

COSIMA ILARIA BUONOCORE



USŁUGI PUBLICZNE ŚWIADCZONE W INTERESIE GOSPODARCZYM – MIĘDZY LIBERALIZACJĄ A OCHRONĄ INTERESU PUBLICZNEGO*

1. Ewolucja porządku prawnego w zakresie zarządzania usługami publicznymi świadczonymi w interesie gospodarczym

Temat modelu organizacyjnego wytwarzania i dystrybucji usług publicznych o charakterze ekonomicznym wiąże się z wieloma kontrowersyjnymi i aktualnymi zagadnieniami. Zarówno w aspekcie politycznym, jak i społecznym, powierzenie świadczenia tych usług przedsiębiorcom zamiast jednostkom budżetowym ma niebagatelne konsekwencje. Jeśli wprowadzenie zasad wolnej konkurencji z jednej strony sprzyja podniesieniu poziomu usług i koryguje ewentualne nieprawidłowości wynikające z uwarunkowań politycznych, to z drugiej strony w modelu zarządzania opartym na celach biznesowych w naturalny sposób wystąpi dążenie do maksymalizacji zysków, odsuwając na dalszy plan cel społeczny, jakim jest zagwarantowanie wszystkim obywatelom dostępu do danych usług po przystępnej cenie. Na odwrót, przewagą systemu zarządzania przez jednostki budżetowe jest potencjalnie lepsze zorientowanie na interes społeczny pod takimi względami, jak poziom stawek, podaż wystarczająca dla zaspokojenia potrzeb obywateli, powszechność i ciągłość świadczenia usług oraz zagwarantowanie określonego poziomu ich jakości. Istnieje jednak ryzyko – nie tylko teoretyczne – że monopol w tej dziedzinie powoduje zanik bodźców i z czasem prowadzi do nieefektywności funkcjonowania.

Ewolucja normatywna modeli zarządzania usługami publicznymi rozpoczęła się w XX wieku wraz z postępowaniem urbanizacji, spowodowanej masową migracją ludności z obszarów wiejskich do miast. Ustawodawca dostrzegł wówczas potrzebę rozbudowy infrastruktury służącej do zaspokojenia zapotrzebowania

* Artykuł ten jest poszerzoną wersją wystąpienia pt. *Usługi publiczne – między liberalizacją a ochroną interesu publicznego* w ramach konferencji *Rezygnacja z udziału podmiotów publicznych w spółkach zarządzających usługami publicznymi: ograniczenia prawne, ewaluacja ekonomiczna, tendencje orzecznictwa*, zorganizowanej 10 grudnia 2010 w Taranto przez Wydział Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Bari im. Aldo Moro – filia w Taranto oraz Gminę Taranto.

1/2013

na usługi publiczne. Wymagało to znacznych środków finansowych, których z oczywistych względów nie można było uzyskać od użytkowników tychże usług. Dlatego właśnie ustawa nr 103 z 29 marca 1903, znana pod nazwą „ustawy Giolittiego”, optowała za stopniowym przekazywaniem zadań zarządzania usługami publicznymi jednostkom władz lokalnych, usuwając je z obszaru koncesjonowanej działalności prywatnej¹.

Od tamtego czasu zbiór przepisów dotyczących lokalnych usług publicznych świadczonych w interesie gospodarczym przeszedł przez szereg reform, szczególnie w ciągu ostatnich dwudziestu lat, czyli od momentu wejścia w życie art. 22 ustawy nr 142 z 8 czerwca 1990, aż do momentu osiągnięcia aktualnego stanu, określonego przez art. 23 *bis* ustawy nr 133 z 6 sierpnia 2008 (z późniejszymi uzupełnieniami i zmianami, wprowadzonymi dekretem Prezydenta Republiki nr 168 z 7 września 2010). Fundamentalne znaczenie mają tu zasady Unii Europejskiej w dziedzinie swobody świadczenia usług².

¹ Cofając się do historycznych początków lokalnych usług publicznych i systemu zarządzania nimi oraz analizując ustawę o municypalizacji z roku 1903, łatwo zauważyć, że formuła koncesji na rzecz podmiotów trzecich była regułą, podczas gdy bezpośrednie zarządzanie usługami przez administrację lokalne – wyjątkiem. Na ten temat zob. art. 26 dekretu królewskiego nr 2578 z 15 października 1925 r. (tekst ujednolicony ustawy o przejmowaniu świadczenia usług publicznych przez władze gmin i prowincji), art. 265 dekretu królewskiego nr 1175 z 14 września 1931, (tekst ujednolicony ustawy o finansowaniu samorządów) oraz ustawa nr 122 z 24 marca 1989, znana lepiej jako „ustawa Tognoli”, odnosząca się do koncesji na budowę parkingów i zarządzanie nimi, cytowane przez S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, (w:) R. Villata (red.), *La Riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, przypis na s. 45. W odniesieniu do lokalnych usług publicznych i ich początków, por., *passim*, S. Cassese, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, L'industria, 1992, s. 167 i n. a także A. Travi, *La liberalizzazione*, Riv. trim. dir. pubbl., 1998, s. 645 i n.

