

Stefan Akira Jarecki

Wyższa Szkoła Informatyki Stosowanej i Zarządzania,
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
e-mail: jarecki@wit.edu.pl
ORCID: 0000-0002-5738-3036

PRZETARGI NA ŚWIADCZENIE PASAŻERSKICH PRZEWOZÓW KOLEJOWYCH A ŚRODKI W ZAKRESIE ZAPEWNIENIA SKUTECZNEGO I NIEDYSKRIMINACYJNEGO DOSTĘPU DO TABORU KOLEJOWEGO

TENDERS FOR THE PROVISION OF PASSENGER RAIL SERVICES AND MEASURES TO ENSURE EFFECTIVE AND NON-DISCRIMINATORY ACCESS TO ROLLING STOCK

DOI: 10.15611/pn.2018.540.08
JEL Classification: K12, K23

Streszczenie: Unia Europejska zdecydowała się na pełne otwarcie rynku pasażerskiego transportu kolejowego na konkurencję. Konkurencja powinna zachęcić operatorów kolejowych do lepszego reagowania na potrzeby klientów oraz poprawy ich efektywności kosztowej. Głównym sposobem otwarcia rynku na konkurencję jest wprowadzenie zasady powierzania umów o świadczenie usług publicznych w transporcie kolejowym z zastosowaniem procedur konkurencyjnych (tzw. konkurencja o rynek). Środki regulacyjne wprowadzone przez UE w tym zakresie bazują na przepisach o zamówieniach publicznych. Jednakże poważną barierą w efektywnym ich stosowaniu jest brak dostępu do odpowiedniego taboru kolejowego. Istniejący tabor zazwyczaj stanowi własność zasiedziałego operatora kolejowego. Nowy tabor zaś wymaga znacznych inwestycji. Utrudnia to dostęp do rynku nowym podmiotom. Celem niniejszego artykułu jest analiza przepisów czwartego pakietu kolejowego, dotyczących dostępu do niezbędnego taboru kolejowego i ich wpływu na procedurę udzielania zamówień publicznych w zakresie powierzania pasażerskich przewozów kolejowych.

Słowa kluczowe: przetargowe powierzanie umów o świadczenie usług publicznych, transport kolejowy, otwarcie rynku, tabor kolejowy, dostęp do taboru kolejowego, czwarty pakiet kolejowy.

Summary: The European Union has decided to fully open the market of rail passenger transport to competition. Competition should encourage railway operators to become more responsive to customer needs and improve their cost-effectiveness. The main way to open the market to competition is to introduce the principle of competitive tendering of public service contracts in rail transport (so-called competition for the market). The regulatory measures established by the EU are based on the public procurement rules. However, an important barrier for the effective use of these rules is lack of access to suitable rolling stock. Existing rolling stock is usually owned by the incumbent operator. New rolling stock involves considerable capital investments. This impedes market access for new entrants. aim of this article is to analyse the provisions of fourth railway package on access to necessary rolling stock and their influence on the public procurement procedure concerning the entrustment of passenger railway services.

Keywords: tendering of public service contracts in rail transport, railway transport, market opening, rolling stock, access to rolling stock, fourth railway package.

1. Wstęp

Celem działań prawodawcy unijnego w sektorze transportu kolejowego jest otwarcie w możliwie największym stopniu tego sektora na konkurencję. Konkurencja na rynku pasażerskich przewozów kolejowych ma, w ocenie prawodawcy unijnego, zachęcić operatorów kolejowych do lepszego reagowania na potrzeby klientów, poprawy jakości usług oraz osiągnięcia efektywności kosztowej. Skutkiem konkurencji ma być także zmniejszenie wydatków publicznych ponoszonych na finansowanie przewozów kolejowych świadczonych w ramach służby publicznej. Powyższe działania prawodawcy unijnego służą zapewnieniu mieszkańcom UE większego wyboru i lepszej jakości usług przewozów kolejowych, co ma przełożyć się na przeniesienie potoków podróży z rodzajów transportu mniej przyjaznych środowisku, szczególnie z transportu drogowego, na transport kolejowy.

Znaczna część pasażerskich przewozów kolejowych jest realizowana jako tzw. usługi publiczne. Ich wykonywanie jest powierzane przez właściwe władze publiczne (w Polsce nazywane organizatorami publicznego transportu zbiorowego) operatorom na określony czas za wynagrodzeniem. W związku z tym prawodawca unijny zdecydował się na wprowadzenie konkurencji w zakresie działalności polegającej na świadczeniu usług pasażerskich przewozów kolejowych, przede wszystkim jako tzw. konkurencji o rynek (*competition for the market*). Konkurencją o rynek nazywa się system organizacji rynku transportu kolejowego, w którym konkurencja pojawia się na etapie wyboru przedsiębiorstw świadczących usługi przewozowe. W tym modelu władze publiczne wybierają na określony czas przedsiębiorstwo świadczące usługi na danym obszarze w drodze konkurencyjnej i niedyskryminacyjnej procedury (zazwyczaj w drodze przetargu). Na etapie świadczenia usług przewozowych konkurencja między przedsiębiorstwami świadczącymi usługi jest jednak co do zasady wyłączona.

