



U N I A E U R O P E J S K A

Rynkowe usługi użyteczności publicznej w Unii Europejskiej

W poszukiwaniu konsensu i pewności prawnej

Jerzy Ząbkowicz



Wydawnictwo C.H.Beck 

Wydawca: *Dorota Ostrowska-Furmanek*

Redakcja merytoryczna: *Grażyna B. Rataj*

Projekt okładki i stron tytułowych: *Grażyna Fałtyn*

Ilustracja na okładce: *Daft_Lion_Studio/iStockphoto.com*

Recenzent: dr hab. *Paweł Chmielnicki*, prof. WSIZ
dr hab. *Sylvia Morawska*, prof. SGH

Seria: Unia Europejska



© Wydawnictwo C.H.Beck 2017

Wydawnictwo C.H.Beck Sp. z o.o.,
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa,
tel. (22) 33 77 600

Skład i łamanie: IDENTIA Michał Majchrzak

Druk i oprawa: www.booksfactory.pl

ISBN 978-83-255-9886-0



ISBN e-book 978-83-255-9887-7

„Bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecenia i finansowania takich usług”.

Artykuł 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	15
CZĘŚĆ PIERWSZA. POWIERZENIE WYKONANIA ZADANIA UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ. GRANICE INGERENCJI UNII EUROPEJSKIEJ	19
Rozdział 1. Klasyfikacja usług w sferze publicznej – problemy definicyjne	21
Rozdział 2. Aspekt rynkowy usług użyteczności publicznej i jego konsekwencje prawne	36
Rozdział 3. Selekcja wykonawców i wybór ścieżki realizacji usługi użyteczności publicznej jako przedmiot ingerencji prawa unijnego	45
3.1. Podmiot wewnętrzny i jego zależność od instytucji zamawiającej a wybór procedury powierzania zadania. Stosunki między instytucjami publicznymi	46
3.2. Partnerstwo publiczno-prywatne. Zamówienie publiczne czy koncesja?	111
3.3. Procedura przyznania zamówienia a wybór dyrektywy. Problem zamówień mieszanych	168
3.4. Podział zamówień publicznych na części i modyfikacja umów w czasie ich obowiązywania. Problem omijania procedur przetargowych	186
3.5. Prawa wyłączne i specjalne, zastrzeżony obszar, porozumienie o współpracy. Konieczność czy wygodne instrumenty eliminowania konkurencji?	220
CZĘŚĆ DRUGA. FINANSOWANIE RYNKOWYCH USŁUG UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ. GRANICE AKCEPTACJI DLA POMOCY PUBLICZNEJ	267
Rozdział 4. Pomoc publiczna – dopuszczalna, ale tylko zgodnie z zasadami unijnymi	269
Rozdział 5. Reguła <i>de minimis</i>	281
Rozdział 6. Pakiety <i>Altmark</i> – nowe podejście pomocowe i kompensacyjne	304
6.1. Sprawa <i>Altmark</i> – lokalny spór, unijne konsekwencje	304
6.2. Pierwszy pakiet <i>Altmark</i>	328
6.3. Krytyczna ocena pierwszego pakietu <i>Altmark</i>	354

Spis treści

6.4. Drugi pakiet <i>Altmark</i>	379
6.5. Trzeci pakiet <i>Altmark</i> ?	420
Zamiast zakończenia	437
Akty prawne, orzecznictwo, dokumenty	447
Bibliografia	475
Indeks	481

Wykaz skrótów

Akty prawne (wspólnotowe i unijne)

- dyrektywa 92/50/EWG dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. WE L 209 z 24.07.1992)
- dyrektywa 93/36/EWG dyrektywa Rady 93/36/EWG z 14.06.1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. WE L 199 z 9.08.1993, s. 1 i n.)
- dyrektywa 93/37/EWG dyrektywa Rady 93/37/EWG z 14.06.1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 199 z 9.08.1993, s. 54 i n.)
- dyrektywa 93/38/EWG dyrektywa Rady 93/38/EWG z 14.06.1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE L 199 z 9.08.1993, s. 84 i n.)
- dyrektywa 2002/22/WE dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/22/WE z 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.Urz. WE L 108 z 24.04.2002)
- dyrektywa 2002/39/WE dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/39/WE z 10.06.2002 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia usług pocztowych Wspólnoty na konkurencję (Dz.Urz. WE L 176 z 5.07.2002)
- dyrektywa 2004/17/WE dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004)

