

Działalność powierzona i komercyjna spółek transportu komunalnego w Polsce

Spis treści

- I. Zadania własne gminy
- II. Pomoc publiczna w usługach publicznego transportu zbiorowego
- III. Metody pokrywania luki finansowej
- IV. Działalność powierzona i komercyjna
- V. Ograniczenia regulacyjne działalności komercyjnej

Streszczenie

W artykule wskazuję możliwości i efekty pełniejszego wykorzystania aktywów komunalnych w transporcie zbiorowym bez analizy źródeł środków finansowych, skupiając się na mechanizmie niwelowania przez spółkę komunalną luki finansowej w wypełnianiu powierzonych zadań publicznych. Głównym celem takiego działania jest zwiększenie współfinansowania przez wykonawcę publicznych zadań zleconych (powierzonych) przez organ samorządowy (lokalny organ właściwy). Przedstawiam dalej ograniczenia, które napotyka spółka komunalna intensyfikująca wykorzystanie majątku, którym dysponuje w celu wykonywania zadań powierzonych (zadań publicznych). Piszę także o alternatywnych możliwościach świadczenia usług komunalnych wobec powierzania ich spółkom komunalnym.

Słowa kluczowe: usługi użyteczności publicznej; transport publiczny; kontraktowanie z podmiotem wewnętrznym; działalność gospodarcza w świetle doktryny Teckal; finansowanie usług użyteczności publicznej; ekonomiczna istota nakładania zobowiązań użyteczności publicznej.

I. Zadania własne gminy

Rozwój cywilizacyjny i dążenie do zapewnienia możliwie jak najwyższego standardu życia spowodował, że gminy jako wspólnoty mieszkańców są zobowiązane do dostarczenia określonych usług w jak najwyższym standardzie oraz spełniających założenia zrównoważonego rozwoju transportu miejskiego. Uwzględniając istotną rolę zrównoważonego rozwoju obszarów miejskich, konieczne jest prowadzenie polityki inwestycyjnej nakierowanej na zapewnienie jak najbardziej efektywnych rozwiązań publicznego transportu zbiorowego¹. W art. 7 ust. 1 ustawy

* COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp.j.; Partner – Założyciel; absolwent Wydziału Ekonomiczno-Socjologicznego Uniwersytetu Łódzkiego, studiów podyplomowych z zakresu rachunkowości finansowej i zarządczej oraz podyplomowych studiów w King's College London, University of London w zakresie European Competition Law; uczestnik Otwartego Seminarium Doktoranckiego CARS.

¹ Por. „Zielona Księga”. W kierunku nowej kultury mobilności w mieście (KOM(2007) 551 wersja ostateczna), Bruksela, 29.09.2007; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Plan działania na rzecz mobilności w miastach (KOM(2009) 490 wersja ostateczna), Bruksela 30.09.2009 r.

o gminach² zostały wskazane usługi, które gmina jest zobowiązana zagwarantować swym mieszkańcom, ale niekoniecznie musi je wykonywać sama. Ustawodawca wskazał trzy równorzędne metody, z jakich gmina może skorzystać celem wykonania zadań własnych. W ustawie o gospodarce komunalnej³ zostało wskazane, że zadania własne mogą być (1) **wykonywane samodzielnie przez gminę** (np. samorządowy zakład budżetowy) lub (2) **za pośrednictwem powołanej spółki** (spółki komunalnej) lub też (3) usługi te mogą zostać **zlecone usługodawcy niezależnemu od gminy**. Jednocześnie nie można wskazać, aby jakiegokolwiek regulacje dawały podstawę do preferowania któregoś z tych sposobów⁴.

Oczekiwania społeczne powodują konieczność zwiększania jakości świadczonych usług publicznych. Rosnące oczekiwania społeczne nie są zbieżne ze zmianami zasobności organów publicznych, co prowadzi do powstania swoistej luki finansowej. Mówiąc wprost – wyższa jakość usług pociąga za sobą z reguły wyższe koszty ich wytworzenia, których to gminy nie są w stanie pokryć posiadanymi środkami finansowymi.

Celem każdego organizatora usług publicznych jest więc takie zarządzanie posiadanymi zasobami, aby w jak największym stopniu zaspokoić zapotrzebowanie społeczne i nie zwiększać (lub też minimalizować) powstałej luki finansowej. Minimalizowanie luki finansowej może być dokonane albo przez zmniejszenie zamówienia (zależność wprost proporcjonalna) lub też poprzez zwiększenie ilości pieniędzy w systemie finansowania usług publicznych (zależność odwrotnie proporcjonalna).

Zmniejszenie zamówienia publicznego (zamówienia dotyczącego danych usług publicznych) może mieć zarówno wymiar (1) ilościowy, jak i (2) jakościowy. **Zmniejszając wymogi ilościowe**, wykonawca danej usługi ponosi mniejsze koszty i tym samym obciążenia płatnika (gminy) są mniejsze, lecz jednocześnie takie działanie może nie spotkać akceptacji odbiorców usług. **Zmniejszenie wymogów jakościowych** również prowadzić będzie do obniżenia kosztów świadczenia danej usługi i gmina zmniejszy koszty jej pozyskania, lecz również i w tym przypadku zmiana ta może nie zostać zaakceptowana przez odbiorców. Zależności te mają zastosowanie bez względu na przyjęty model pozyskiwania przez gminę usług publicznych (wykonywania zadań własnych gminy). Kluczowe jest więc znalezienie odpowiedzi na pytanie, jak dostarczyć więcej pieniędzy do systemu pozyskiwania usług publicznych.

Usługi publiczne mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego, czyli podlegać prawom popytu i podaży, pod warunkiem, że dana usługa ma wymiar gospodarczy. Zidentyfikowanie czy dana usługa publiczna może mieć charakter gospodarczy pozwala na określenie potencjału zwiększenia ilości pieniędzy w systemie jej pozyskania. Konieczne jest więc wprowadzenie rozróżnienia między (1) usługami w ogólnym interesie i (2) usługami w ogólnym interesie gospodarczym. **Usługi w ogólnym interesie** to działania, które nie mogą podlegać wymianie handlowej, gdyż przy istniejącym popycie (gmina; obywatele) nie można zidentyfikować komercyjnej strony podażowej. W konsekwencji nie może dojść do wymiany handlowej, więc nie można zidentyfikować rynku w rozumieniu ekonomicznym, czyli dana usługa nie jest towarem (np. działalność straży miejskiej, policji, służba penitencjarna, działalność urzędów). **Usługi w ogólnym interesie gospodarczym**

² Ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (t. jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591).

³ Por. art. 2 i art. 3 ustawy z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (t. jedn. Dz.U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236).