Obecnie w wielu państwach członkowskich UE umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego są powierzane bezpośrednio, przeważnie zasiedziałym operatorom kolejowym. Jest to zgodne z obowiązującymi przepisami prawa UE, niemniej jednak grozi zamknięciem rynku, dyskryminacją konkurentów, a także zapewnia długoterminową przewagę konkurencyjną operatorom będącym stroną umów o świadczenie usług publicznych.

Przyjęty 14 grudnia 2016 r. czwarty pakiet kolejowy¹ wprowadził zasadę konkurencyjnego powierzania umów o świadczenie usług publicznych w transporcie kolejowym. Od grudnia 2023 r. organizatorzy powinni powierzać umowy o świadczenie usług publicznych w transporcie kolejowym zasadniczo z wykorzystaniem konkurencyjnej procedury przetargowej. Po tej dacie bezwarunkowe bezpośrednie (z pominięciem procedury konkurencyjnej) powierzanie takich umów nie będzie już możliwe.

Poważną barierę w dostępie do rynku pasażerskich przewozów kolejowych stanowi konieczność posiadania odpowiedniego taboru, niezbędnego do prowadzenia działalności na tym rynku. Istniejący tabor kolejowy zasadniczo stanowi własność zasiedziałych przedsiębiorstw kolejowych. Inwestycja w tabor kolejowy jest kosztochłonna. Tabor często wymaga dostosowania do parametrów technicznych konkretnej linii kolejowej lub sieci. W dodatku amortyzuje się przez długi czas (kilkadziesiąt lat), zazwyczaj znacznie dłuższy niż okres, w którym operatorzy mogą racjonalnie (z odpowiednią dozą prawdopodobieństwa) oczekiwać, że będą świadczyć dane usługi. Czynniki te skutecznie ograniczają krąg podmiotów zainteresowanych wejściem na rynek pasażerskich przewozów kolejowych, a tym samym intensywność konkurencji na tym rynku².

Otwierając rynek pasażerskich przewozów kolejowych (przynajmniej w zakresie przewozów o charakterze służby publicznej), prawodawca unijny zdecydował się na wykorzystanie w celu regulacyjnym od dawna funkcjonujących rozwiązań prawnych, tj. rozwiązań zawartych w przepisach dotyczących zamówień publicznych. Przepisy z zakresu zamówień publicznych realizują do pewnego stopnia podobne cele co przepisy dotyczące regulacji gospodarczej. Służą one bowiem przede wszystkim zapewnieniu uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zdolnymi

¹ Na tzw. czwarty pakiet kolejowy składa się 6 aktów prawa UE przyjętych w celu zakończenia tworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (urzeczywistnienia jednolitego rynku wewnętrznego w sektorze kolejnictwa). Jego zasadniczym celem jest ożywienie sektora kolejowego i uczynienie go bardziej konkurencyjnym w stosunku do innych rodzajów transportu. Obejmuje on dwa tzw. filary – filar „techniczny” oraz filar „rynkowy”. Jednym z aktów prawnych należących do czwartego pakietu kolejowego jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z 14 grudnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego (Dz. Urz. UE 2016 L 354/22), które zawiera analizowane w niniejszym artykule rozwiązania.

² Szerzej zob. S.A. Jarecki, *Tabor a konkurencja w pasażerskich przewozach kolejowych*, [w:] J. Gola, W. Szydło, *Regulacja w sektorze kolejowym i jej sądowa kontrola*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 368, s. 45-64.

do zrealizowania danego zamówienia. Zastosowane w tym zakresie w przepisach rozporządzenia 1370/2007 rozwiązania można podzielić na dwie grupy. Pierwsza obejmuje rozwiązania wprost bazujące na tych przewidzianych przez przepisy o zamówieniach publicznych. Taki charakter ma na przykład art. 5 ust. 3 rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem zasadniczym trybem wyboru operatora świadczącego usługi przewozowe jest konkurencyjna procedura przetargowa. Procedura taka powinna być otwarta dla wszystkich podmiotów, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości oraz niedyskryminacji. Po złożeniu ofert i preselekcji procedura ta może obejmować negocjacje zgodnie z tymi zasadami w celu ustalenia najlepszego sposobu spełnienia szczegółowych lub kompleksowych wymogów. Przepis ten niewątpliwie nie wprowadza żadnych rozwiązań, których nie można odnaleźć w ogólnych regulacjach dotyczących zamówień publicznych. Druga grupa obejmuje rozwiązania szczególne, właściwe tylko przepisom z zakresu regulacji rynku transportu kolejowego. Rozwiązania te uzupełniają te zaliczane do pierwszej grupy. Mają one w założeniu przeciwdziałać temu, by specyficzne cechy sektora transportu kolejowego pozbawiły skuteczności konkurencyjnej procedury wyboru operatora. Przede wszystkim temu, by konkurencja na etapie wyboru operatora nie była iluzoryczna. Sam obowiązek wyboru operatora w procedurze konkurencyjnej nie gwarantuje bowiem jeszcze, że konkurencja na etapie wyłaniania podmiotu świadczącego usługi przewozowe faktycznie wystąpi. Ze względu na specyficzne cechy rynku transportu kolejowego może się bowiem okazać, że wykonywaniem przewozów będzie zainteresowany tylko jeden przedsiębiorca lub że będzie on znajdować się w uprzywilejowanej pozycji. Rozwiązania te mają dwojaki charakter. Z jednej strony, ich celem jest zwiększenie kręgu potencjalnych wykonawców (podmiotów zdolnych do wykonania usług przewozowych i zainteresowanych prowadzeniem tej działalności), z drugiej strony zaś, służą one eliminacji zakłóceń konkurencji na etapie przygotowywania ofert przez potencjalnych operatorów. Do tej grupy należy zaliczyć rozwiązania omawiane w niniejszym artykule. Celem niniejszego opracowania jest analiza rozwiązań regulacyjnych uzupełniających te bazujące na przepisach o zamówieniach publicznych oraz zbadanie ich wpływu na procedurę powierzenia (udzielania zamówienia publicznego na wykonywanie) usług publicznych w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych.

