkowego i modelu „regulowanej konkurencji”, może mieć natomiast (opisana poniżej) kwestia wyboru operatora usług w ogólnym interesie gospodarczym – publicznych.

5. Wybór operatora usług publicznych – konkurowanie „o rynek”

Analiza zarówno samego rozstrzygnięcia sprawy *Altmark*, jak i późniejszych pakietów regulacyjnych pozwala zauważyć, że Komisja preferuje wybór zobowiązanego operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym za pomocą instrumentów przewidzianych w prawie zamówień publicznych⁶⁷. Oczywiście biorąc pod uwagę nieprecyzyjny podział kompetencji między UE a państwami członkowskimi w zakresie przedmiotowych usług, a także uwzględniając zasadę proporcjonalności, całkowita unifikacja procedur wyłaniania dostawcy przedmiotowych usług jest nierealistyczna⁶⁸. Natomiast rozporządzenie 1370/2007 wskazuje, że po upływie okresu przejściowego zamówienia na świadczenie usług użyteczności publicznej w transporcie kolejowym powinny być udzielane zgodnie z zasadami wskazanymi w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE określających na poziomie *acquis communautaire* reguły udzielania zamówień publicznych albo w drodze koncesji, które podlegają bezpośrednio swobodom rynku wewnętrznego⁶⁹.

Rozporządzenie 1370/2007 przewiduje wprawdzie stopniowe dostosowanie kontraktów (umów) regulujących zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej

⁶⁵ Przyczyny natury ekonomiczno-operacyjnej lub nawet partykularne są w sumie zupełnie irrelevantne. Kluczowe jest to, że nie ma prawnego mechanizmu gwarantującego oferowanie, jaki towarzyszy zobowiązaniu do świadczenia usługi publicznej.

⁶⁶ Poziom rentowności zależeć też będzie od standardu usługi (częstotliwości etc.) ustalonej przez władze publiczne zlecające świadczenie danej usługi.

⁶⁷ Na poziomie *acquis communautaire* podstawami prawa zamówień publicznych są: Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.Urz. UE z 30.04.2004, L 134/1, i Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE z 30.04.2004, L 134/114. Por. w związku z tym J. Kociubiński, *Zakres swobody władz publicznych w wyborze operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Wrocławskie Studia Sądowe 2012, nr 4, s. 24-44.

⁶⁸ Dołączony do traktatu reformującego Protokół w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym (Dz.Urz. UE z 26.10.2012, C 326/308) podkreśla „zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrecjonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców.

⁶⁹ Art. 5 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007. Por. J. Kociubiński, *Zakres swobody władz...*, s. 24 i n.

do standardu w nim wskazanego⁷⁰ – docelowo wspólny standard ma zostać wprowadzony do 2019 r., jednak wcześniej nałożone zobowiązania, z pominięciem procedur konkurencyjnych, będą funkcjonować aż do 2030 r.⁷¹ Zdaniem Komisji wprowadzenie otwartych konkurencyjnych procedur wyłaniania operatora przyczyni się do wzrostu jakości usług, innowacyjności i obniżki kosztów. Jako referencyjny przykład potwierdzający zasadność tej asumpcji powołuje się Szwecję, gdzie od wprowadzenia wzmiankowanych procedur w 1990 r. zanotowano spadek subsydiowania na poziomie 20-30%⁷².

Rozwiązania w zakresie wyboru operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym uznać należy za kontrowersyjne w kontekście *raison d'être* liberalizacji sektora. Dotyczy to możliwości rezygnacji ze stosowania otwartej, konkurencyjnej procedury przetargowej do wyboru przewoźnika wykonującego zintegrowane przewozy pasażerskie (regionalne i długodystansowe usługi transportowe)⁷³. W związku z tym zwraca uwagę zwłaszcza możliwość niestosowania konkurencyjnych procedur w stosunku do tzw. operatora wewnętrznego (*in-house provider*). Przedsiębiorstwa, które wchodzą organizacyjnie w skład instytucji zamawiającej lub nad którymi ta instytucja ma kontrolę taką jak nad własnymi służbami, może zostać desygnowane (zobowiązane) do świadczenia usług w użyteczności publicznej bezpośrednio⁷⁴. Ma to duże znaczenie praktyczne, bo istotna część lokalnego (regionalnego) transportu kolejowego funkcjonuje w formule PSO, będąc jednocześnie przedsiębiorstwami publicznymi (w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE)⁷⁵.