⁴ Należy zauważyć, że kwestia własności pozostaje neutralna względem prawa, co oznacza, że bez względu na formę własności, podmiot gospodarczy jest poddany takim samym uregulowaniom prawnym (por. art. 345 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, Nr 90, poz. 864) (TFUE)).

z kolei charakteryzują się tym, że można zidentyfikować zarówno stronę popytową (gmina; obywatele), jak i stronę podaźową. Usługi w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG), jak każdy towar, są obciążone kosztami ich wytworzenia, co przekłada się na stosowną cenę nabycia danej usługi. Cena jest jednym z istotnych czynników, które decydują o dostępności i powszechności danej usługi wśród konsumentów (mieszkańców). Jeżeli cena jest za wysoka usługa publiczna nie będzie wykorzystana, więc gmina nie będzie *de facto* realizować jednego ze swych podstawowych zadań⁵. Rolą organu publicznego jest dokonanie w takim przypadku interwencji celem zmitigowania niekorzystnych uwarunkowań rynkowych (np. cenowych)⁶. W tym celu możliwe jest uruchomienie mechanizmu rekompensaty, a więc doprowadzenie do współfinansowania nabycia danej usługi z dwóch źródeł: (1) ze środków własnych konsumentów oraz (2) z zasobu gminy. W efekcie zastosowania współfinansowania konsument może uzyskać więcej jednostek danej usługi (mierzonej ilościowo lub jakościowo) za tę samą wartość.

II. Pomoc publiczna w usługach publicznego transportu zbiorowego

Wśród zadań własnych gminy został wskazany publiczny transport zbiorowy⁷. Usługi te należy zaliczyć do kategorii UOIG, gdyż z jednej strony występuje popyt w postaci gminy i jej mieszkańców, z drugiej zaś – usługa ta może być wykonywana zarówno przez podmioty działające na wolnym rynku, jak i podmioty o charakterze organu publicznego. Z tego też względu na rynku publicznego transportu zbiorowego może pojawić się konkurencja pomiędzy operatorami⁸. Usługi publicznego transportu zbiorowego mogą być (i praktycznie zawsze są) dofinansowywane przez organizatora transportu publicznego⁹. Jeżeli operator¹⁰ nie został wybrany w otwartym przetargu¹¹ wpłacana rekompensata jest pomocą publiczną.

Pojęcie pomocy publicznej jest określone w art. 107 ust. 1 TFUE. Na podstawie treści przywołanego artykułu można wskazać, że jeżeli tylko jednocześnie¹²: (1) **beneficjent jest przedsiębiorcą**¹³, (2) **rekompensata pochodzi ze źródeł publicznych i jest powodowana interwencją**

⁵ Teoria wyboru konsumenta wskazuje na zależności, jakimi się on kieruje, dokonując wyborów w ramach zdefiniowanych ograniczeń budżetowych.

⁶ W artykule celowo nie rozwija się zagadnienia teorii niedoskonałości rynku i równowagi rynkowej ze względu na ich rozległość. Zagadnienia te poruszane są często w literaturze ekonomicznej. Zob. m.in.: C.R. McConnell, *Economics Principles, Problems and Policies. Tenth Edition*, McGraw-Hill Book Company, New York 1987, s. 93–100; B.R. Schiller, *The Economy Today*, Random House, New York 1989, s. 57–60; M. Blaug, *Teoria ekonomii. Ujęcie retrospektywne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, str. 600–610; W.F. Samuelson, S.G. Marks, *Ekonomia menedżerska*, PWE, Warszawa 1998, s. 445, 599; W.J. Baumol, A.S. Blinder, *Economics. Principles and Policy*, HBJ, New York City 1988, s. 646–648.

⁷ Z zastrzeżeniem związków międzygminnych i porozumień międzygminnych.

⁸ Na rynku publicznego transportu zbiorowego opartego o system rekompensaty w transporcie miejskim nie występuje *de facto* konkurencja **na rynku**, lecz konkurencja **o rynek**. Operator raz włączony do systemu publicznego transportu zbiorowego nie konkuruje w codziennej działalności, gdyż jest poddany regulacji operacyjnej organizatora. Konkurencja ograniczona jest do momentu otwarcia kopert z ofertami przetargowymi.

⁹ Organizator publicznego transportu zbiorowego – właściwa jednostka samorządu terytorialnego albo minister właściwy do spraw transportu, zapewniający funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego na danym obszarze; organizator publicznego transportu zbiorowego jest „właściwym organem”, o którym mowa w przepisach Rozporządzenia 1370/2007 (art. 4 ust. 1 pkt 9) ustawy z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13) (**ustawa PTZ**)).

¹⁰ Operator publicznego transportu zbiorowego, to, w rozumieniu ustawy PTZ, samorządowy zakład budżetowy oraz przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób, który zawarł z organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, na linii komunikacyjnej określonej w umowie (art. 4 ust. 1 pkt 8) ustawy PTZ).

¹¹ Do usług publicznego transportu zbiorowego zastosowanie mają dyrektywy 2004/17/WE oraz 2004/18/WE.

¹² Zob. wyrok ETS w sprawie C-280/00 *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg* (Zb. Orz. 2003, s. I-07747). Zob. także: wyrok SPI w sprawie T-222/04 *Republika Włosa przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2009, s. II-1877); wyrok ETS w sprawie C-172/03 *Heiser* (Zb. Orz. 2005, s. I-1627, pkt 27); wyrok SPI w sprawie T-189/03 *ASM Brescia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2009, s. II-1831); wyrok SPI w sprawie T-369/06 *Holland Malt BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2009, s. II-3113).

¹³ Zob. wyr. ETS w połączonych sprawach C-475/99 *Ambulanz Glöckner* (Zb. Orz. 2001, s. I-8089) oraz wyr. ETS w połączonych sprawach C-180/98 do C-184/98 *Pavlov and Others* (Zb. Orz. 2000, s. I-6451).

publiczną, (3) przynosi ona beneficjentowi selektywną korzyść¹⁴, (4) może naruszyć konkurencję, (5) może naruszyć wymianę między państwami członkowskimi, dany środek wsparcia będzie stanowił pomoc publiczną i podlegać będzie wszelkim uregulowaniom formalnym¹⁵. Artykuł 106 ust. 2 TFUE stanowi, że *przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają normom Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich stosowanie tych reguł nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu zadań powierzonych tym przedsiębiorstwom*¹⁶. Jednocześnie należy wskazać, że na mocy art. 93 TFUE, pomoc publiczna przyznana na koordynację transportu jest zgodna z wewnętrznym rynkiem i jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 106 ust. 2 TFUE¹⁷. Z tego też względu można wskazać, że Rozporządzenie 1370/2007 wprowadza zasady zapewniające zgodność wypłacanej rekompensaty z rynkiem wewnętrznym¹⁸. Niemniej jednak również i w przypadku Rozporządzenia 1370/2007 zastosowanie ma ogólne przesłanie, jakie legło u podstaw regulacji pomocy publicznej, a więc zapewnienie zwiększenia efektywności wydawania środków publicznych. Rozporządzenie 1370/2007 w swej idei ma powodować, że środki wypłacane w postaci rekompensaty będą wydatkowane efektywnie i nie będą powodować nadmiernego naruszenia konkurencji zarówno na danym rynku właściwym¹⁹, jaki na rynkach powiązanych²⁰.

Rozporządzenie 1370/2007 jako regulacja sektorowa ma zdecydowany wpływ na gospodarowanie gminnym budżetem, gdyż udzielając powierzenia, organizator publicznego transportu zbiorowego zobowiązuje się do pokrywania kosztów²¹ wraz z ustalonym „rozsądnym zyskiem”²². Zdefiniowane obowiązki świadczenia usługi publicznej pociągają za sobą konieczność pokrywania kosztów i zapewnienia rozsądnego zysku (wypłacenia rekompensaty), co jak zostało wskazane wyżej prowadzi do powstania luki w budżecie danej gminy. Uwzględniając więc uwarunkowania pozyskiwania usług publicznych, konieczne jest wypracowanie metody minimalizowania luki finansowej przy utrzymaniu ilości i jakości zamawianych usług publicznych.