² Art. 22 ust. 3 ustawy nr 142 z 1990 r. uregulował pięć trybów zarządzania usługami: a) poprzez samą jednostkę budżetową (*gestione „in economia”*), b) poprzez udzielenie koncesji na rzecz osoby trzeciej, c) poprzez wyspecjalizowane agencje, d) poprzez instytucje, e) za pośrednictwem spółek akcyjnych z przewagą lokalnego kapitału publicznego. Wychodząc z tych samych założeń, w art. 12 ustawy nr 498 z 23 grudnia 1992, dodano możliwość tworzenia spółek o kapitale mieszanym, bez wymogu większościowego udziału kapitału publicznego, ale z obowiązkiem stosowania jawnej procedury wyboru partnerów prywatnych zarejestrowanych na obszarze, na którym spółka ma siedzibę. Art. 22, ust. 3 ustawy nr 142/1990 został zmieniony przez art. 17 *bis*, ust. 58 ustawy nr 127 z 15 maja, znanej jako „ustawa Bassaniniego”, która poszerzyła zakres form prawnych spółek mieszanych, przewidując możliwość tworzenia spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Wraz z wejściem w życie dekretu nr 267/2000 «*Tekst ujednolicony ustaw o ustroju podmiotów administracji lokalnej*», zasady zarządzania lokalnymi usługami publicznymi zostały przeniesione do art. 113 i nast. wymienionego tekstu ujednoliconego. Z kolei art. 35 ustawy nr 448 z 28 grudnia 2001 (ustawa o finansach publicznych) sformułował na nowo przepisy dotyczące lokalnych usług publicznych, zmieniając w niemalym stopniu poprzednio obowiązujący system. Istotą reformy była zarówno zasada oddzielenia własności sieci i systemów od zarządzania usługami, jak i, co do ich świadczenia, zasada powierzania zarządzania spółkom kapitałowym wybranym w drodze przetargu publicznego, z wyjątkiem przypadków, kiedy przepisy regulujące działalność sektora stosuje się przed przepisami ogólnymi. W roku 2002 art. 113 stał się przedmiotem postępowania z art. 226 Traktatu UE pod zarzutem naruszenia norm wspólnotowych w zakresie swobody świadczenia usług, w wyniku którego ustawodawca krajowy, przekształcając treść ustawy nr 326 z 24 listopada 2003 wprowadził w art. 14 dekretu z mocą ustawy nr 269/2003, zasadę, że, poza przetargami, zarządzanie usługami może być powierzane spółkom wewnętrznym podmiotu (tzw. spółkom *in house*) i spółkom mieszanym, w których udziałowcy prywatni będą wybierani w drodze jawnej procedury. Ponadto po wielu projektach reform, które nigdy nie ujrzały światła dziennego (w parlamencie XV kadencji znaczący był projekt dekretu z mocą ustawy nr 772 «*Delega*

Zasadom tym, określonym w Traktacie z Lizbony z 13 grudnia 2007 roku, poświęcono szczególną uwagę w sformułowaniach art. 23 *bis*, podkreślając znaczenie *a*) zobowiązania do poszanowania reguł przejrzystości i wolnej konkurencji (art. 43, 49 i 86), *b*) zasad niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18), *c*) przepisów chroniących wolność gospodarczą i swobodny przepływ usług (art. 49 i 56); i, na koniec, *d*) zastosowanie reguł konkurencji także w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych (art. 106)³.

Jednakże, jeśli z jednej strony nie kwestionuje się zasady zgodności prawa krajowego z normami europejskimi⁴, to z drugiej – właśnie ze względu na wagę i centralne miejsce tej materii oraz jej oczywisty wpływ na dynamikę gospodarczą i społeczną – trwa ożywiona debata na temat hierarchii i prymatu różnych interesów, wchodzących tu w grę. W szczególności powstaje pytanie, czy obecny system normatywny zapewnia równowagę między zasadą gospodarki wolnorynkowej a zasadą powszechnego dostępu do usług publicznych, nawet kosztem ich opłacalności w ujęciu czysto ekonomicznym.