dyrektywa 2004/18/WE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004)
dyrektywa 2006/123/WE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/123/WE z 12.12.2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 376 z 27.12.2006)
dyrektywa 2014/23/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
dyrektywa 2014/24/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
dyrektywa 2014/25/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
rozporządzenie (EWG) nr 1191/69	rozporządzenie Rady (EWG) nr 1191/69 z 26.06.1969 r. w sprawie działania Państw Członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (Dz.Urz. WE L 156 z 28.06.1969)
rozporządzenie (EWG) nr 1107/70	rozporządzenie Rady (EWG) nr 1107/70 z 4.06.1970 r. w sprawie przyznawania pomocy w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (Dz.Urz. WE L 130 z 15.06.1970)
rozporządzenie (WE) nr 659/1999	rozporządzenie Rady (WE) nr 659/1999 z 22.03.1999 r. ustanawiająca szczegółowe zasady stosowania art. 88 WE (Dz.Urz. WE L 83 z 27.03.1999)
rozporządzenie (WE) nr 1370/2007	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007 z 23.10.2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315 z 3.12.2007)
rozporządzenie (UE) nr 1303/2013	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013)

TFUE, Traktat.....	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016)
TUE.....	Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016)
TWE.....	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E, 29.12.2006)

Inne

Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union [Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Wspólnot Europejskich)]
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Federalny Sąd Administracyjny, Niemcy)
CN.....	Combined Nomenclature (Nomenklatura Scalona Unii Europejskiej)
COD	ordinary legislative procedure (zwykła procedura ustawodawcza)
CPA	Classification of Products by Activity (Klasyfikacja Produktów wg Działalności)
CPC.....	Central Product Classification (Centralna Klasyfikacja Produktów)
CPC Prov.	Central Product Classification Provisional (Centralna Klasyfikacja Produktów tymczasowa)
CPV	Common Procurement Vocabulary (Wspólny Słownik Zamówień)
DG Growth.....	Directorate-General for Internal Market, Industry Entrepreneurship and SMEs (Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego, Przemysłu, Przedsiębiorczości i MŚP)
Dz.U.....	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz.Urz. UE (WE).....	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Wspólnot Europejskich)
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy (Ekonomiczna Grupa Doradcza ds. Polityki Konkurencji)
ECLI	European Case Law Identifier (europejska sygnatura orzecznictwa)
EFSF.....	European Financial Stability Facility (Europejski Instrument Stabilności Finansowej)
EFSM	European Financial Stabilisation Mechanism (Europejski Mechanizm Stabilizacji Finansowej)
EKES	Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny
EPSU.....	European Federation of Public Service Unions (Europejska Federacja Związków Służb Publicznych)
ESFS.....	European System of Financial Supervision (Europejski System Nadzoru Finansowego)
ESM	European Stability Mechanism (Europejski Mechanizm Stabilności)
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości

EWG.....	Europejska Wspólnota Gospodarcza
IRR.....	Internal Rate of Return (wewnętrzna stopa zwrotu)
KE, Komisja.....	Komisja Europejska
KR.....	Komitet Regionów
KWE.....	Komisja Wspólnot Europejskich
MŚP.....	mikro-, małe i średnie przedsiębiorstwa
NACE.....	Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne (Statystyczna Klasyfikacja Działalności Gospodarczych we Wspólnocie Europejskiej)
OJ.....	Official Journal [Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Wspólnot Europejskich)]
PBefG.....	Personenbeförderungsgesetz (ustawa o przewozie osób w transporcie lądowym, Niemcy)
PE, Parlament.....	Parlament Europejski
PKD.....	Polska Klasyfikacja Działalności
PKWiU.....	Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług
PPP.....	partnerstwo publiczno-prywatne
pr. poczt. z 2012 r.....	ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1113)
PSO.....	public service obligation (obowiązki z tytułu świadczenia usług publicznych)
PUZ.....	prywatne ubezpieczenie zdrowotne
RE.....	Rada Europejska
RES.....	Risk Equalisation Scheme (system wyrównywania ryzyka)
ROC.....	Return on Capital (stopa zwrotu z kapitału, rentowność kapitału)
ROE.....	Return on Equity (stopa zwrotu z kapitału własnego, rentowność kapitału własnego)
RUE, Rada.....	Rada Unii Europejskiej
RWE.....	Rada Wspólnot Europejskich
SGEI.....	services of general economic interest (usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym)
SGI.....	services of general interest (usługi świadczone w interesie ogólnym)
SPI.....	Sąd Pierwszej Instancji [do 1.12.2009 r.], obecnie: Sąd
TED.....	Tenders Electronic Daily (elektroniczny biuletyn zamówień publicznych UE)
tekst jedn.....	tekst jednolity
TEN.....	EESC's Section for Transport, Energy, Infrastructure and Information Society (Sekcja ds. Transportu, Energii, Infrastruktury i Społeczeństwa Informacyjnego Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego)
TS UE, Trybunał.....	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE.....	Unia Europejska
UKE.....	Urząd Komunikacji Elektronicznej
UOIG.....	usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym
UOKiK.....	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