¹⁴ Przesłanka selektywności będzie spełniona nawet wtedy, gdy danym instrumentem jest objęta większość przedsiębiorców (zob. np. wyrok ETS w sprawie C-409/00 *Hiszpania przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. I-1487) lub też są objęci wszyscy przedsiębiorcy, lecz w ramach danego sektora (np. sprawa kontraktów długoterminowych na zakup energii elektrycznej w Polsce – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1408_en.htm).

¹⁵ Niniejszy artykuł nie koncentruje się na szerokim zagadnieniu legalności pomocy publicznej oraz obowiązków wynikających z udzielania pomocy publicznej, lecz na pomocy publicznej udzielanej w trybie art. 93 TFUE (poprzednio art. 73 TWE).

¹⁶ Pkt 2 preambuły rozporządzenia 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady 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) nr 1107/70 (Dz.Urz UE 2007 L 315/1) (**Rozporządzenie 1370/2007**).

¹⁷ Por. pkt 3 Rozporządzenia 1370/2007.

¹⁸ Na marginesie warto zasygnalizować brak logiki interpretacyjnej rozbieżnego stosowania art. 93 TFUE i art. 106 ust. 2 TFUE. Przywołane artykuły od strony ekonomicznej dotyczą tych samych mechanizmów interwencji publicznej, lecz ich treść jest odmienna. Ten ostatni przepis wskazuje ograniczenie udzielania powierzenia do przypadków, gdy pozyskanie danej usługi na wolnym rynku będzie powodowało, że podaż i popyt nie spotkają się na poziomie akceptowalnej przez konsumentów ceny i tym samym zostanie zidentyfikowana niedoskonłość wolnego rynku. W takich warunkach uzasadniona będzie interwencja publiczna pod postacią rekompensaty. Jednocześnie art. 106 ust. 2 TFUE dopuszcza ograniczenie konkurencji, lecz w możliwie w najmniejszym koniecznym zakresie. Równolegle interwencja publiczna przeprowadzana na podstawie art. 93 nie przewiduje jakichkolwiek ograniczeń legalności udzielanej pomocy publicznej w formie rekompensaty. Rozporządzenie 1370/2007 ingeruje w zakres funkcjonowania usług publicznych o charakterze gospodarczym, czyli reguluje świadczenie UOIG. W konsekwencji stosowanie tego rozporządzenia ma istotny wpływ na konkurencję na danym rynku właściwym, gdyż organizator transportu publicznego może skutecznie naruszyć uczciwą konkurencję stosując ściśle regulacje zawarte w tym rozporządzeniu.

¹⁹ Rynek właściwy rozumiany jest jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331)).

²⁰ Rynki powiązane to rynki właściwe w układzie *up-stream*, *down-stream*, jak również rynki powiązane funkcjonalnie (konglomeratowe).

²¹ Zobowiązanie do pokrywania kosztów jest istotne w ujęciu strategicznym, gdyż operacyjnie nie stanowi ono jakiegokolwiek konkretnego zobowiązania gminy do pokrywania kosztów beneficjenta powierzenia.

²² Zagadnienie rozsądnego zysku zostanie pominięte, gdyż temat ten jest wielopłaszczyznowy i wymaga odrębnego opracowania.

III. Metody pokrywania luki finansowej

Pokrycie luki finansowej staje się więc wyzwaniem i celem zarządzających finansami gminy. Sposoby na pokrywanie luki finansowej są ograniczone jedynie pomysłowością inżynierów finansowych, lecz można, co do zasady, podzielić je na dwie podstawowe grupy: (1) **zewnętrzne** oraz (2) **wewnętrzne**.

Do pierwszych należy zaliczyć wszystkie działania mające na celu dostarczenie większej ilości pieniędzy do systemu finansowania usług publicznych. Do tego zbioru należeć będą zarówno instrumenty fiskalne, jak i zaangażowanie środków komercyjnych (np. kredyt, emisja obligacji, sprzedaż majątku komunalnego).

Drugi rodzaj sposobów zwiększenia ilości pieniędzy w systemie, to podejmowanie działań mających na celu wygenerowanie większej ilości pieniędzy w ramach posiadanych przez gminę zasobów majątkowych. Działania te bazować będą na zwiększaniu efektywności prowadzonej działalności w ramach gospodarki komunalnej, a podstawą ich wykonania będą umiejętności zarządcze stosownych osób i komórek organizacyjnych.

Zwiększenie ilości pieniędzy w systemie może być dokonane poprzez zmniejszenie kosztów wykonywania zadań własnych gminy (przy nie pogorszeniu jakości i niezmnieszeniu ilości usług)²³ lub też zwiększenie dochodowości działalności komercyjnej (dodatkowej)²⁴.

Pierwsza metoda ma istotne ograniczenia faktyczne oraz formalne. Wykorzystanie instrumentów fiskalnych jest ograniczone prawnie oraz może budzić niezadowolenie społeczne. Wykorzystanie instrumentów komercyjnych z kolei będzie powodować zwiększenie kosztów finansowych i obciążenie budżetu gminy. Takie rozwiązanie mogłoby być dopuszczalne, jeżeli byłoby to związane z inwestycją. Jeżeli jednak w ten sposób gmina planuje finansować działalność bieżącą, to doprowadziłyby to do przekroczenia limitu zadłużenia budżetowego.

Do zastosowania pozostają więc instrumenty wewnętrzne, które będą prowadzić do zwiększenia efektywności wykorzystania posiadanego majątku komunalnego. Ograniczenie kosztów wykonywania zadań własnych gminy jest o tyle problematyczne, że jest możliwe jedynie w przypadku kontraktowania komercyjnego. Jeżeli zadania własne są wykonywane przez służby wewnętrzne gminy lub też przez spółkę komunalną, to przeprowadzenie jakichkolwiek procesów restrukturyzacyjnych jest zdecydowanie utrudnione. Podstawową przeszkodą jest często opór związków zawodowych, które broniąc praw pracowników i istoty własnego istnienia, nie chcą uznać faktu, że przerost zatrudnienia i jego mała efektywność prowadzi do tego, że gminy nie stać na zlecaniu usług swej spółce, gdyż na rynku takie usługi może znaleźć taniej, bez zmiany jakości i ilości. Udział kosztów zatrudnienia w sektorze publicznego transportu zbiorowego wynosi około 50%²⁵. Jeżeli tak istotny koszt nie daje porównywalnej efektywności ekonomicznej, oznacza to, że jest on przejawem nieefektywności wykorzystania majątku komunalnego.

Zmniejszenie kosztów wykonywania zadań własnych gminy często jest prowadzone poprzez wykazanie, że w innych miastach można dane usługi pozyskać taniej. Takie porównanie prowadzi

²³ Zmiana kosztów wykonywania zadań własnych zawsze będzie miała określony (nawet minimalny) wpływ na wykonywane zadania własne. Ważne jest aby ten wpływ nie miał istotnego znaczenia dla użyteczności danej usługi publicznej.