Okolicznością dodatkowo pobudzającą ową debatę było to, że art. 23 *bis* został poddany procedurze badania konstytucyjności – z wynikiem pozytywnym – zanim jeszcze zdążył ujrzeć światło dzienne⁵, i czeka na zatwierdzenie w najbliższym referendum powszechnym⁶.

al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali» znany jako projekt Lanzillotti), pojawił się art. 23 *bis* dekretu nr 112 z 25 czerwca 2008, przekształconego w ustawę nr 133 z 6 sierpnia 2008. Artykuł ten częściowo uchyla art. 113 ustawy „Tekst jednolity ustaw o systemie organizacji władz lokalnych”. Na ten temat, zob. S. Valaguzza, *Il conferimento della gestione dei servizi pubblici in favore di società miste*, (w:) *La riforma dei servizi pubblici locali*, s. 121 i n.

³ Stosowanie przepisów o konkurencji przez długi czas pozostawało ograniczone, ale po utworzeniu jednolitego rynku zyskały one na znaczeniu i są rozumiane jako narzędzie budowania i ochrony gospodarki wolnorynkowej na poziomie wspólnotowym, gdzie przeważa kierunek ku liberalizacji. O wspomnianej zmianie podejścia świadczy poprawki do Traktatu UE, wprowadzone Traktatem z Maastricht, zwłaszcza art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej, ze zmienioną numeracją jako art. 119 Traktatu z Lizbony, w odniesieniu do ograniczeń działań państw członkowskich oraz Unii w zakresie kreowania polityki gospodarczej (par. 1) i monetarnej (par. 2), tak, aby były zgodne z zasadami gospodarki rynkowej i wolnej konkurencji. Por. M.T. D'Alessio, *Commento all'art. 81*, (w:) F. Pocar, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, s. 367.

⁴ W odniesieniu do zasad Unii Europejskiej w zakresie lokalnych usług publicznych, patrz: F. Petronella, *I principi dell'unione europea in materia di servizi pubblici locali*, (w:) P. Marrone, S. Musolino (red.), *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del D.P.R. 7 settembre 2010*, n. 168, Rzym 2011, s. 73 i n.

⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dn. 17 listopada 2010, n. 325, dostępne na www.deiuregiuffre.it. Także wcześniej, zob. orzeczenie TK z dn. 27 lipca 2004, n. 272, (w:) *Foro it.*, 2005, I, 2652, z uwagami V. Molaschi, *La gestione dei servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica»: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 di 2004*. Na temat kwestii konstytucyjności, a zwłaszcza dyskusji przed orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego nr 325/2010 i po nim, zob. S. Musolino, *Una scelta costituzionale e comunitaria: la sentenza n. 325/2010*, w *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del D.P.R. 7 settembre 2010*, n. 168, s. 8 i n.; C. Pettinari, *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23 bis del d. l. n. 112/2008 e successive modificazioni*, (w:) *La riforma dei servizi pubblici locali*, op. cit., s. 385 i n.

⁶ W związku z tym zob. TK, orzeczenie nr 24 z 26 stycznia 2011, dostępne na stronie www.deiuregiuffre.it.

2. Stan prawny na rok 2008 (art. 23 *bis* ustawy nr 133 z 6 sierpnia wraz z późniejszymi uzupełnieniami i zmianami)

Dyskusja jest zatem wciąż ożywiona i aktualna, co usprawiedliwia dalszą refleksję nad art. 23 *bis*, co do którego wydaje się oczywiste już na pierwszy rzut oka, że ma on zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne⁷, i że jego postanowienia nie uchylają regulacji dotyczących danego sektora, ale mają przed nimi pierwszeństwo „w razie niezgodności”. Bez uszczerbku dla przepisów specjalnych, regulujących działalność niektórych, wymienionych wprost sektorów (dystrybucja gazu ziemnego i energii elektrycznej, zarządzanie aptekami komunalnymi, lokalny transport kolejowy) (art. 23 *bis*, ust. 1), artykuł ten potwierdza w ust. 2, że formą «zwyczajną» powierzenia zarządu nad lokalnymi usługami publicznymi jest przetarg, do którego dopuszcza się «przedsiębiorców lub spółki w dowolnej formie» [ppkt. a)] i «spółki o mieszanym kapitale publiczno-prywatnym» [ppkt. b)]⁸.