⁷⁰ Art. 8 rozporządzenia 1370/2007.

⁷¹ Art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia 1370/2007.

⁷² Commission Staff Working Document Accompanying the White Paper, Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system, SEC(2011) 391 final, s. 38; G. Alexandresson, K. Rigas, *Rail Liberalisation in Sweden. Policy Development in European Context*, Research in Transportation, Business & Management 2013, 6, s. 92 i n.

⁷³ Art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007.

⁷⁴ Por. w związku z tym m.in. orzeczenia C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, [1999] ECR I-8121; C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005] ECR I-1; C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti*, [2005]; C-458/03, *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, [2005] ECR I-8585; C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragasa) i Administración del Estado*, [2007] ECR I-2999; C-220/05, *Jean Auroux i inni v. Commune de Roanne*, [2007] ECR I-385, pkt 63; C-337/05, *Komisja v. Włochy (Augusta Helicopters Case)*, [2008] ECR I-2173; C-371/05, *Komisja v. Włochy*, [2008] ECR I-110; C-480/06, *Komisja v. Niemcy (Landkreise case)*, [2009] ECR I-4747 oraz M. Szydło, *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Finanse Komunalne* 2006, nr 5, s. 40 i n.

⁷⁵ Zgodnie ze sformułowaną w przepisie art. 345 TFUE tzw. zasadą neutralności struktura właścicielska przedsiębiorstw nie ma znaczenia w kontekście stosowania wobec nich unijnych reguł konkurencji – stosowane są identycznie zarówno do tych publicznych, jak i prywatnych. Nie zmienia to jednak faktu, że z perspektywy władz lokalnych preferowanie operatora wewnętrznego i ukształtowanie zobowiązania do świadczenia usługi publicznej pod kątem tego podmiotu jest *prima facie* oczywiste.

Jednocześnie taki operator nie będzie mógł ubiegać się o przyznanie prawa do obsługi tras finansowanych w ramach rekompensaty z tytułu świadczenia usługi publicznej w innych, sąsiednich regionach (poza obszarem działania danej władzy lokalnej zlecającej/wykonującej określone usługi)⁷⁶. Rozwiązanie takie podyktowane było chęcią przeciwdziałania możliwości osiągnięcia korzyści w związku z asymetrycznym poziomem otwarcia poszczególnych rynków lokalnych. Chodzi o to, żeby operatorzy z państw, gdzie władze nie zdecydowały się na otwarcie rynku, nie mogli wykorzystać finansowej przewagi wynikającej z operacji na niekonkurencyjnym rynku, chronionym prawnymi barierami wejścia, do ekspansji na rynki równoległe⁷⁷. Nawet jeżeli ci przewoźnicy oferowaliby lepszy produkt i byli efektywniejsi niż przewoźnicy lokalni⁷⁸.