WE, Wspólnota.....	Wspólnota Europejska
ze zm.	ze zmianami
Zielona Księga (PPP).....	Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-privatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, dokument Komisji COM(2004) 327
ZPPP	zinstytucjonalizowane partnerstwo publiczno-privatne

Wstęp

Gdy jedziemy miejskim autobusem lub odbieramy przesyłkę od listonosza, zwykle nie zastanawiamy się nad tym, że właśnie korzystamy z usług użyteczności publicznej, potocznie zwanych usługami publicznymi. Są dla nas czymś tak naturalnym i w oczywisty sposób nam „należnym”, że trudno sobie wyobrazić, abyśmy kiedykolwiek mogli zostać ich pozbawieni. Dlatego z pewnością bliskie jest nam przekonanie Komisji Europejskiej, że „obywatele oraz przedsiębiorstwa słusznie oczekują dostępu do wysokiej jakości usług użyteczności publicznej świadczonych po przystępnych cenach na terytorium całej Unii Europejskiej”. Dostępu, który „stanowi zasadniczy element obywatelstwa europejskiego i jest niezbędny do tego, aby umożliwić obywatelom Unii pełne korzystanie z ich fundamentalnych praw”¹.

Funkcjonujące w otoczeniu rynkowym usługi użyteczności publicznej uznawane są za probierz nowoczesności państwa i jego systemu społeczno-gospodarczego. Sposób, w jaki funkcjonują usługi, nie jest zatem wyłącznie odzwierciedleniem zamożności danego państwa. To również kwestia podejścia do roli, jaką mają one odgrywać, a także metod realizacji wyznaczonych im zadań.

W Unii Europejskiej szczegółowe określenie usług użyteczności publicznej, które mają być dostarczane obywatelom, oraz sposób ich świadczenia pozostają w gestii państw członkowskich. To właśnie odpowiednie władze krajowe, regionalne oraz lokalne są odpowiedzialne za definiowanie, organizowanie, finansowanie oraz kontrolowanie usług użyteczności publicznej. Władze publiczne

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów *Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej*, COM/2004/0374 końcowy, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 12.05.2004, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pl/com/2004/com2004_0374pl01.pdf, ppkt 2.1.

muszą zatem dysponować niezbędnymi instrumentami działania oraz odpowiednim poziomem wiedzy umożliwiającym wypełnienie tej misji.

Zarazem jednak usługi użyteczności publicznej funkcjonują w kontekście (wymiarze) europejskim, pozostając podstawowym czynnikiem zapewniającym społeczną i terytorialną spójność oraz konkurencyjność gospodarki unijnej. Pociąga to za sobą podział zadań i uprawnień między Unią oraz państwami członkowskimi, co prowadzi także do podziału odpowiedzialności. Wyraźnie wskazuje na to art. 14 TFUE², zgodnie z którym „zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania”.

Traktat stanowi zarazem (w art. 106 ust. 2³), że przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania tymi usługami podlegają jego normom w takim zakresie, w jakim jest to konieczne, aby umożliwić wypełnianie ich misji użyteczności publicznej. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia jakichkolwiek sprzeczności efektywna realizacja zadań użyteczności publicznej ma pierwszeństwo nad zastosowaniem zasad Traktatu. Należy przez to rozumieć, że ochronie podlegają misje – jednak już nie sposób, w jaki są one realizowane.