Poza trybem zwyczajnym, prawo krajowe przewiduje w ust. 3 i 4 tryb szczególny, to znaczy bezpośrednie, z pominięciem procedury konkurencyjnej, powierzenie zarządzania usługami spółce wewnętrznej (a zatem będącej przedłużonym ramieniem samej administracji, której kapitał tym samym znajduje się całkowicie w rękach publicznych). Jednakże uciekanie się do tej formy powierzenia zarządzania usługami publicznymi może być usprawiedliwione tylko wtedy, gdy łącznie wystąpią szczególne uwarunkowania ekonomiczne, społeczne, środowiskowe i geomorfologiczne „uniemożliwiające skuteczne i społecznie użyteczne świadczenie danych usług na zasadach rynkowych”.

⁷ W celu zapewnienia zgodności umów o świadczeniu usług z regulacjami zawartymi w ustawie o zamówieniach publicznych.

⁸ W początkowej wersji art. 23 *bis*, przed poprawkami wprowadzonymi dekretem z 7 września 2010, nr 118, przewidywał, że zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi powinno być zlecane, w trybie zwykłym, wyłącznie przedsiębiorcom lub spółkom (niezależnie od formy prawnej), wybranym w drodze jawnych procedur konkurencyjnych; nie zostały natomiast wymienione (w aspekcie trybu zlecenia usług) ani spółki własne podmiotu (*in house*), ani spółki mieszane. Kolejne zmiany potwierdziły dopuszczalność spółek mieszanych, w podobnym duchu – chociaż z pewnymi zastrzeżeniami – wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny (zob. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, III izba, orzeczenie z 15 października 2009 r., n. C-196/08 (w:) *Foro it.*, 2010, IV, c. 514, z notą Simonettiego). W odniesieniu do warunków zlecenia usług na podstawie art. 23 *bis*, ust. 2 b), ten sam artykuł precyzuje, że procedura konkurencyjna powinna jednocześnie uwzględniać zarówno jakość współnika, jak i przydzielenie konkretnych zadań operacyjnych (tzw. przetarg z podwójnym celem); i że podmiot publiczny powinien odstąpić co najmniej 40% udziałów. Art. 23 *bis* ust. 2 przewiduje dalsze warunki, oprócz określonych przez ujednolicone prawo w odniesieniu do zlecenia usług spółkom mieszanym (które, jak wspomniano, opierają się na zasadach „podobnej kontroli” i „przewagi” działalności na rzecz akcjonariusza publicznego, wobec czego spółka uzyskująca koncesję na usługi publiczne powinna wykonywać swoją działalność w większej części na rzecz organu, który ją kontroluje), ponieważ wymaga, aby partner prywatny objął nie mniej niż 40% udziałów. W związku z tym należy zwrócić uwagę na uzasadnienie wyroku nr 325 z 17 listopada 2010, w którym sędziowie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzili, że „taki wymóg minimalnego udziału ma na celu ograniczenie bezpośredniego zlecenia usług do wyjątkowych przypadków”.

Art. 23 *bis* idzie pod tym względem dalej niż prawo unijne, ponieważ, oprócz wyżej wspomnianych ograniczeń, wymaga, żeby uzasadnienie decyzji administracyjnej zawierało weryfikację zaistnienia owych specjalnych okoliczności poprzez wcześniejsze ogłoszenie zamiaru działania w trybie nadzwyczajnym oraz uzyskanie opinii (obowiązkowej, ale niewiążącej) urzędu ochrony konkurencji i organu regulacyjnego dla danego sektora, które mają 60 dni na udzielenie odpowiedzi.

Poza tym. ust. 8 przewiduje, że koncesje udzielone spółkom wewnętrznym („*in house*”), „istniejącym w dniu 22 sierpnia 2008” – także tym spełniającym zasady prawa unijnego – wygasają w dniu 31 grudnia 2010 r. bez wyjątku i bez konieczności podjęcia decyzji przez podmiot powierzający, «o ile przed tą datą władze lokalne nie scedują przynajmniej 40% udziałów, stosując przy tym procedurę konkurencyjną w celu jednoczesnego zapewniania jakości partnera oraz przypisania mu konkretnych zadań operacyjnych związanych z zarządzaniem daną usługą».

Tak więc art. 23 *bis* wymienia trzy zasadnicze modele organizacyjne wytwarzania i dystrybucji lokalnych usług publicznych o charakterze gospodarczym: po pierwsze, w drodze przetargu realizowanego według procedury konkurencyjnej z udziałem przedsiębiorców lub spółek w dowolnej formie; po drugie, poprzez powierzenie zarządzania spółce mieszanej, w której partner prywatny został wybrany w drodze przetargu publicznego; po trzecie, spółce całkowicie publicznej, tzn. spółce wewnętrznej podmiotu administracyjnego („*in house*”), co jest trybem nadzwyczajnym powierzania zarządzania lokalnymi usługami publicznymi⁹.