2. Rozwiązania uzupełniające obowiązek konkurencyjnego wyboru operatora

Zgodnie z dodanym do rozporządzenia 1370/2007 art. 5a ust. 1 z myślą o wszczęciu konkurencyjnej procedury przetargowej właściwe organy oceniają, czy konieczne są środki do zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do odpowiedniego taboru. W ocenie tej uwzględnia się obecność na rynku właściwym przedsiębiorstw prowadzących leasing taboru kolejowego (podmiotów typu ROSCO) lub innych podmiotów prowadzących leasing taboru. Sprawozdanie z oceny jest udostępniane publicznie.

W art. 5a ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 prawodawca unijny przewidział możliwość wprowadzenia przez organizatorów środków w zakresie dostępu do taboru. Według tego przepisu organizatorzy mogą zdecydować, zgodnie z prawem krajowym i zasadami dotyczącymi pomocy publicznej, o zastosowaniu odpowiednich środków w celu zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do odpowiedniego taboru. Takie środki mogą obejmować:

- nabycie przez organizatora taboru wykorzystywanego do wykonywania umowy o świadczenie usług publicznych w celu udostępnienia go wybranemu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne po cenie rynkowej lub w ramach umowy o świadczenie tych usług;
- udzielenie przez organizatora gwarancji na finansowanie taboru wykorzystywanego do wykonania umowy o świadczenie usług publicznych po cenie rynkowej lub w ramach umowy o świadczenie tych usług, w tym gwarancji obejmującej ryzyko związane z wartością końcową;
- zobowiązanie się organizatora w umowie o świadczenie usług publicznych do przejścia taboru na wcześniej ustalonych warunkach finansowych na koniec obowiązywania umowy po cenie rynkowej; lub
- współpracę z innymi organizatorami w celu stworzenia większego zasobu taborowego.

Zgodnie z rozporządzeniem w przypadku udostępnienia taboru nowemu operatorowi organizator zawiera w dokumentach przetargowych wszelkie dostępne informacje na temat kosztów utrzymania taboru i jego stanu fizycznego.

Prawodawca unijny wprowadził zatem dwa rozwiązania w zakresie zapewnienia skutecznego dostępu do taboru kolejowego: konieczność przeprowadzenia analizy dotyczącej zasadności zastosowania środków taborowych oraz możliwość wprowadzenia przez organizatorów środków służących zapewnieniu operatorom skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru kolejowego. Poniżej dokonano analizy tych rozwiązań, w takiej kolejności, w jakiej zostały one zawarte w rozporządzeniu 1370/2007.

3. Analiza rozwiązań wprowadzonych przez prawodawcę unijnego

Celem analizy dokonywanej przez organizatora jest określenie, czy w związku z zamiarem przeprowadzenia konkurencyjnej procedury wyboru operatora konieczne są środki w zakresie zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru kolejowego. Innymi słowy, chodzi o weryfikację, czy środki te są niezbędne dla zagwarantowania skuteczności tej procedury i wypełnienia przez nią warunków, jakim powinna ona odpowiadać zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007. Obowiązek przeprowadzenia takiej oceny powstaje tylko wówczas, gdy organizator zamierza wybrać operatora z zastosowaniem konkurencyjnej procedury wyboru, a nie skorzystać z jednego z przewidzianych w rozporządzeniu 1370/2007 wyjątków od obo-

wiązku stosowania takiej procedury i powierzyć operatorowi umowę o świadczenie usług publicznych w sposób bezpośredni.

Przez skuteczny dostęp do taboru należy rozumieć zastosowanie takich rozwiązań, które w sposób rzeczywisty, faktyczny zapewnią, że we właściwym czasie (tj. w momencie rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych na podstawie zawartej z organizatorem umowy o świadczenie usług publicznych) operator będzie dysponował taborem koniecznym do realizacji przewozów i będzie mógł go używać. Prawodawca unijny nie określił, jakie elementy powinna zawierać stosowna analiza ani na podstawie jakich kryteriów należy dokonywać oceny konieczności zastosowania środków regulacyjnych dotyczących zapewnienia dostępu do taboru kolejowego, poprzestając wyłącznie na wskazaniu, że jednym z elementów takiej analizy powinno być odniesienie się do obecności na rynku właściwym podmiotów zajmujących się leasingiem taboru kolejowego (w tym podmiotów typu ROSCO).