Obligatoryjne wprowadzenie konkurencyjnych procedur dotyczyć będzie tylko kontraktów powyżej określonego progu⁷⁹. Transport kolejowy ma wysokie koszty stałe, dlatego będzie to dotyczyć relatywnie niewielkiej liczby operacji. W takich sytuacjach wprowadzenie otwartych dla wszystkich procedur wyboru przewoźnika nie będzie się wiązać z powstaniem jakiegokolwiek wartości dodanej, pociągając jednocześnie koszty⁸⁰. Równocześnie KE w propozycji czwartego pakietu regulacyjnego (zmieniającego niektóre postanowienia rozporządzenia 1370/2007) nie proponuje wprowadzenia górnego progu skali operacji, na którą obsługa może zostać przyznana w ramach jednego zamówienia⁸¹. To rozwiązanie mogłoby przeciwdziałać sytuacji, gdy ograniczenie ilości zobowiązań faktycznie prowadzi do faworyzowania największych operatorów, powodując jednocześnie spadek konkurencyjności poprzez koncentrację rynku. Może bowiem dojść, w skrajnym przypadku, do zupełnej eliminacji konkurencji, kiedy tylko jeden przewoźnik będzie w stanie ubiegać się o przyznanie zobowiązania, bo pozostałe przedsiębiorstwa nie będą dysponowały wystarczającymi zasobami do spełnienia formalnych warunków wymaganych przez instytucję zlecającą. Pojawia się zatem pytanie, czy w tym kontekście możliwe jest – zarówno prawnie, jak i faktycznie – określenie pożądanej wielkości operacji dającej się wydzielić dla stworzenia indywidualnego kontraktu na świadczenie usług publicznych. W transporcie kolejowym, jak w każdym sektorze sieciowym, występuje synergetyczny efekt ekonomii skali, dlatego zbyt duża fragmentacja implikująca wzrost konkurencyjności nie zawsze wiązać się będzie z poprawą efektywności (głównie produkcyjnej) operacji. Zadanie jest tym trud-

⁷⁶ Art. 5, ust. 2 lit. c rozporządzenia 1370/2007.

⁷⁷ H. de Broca, M. Mielecka Riga, A. Subotčs, wyd. cyt., s. 1836.

⁷⁸ Tamże.

⁷⁹ Art. 5 ust. 4 rozporządzenia 1370/2007.

⁸⁰ H. de Broca, M. Mielecka Riga, A. Subotčs, wyd. cyt., s. 1836-1387.

⁸¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1370/2007 concerning the opening of the market for domestic passenger transport services by rail. Projekt (w wersji angielskiej, niemieckiej i francuskiej) dostępny, wraz z dokumentami towarzyszącymi, na stronach KE pod adresem: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/fourth-railway-package_en.htm (4.06.2014).

niejsze, że operacyjno-ekonomiczna charakterystyka działalności będzie się różnić w zależności od kraju członkowskiego, dlatego określenie przedmiotowych progów na poziomie prawa UE ma swoje ograniczenia i jest wątpliwe praktycznie, mimo iż oparte na teoretycznie słusznych założeniach.

6. Podsumowanie

Chcąc podsumować rozważania (siłą rzeczy skrótowe ze względu na formułę artykułu) dotyczące funkcjonowania prawnego instrumentu zobowiązania do świadczenia usługi publicznej i próbując jednocześnie odpowiedzieć na sformułowane w tytule pytanie, należy zauważyć, że wewnętrzna sprzeczność jest niejako wpisana w samą istotę usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Działalność gospodarcza, która zarządzana jest w oparciu o przesłanki niegospodarcze, czyli oznaczająca porzucenie paradygmatu dążenia do rentowności, generalnie wymagać będzie „zewnątrznego” wsparcia w celu utrzymania ciągłości operacji. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że biorąc pod uwagę rolę transportu, taka interwencja państwa jest uzasadniona. Dlatego przypisywanie zobowiązaniom do świadczenia usług publicznych pejoratywnej konotacji, jako bariery w otwarciu rynku, jest niezasadne. Przedmiotowe zobowiązanie jest immanentnie związane z analizowanym sektorem i rezygnacja z jego stosowania jest zupełnie nierealistyczna.

Dlatego kwestia, czy w ogóle analizowane narzędzie utrudnia otwarcie sektora, nie jest najistotniejsza, bo odpowiedź twierdząca wpisana jest w samą konstrukcję tego rozwiązania prawnego. Promowanie prokonkurencyjnych, wolnorynkowych rozwiązań wydaje się bowiem do pewnego stopnia bezprzedmiotowe w tych segmentach rynku, gdzie działalność będzie niemożliwa bez zaangażowania środków publicznych. Innymi słowy, w pewnych obszarach mechanizm nakazowy jest wpisany w samą istotę działalności. Oczywiście, co do zasady, pozytywnie należy ocenić zamiar wprowadzenia otwartych i przejrzystych reguł wyłaniania operatora („konkurencja o rynek”), ale nie zmienia to faktu, że później sama działalność utrzymywana będzie przez państwo (co oznacza brak konkurencji „na rynku”).