²⁴ W sektorze publicznego transportu zbiorowego jako działalność dodatkowa występuje sprzedaż powierzchni reklamowych na środkach transportu, detaliczny handel paliwami silnikowymi, wynajem powierzchni (biurowej, magazynowej), świadczenie komercyjnych przewozów (innych niż publiczny transport zbiorowy), usługi serwisowe, prowadzenie okręgowej Stacji Kontroli Pojazdów.

²⁵ Jest to wartość średnia ustalona przez Autora na podstawie przeprowadzanych audytów stawek rekompensaty w publicznym transporcie zbiorowym.

do nadmiernych uproszczeń, które nie biorą pod uwagę np. zakresu wykonywanych usług, ilości zakontraktowanej pracy, jak również nie uwzględnia realizowanych lub zamierzonych inwestycji przez gminę lub spółkę komunalną. Można więc wskazać, że podstawowym problemem jest brak miarodajnego punktu odniesienia (tzw. *benchmarking*). Powoduje to, że prowadzone działania proefektywnościowe (naprawcze) mogą być nieracjonalne z obiektywnego punktu widzenia, a stawiane cele niemożliwe do osiągnięcia (zakładając zmniejszenia ilości i obniżenia jakości zamawianych usług publicznych).

Druga z metod wewnętrznych polega na **zwiększeniu komercyjnego wykorzystania majątku komunalnego**. Wykonywanie działalności komercyjnej nie może znajdować się w zakresie zobowiązań spółki komunalnej nałożonych przez gminę, gdyż działalność komercyjna nie może być przedmiotem powierzenia. Ujęcie jej w ramach udzielonego powierzenia prowadziłoby do wniosku, że jest ona również objęta rekompensatą, a takie rozwiązanie nie jest zgodne z logiką ekonomiczną i jest sprzeczne z obowiązującym prawem²⁶.

Jednocześnie jednak metoda ta nie jest wolna od ograniczeń właściwych dla działalności publicznej i finansowania publicznego. Jeżeli wykonawca zadań publicznych wyłoniony w otwartej procedurze przetargowej nie ma ograniczeń z tytułu prowadzenia działalności komercyjnej, to beneficjent powierzenia musi działać w ramach regulacji prawnych zapewniających brak transferowania siły rynkowej z rynku działalności podstawowej (w ramach publicznego transportu zbiorowego) na rynki powiązane (rynki działalności komercyjnej). Regulacje te przeciwdziałają również finansowaniu działalności komercyjnej z rekompensaty przewidzianej dla działalności powierzonej. Dodatkowym ograniczeniem jest konieczność zachowania pierwszeństwa dla zadań publicznych, co oznacza, że wykonywana działalność komercyjna musi być zawsze podporządkowana zobowiązaniom względem gminy.

IV. Działalność powierzona i komercyjna

Odpowiednio zorganizowana spółka komunalna może stanowić skuteczne źródło finansowania zadań własnych gminy. Zadania własne gminy mogą być więc finansowane zarówno z zasobu publicznego (budżet gminy), jak i z dochodu na działalności komercyjnej. Faktyczne odzyskanie tego finansowania może budzić sprzeciw w szczególności pracowników efektywnie działającej spółki, gdyż będą mieć poczucie odbierania im wypracowanych komercyjnie dochodów. Jednakże należy zwrócić uwagę, że spółka będąca beneficjentem powierzenia jest podmiotem wewnętrznym i wszelkie działania wykonuje na majątku komunalnym. Rola podmiotu wewnętrznego ograniczona jest do ścisłego wykonywania poleceń lokalnego organu właściwego, co pozwala na wywieranie bezpośredniego wpływu na funkcjonowanie spółki komunalnej²⁷. Prowadzona działalność komercyjna istotnie korzysta²⁸ z aktywów, których podstawowym przeznaczeniem jest wykonywanie zadań

²⁶ Por. Art. 5 ust. 9 decyzji Komisji z 20.12.2011 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 2012 L 7/3) (**Decyzja UOIG**).

²⁷ Wprowadzenie koncepcji podmiotu wewnętrznego w praktyce gospodarczej bardzo często napotyka rozbieżność interesów, gdyż właściciel (gmina) dąży do jak największego obniżenia koniecznej rekompensaty, co prowadzi do braku zachęty do prowadzenia działalności komercyjnej. Powszechne dążenie do zatrzymywania zysku z działalności komercyjnej w spółce komunalnej jest o tyle bezzasadne, że tak powstały zysk i tak może zostać przenieśiony do gminy w drodze podziału dywidendy. Gmina wykorzystując swą silniejszą pozycję nad spółką komunalną, może wymóc konieczność osiągnięcia nałożonych wskaźników efektywnościowych. Takie działanie jest możliwe dzięki stosowaniu uwarunkowań koncepcji „podmiotu wewnętrznego” pod warunkiem, że gmina jest świadoma swych uprawnień oraz sprawuje funkcjonalną kontrolę nad swą spółką komunalną.

²⁸ Przykładem może być umieszczanie reklamy na burtach środków publicznego transportu zbiorowego, sprzedaż paliwa przy wyższej marży (lub niższej cenie) niż konkurenci na danym rynku, osiąganie przychodów z wynajmu powierzchni w budynku administracyjnym przewoźnika.

powierzonych. Dodatkowo korzysta z faktu, że w ramach powierzenia zdecydowaną większość kosztów stałych (w spółkach publicznego transportu zbiorowego działających na terenie Polski jest to około 90%²⁹) ma pokrytych rekompensatą. Prowadzenie działalności powierzonej, która pozwala na pokrycie większości kosztów (przede wszystkim stałych) powoduje, że jakiegokolwiek dociążenie posiadanego majątku i uzyskanie dodatkowego przychodu (nawet przy ponoszeniu odpowiednich kosztów zmiennych) powoduje, że jednostkowe koszty marginalne wykorzystania danego majątku asymptotycznie dążą do zera, co z kolei powoduje wzrost dochodowości danego działania.

Wprowadzenie dodatkowych usług (towarów), jakie może oferować spółka komunalna na bazie posiadanego przez nią majątku, powoduje, że musi ponieść nieproporcjonalnie mniejsze koszty wytworzenia każdej jednostki tej usługi, niżby miało to miejsce w przypadku podmiotu, który wykonuje tylko i wyłącznie taką działalność. Wystąpienie dodatkowych efektywności (dodatкового dochodu) jest uwarunkowane przez występowanie efektu ekonomii skali i efektu ekonomii zakresu³⁰. Te dwa efekty są widoczne w szczególności w przypadku sektorów o wysokim udziale kosztów stałych, gdyż dany koszt stały rozłożony na wiele jednostek produktu powoduje, że koszt wykonania każdego kolejnego spada (koszt marginalny – *ang. incremental cost*). Efekt skali występuje, gdy zwiększana jest sprzedaż (sama produkcja nie wystarczy, gdyż ona jako taka nie generuje przychodów, a więc w efekcie – dochodów) w ramach dotychczasowej oferty handlowej. Ekonomia zakresu polega na osiąganiu przyrostu efektywności na skutek poszerzaniu przez dany podmiot oferty asortymentowej, wykorzystując dotychczasowe aktywa³¹. W przypadku przedsiębiorstw publicznego transportu zbiorowego można wskazać, że są one przykładem podmiotów obciążonych istotnym udziałem kosztów stałych (około 60%³²). Z tego też względu zasadnym jest wskazanie, że te przedsiębiorstwa powinny być naturalnym miejscem powstawania wspomnianych efektów ekonomicznych.