Bez wątpienia wybór przez władze lokalne modelu zarządzania usługą publiczną stanowi materię bardzo delikatną i wzywa do refleksji uwzględniającej zarówno interes ekonomiczny, jak i publiczny, przy czym ten pierwszy może zagrażać drugiemu, czy to w aspekcie dobra wspólnego, czy interesów przyszłych pokoleń.

Z drugiej strony nie można z góry odrzucać intencji poprawy efektywności usługi publicznej poprzez dopuszczenia do jej świadczenia sektora prywatnego w celu uniknięcia lub zminimalizowania strat przy jej wytwarzaniu, dzięki czemu władze lokalne mogłyby zaoszczędzić na wydatkach i swobodniej dysponować środkami. Jednakże dla urzeczywistnienia tych celów jest niezbędne, aby wybór podejmowany przez administrację w każdym przypadku był podyktowany staranną i przemyślaną oceną okoliczności oraz poszanowaniem zasad gospo-

⁹ Na temat modelu „*in house providing*”, zob. F. Caringella, *L'affidamento in house*, (w:) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, s. 255 i n.; F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, (w:) *La riforma dei servizi pubblici locali*, op. cit., s. 245 i n.; I. Rizzo, *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?*, w uwagach do orzeczeń Rady Stanu, V izba, nr 1365 z 9 marca 2009 i nr 5082 z 26 sierpnia 2009, (w:) *Urb. App.* 2009, s. 1345; W.F. Troise Mangoni, *Affidamento in house e parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, *ivi*, s. 293 i n. Na temat spółek mieszanych, por. S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, *ivi*, op. cit., s. 31.

darności, skuteczności i dobrych rezultatów, zgodnie z wymaganiami art. 97 Konstytucji. Nie należy przy tym zapominać, że określając te kryteria ustawa zasadnicza daje jednak pierwszeństwo osobom i ich interesom, dobrobytowi społecznemu (art. 3 Konstytucji). Problem ten jest wyraźnie obecny w specyficznej dziedzinie lokalnego transportu publicznego, o czym świadczy niedawna dyrektywa UE, dostrzegająca, że sektor usług transportu autobusowego „zasadniczo tworzą małe i średnie przedsiębiorstwa”, a ponieważ „pasażer podróżujący autobusem jest słabszą stroną umowy przewozu, należy mu zapewnić minimalny poziom ochrony”¹⁰.

W odniesieniu do powierzania usługi w trybie nadzwyczajnym, art. 23 *bis* stanowi, że warunkiem zgodności takiego wyboru z prawem jest dwójaka ewaluacja: jedna o charakterze ekonomicznym, społecznym i środowiskowym, przeprowadzona przez władze lokalne i oparta na wykazaniu trudności świadczenia danej usługi na zasadach rynkowych zgodnie z ust. 3 art. 23 *bis*; druga o charakterze prawnym, zgodnie z ust. 4 zarezerwowana dla urzędu ochrony konkurencji. Wydaje się, że możliwe jest podniesienie kwestii konstytucyjności postanowień art. 23 *bis* ust. 3, na podstawie art. 5, 114, 117 i 118 Konstytucji, w części dotyczącej obowiązkowej konsultacji z urzędem antymonopolowym; który będąc, z jednej strony, organem technicznym niezależnym od rządu, z drugiej reprezentuje jednak pewną formę kontroli nad wyborami dokonywanymi przez władze lokalne, pomimo że przepis ustawy konstytucyjnej nr 3 z 18 października 2001 r., zakazuje jakichkolwiek nowych form kontroli ograniczających samorządność lokalną.

Wybór spółki o kapitale mieszanym nie wydaje się wymagać szczególnego uzasadnienia, poza wskazaniem na wygodę takiego rozwiązania; nakłada natomiast szczególny obowiązek na władze lokalne, odpowiedzialne za daną usługę, które muszą zmierzyć się z delikatną i skomplikowaną materią związaną z procedurą wyboru partnera prywatnego¹¹ oraz z określeniem przedmiotu przetargu w świetle przepisów i orzecznictwa zarówno krajowego, jak i wspólnotowego¹².

¹⁰ Mowa o Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady UE z dn. 16 lutego 2011 «w związku z prawami pasażerów transportu autobusowego, zmieniającym rozporządzenie nr 2006/2004», opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Z 55 z 28 lutego 2011, s. 1 (wraz z 2 i 3).