W tym miejscu należy wyjaśnić, co konkretnie należy rozumieć przez pojęcie podmiotów leasingujących tabor, a także co to jest podmiot typu ROSCO. ROSCO to skrót od angielskiego określenia *Rolling Stock Company*. Określenie to najprościej przetłumaczyć jako spółkę leasingującą tabor. Koncepcja ROSCO powstała w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. ROSCO zostały utworzone w toku liberalizacji brytyjskich kolei państwowych. W 1994 r. przejęły one tabor dotychczasowego narodowego przedsiębiorstwa kolejowego (British Rail). ROSCO od początku zostały pomyślane jako remedium na barierę w dostępie do rynku transportu kolejowego związaną z koniecznością dysponowania przez operatorów kolejowych taborem niezbędnym do prowadzenia działalności przewozowej. Operatorzy nie muszą mieć własnego taboru, lecz pozyskują go do czasowego użytkowania od ROSCO. Zwiększa to zainteresowanie nowych podmiotów wejściem na rynek transportu kolejowego (braniem udziału w konkurencyjnych postępowaniach na wybór operatora). ROSCO same nie realizują przewozów. Oferują pośredni leasing taboru kolejowego (nie są wytwórcami przedmiotu leasingu, lecz nabywają go od producentów taboru kolejowego). Zasadniczo leasing ten ma charakter operacyjny – okres oddania taboru do używania jest krótszy niż okres jego ekonomicznej używalności (tj. krótszy niż okres jego pełnej amortyzacji, co jest związane z okresem obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych). W polskim Kodeksie cywilnym odrębnie uregulowano jedynie umowę leasingu finansowego (tj. leasingu, w przypadku którego okres trwania umowy odpowiada okresowi ekonomicznej używalności przedmiotu leasingu), a nie operacyjnego. Działalność ROSCO w rozumieniu przepisów polskich obejmuje zatem, co do zasady, inne niż leasing rodzaje umów, na podstawie których operator może pozyskać tabor kolejowy do czasowego używania, np. umowę najmu czy dzierżawy (odpowiadające, co do zasady, głównym założeniom leasingu operacyjnego w prawie anglosaskim). ROSCO działają generalnie na zasadach komercyjnych, a rynek udostępniania taboru kolejowego jest otwarty na konkurencję. Oferują one tabor operatorom przewozów zarówno pasażerskich, jak i towarowych.

Oprócz tego typu spółek udostępniać tabor do czasowego korzystania przez innych operatorów transportu kolejowego mogą także przedsiębiorstwa kolejowe dysponujące nadwyżką pojazdów, pojazdami zbędnymi z punktu widzenia ich bieżącej działalności. Niekiedy można się spotkać z poglądem, że przedsiębiorstwo kolejowe prowadzące ubocznie taką działalność także mogą być uznane za ROSCO. Wreszcie tabor do czasowego korzystania mogą także udostępniać organizatorzy, którzy stworzyli własne zasoby pojazdów kolejowych (tzw. *poole taborowe*) do wykonywania przewozów na podległym im terytorium. Zasoby te pełnią zasadniczo taką samą funkcję jak ROSCO.

Biorąc pod uwagę, że celem analizowanych rozwiązań jest eliminacja bariery wejścia na rynek świadczenia pasażerskich przewozów kolejowych, związanej z koniecznością posiadania przez operatorów taboru kolejowego, która wynika m.in. z tego, że okres ekonomicznej używalności taboru jest zazwyczaj znacznie dłuższy niż okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych, prawodawca unijny rozumie przez pojęcie leasingu narzędzie pozyskiwania przez operatorów taboru na okres krótszy niż okres jego ekonomicznej używalności, zatem leasing operacyjny (bieżący). Zgodnie ze stanowiskiem polskiej doktryny nie ma podstaw do wyodrębnienia umowy leasingu bieżącego, nawet jako wyraźnie ukształtowanej nowej odmiany jednego ze znanych typów umów³. W związku z powyższym przez leasing – zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007 – należy rozumieć nie tylko umowę leasingu uregulowaną w art. 709¹ i następnych Kodeksu cywilnego, lecz także leasing w szerokim znaczeniu, nadanym mu w prawie anglosaskim, a zatem także inne rodzaje umów uregulowane w prawie polskim, na podstawie których operator może pozyskać tabor kolejowy do czasowego używania, np. umowę najmu czy dzierżawy.

Warto w tym miejscu zauważyć, że od udostępniania do czasowego korzystania pojazdów trakcyjnych należy odróżnić działalność polegającą na świadczeniu tzw. usługi trakcyjnej. Usługa trakcyjna to działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, polegająca na wykonywaniu usług zapewniania pojazdów kolejowych z napędem (pojazdów trakcyjnych – lokomotyw, zespołów trakcyjnych i innych pojazdów silnikowych) wraz z obsługą maszynistów do wykonywania przewozu kolejowego albo jedynie obsługi maszynistów do prowadzenia pojazdów kolejowych z napędem⁴. Istotą usługi trakcyjnej jest zatem przede wszystkim zapewnienie nie tyle pojazdu kolejowego, ile personelu go obsługującego⁵. Jest to główny czynnik odróżniający usługę trakcyjną od działalności polegającej na zapewnianiu uczestnikom rynku transportu kolejowego samego taboru (najem, dzier-

³ J. Poczobut, *Leasing*, [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań; część szczegółowa*, tom 7, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 243.