Powstanie efektu skali/zakresu w sposób automatyczny oznacza, że działania komercyjne korzystają pośrednio z finansowania publicznego (finansowanie większości kosztów stałych), co dowodzi istnienia pośredniego subsydiowania skrośnego środkami publicznymi działalności komercyjnej. Regulacje prawne wprost zakazują jednak jedynie finansowania działalności komercyjnej, a transfer siły ekonomicznej z rynku działalności podstawowej na rynki powiązane może zostać wywiedziony na podstawie ekonomicznej interpretacji. Można więc wskazać, że naruszenie prawa poprzez korzystanie z faktu wykonywania powierzenia i doprowadzenie do wystąpienia efektu skali/zakresu w działalności komercyjnej jest łatwiejsze do zmytygowania niż bezpośrednie finansowanie tej działalności z rekompensaty. Celem ograniczenia naruszenia prawa, przy jednoczesnym zwiększeniu efektywności ekonomicznej prowadzonej działalności, należy zrekapitulować dotychczasowe ustalenia odnośnie do funkcjonowania spółki komunalnej i dodatkowo udzielenia powierzenia wykonywania UOIG przez spółkę komunalną.

²⁹ Jest to obserwacja empiryczna poczyniona na bazie prowadzonych audytów operatorów publicznego transportu zbiorowego odnośnie zgodności rekompensaty z Rozporządzeniem 1370/2007.

³⁰ Zob. m.in. H.R. Varian, *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, W.W. Norton & Company, New York 1993, s. 312; J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, London 1988, s. 18; W.J. Baumol, A.S. Blinder, *Economics. Principles and Policy*, HBJ, New York City 1988, s. 640; E. Czarny, E. Nojszewska, *Mikroekonomia*, PWE, Warszawa 2000, s. 68–75; D. Geradin, A.Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, 2012, s. 92. Ze względu na rozległość zagadnienia, jakim jest generowanie efektów skali i efektów zakresu, nie są one przedmiotem niniejszego opracowania.

³¹ Należy tu pominąć drobne wydatki nakładcze, które w ogólnym rozrachunku nie będą powodować zmiany struktury kosztów stałych lub też nie będą mieć wpływu na cel i misję spółki. Ta zależność jest szczególnie istotna w przypadku operatorów komunalnych, którzy mają ograniczenia w działalności inwestycyjnej, ze względu na narzucony cel i misję działalności.

³² Wartość średnia wynikająca z doświadczenia Autora jako audytora operatorów publicznego transportu zbiorowego.

Po pierwsze, podstawowym celem funkcjonowania spółki komunalnej jest wykonywanie zadań własnych gminy oraz odciążenie jej budżetu w jak największym stopniu.

Po drugie, powołując spółkę komunalną, gmina oczekuje przeprowadzenia określonych inwestycji, finansując je instrumentami dłużnymi na własny rachunek, czyli nie obciążając (wprost) budżetu gminy. Spółka komunalna wykonuje powierzone zadania na majątku przekazanym przez gminę, a więc na majątku publicznym, z tego też względu wszelkie działania podejmowane przez daną spółkę korzystają z zasobu publicznego³³.

Po trzecie, spółka komunalna, która otrzymała powierzenie musi być funkcjonalnym (oraz formalnym) podmiotem wewnętrznym³⁴, co oznacza, że wszelkie działania podejmowane przez daną spółkę muszą być akceptowane lub wręcz narzucane przez gminę. Oznacza to w konsekwencji, że prowadzenie działalności, która byłaby sprzeczna z podstawowym celem powołania spółki komunalnej nie może zyskać akceptacji organu publicznego, który uprzednio określił cel i misję powoływanej spółki komunalnej i doprowadził do jej powołania w określonych warunkach faktyczno-prawnych.

Z powyższych trzech elementów można wnioskować, że działania podejmowane przez spółkę komunalną będą zawsze (ograniczenie systemowe) skierowane na wypełnianie zapotrzebowania gminy, a działalność komercyjna może mieć jedynie (od strony strategicznej) funkcję uzupełniającą i towarzyszącą. Tak jak samo powołanie spółki komunalnej musi być uargumentowane występowaniem korzyści, tak i poszerzenie działalności (ponoszenie w szczególności dodatkowych kosztów zmiennych) musi wiązać się z wystąpieniem wymiernych korzyści dla gminy.

Mając powyższe na uwadze, jak również uregulowania pomocy publicznej, należy wskazać, że zasadnym jest twierdzenie, iż dochód z prowadzonej działalności komercyjnej (poza powierzeniem) musi dawać korzyść dla gminy finansującej powierzone zadania publiczne. Jedną z metod konsumowania korzyści jest włączenie dochodu z działalności komercyjnej do kalkulacji rekompensaty kosztów usług publicznych. Dochody z działalności komercyjnej mogą być przekazywane na pokrycie stosownej części kosztów wykonania usług publicznych³⁵ (w opozycji do finansowania kosztów działalności komercyjnej z rekompensaty).

Możliwe jest więc wyliczenie należnej rekompensaty bez decydowania, które koszty działalności powierzonej będą pokrywane przez dochód komercyjny, a następnie pomniejszenie tak wyznaczonej kwoty o ten dochód. A co będzie jeżeli prowadzona działalność komercyjna będzie generować straty? Po pierwsze, w takim przypadku konieczna jest interwencja służb nadzoru właścicielskiego celem określenia, jakie działania należy podjąć – sanacja czy też likwidacja działalności nierentownej. W kalkulacji rekompensaty nie można oczywiście uwzględnić wprost jedynie wyniku na działalności komercyjnej, lecz jedynie wartość dodatnią. Jeżeli ujęta byłaby strata na działalności komercyjnej, to w efekcie rekompensata pokrywałaby nierentowną działalność komercyjną. Jednak strata na działalności komercyjnej również musi zostać w jakiś sposób pokryta, więc pytanie z czego spółka komunalna może pokryć ujemny wynik na tej działalności, pamiętając, że zdecydowana większość przychodów uzyskiwana jest z rekompensaty.

³³ Na marginesie należy więc wskazać, że w praktyce nie napotkano na przykład spółki komunalnej, w której możliwe byłoby zidentyfikowanie działalności niezwiązanej z działalnością powierzoną.

³⁴ Podmiot wewnętrzny w Rozporządzeniu 1370/2007 w ślad za linią orzecznictwczą organów unijnych został zdefiniowany jako odrębna prawnie jednostka podlegająca kontroli właściwego organu lokalnego (vide przypis 36 – przyp. MF), a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami.

³⁵ Por. art. 5 ust. 4 Decyzji UOIG.