¹¹ Wyboru, który, jak się zauważa, powinien być dokonany na rzecz partnera merytorycznego, a nie czysto finansowego: na ten temat zob. Zieloną księgę Komisji Europejskiej z dn. 30 kwietnia 2004, a także, w zakresie orzecznictwa, wyrok nr 153 Trybunału Administracyjnego dla regionu Valle d'Aosta z 13 grudnia 2007, (w:) *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Comune*, nr 655.

¹² Model spółki mieszanej został opracowany przez Radę Stanu (odpowiednik naczelnego sądu administracyjnego) II izba, na posiedzeniu nr 456 dn. 18 kwietnia 2007; zob. R. Caranta, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, (w:) *Giur. it.*, 2010, 5; G.F. Nicodemo, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, (w:) *Urbanistica e appalti*, 2010, 156; H. Simonetti, *Recenti orientamenti in tema di società miste*, (w:) *Foro it.*, 2007, III, c. 611; M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, (w:) *Corriere giur.*, 2007, s. 893 i n.; E. Freni, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, (w:) *Giornale dir. amm.*, 2007, s. 1119 i n.; M. Giovannelli, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, (w:) *Urbanistica e appalti*, 2007, s. 984 i n.; A. Plaisant, *In house providing e società miste: due rette*

Co więcej, taki model zarządzania może budzić wątpliwości co do możliwości oferowanych partnerowi prywatnemu, który, zainwestowawszy w spółkę, może być z powodu braku kontroli nad nią narażony na straty operacyjne.

3. Relacje pomiędzy włoskim prawem krajowym a wspólnotowym

To powiedziawszy, trzeba jednak podkreślić wyjątkowość – w aspekcie norm europejskich – wszelkich bezpośrednich ograniczeń dostępu podmiotów prywatnych do rynku zarządzania usługami – również publicznymi. To generalne założenie zostało podkreślone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który stwierdził, że przepisy prawa krajowego ograniczające dostęp do rynku (na zasadach jawnej procedury) operatorom nieposiadającym formy prawnej spółki akcyjnej, są niezgodne z zasadami wspólnotowymi, a tym samym nie ma przeszkód, żeby takie przepisy krajowe uznać za niemające zastosowania¹³. W aktualnym sformułowaniu art. 23 *bis* nie zawiera przepisów dyskryminujących podmioty prywatne lub ograniczających możliwość ich wyboru, i z tej racji wydaje się zgodny z kierunkiem krajowego orzecznictwa administracyjnego, według którego nie przeszkadza uwzględniać ramach ust. 2 pkt. a) nie tylko przedsiębiorstwa w klasycznej formie, z definicji nastawione na zysk, ale także podmioty działające jako organizacje non-profit, uprawnione do startowania w przetargach na świadczenie usługi publicznej, ponieważ, nie będąc zorientowane na zysk, są one jednak podmiotami gospodarczymi i, jako takie, „w świetle przepisów krajowych i wspólnotowych są kwalifikowane tak samo jak przedsiębiorcy-usługodawcy”¹⁴. Mają one dwie istotne i warte rozważenia cechy: są organizacjami działającymi zgodnie z regułami i celami rynku, zapewniając ekonomiczność i skuteczność zarządzania, ale nie będąc zorientowane na czysty zysk, mogą lepiej troszczyć się o wspólne cele i dobrostan wspólnoty, jak tego wymaga istota usługi publicznej.

parallele o convergenti?, dostępne na www.giustamm.it; G.F. Ferrari, *Il punto nazionale sull'in house providing*, w *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2007, s. 1377 i n.

¹³ V. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, 18 grudnia 2007, orzeczenie w sprawie C-357/06, w *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, nr 1143, zgodnie z którym «do sądu krajowego należy, w ramach maksymalnego zakresu uznania, jakie daje mu prawo krajowe, dokonanie wykładni oraz zastosowanie przepisu prawa krajowego zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego. Jeżeli takie zgodne zastosowanie nie jest możliwe, sąd krajowy ma obowiązek zastosować w całości prawo wspólnotowe i zapewnić ochronę praw, jakie nadaje ono jednostkom, nie stosując w razie potrzeby sprzecznego z nim przepisu krajowego». Co do tego ostatniego, por. Rada Stanu, V izba, 8 września 2008, nr 4242 (w:) *Giur. it.*, 2009, s. 472.