⁴ Zob. również M. Kraśniewski, *Przewoźnik kolejowy – definicja w świetle ustawy o transporcie kolejowym*, [w:] M. Pawełczyk (red.), *Rynek kolejowy. Prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania*, wyd. Ius Publicum, Warszawa 2017, s. 128-129.

⁵ Zob. podobnie K. Kuczyński, M. Grochowska, *Usługa trakcyjna. Praca tymczasowa nieco inaczej*, „Kurier Kolejowy” 2018, nr 2/3532, s. 48.

zawa, użyczenie, leasing taboru). Usługa trakcyjna może być świadczona wyłącznie przez przedsiębiorstwo kolejowe mające stosowną licencję. Tabor może być zaś dostarczany uczestnikom rynku transportu kolejowego przez producentów i inne podmioty go udostępniające do czasowego używania, takie jak wskazane powyżej podmioty typu ROSCO. Usługi te nie są substytutami, ponieważ usługa trakcyjna, oprócz dostarczenia taboru, polega na zapewnieniu jego obsługi (maszyniści oraz ewentualnie ich pomocnicy), a w praktyce także jego naprawy i konserwacji, w tym odpowiedniego zaplecza utrzymaniowego. Te dodatkowe elementy są niezbędne dla zapewnienia ciągłości świadczenia przewozów kolejowych przez podmioty niedysponujące własnym personelem trakcyjnym czy niezbędnym zapleczem. Poza tym usługa trakcyjna może obejmować jedynie zapewnienie personelu (maszynistów).

Należy podkreślić, że ocena występowania na rynku podmiotów zajmujących się leasingiem taboru kolejowego jest tylko jednym z kilku elementów, jakie powinna zawierać analiza, a nie jedynym jej elementem. Wynika to zarówno z samego brzmienia art. 5a ust. 1 rozporządzenia 1370/2007, jak i z tego, że istnienie na rynku właściwym podmiotów zajmujących się leasingiem taboru kolejowego nie jest jedynym wyznacznikiem konieczności zastosowania środków regulacyjnych dotyczących zapewnienia dostępu do taboru kolejowego. Konieczność zastosowania środków dotyczących taboru należy oceniać przez pryzmat celu, któremu służy zastosowanie konkurencyjnej procedury wyboru operatora. Celem zastosowania tej procedury jest urzeczywistnienie konkurencji w segmencie pasażerskich przewozów kolejowych o charakterze służby publicznej, przyjmującej formę konkurencji o rynek, tj. rywalizacji kilku potencjalnych operatorów na etapie wyboru podmiotu świadczącego usługi publiczne. Przy czym cechy tej procedury zostały określone w przywołanym powyżej art. 5 ust. 3 rozporządzenia 1370/2007.

Istnieje bezpośredni i nierozzerwalny związek pomiędzy szczególnymi cechami danego powierzenia a koniecznością zastosowania środków dotyczących taboru. To, czy należy zastosować takie środki, będzie zależało m.in. od terminów określonych w ramach procedury wyboru czy określonych przez organizatora wymogów, jakie powinien spełniać tabor wykorzystywany do świadczenia usług. Przykładowo jeśli organizator żąda wprowadzenia nowego taboru, przewidując jednocześnie dostatecznie dużo czasu pomiędzy rozstrzygnięciem procedury wyboru a rozpoczęciem świadczenia usług, tak że każdy operator będzie miał dostatecznie dużo czasu na zakupienie pociągów i pozyskanie dokumentów niezbędnych do rozpoczęcia ich eksploatacji, to nie ma potrzeby wprowadzania omawianych środków, nawet w przypadku, gdy na danym rynku nie funkcjonują podmioty prowadzące działalność w zakresie leasingu taboru kolejowego. Oczywiście jest bowiem, że w takiej sytuacji każdy wybrany do wykonywania usług podmiot będzie musiał nabyć tabor i że każdy będzie miał faktyczną możliwość dokonania takiego zakupu (odpowiedni czas na nabycie pojazdów). Tym samym kwestie związane z dysponowaniem taborem nie będą faworyzować żadnego potencjalnego operatora. Jeśli natomiast organizator będzie dopuszczał wykorzystanie pojazdów już eksploatowanych przez

niektórych operatorów czy procedura wyboru będzie zorganizowana w taki sposób, że potencjalni operatorzy nie będą mieli dostatecznie dużo czasu na nabycie pojazdów itp., to wprowadzenie środków regulacyjnych dotyczących zapewnienia taboru, w zależności dodatkowo od tego, czy na danym rynku właściwym działają podmioty leasingujące tabor, może okazać się konieczne.