Strata na działalności komercyjnej może zostać pokryta z rozsądnego zysku, który co prawda jest elementem rekompensaty³⁶, lecz jednocześnie jest wynagrodzeniem dla spółki za podejmowane ryzyko gospodarcze³⁷ i jako wynagrodzenie może być swobodnie rozdysponowany przez spółkę. Może więc również finansować nierentowną działalność komercyjną, jeżeli tylko nie zostanie to potraktowane przez gminę (jako właściciela – nie jako zlecającego) jako niegospodarność.

Na podstawie przedstawionych wyżej zależności można skonkludować, że – przy prawidłowym ułożeniu funkcjonowania spółki komunalnej – im bardziej rentowna działalność komercyjna, tym rekompensata będzie mniejsza, więc można sformułować tezę, że zwiększania rentownej działalności komercyjnej powodować będzie mniejsze obciążenia dla budżetu gminy, co w konsekwencji prowadzić będzie do zwiększenia jakości i ilości usług publicznych lub też zmniejszenia luki finansowej.

V. Ograniczenia regulacyjne działalności komercyjnej

Prowadzenie działalności komercyjnej przez spółki komunalne działające w warunkach powierzenia napotyka na określone ograniczenia formalne. Podstawowym ograniczeniem jest uwarunkowanie wskazane w sprawie *Teckal* (i następnych)³⁸, a dodatkowo uwagę przyciąga również sprawa *Tragsa*³⁹. Kolejnym zagadnieniem, z którym muszą zmierzyć się spółki komunalne to kwestia wykonywania działalności przewozowej na terenie danego właściwego organu lokalnego⁴⁰.

Podstawowym warunkiem, jaki musi zostać spełniony celem udzielenia (i dalszego utrzymania) powierzenia jest wykonywanie większości działalności na rzecz lokalnego organu właściwego. Jak wskazano w punkcie 50 cyt. wyż. wyroku ETS w sprawie *Teckal* i powtórzono w 58 cyt. wyż. wyroku ETS w sprawie *Parking Brixen*, że nie ma konieczności stosowania procedury zamówień publicznych jedynie w przypadku, gdy organ publiczny kontraktuje z podmiotem wewnętrznym, czyli *gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego, w których dyspozycji pozostaje*. Na tej podstawie należy wskazać, że granicą której nie można przekroczyć, aby powierzenie było nadal legalne jest „większość działalności”.

Z powyższego wynika, że działalność poza powierzeniem może być jak najbardziej wykonywana, lecz jest ona ograniczona co do skali zaangażowania beneficjenta powierzenia. Motyw przewodni analizy zakresu działalności poza powierzeniem powinien więc prowadzić do stwierdzenia, jak miarodajnie określić co stanowić będzie „większość działalności” prowadzonej przez beneficjenta powierzenia.

Istotnym jest więc określenie, jak należy rozumieć polskie „większość działalności” w kontekście innych wersji językowych – angielskiej *essential part of activity*, niemieckiej – *Tätigkeit*

³⁶ Por. art. 5 Decyzji UOIG.

³⁷ Por. pkt. 6 załącznika do Rozporządzenia 1370/2007.

³⁸ Zob. wyrok ETS w sprawie C107/98 *Teckal* (Zb. Orz. 1999, s. I-8121). Sprawa *Teckal* dała początek doktrynie wskazującej na uwarunkowania braku stosowania przetargów w zlecaniu zadań publicznych. Por. wyroki ETS w sprawach: C-340/04 *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio* (Zb. Orz. 2006, s. I-4137); C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG* (Zb. Orz. 2005, s. I-8585); a C 26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (Zb. Orz. 2005, s. I-1).

³⁹ Zob. wyrok ETS w sprawie C 295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado* (Zb. Orz. 2007, s. 2999).

⁴⁰ Właściwy organ lokalny oznacza *właściwe organy*, których właściwość miejscowa nie obejmuje całego kraju (art. 2 lit. c) Rozporządzenia 1370/2007; właściwy organ natomiast został zdefiniowany jako organ publiczny lub grupę organów publicznych państwa członkowskiego lub państw członkowskich uprawnione do ingerowania w publiczny transport pasażerski na danym obszarze geograficznym, lub instytucję posiadającą takie uprawnienia (art. 2 lit. b) Rozporządzenia 1370/2007).

im wesentlichen i francuskiej *l'essentiel de son activité*. Uwzględniając podstawowe znaczenie użytych słów, należy skłonić się do twierdzenia, że „większość działalności” użyte w polskiej wersji przywołanego wyroku powinno być rozumiane jako „główna część działalności” lub też dokładniej jako „podstawowa działalność”. Takie rozumienie skłania do wniosku, że kluczowym zagadnieniem jest zapewnienie zgodności faktycznych działań przedsiębiorcy z jego misją i celem, w jakim został powołany⁴¹. Dodatkowym istotnym elementem będzie również odniesienie się do struktury ekonomicznej prowadzonej działalności. Najpopularniejszym sposobem pomiaru skali działalności danego przedsiębiorcy jest oparcie się na generowanych przez niego przychodach. Ten sposób pomiaru działalności przedsiębiorstwa w większości przypadków skutecznie obrazuje rzeczywistą działalność (misję i cel) danego przedsiębiorcy. Jeżeli jednak podmiot wewnętrzny wykonuje działalność powierzoną, która generuje wysokie koszty utrzymania i jednocześnie daje znaczne możliwości skomercjalizowania, to w takim przypadku większość przychodów pochodzić będzie z działalności poza powierzeniem, lecz jednocześnie większość kosztów będzie związana z działalnością powierzoną. Na podstawie powyższego można wskazać, że wyznaczenie sposobu określania większości działalności danego przedsiębiorstwa będzie zależać od specyfiki jego działalności. Bez względu na to, jaki sposób zostanie uznany za właściwy, warunkiem koniecznym do prawidłowego funkcjonowania podmiotu wewnętrznego w zakresie działalności komercyjnej jest posiadanie sprawnego systemu nadzoru właścicielskiego, który nie dopuszczałby do prowadzenia działalności komercyjnej ze stratą.

Zarówno orzecznictwo, jak i regulacje prawne nie wskazują czy struktura przychodów (przyjmując „przychód” za poprawny miernik) powinna być oceniana w każdym roku odrębnie, czy też, tak jak wartość rekompensaty oraz rozsądnego zysku – oceniana w ciągu całego trwania umowy. Interpretacja tego zagadnienia powinna być oparta na funkcjonalnym rozumieniu istoty ograniczenia działalności beneficjenta powierzenia. Jeżeli ETS określił jako jeden z warunków pominięcia konieczności stosowania procedur przetargowych obowiązek zachowania określonej struktury działalności, to można domniemywać, że zamysł odnosił się do ograniczenia efektów rynkowych działalności tego przedsiębiorcy. Ograniczenie zastosowane przez ETS ma, jak można domniemywać ograniczyć negatywne efekty, jakie może powodować podmiot dysponujący istotną przewagą konkurencyjną na rynkach poza powierzeniem. Zakładając, że powierzenie jest udzielane na 10 lat, wystarczy, że przedsiębiorca będzie w pierwszym roku osiągał jedynie 5% z działalności innej niż na zlecenie organu właściwego, w kolejnym już 20%, a w pozostałych ośmiu udział ten wzrośnie do 60%, to średni udział przychodów komercyjnych w okresie powierzenia będzie wynosił „niewiele” ponad 50%, lecz efekt rynkowy będzie dewastujący. Z tego też względu należy przyjąć, że ograniczenie, o którym mowa w sprawie *Teckal* i kolejnych powinno odnosić się do każdego roku z okresu powierzenia, a oznaczać ograniczenia wartości średniej w całym okresie powierzenia.