Zasadniejsze jest zatem postawienie pytania: czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, istnienie zobowiązania do świadczenia usługi publicznej przeciwdziała otwarciu i konkurencji „o rynek”. Duże znaczenie ma tu określenie skali pojedynczego zobowiązania. Niezależnie od wprowadzenia konkurencyjnych mechanizmów wyłaniania przewoźnika, zbyt duże operacje sprawiają, że liczba podmiotów potencjalnie zdolnych do wykonania danej usługi zostanie zredukowana, nawet do jednego. Funkcjonujące rozwiązania pozostawiają ten aspekt całkowicie w gestii państw członkowskich. Istnieje przez to potencjał do zupełnej eliminacji konkurencji podczas ubiegania się o przyznanie kontraktu na świadczenie usług publicznych. Petryfikując jednocześnie dominację historycznie zakorzenionych przewoźników. Pojawia się przy tym kwestia potencjalnego wykorzystania subsydiowania krzyżowego do ekspansji na rynkach równoległych, choć akurat jest ona drugorzędna. Nie

wydaje się, żeby możliwe było zupełne wyeliminowanie wskazanych, negatywnych skutków. Wynika to faktu, że opisywane usługi leżą w obszarze kompetencji dzielonych, co sprawia, że państwa zachowują szeroki margines swobody w ich określaniu, podlegając jednocześnie jedynie rudymenarnemu mechanizmowi kontroli na poziomie unijnym.

Analizowane zagadnienie ma jeszcze jeden aspekt, którego kompleksowa analiza wykracza poza ramy nauk prawnych, a które może mieć fundamentalny wpływ na funkcjonowanie opisywanych rozwiązań. O ile nie budzi wątpliwości konieczność zaangażowania państwa w zapewnienie dostępu do usług transportowych, o tyle odrębną kwestią pozostaje, czy rzeczywiście transport kolejowy zawsze będzie optymalnym wyborem. Pozostaje w sferze nauk z zakresu ekonomiki transportu ocena, czy analogiczny poziom dostępności transportowej nie będzie zapewniony za pomocą innych rodzajów transportu (przede wszystkim drogowego), być może przy wykorzystaniu nieskorygowanego mechanizmu rynkowego lub przynajmniej przy mniejszym udziale środków publicznych. Element multimodalności jest zupełnie pominięty w analizowanej regulacji. Przepisy określają (dosyć ramowo) zasady wyboru operatora i udzielania rekompensaty, ale nie ingerują w sam fakt uznania danej trasy za służącą interesowi ogólnemu/publicznemu. Tutaj również podstawową determinantą jest kwestia podziału kompetencji między UE a państwa członkowskie. Natomiast konkurencja w szeroko rozumianym transporcie nie jest ograniczona do intramodalnej. A substytucyjność usług transportowych, determinująca konkurencję intermodalną, jest największa właśnie w przypadku transportu kolejowego i drogowego. To każe zadać pytanie, czy wyrażenie „rynek” użyte w hasłowym określeniu modelu jako „konkurencja o rynek” powinno być ograniczone do usług publicznych w transporcie kolejowym, czy raczej obejmować wszystkie usługi transportowe mające charakter użyteczności publicznej.

Szczególnie że z perspektywy organizacji sieci transportowej jeden rodzaj może nie być w stanie zapewnić pożądanego poziomu dostępności transportowej i skomunikowania. Dlatego uwzględniając ekonomiczno-operacyjne uwarunkowania, a więc zasadniczo optykę przedsiębiorstw, konkurencja międzygałęziowa jest na stałe wpisana w prowadzoną działalność. Jednocześnie przyjmując punkt widzenia władz publicznych organizujących transport na swoim terytorium, te same uwarunkowania oznaczają konieczność zapewnienia kooperacji i koordynacji poszczególnych operatorów usług publicznych branży transportowej. Takiego kompleksowego, multimodalnego podejścia brakuje, co jest w znacznej mierze irrelevantne w kontekście samego otwarcia rynku transportu kolejowego, ale obniża efektywność gospodarowania środkami przeznaczonymi na transport publiczny.