Można zauważyć, że omawiana analiza ma w swojej istocie podobny charakter do tej, jaką przeprowadza się w celu ustalenia, czy odmowa przez przedsiębiorcę określonych dostaw stanowiła nadużycie posiadanej przez niego pozycji dominującej. Odmowa taka stanowi nadużycie pozycji dominującej, jeśli m.in. dotyczy towaru lub usługi obiektywnie niezbędnej do konkurencji na rynku niższego szczebla. Może ona doprowadzić do wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku następującym oraz nie jest dostatecznie usprawiedliwiona⁶. Analogicznie w przypadku omawianej w niniejszym artykule analizy powinna ona sprowadzać się do zbadania, czy brak zastosowania środków taborowych doprowadzi do wyeliminowania skutecznej konkurencji na etapie wyboru operatora wykonującego usługi publiczne w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych (do wyeliminowania konkurencji o rynek).

Jak wynika z pkt 28 preambuły do rozporządzenia 2016/2338⁷, którym to dodano do rozporządzenia 1370/2007 przywołany przepis, ocena konieczności zastosowania środków dotyczących taboru powinna zostać przeprowadzona na etapie przygotowywania konkurencyjnej procedury wyboru operatora świadczącego usługi publiczne w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego. Wydaje się to oczywiste, bowiem analizowane środki stanowią kluczowy element tej procedury i mają bezpośredni wpływ na krąg podmiotów, które będą zainteresowane wykonywaniem danej usługi (oferentów). Muszą być one zatem od samego początku w jej ramach przewidziane, a informacja o ich zastosowaniu musi być z góry dostępna dla potencjalnych operatorów. Prawodawca unijny nie wskazał, z jakim wyprzedzeniem powinna być przygotowana analiza ani przez jak długi czas jej wyniki mogą być uznawane za wiążące. W praktyce konieczne może okazać się przygotowanie takiej analizy na długo przed planowanym powierzeniem świadczenia usług. Wynika to chociażby z tego, że ewentualne wdrożenie przez organizatora środków regulacyjnych w zakresie dysponowania taborem kolejowym jest czasochłonne. Jednocześnie wydaje się, że analiza nie musi się ograniczać tylko do wskazania, czy w danym przypadku konieczne jest zastosowanie środków zapewniających dostęp do taboru kolejowego. Analiza może również określać, jakim warunkom powinien odpowiadać akt powie-

⁶ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner*, Zb. Orz. 1998, s. I-7791, pkt 40–46 oraz przedstawiona w tej sprawie opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa, pkt 56–69; M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Oficyna a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, Lex nr 114456.

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z 14 grudnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego, Dz. Urz. UE 2016 L 354/22.

rzenia świadczenia usług (nazywany w prawie UE umową o świadczenie usług publicznych) oraz sama procedura wyboru, aby zastosowanie takich środków nie było konieczne. Analiza powinna uwzględniać stan jak najbardziej zbliżony do warunków panujących na rynku w momencie powierzania świadczenia usług operatorowi. Powinna ona zostać zatem sporządzona w możliwie nieodległym czasie od rozpoczęcia procedury wyboru operatora. Uwzględniając jednak czasochłonność poszczególnych procesów, związanych zarówno z przygotowaniem analizy, jak i z ewentualnym wdrożeniem wynikających z niej wniosków, do kwestii tej trzeba podchodzić elastycznie. W zakresie terminu, w którym analizę można uznawać za obowiązującą, należy uznać, że analiza wiąże tak długo, dopóki nie zaistnieją zmiany w sytuacji panującej na rynku.

W odniesieniu do wskazanych w rozporządzeniu środków dotyczących zapewnienia operatorom skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru należy zauważyć, że zawarty w rozporządzeniu katalog tych środków ma charakter wyłącznie przykładowy. Oznacza to, że organizatorzy mogą w tym zakresie zastosować także inne środki niż wprost przewidziane przez rozporządzenie. Można sobie przy tym wyobrazić wiele możliwych do zastosowania rozwiązań, takich jak przyznanie dotacji na zakup taboru, zobowiązanie operatora zasiedziałego do udostępniania taboru innym operatorom, zobowiązanie nowo wybranego operatora do przejęcia taboru od starego operatora czy skorzystanie z rozwiązań z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Z brzmienia przepisów rozporządzenia 1370/2007 wyraźnie wynika, że organizatorzy mają szeroką dyskrejonalną władzę w zakresie decydowania o konieczności zastosowania środków taborowych. Prawodawca unijny jednoznacznie wskazał, że organizatorzy mogą, ale nie muszą, wprowadzać te środki. Swoboda działania organizatorów wydaje się przy tym praktycznie niczym nieskrępowana. Niewątpliwie uznaniowość działań organizatora wzmacnia także jedynie przykładowy katalog możliwych do wprowadzenia środków.

Dyskusyjne jest, jaki wpływ na decyzję organizatora ma wynik analizy konieczności zastosowania środków zapewniających skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do odpowiedniego taboru kolejowego. Można twierdzić, że wzmacnia on uznaniowość organizatora. Analiza oparta jest bowiem na czynnikach ekonomicznych, z natury rzeczy do pewnego stopnia ocennych, co oznacza, że sam proces sporządzania analizy wiąże się z pewną swobodą działań po stronie organizatora. Z drugiej strony, wynik analizy może jednak wpływać na ostateczną decyzję organizatora o wprowadzeniu środków taborowych, czyli ograniczać zakres jego uznaniowości.