Jednocześnie mając na uwadze literalne rozumienie znaczenia „większość działalności” (wraz z odniesieniem do znaczeń w innych wersjach językowych), można wskazać, że przedsiębiorca nie powinien tracić statusu podmiotu wewnętrznego, nawet jeżeli więcej niż połowa przychodów będzie generowana z działalności innej niż rzecz organu właściwego, pod warunkiem, że nie

⁴¹ Mając na uwadze, że powołanie spółki komunalnej ma zawsze swe uzasadnienie prezentowane wraz z projektem uchwały lokalnego samorządu, co powoduje, że argumentacja przemawiająca za opłacalnością utworzenia danej spółki komunalnej jest wiążąca i konstytuuje misję oraz cel tego podmiotu gospodarczego.

zostanie naruszona misja tego przedsiębiorcy. Można więc wskazać, że zdarzenia jednorazowe nie mają potencjału strategicznego. W tym kontekście nie należy oczekiwać, aby np. sprzedaż majątku lub też podjęcie jednorazowego zlecenia, mogło naruszyć status spółki komunalnej jako podmiotu wewnętrznego, przy innych czynnikach niezmiennych.

W świetle powyżej przytoczonej linii orzeczniczej, można wskazać, że beneficjent powierzenia może prowadzić działalność inną niż na zlecenie danego organu właściwego, lecz z pod warunkiem, że działalność ta nie będzie wpływać na podstawowy cel spółki komunalnej oraz będzie miała ona rzeczywiście charakter dopełniający działalność na rzecz lokalnego organu właściwego (działalność podstawowa). Dodatkowo wskazane jest, lecz nie należy traktować tego jako warunku koniecznego, aby udział przychodów z działalności dodatkowej nie przekraczał 50% sumy przychodów danego roku.

W orzecznictwie organów unijnych można doszukać się wskazówek, jak podchodzić do akceptowalnego poziomu działalności dodatkowej, lecz jednocześnie należy wskazać, że nie są to warunki *sine qua non* dla prowadzenia działalności zgodnie z prawem. Prowadzenie działalności dodatkowej, jak wskazano wcześniej, wiąże się z przenoszeniem siły rynkowej pochodzącej z wykonywania usług publicznych (korzystanie z efekty skali lub efektu zakresu) na rynki powiązane. Przydawanie w doktrynie Teckal istotnego znaczenia proporcji działalności podstawowej (powierzonej) do działalności dodatkowej (komercyjnej) ma znaczenie przede wszystkim ekonomiczne. Jeżeli przedsiębiorca prowadziłby działalność komercyjną w szerokim zakresie i jednocześnie byłby beneficjentem powierzenia, to mógłby w łatwy sposób zaburzyć konkurencję na rynku właściwym (rynkach właściwych) działalności komercyjnej. Tę kwestię poruszył pośrednio ETS w cyt. wyż. wyroku w sprawie *Carbotermo*; została ona również podjęta w opinii Rzecznika Generalnego w tej sprawie⁴², który wskazał, że prowadzenie działalności komercyjnej przez podmiot będący beneficjentem powierzenia nie będzie miało istotnego znaczenia dla konkurencji⁴³, jeżeli udział rynkowy danego przedsiębiorcy w rynkach powiązanych (pokrewnych) będzie niewielki. Ta argumentacja została również przyjęta przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który w informacji z dnia 11 lipca 2011 r. wskazał, że zakres działalności powierzonej powinien być na tyle marginalny, aby nie stanowił zagrożenia dla konkurencji na tych rynkach. Takie podejście pozwala określić linię ryzyka dla spółek komunalnych, które maksymalizując swą działalność komercyjną chcą (lub są zmuszone) odciążyć budżet swego zleceńodawcy/właściciela.

Na bazie tego orzeczenia można wskazać, że określenie granicy działalności komercyjnej spółki komunalnej wiązać się będzie z koniecznością zaangażowania narzędzi ekonomicznej analizy antymonopolowej dla określenia pozycji rynkowej przedsiębiorcy na rynkach właściwych, na których prowadzi on działalność. W tym celu nieodzowne będzie: (1) **określenie rynków właściwych**, (2) **wyznaczenie pozycji rynkowej** (w ujęciu ilościowym i jakościowym), (3) **wyznaczenie zagrożeń możliwego naruszenia konkurencji przez beneficjenta powierzenia**. Na tej podstawie można wyznaczyć granicę maksymalizowania działalności komercyjnej beneficjenta powierzenia. Nie należy przy tym bezkrytycznie podchodzić do progu wskazanego w cyt. wyż. wyroku ETS w sprawie *Tragsa*, gdyż wskazany tam udział działalności komercyjnej uznany został jako marginalny, co nie oznacza automatycznie, że działalność w mniejszym wymiarze na rzecz

⁴² Opinia Rzecznika Generalnego z 16.01.2006 r.

⁴³ Pojęcie „konkurencja” rozumiane jest jako proces ekonomiczny, a nie jako oddziaływanie na konkurujących przedsiębiorców.

publicznych właścicieli nie będzie definiować danego przedsiębiorcy jako podmiotu wewnętrznego. Przywołany w tym orzeczeniu udział 90% działalności na rzecz organu publicznego nie został uznany jako warunek konieczny dla uznania, że działalność ta jest działalnością marginalną. Nie można więc wskazać, że udział działalności komercyjnej nieprzekraczający 10% (licząc przychodami) będzie warunkować możliwość udzielenia powierzenia temu podmiotowi. Przywołane orzeczenie traktuje strukturę przychodów z działalności jedynie jako stan faktyczny i nie wydaje się uzasadnione, aby warunkować możliwość udzielenia powierzenia przekroczeniem udziału 10% przychodów komercyjnych w przychodach ogółem.

Spółka komunalna chcąc prowadzić efektywne zarządzanie swym majątkiem, musi uwzględniać powyżej wskazane ograniczenia – nie może jednak czynić tego bezrefleksyjnie. Istotne jest właściwe zaprojektowanie księgowego i zarządczego mechanizmu określania struktury działalności przedsiębiorstwa i bieżące weryfikowanie prawidłowości przyjętych wyznaczników. Maksymalizacja rentownej działalności komercyjnej ma niewątpliwie pozytywne efekty dla budżetu danego lokalnego organu właściwego, lecz jednocześnie musi być wykonywana z poszanowaniem uczciwej konkurencji i w ramach uregulowań, które nakładają odrębne uregulowania prawne.

Szczególne ograniczenia odnoszą się do przedsiębiorstw działających w sektorze publicznego transportu zbiorowego. Rozporządzenie 1370/2007 wskazuje bezpośrednio, że udzielenie powierzenia może być dokonane jedynie wtedy, gdy *podmiot wewnętrzny i każda jednostka znajdująca się pod najmniejszym nawet wpływem tego podmiotu realizują swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego na obszarze działania właściwego organu lokalnego (...)* i że nie biorą udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium tego właściwego organu lokalnego. Wprowadzenie tego ograniczenia ma na celu przeciwdziałać przenoszeniu na rynki powiązane siły ekonomicznej wynikającej z faktu działania w warunkach powierzenia na danym obszarze. Ograniczenie to powoduje, że sprawnie funkcjonująca spółka komunalna nie może świadczyć przewozów w zakresie publicznego transportu zbiorowego poza obszarem swego organu właściwego, co nie oznacza, że nie może świadczyć innych usług przewozowych.