W dwóch dziedzinach – finansowania oraz przyznawania kontraktów na świadczenie usług użyteczności publicznej – prawo unijne ingeruje w prawo krajowe do decydowania i kształtowania misji tych usług. Mimo zatem, że szerokie uprawnienia państw członkowskich umożliwiają im decydowanie, czy i przy użyciu jakich mechanizmów je finansować, to jednak muszą być przy tym przestrzegane określone reguły wynikające z postanowień traktatowych. Głównym ograniczeniem prawa władz publicznych do tego typu decyzji jest wymóg, że owe mechanizmy finansowania nie mogą naruszać zasad konkurencji obowiązujących w ramach jednolitego rynku.

Podobnie posiadanie przez państwa członkowskie szerokich uprawnień w zakresie organizowania usług użyteczności publicznej oznacza w zasadzie swobodę decydowania, czy dana usługa będzie dostarczona przez same władze publiczne, czy też jej świadczenie zostanie powierzone zewnętrznemu podmiotowi publicznemu lub prywatnemu. Już jednak sama procedura udzielania zamówień publicznych na usługi użyteczności publicznej podlega zasadom

² Dawny art. 16 TWE.

³ Dawny art. 86 ust. 2 TWE.

Traktatu, w tym zasadom swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Co za tym idzie, każdorazowo przy powierzaniu zadania użyteczności publicznej muszą być przestrzegane zasady: równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Strażnikiem Traktatu, egzekwującym pełne przestrzeganie wszystkich powyższych zasad obowiązujących państwa członkowskie Unii Europejskiej, a więc także ich władze publiczne oraz instytucje zamawiające, jest Komisja Europejska wspierana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

O ile postanowienia Traktatu pozwalają, co do zasady, na pogodzenie ze sobą celów polityki publicznej państw członkowskich z konkurencyjnymi celami, jakie stawia przed sobą Unia Europejska jako całość, o tyle codzienna praktyka organizowania i finansowania usług użyteczności publicznej przez instytucje zamawiające rodzi wiele konfliktów między władzami publicznymi i Komisją Europejską. Instytucje zamawiające oskarżane są o nieprzestrzeganie zasad sformułowanych w unijnym prawie wtórnym, ich błędne odczytywanie lub wręcz zamierzoną nadinterpretację. Same z kolei skarżą się, że prawo to jest skomplikowane, niejasne, niespójne i nie nadąża za zmianami zachodzącymi w otoczeniu rynkowym, interpretacje Komisji zaś – nadmiernie rygorystyczne, zawężające i kierujące się wyłącznie suchą literą, a nie duchem prawa.

Rzeczywiście, harmonijne połączenie mechanizmów rynkowych z misją usług publicznych wydaje się wręcz szyfowym zajęciem, chociaż co do takiej potrzeby już od dawna istnieje powszechny konsens. Sama Komisja Europejska przyznała w przeszłości, że nie zawsze jasno określone jest to, w jakich warunkach rekompensata z tytułu rynkowych usług użyteczności publicznej stanowi istotnie pomoc państwa, obowiązki zaś związane z przyznawaniem tej pomocy lub jej zmianą stwarzają dodatkowe obciążenie administracyjne, które często okazuje się niewspółmierne do dość skromnych kwot pomocowych.

Dlaczego zatem przez dekady nie udało się wypracować koncepcji, która – harmonizując w wymiarze unijnym zasady funkcjonowania w państwach członkowskich rynkowych usług użyteczności publicznej – mogłaby zarazem uwzględnić w odpowiedni sposób różnorodność typową dla poszczególnych tego typu usług, jak również specyfikę sytuacji, w których usługi takie są świadczone? Wydawałoby się, że kilkadziesiąt lat, które najpierw Wspólnoty, a obecnie Unia Europejska poświęciły na budowanie ekonomicznych i prawnych fundamentów tej sfery usług w jej europejskim kontekście, powinno być dostatecznie długim okresem, żeby już dawno uzyskać oczekiwany efekt. Bez wątplenia wiele osiągnięto, ale równie liczne były porażki. W dużej mierze właśnie

przeszkodom, jakie stawały na drodze ku wytyczonym celom, została poświęcona ta książka.