Bardziej jednoznaczne rozstrzygnięcie powyższej kwestii jest o tyle trudne, że chociaż prawodawca unijny wprowadził obowiązek przeprowadzania analizy konieczności zastosowania środków zapewniających skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do odpowiedniego taboru kolejowego i możliwość stosowania przez organizatorów środków taborowych, to w żaden sposób nie określił, jaki jest związek pomiędzy wynikiem tej analizy a decyzją podejmowaną przez organizatora w przed-

miocie zastosowania bądź braku zastosowania tych środków. Można uznać, że oznacza to, iż nie ma żadnego związku pomiędzy analizą a wskazaną decyzją organizatora, ale także, że pomimo przemilczenia tej kwestii przez prawodawcę unijnego związek taki istnieje.

Możliwe jest także sformułowanie poglądu, zgodnie z którym potencjalni operatorzy, którzy mogą wziąć udział w procedurze wyboru podmiotu świadczącego usługi publiczne w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego, powinni uzyskać skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do taboru kolejowego zawsze w przypadku, gdy brak zastosowania odpowiednich środków w tym zakresie będzie skutkował nadmiernym ograniczeniem lub wręcz całkowitym wyeliminowaniem konkurencji na etapie powierzania umowy o świadczenie usług publicznych. Sytuacja taka niewątpliwie będzie miała miejsce wówczas, gdy wynikiem omówionej powyżej analizy będzie wykazanie, że zastosowanie przez organizatora środków zapewniających skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do taboru jest konieczne. W takiej sytuacji organizator może nie dysponować swobodą w zakresie podejmowania decyzji o zastosowaniu bądź niezastosowaniu takich środków, pomimo skonstruowania odnoszącego się do tej kwestii przepisu art. 5a ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 w oparciu o konstrukcję uznania administracyjnego (przepis ten wskazuje, że organizator może zastosować środki taborowe). Brak zastosowania tych środków może bowiem oznaczać w skrajnym przypadku, że do wykonywania usług będzie mógł zostać wybrany tylko jeden konkretny operator. W konsekwencji procedura powierzania świadczenia usług przewozowych z założenia zostanie pozbawiona konkurencyjnego charakteru.

Należy przypomnieć, że art. 5 ust. 3 rozporządzenia 1370/2007 wymaga, by procedura wyboru operatora była konkurencyjna, otwarta, sprawiedliwa oraz zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Powyższe cechy procedury niewątpliwie nie oznaczają, że potencjalnym oferentom nie mogą być stawiane określone wymogi, w tym wymogi dotyczące taboru, ani też że organizator powinien formułować wymagania dotyczące realizacji usług przewozowych tak, aby umożliwić wszystkim operatorom działającym na rynku złożenie ofert. Określenie przez organizatora wymagań odnoszących się do danego powierzenia *de facto* zawsze wiąże się bowiem z przewagą jednych operatorów nad innymi⁸. Niemniej jednak organizator nie powinien formułować wymogów tak, by w sposób nieuzasadniony eliminować konkurencję.

W przypadku gdy skutkiem postawienia przez organizatora określonych wymagań dotyczących taboru wykorzystywanego do świadczenia usługi, w połączeniu z brakiem zastosowania środków w zakresie zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru kolejowego, będzie drastyczne ograniczenie kręgu potencjalnych operatorów do wybranych podmiotów krajowych lub wręcz możliwość świadczenia usług wyłącznie przez konkretnego operatora (zazwyczaj

⁸ M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018, Legalis.

operatora zasiedziałego), będzie można zarzucić organizatorowi, że zorganizował on procedurę powierzania umowy o świadczenie usług przewozowych z zamiarem działania na korzyść lub niekorzyść wybranych operatorów, a w konsekwencji, że działanie organizatora, przez sformułowanie zbyt daleko idących wymagań i brak zastosowania środków taborowych, prowadziło do sztucznego zawężenia konkurencji i jako takie było sprzeczne z art. 5 ust. 3 rozporządzenia 1370/2007, określającym, jakim cechom powinna odpowiadać procedura wyboru operatora.

Takie działanie organizatora niewątpliwie byłoby sprzeczne z celami czwartego pakietu kolejowego, który zmierza do rozwoju rzeczywistej konkurencji w zakresie prowadzenia działalności polegającej na wykonywaniu pasażerskich przewozów kolejowych (w tym o charakterze usługi publicznej). Cel ten jest realizowany poprzez zagwarantowanie, że umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego będą powierzane według kryteriów określonych w rozporządzeniu 1370/2007, w sposób zapewniający wystąpienie faktycznej konkurencji pomiędzy operatorami.

Brak zastosowania we wskazanym przypadku środków w zakresie zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru kolejowego może być pochytywany jako równoznaczny ze stawianiem potencjalnym operatorom nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do rynku pasażerskiego transportu kolejowego, uniemożliwiającym faktyczne otwarcie tego rynku na konkurencję, a tym samym jako działanie sprzeczne z prawem UE.