¹⁴ Por. Rada Stanu, VI izba, orzeczenie nr 3897 z 16 czerwca 2009, dostępne na www.deiuregiuffre.it; Sąd Administracyjny dla regionu Lombardia-Brescia, I izba, orzeczenie nr 1440 z 27 października 2008, w *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, s. 746, stwierdzające, że „korzystanie z ulg podatkowych i składkowych przysługujących spółdzielniom socjalnym (*cooperativa sociale*) oraz brak dążenia do osiągnięcia zysku nie stanowi przeszkody, aby organizacja non-profit mogła ubiegać się w drodze przetargu o powierzenie jej świadczenia usług publicznych”. Por. S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, op. cit., s. 91 i n.

W ustalaniu właściwych norm do stosowania z pewnością nie pomaga współistnienie krajowych i międzynarodowych źródeł prawa. Jednym z przykładów może być sektor transportu publicznego, w odniesieniu do którego już w połowie ubiegłego stulecia Europejska Wspólnota Gospodarcza zaczęła ustalać ścisłą politykę cenową, aby zapewnić powszechność i maksymalną dostępność tego rodzaju usług¹⁵.

Rozporządzenie nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 23 października 2007¹⁶ nadało europejskiej polityce transportowej definitywny kierunek, stwarzając instrument zabezpieczający transparentność i wydajność usług¹⁷. Rozporządzenie normuje tryb zarządzania „usługami publicznymi w zakresie drogowego i kolejowego transportu pasażerskiego”, określonymi w art. 2, pkt. a) jako „usługi transportu pasażerskiego o ogólnym znaczeniu gospodarczym świadczone publicznie w sposób niedyskryminujący i ciągły”, których nie można podporządkować logice rynkowej. Rozporządzenie wprowadziło na szczeblu europejskim wiążącą normę; reguluje ono zamówienia publiczne przybierające formę koncesji na świadczenie usług, oferując państwom członkowskim szeroki wybór sposobów organizacji lokalnych usług transportu publicznego, nie uprzywilejowując żadnego z nich. Przywołać tu można art. 5 § 2 omawianego rozporządzenia, który stanowi, że odpowiedni organ lokalny „może zdecydować, że będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego lub że będzie bezpośrednio udzielać zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym”. Mowa zatem o przypadku świadczenia usług we własnym zakresie i przez spółki *in house*.

Z kolei § 4 tego samego artykułu określa drugi tryb organizacji publicznych usług transportu pasażerskiego, a mianowicie ich eksternalizację, wyrażającą się poprzez *bezpośrednie udzielenie zamówień* prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, których średnia wartość roczna szacowana jest na mniej niż 1 000 000 EUR lub które dotyczą świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie.

¹⁵ Nt. usługi powszechnej, por. M. Capantini, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione* (w:) *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, s. 99 i n.

¹⁶ Rozporządzenie to zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 1370/2007 z 3 grudnia 2007, L 315 i weszło w życie 3 grudnia 2009. Nt. Rozporządzenia 1370/2007, zob. Bertolazzi, *La disciplina del trasporto pubblico locale nel regolamento comunitario n. 1370/2007*, (w:) *La riforma dei servizi pubblici locali*, op. cit., s. 433; A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un “centro di gravità”, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, dostępne na stronie www.giustamm.it, s. 43.

¹⁷ Należy dodać, że art. 1, § 1 Rozporządzenia stwierdza, że jego celem jest określenie, w jaki sposób właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością i niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych.

Na koniec, § 5 przewiduje *udzielanie zamówień w sytuacjach nadzwyczajnych*, tzn. przypadku zakłócenia w świadczeniu usług lub bezpośredniego ryzyka powstania takiej sytuacji. Rozporządzenie daje organowi lokalnemu prawo do udzielenia bezpośredniego zamówienia lub przedłużenia umowy o świadczenie usług publicznych lub nałożenie zobowiązania do wykonania takiej umowy na okres nieprzekraczający dwóch lat.