Chociaż zamiarem autora jest pokazanie, jak zawile mogą być ścieżki dochodzenia do konsensu w sferze, która należy do kluczowych w wymiarze zarówno ekonomicznym, jak i społecznym (a to oznacza, że również politycznym), to już na wstępie wypada przyznać, czym ta książka nie jest. Otóż z pewnością nie ma ambicji, by być przewodnikiem po sferze rynkowych usług użyteczności publicznej w Unii Europejskiej i jej ewolucji. Nie jest także uporządkowanym, chronologicznym przeglądem i omówieniem aktów prawa wtórnego regulujących jej funkcjonowanie. Przyjęty podział tekstu na dwie części odpowiada istnieniu wspomnianych dwóch dziedzin – powierzania wykonania zadania użyteczności publicznej oraz jego finansowania – w których przynależne państwom członkowskim prawo decydowania i kształtowania misji usług użyteczności publicznej zazwyczaj ingeruje w prawo unijne.

Książka ma stanowić próbę pokazania, w niewielkim fragmencie, za to (miejmy nadzieję) na wiele mówiących przykładach, z jakim nagromadzeniem ścierających się sprzecznych, partykularnych interesów ekonomicznych i politycznych mamy do czynienia zarówno podczas tworzenia unijnego prawa regulującego sferę rynkowych usług użyteczności publicznej, jak i później – w burzliwej praktyce jego egzekwowania. Przedstawia różnice podejść uczestników niekończącego się dialogu i zgłaszane argumenty prowadzące (lub nie) do legislacyjnego konsensu, często bardzo ułomnego. Nierzadko wynegocjowany produkt finalny okazywał się tak niedoskonały, że skargi wnoszone do unijnego Trybunału i jego wyroki wymuszały kolejne zmiany w prawie. Stąd niektóre z orzeczeń wydanych w trybie prejudycjalnym, ze względu na ich wagę i konsekwencje, posłużyły za ilustrację przyczyn zachodzących zmian.

Książka ma również pokazać, że cały powyższy proces stanowi swoistą niekończącą się opowieść, *never-ending story*, gdyż zarówno same usługi użyteczności publicznej, jak i kontekst, w którym są świadczone, krajowy i unijny, ulegają ciągłym zmianom i – co nie ulega wątpliwości – w przyszłości nadal będą podlegać ewolucji.

Rynku usług użyteczności publicznej z czasów EWG, w jego ówczesnym kształcie i specyfice, już dawno nie ma. Nawet ten sprzed zaledwie dekady, sprzed ostatniego globalnego kryzysu, powoli odchodzi w przeszłość. Dzisiejszy – z jego niedoskonałymi unijnymi i krajowymi mechanizmami ekonomicznymi i regulacjami prawnymi, choć najlepszymi, jakie przy istniejących ograniczeniach udało się wypracować – także nie wytrzyma próby czasu, co nie znaczy, że nie warto i nie należy poświęcić czasu na wyciągnięcie wniosków z tych zdarzeń i procesów, które już nastąpiły.

CZĘŚĆ PIERWSZA

**POWIERZENIE WYKONANIA ZADANIA
UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ.
GRANICE INGERENCJI UNII
EUROPEJSKIEJ**

Rozdział 1.

Klasyfikacja usług w sferze publicznej – problemy definicyjne

Zdefiniowanie usług użyteczności publicznej wydaje się zadaniem łatwym. Nic bardziej mylnego. W praktyce do określenia tego typu usług wykorzystuje się wiele pojęć, takich jak chociażby: usługi publiczne, usługi świadczone w interesie ogólnym, usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, usługi powszechne, usługi użytku publicznego, usługi społeczne – często mylonych lub uznawanych (zazwyczaj niesłusznie) za synonimy. Efektem jest nie tylko czysto językowy chaos terminologiczny, brak precyzyjnych definicji i substytuowanie różnie rozumianych pojęć. Istniejące „niedopracowanie” stanowi od lat poważne źródło konfliktów prawnych i kompetencyjnych między organizatorami i realizatorami tych usług a instytucjami unijnymi regulującymi i nadzorującymi proces ich świadczenia.