Można się wreszcie zastanawiać, czy w przypadkach takich jak opisany powyżej nie będziemy mieli do czynienia ze złamaniem zakazu dyskryminacji w ramach procedury powierzania umowy o świadczenie usług publicznych, w tym wyrażonego w art. 18 TFUE⁹ zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Dyskryminacja sprowadza się do różnego traktowania podobnych sytuacji i podobnego traktowania różnych sytuacji¹⁰. Zgodnie z art. 18 TFUE w zakresie zastosowania traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Dyskryminacja ze względu na przynależność państwową może mieć charakter dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej (ukrytej). Z dyskryminacją bezpośrednią mamy do czynienia wówczas, gdy sytuacja podmiotów (znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji) jest różnicowana bezpośrednio na podstawie kryterium przynależności państwowej. Dyskryminacja pośrednia (ukryta) ma miejsce w przypadku, gdy zastosowanie innego kryterium różnicującego niż przynależność państwowa prowadzi do takiego samego lub podobnego skutku co zastosowanie kryterium obywatelstwa. Trybunał Sprawiedliwości UE zasadniczo przeprowadza

⁹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE 2012 C 326/47.

¹⁰ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 263.

badanie ewentualnych przypadków dyskryminacji pośredniej w dwóch etapach. Najpierw bada, czy faktycznie występuje kryterium różnicujące, które wywołuje podobne skutki jak rozróżnienie ze względu na obywatelstwo, a następnie ustala, czy nie jest ono obiektywnie uzasadnione¹¹. W przypadku wyboru operatora wykonującego usługi pasażerskich przewozów kolejowych pośrednią (ukrytą) formą dyskryminacji będzie zastosowanie kryteriów wyboru na pierwszy rzut oka obiektywnych, niemniej jednak faworyzujących podmioty krajowe¹². Można uznać, że taka sytuacja będzie miała miejsce w przypadku posłużenia się przez organizatora wymaganiami dotyczącymi taboru i braku wprowadzenia środków w zakresie zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do taboru, jeśli efektem takiego działania będzie zawężenie kręgu potencjalnych operatorów do konkretnych podmiotów lub wręcz konkretnego podmiotu krajowego.

4. Zakończenie

Prawodawca unijny dąży do pełnego urzeczywistnienia konkurencji na rynku pasażerskiego transportu kolejowego. Konkurencja na tym rynku ma funkcjonować przede wszystkim jako tzw. konkurencja o rynek, tj. odbywać się na etapie wyboru podmiotu świadczącego usługi przewozowe. Jest ona wdrażana przez ustanowienie wymogu wyboru operatora w konkurencyjnej procedurze udzielania zamówienia publicznego. Jedną z zasadniczych barier w rozwoju tego rodzaju konkurencji jest jednak konieczność dysponowania przez operatorów przewozów kolejowych odpowiednim taborem. W związku z tym prawodawca unijny opracował rozwiązania zmniejszające znaczenie tej bariery, tak by nie stanowiła ona przeszkody w wystąpieniu rzeczywistej konkurencji na etapie udzielania zamówienia publicznego. Co ciekawe, chociaż zasadnicze postanowienia czwartego pakietu kolejowego związane z wprowadzaniem konkurencji w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych wejdą w życie dopiero za jakiś czas, to analizowane w niniejszym artykule rozwiązania już obowiązują. Są jednak lakoniczne, bardzo nieprecyzyjne i pozostawiają organizatorom szeroki margines swobody w ich stosowaniu. Oznacza to, że praktyka ich stosowania może wyglądać bardzo różnie i to nawet w obrębie jednego państwa członkowskiego. Jest także wysoce prawdopodobne, że wystąpią duże różnice w interpretowaniu przeanalizowanych w niniejszym artykule mechanizmów przez organy krajowe i unijne. W konsekwencji na tle ich stosowania mogą powstać liczne spory i, co gorsze, mogą się one okazać wysoce nieskuteczne.

¹¹ A. Wróbel, *Artykuł 12*, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, tom I (art. 1-60), LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 366.

¹² W. Hartung, M. Bağlaç, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, Legalis.

Literatura

- Hartung W., Bagłał M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, Legalis.
- Hoff W., *Prawny model regulacji sektorowej*, Difin, Warszawa 2008.
- Jarecki S.A., *Tabor a konkurencja w pasażerskich przewozach kolejowych*, [w:] J. Gola, W. Szydło, *Regulacja w sektorze kolejowym i jej sądowa kontrola*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 368.
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018, Legalis.
- Kraśniewski M., *Przewoźnik kolejowy – definicja w świetle ustawy o transporcie kolejowym*, [w:] Pawełczyk M. (red.), *Rynek kolejowy. Prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania*, Ius Publicum, Warszawa 2017.
- Kuczyński K., Grochowska M., *Usługa trakcyjna. Praca tymczasowa nieco inaczej*, „Kurier Kolejowy” 2018, nr 2/3532.
- Poczobut J., *Leasing*, [w:] Rajska J. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań; część szczególna*, tom 7, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, Lex nr 114456.
- Wróbel A., *Artykuł 12*, [w:] Wróbel A. (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, tom I (art. 1-60), LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.