W zakresie decyzji właścicielskiej pozostaje działalność przewozów pasażerskich na normalnych zasadach komercyjnych (np. przewozy turystyczne). Przywołane ograniczenie pozwala jednak na intensyfikowanie działalności w ramach publicznego transportu zbiorowego na obszarze danego lokalnego organu właściwego poprzez branie udziału w przetargach na usługi przewozowe. Rozporządzenie 1370/2007 wskazuje, że w ramach jednego systemu transportowego może występować mieszany system, czyli połączenie bezpośredniego zamówienia z usługami pozyskanymi w toku procedury przetargowej (procedur przetargowych). Wynika z tego, że obszarem zwiększania zakresu działalności komercyjnej może być publiczny transport zbiorowy wykonywany równoległe do zakresu powierzenia, lecz na warunkach konkurencyjnych. Wprowadzenie takiej możliwości jest spowodowane przekonaniem, że jeżeli w ramach powierzenia przedsiębiorca działa w sposób racjonalny i efektywny, będzie również w stanie prowadzić działalność przewozową na warunkach konkurencyjnych.

Z tego też względu prawodawca unijny wydaje się wskazywać, że beneficjent powierzenia powinien tak kalkulować swe koszty, aby w ramach powierzenia raportować koszty najbardziej efektywne, które byłyby weryfikowalne w ramach postępowania konkursowego. W konsekwencji

Rozporządzenie 1370/2007 pozostawia możliwość maksymalizacji działalności komercyjnej w zakresie publicznego transportu zbiorowego, z tym jednak ograniczeniem, że działalność ta może być wykonywana jedynie na obszarze danego lokalnego organu właściwego.

Wprowadzenie takiej możliwości może prowadzić do zniekształcenia konkurencji na rynku właściwym, jaki zostanie zdefiniowany w danej sprawie – czyli w danym przetargu ogłaszanym przez lokalny organ właściwy. Spółka komunalna działająca w ramach powierzenia ma pokryte w ok. 90% koszty stałe⁴⁴, a w całości koszty zmienne wykonywania usługi powierzonej. Spółka komunalna składając swą ofertę w przetargu na świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego na obszarze danego lokalnego organu właściwego (pamiętając, że beneficjent powierzenia nie może uczestniczyć w przetargach ogłaszanych przez inne lokalne organy właściwe), kalkuluje cenę swej usługi na poziomie kosztów zmiennych tego zamówienia oraz pozostałych 10% kosztów stałych, przy czym pokrycie kosztów stałych nie jest konieczne dla sprawnego funkcjonowania tego przedsiębiorcy. Może on więc zaoferować cenę pokrywającą koszty zmienne i określoną część kosztów stałych, a korzystając z tego, że i tak działa na danym rynku publicznego transportu zbiorowego (w ramach powierzenia), nie musi ponosić kosztów wejścia na ten rynek oraz ryzyka organizacji świadczenia zamawianych usług. Można więc wskazać, że komunalny operator ma możliwość korzystania z efektu skali prowadzonej działalności gospodarczej. Jednocześnie należy wskazać na istotne zagrożenie zarówno dla operatora komunalnego, jak i dla danego organu publicznego, wynikające z faktu, że stosowanie w przetargach cen poniżej faktycznych kosztów wytworzenia danej usługi (stosowanie cen drapieżnych) powoduje dewastację konkurencji na danym rynku właściwym, jak również prowadzi do konieczności pokrywania straty na działalności komercyjnej z rozsądnego zysku generowanego na działalności powierzonej. Przyjęcie takiego sposobu funkcjonowania celem zniwelowania wspomnianej wcześniej luki finansowej nie daje oczekiwanych efektywności, lecz powoduje konieczność wspierania operatora komunalnego zarówno w zakresie świadczenia usług powierzonych (w drodze rekompensaty), jak i pokrywanie nierentownej działalności komercyjnej poprzez „rozsądny zysk”.

Działania podejmowane przez organy publiczne w celu zniwelowania luki finansowej nie mogą powodować negatywnych efektów w szerszym kontekście ekonomicznym. Maksymalizacja działalności komercyjnej (poza powierzeniem) nie może opierać się na wykorzystywaniu posiadanej siły ekonomicznej celem wyeliminowania konkurentów na rynku publicznego transportu zbiorowego. Operator powinien podejmować działania zmierzające do niwelowania luki finansowej, które nie prowadziłyby do naruszenia choćby prawa antymonopolowego, czyli kalkulować cenę swych usług oferowaną w przetargach, która nie prowadziłyby do wykorzystania efektu skali lub efektu zakresu wygenerowanego na bazie obsługiwanego powierzenia.

Reasumując, prowadzenie gospodarki komunalnej przez organ publiczny ma zapewnić zaspokojenie potrzeb (oczekiwań) społecznych. Zwiększenie oczekiwań społecznych powoduje konieczność pokrywania dodatkowych kosztów wykonywania usług o wyższej jakości, a więc bardziej kosztownych. Ograniczenia budżetowe, w jakich działają organy publiczne, powodują, że zapewnienie lokalnej społeczności dostępu do usług wyższej jakości prowadzi do powstania luki finansowej między oczekiwaniami społecznymi a możliwościami finansowymi lokalnego samorządu.

⁴⁴ Jest to wartość średnia wynikająca z doświadczenia zawodowego Autora, zdobytego w toku przeprowadzania audytów polskich operatorów publicznego transportu zbiorowego dotyczących wysokości rekompensaty i jej zgodności z Rozporządzeniem 1370/2007.

Jedną z metod zniwelowania luki finansowej jest zwiększenie efektywności wykorzystania majątku posiadanego przez operatora komunalnego, celem obniżenia koniecznej rekompensaty kosztów wykonywania powierzonych usług publicznych.

Zwiększanie działalności komercyjnej operatorów komunalnych jest jednak ograniczone zarówno przez prawo unijne, jak i orzecznictwo ETS. Rozporządzenie 1370/2007 nakłada ograniczenie co do geograficznego zakresu działalności operatora publicznego transportu zbiorowego, a linia orzecznicza zapoczątkowana przez sprawę *Teckal* wskazuje, że podstawą do udzielenia powierzenia jest zapewnienie, aby większość działalności była wykonywana na rzecz danego organu publicznego. W tych warunkach prowadzenia działalności komercyjnej przez operatora komunalnego wymaga szczególnej uwagi i planowania tak, aby pogodzić założenia biznesowe (maksymalizacja rentowności działalności poza powierzeniem) z wymogami nakładanymi przez regulacje prawne i orzecznictwo organów unijnych. Z perspektywy ekonomicznej, należy wskazać że prowadzenie działalności komercyjnej nie może korzystać z faktu wykonywania działalności powierzonej w sposób, który mógłby wyeliminować efektywną konkurencję na tych rynkach.