Wspomniany chaos terminologiczny swoje istnienie zawdzięcza też, i to w nie-małej mierze, różnemu umocowaniu usług użyteczności publicznej w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer zwraca uwagę, że w niektórych z nich (np. we Włoszech, Francji i Hiszpanii) pojęcie to jest mocno zakorzenione w regulacjach prawa administracyjnego, w innych z kolei „rusztowania «régime administratif» nie są podtrzymywane, ani też «publicatio» nie nabiera znaczącej mocy”¹. Prowadzi to do braku harmonizacji na szczeblu unijnym².

¹ Opinia rzecznika generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera przedstawiona 2.06.2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i inni*, ECLI:EU:C:2009:332, pkt 60. W języku oryginału użyty został termin *el servicio público*, przetłumaczony w polskiej wersji językowej jako „usługa publiczna”. Pojęcie to jest obciążone poważnymi wadami, o czym mowa poniżej.

² D. Ruiz-Jarabo Colomer w swojej opinii stwierdził obrazowo, że prawodawca wspólnotowy nie zharmonizował „gmatwaniny” usług publicznych. Zob. opinia rzecznika generalnego D. Ruiz-Jarabo Colomera w sprawie C-196/08 *Acoset*, pkt 61.

Zanim spróbujemy zidentyfikować poszczególne terminy, zatrzymajmy się na samym pojęciu „usługa”. Jaki bowiem sens i szanse powodzenia mają wszelkie próby uporządkowania terminologii odnoszącej się do sfery usług bez fundamentu w postaci jednoznacznej definicji pojęcia podstawowego?

Jeżeli sięgniemy do unijnych aktów prawa wtórnego regulujących sferę usług (w tym np. zagadnienia koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi), przekonamy się, że zazwyczaj, narzucając określone rozwiązania prawne, nie próbują one nawet zdefiniować pojęcia „usługa” – uznając w tym względzie, pośrednio, za wystarczające bardzo ogólne postanowienia traktatowe³. Te jednak, w wymiarze praktyki gospodarczej, mają dość ograniczoną wartość poznawczą, także z powodu oparcia się na zasadzie definiowania „przez negację”⁴. Artykuł 57 TFUE, który stanowi, że:

„(...) usługami w rozumieniu niniejszego Traktatu są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób.

Usługi obejmują zwłaszcza:

- a) działalność o charakterze przemysłowym,
- b) działalność o charakterze handlowym,
- c) działalność rzemieślnicza,
- d) wykonywanie wolnych zawodów”

– jedynie przenosi w dosłownym brzmieniu dawny art. 60 liczącego pół wieku Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą⁵.

W unijnym prawie wtórnym czynność usługi jest czymś równie szerokim, co nieokreślonym. Już niejednokrotnie w przeszłości ustawodawca uchylał

³ Klasycznym przykładem uchylecia się od próby zdefiniowania pojęcia „usługa” jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z 16.12.1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21.01.1997). W przypadku np. dyrektywy 2006/123/WE prawodawca ograniczył się *de facto* do bezpośredniego odwołania się do Traktatu, stwierdzając, że „«usługa» oznacza wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 Traktatu” (art. 4 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/123/WE z 12.12.2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym, Dz.Urz. UE L 376 z 27.12.2006).

⁴ Można zaryzykować twierdzenie, że Unia Europejska, starając się zdefiniować pojęcie „usługa” przez negację, wyraźnie pozostaje „w głównym nurcie”. Podobna zasada funkcjonuje w przepisach polskiego prawa zamówień publicznych, zgodnie z którymi przez usługi należy rozumieć „wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy” (termin wprowadzony przez ustawę z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1020). Przy okazji warto sięgnąć do klasycznej definicji sformułowanej przez O. Langego, według której „wszelkie czynności związane bezpośrednio lub pośrednio (np. przy podziale produktów) z zaspokajaniem potrzeb ludzkich, ale niesłużące bezpośrednio do wytwarzania przedmiotów, nazywamy usługami” [Lange, 1967, s. 25].

⁵ W międzyczasie funkcjonującego jako art. 50 TWE.