Literatura

- Abbamonte G.B., *Cross-subsidisation and community competition rules: Efficient pricing versus equity?*, *European Law Review*, October 1998, vol. 23, no. 3.
- Akman P., „*Consumer Welfare*” and article 82EC: *Practice and rhetoric*, *World Competition: Law And Economic Review*, March 2009, vol. 32, no. 1.
- Alexandresson G., Rigas K., *Rail liberalisation in Sweden. Policy development in European context*, *Research in Transportation, Business & Management*, 2013, no. 6.
- Bovis C.H., *Public service obligations in the transport sector: The demarcation between state aids and services of general interest under EU law*, *European Business Law Review*, 2005, vol. 16, no. 6.
- Bovis C.H., *Financing services of general economic interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection*, *European Law Journal*, January 2005, vol. 11, no. 1.
- Bovis C.H., *Developing public procurement regulation: Jurisprudence and its influence on law making*, *Common Market Law Review*, April 2006, vol. 43, no. 2.
- Buendia Sierra J.L., *Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures*, [w:] I. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Broca H. de, Mielecka Riga M., Subotčs A., *Transport*, [w:] I. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- De Palma A., Lindsey R., Quinet E., Vickerman R. (red.), *A Handbook of Transport Economics*, Edward Elgar, Cheltenham 2011.
- Fehling M., *Problems of Cross-subsidisation*, [w:] M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T.M.C. Asser Press, Den Haag 2009.
- Gerardin D., *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*, E. Righini (red.), *New EU State Aid Rules for Services of General Economic Interest*, *European State Aid Law Quarterly – Special Issue* 2012.
- Geurs K.T., Krizek K.J., *Accessibility Analysis and Transport Planning. Challenges of Europe and North America*, Edward Elgar, Cheltenham 2012.
- Kekelelis M., Nicolaidis P., *Public financing of urban transport: The application of EC state aid rules*, *World Competition*, September 2008, vol. 31, no. 3.
- Klasse M., *Services of General Economic Interest*, [w:] M. Heidenhain (red.), *European State Aid Law Handbook*, C.H. Beck, Hart – Nomos – München – Oxford 2010.
- Kociubiński J., *Derogacja zasad konkurencji wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym a zasada proporcjonalności*, *Studia Prawnicze, Zeszyt 2 (188)*, 2011.
- Kociubiński J., *Artykuł 14*, [w:] A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz Tom I*, LEX Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Kociubiński J., *Stosowanie „Pakietu Altmark” (I i II) wobec pomocy udzielanej przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, *Folia Iuridica Wratislaviensis* 2012, vol. 1, no. 1.
- Kociubiński J., *Zakres swobody władz publicznych w wyborze operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, *Wrocławskie Studia Sądowe* 2012, no. 4.
- Kociubiński J., *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Unii Europejskiej. Wyzwanie dla europejskiego modelu gospodarczego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2013.
- Kociubiński J., *Prawo dostępu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jako prawo podstawowe? Rozważania na tle reorientacji priorytetów europejskiego modelu gospodarczego*,

- [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013.
- Miecznikowski S., Tłoczyński D., Wołek M., *Gospodarowanie w transporcie kolejowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2000.
- Monti G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Nesterowicz M.A., *Artykuł 93*, [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*, t. II, LEX Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Rodrigue J.P., Comtois C., Slack B., *Geography of Transport Systems*, Routledge, Abingdon 2013.
- Rydzkowski W., Wojewódzka-Król K., *Transport. Aktualne problemy integracji z UE*, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 2008.
- Szydło M., *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Finanse Komunalne* 2006, nr 5.
- Szydło M., *Artykuł 106*, [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*, t. II, LEX Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Whish W., Bailey D., *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.