Okres obowiązywania umów jest ustalany w zależności od rodzaju transportu. W odniesieniu do usług autokarowych i autobusowych wynosi on nie więcej niż 10 lat (art. 4 § 3 rozporządzenia), z możliwością przedłużenia, na podstawie ust. 1 kolejnego paragrafu, maksymalnie o 50%, o ile jest to uzasadnione warunkami amortyzacji środków trwałych lub świadczenia usług w regionach najbardziej oddalonych. Ponadto w rozumieniu ust. 2 § 4 analogiczne przedłużenie (maksymalnie o 50%) może być uzasadnione „kosztami związanymi ze szczególnym położeniem geograficznym tych regionów”. Jeśli jednak z jednej strony art. 4 szczegółowo określa zasady, które pozostawiają szerokie pole manewru, to z drugiej strony po stwierdzeniu, że „umowy długoterminowe mogą prowadzić do zamknięcia rynku na okres dłuższy niż jest to konieczne, zmniejszając tym samym korzyści wynikające z konkurencji”, pkt. 15 preambuły do tego samego Rozporządzenia zaleca, by „w celu zminimalizowania zakłócenia konkurencji, a jednocześnie utrzymania jakości usług, zawierać umowy na świadczenie usług publicznych na czas określony”. A zatem, jeśli dany organ preferuje formę przetargu, to w ogłoszeniu należy określić ewentualne przedłużenie umowy o świadczeniu usługi, nie więcej jednak niż o 50% w stosunku do okresu maksymalnego, czyli najwyżej 10- lub 15-letniego¹⁸. I odwrotnie, przy założeniu bezpośredniego udzielenia zamówienia, gdzie dopuszcza się późniejszą renegeację, ponieważ nie ma przetargu, a zatem i ryzyka naruszenia jego zasad, istnieje możliwość przedłużenia początkowego okresu umowy (nadal jednak nie więcej niż o 50%).

Konfrontacja wspólnotowych zasad dotyczących lokalnego transportu publicznego z normą krajową, wynikającą z art. 23 *bis* i rozporządzenia wykonawczego nr 168/2010, ujawnia pewne niespójności. Przede wszystkim art. 5 §§ 2, 4, 5 i 6 rozporządzenia UE, zgodnie z zasadą pomocniczości, ustanawia normę zezwalającą na stosowanie różnych trybów zamówień publicznych „o ile nie zabrania tego prawo krajowe”. We Włoszech odesłaniem prawnym jest, jak zaznaczono powyżej, art. 23 *bis*, ust. 1, zgodnie z którym „przepisy zawarte w niniejszym artykule stosuje się do lokalnych usług publicznych na zasadzie pierwszeństwa przed regulacjami sektorowymi, o ile zachodzi pomiędzy nimi kolizja”. Art. 12 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego nr 168/2010 stwierdza, że „w dziedzinie lokalnego

¹⁸ W przeciwnym razie istniałaby możliwość późniejszej renegeacji warunków przetargu, co naruszałyby zasady już rozstrzygniętego postępowania przetargowego; w istocie rzeczy, ani okres świadczenia, ani przedmiot usługi nie podlegają renegeacji w fazie wykonania umowy już zawartej na podstawie warunków określonych w ogłoszeniu o przetargu.

transportu publicznego niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie w zakresie zgodności z rozporządzeniem (UE) nr 1370/2007 z 23 października 2007”. Podsumowując, art. 23 *bis* jest wyrazem polityki prawnej promującej zasadę wolnego rynku i konkurencji; na odwrót, Rozporządzenie UE nr 1370 ewidentnie zmierza do przewyciężenia tej logiki.

Dochodzi do tego okoliczność, że lokalny transport publiczny podlegał osobnym przepisom wprowadzonym dekretem nr 422 z 19 listopada 1997, należy zatem uzgodnić poprzednio obowiązujące specjalne prawo dotyczące transportu publicznego z ogólną regulacją lokalnych usług publicznych na podstawie art. 23 *bis*, a następnie tak uzgodnione prawo krajowe dostosować do Rozporządzenia UE nr 1370/2007¹⁹.

Ponadto ustawa nr 99 z 23 lipca 2009, formułująca „*Regulacje dotyczące rozwoju i internacjonalizacji przedsiębiorstw, włącznie z energetyką*”, przewiduje w art. 61: organy właściwe do udzielania zamówień na usługi, bez względu na przepisy sektorowe, mogą w odniesieniu do regionalnego i lokalnego transportu publicznego zastosować przepisy wynikające z art. 5 §§ 2, 3, 4, 5 i 6 Rozporządzenia UE nr 1370/2007.

Istnieje zatem problem harmonizacji różnych źródeł prawa, przy czym art. 288 Traktatu z Lizbony ustanawia pierwszeństwo prawa wspólnotowego przed regulacjami poszczególnych państw członkowskich, które to prawo ma charakter ogólny i jest stosowane bezpośrednio bez konieczności transpozycji do prawa krajowego. Innymi słowy, niedopuszczalny jest akt państwa członkowskiego wprowadzający rozporządzenie, które swoją własną mocą jest częścią obowiązującego porządku prawnego.

Zważywszy wielość przepisów w tej materii, należy procedować systematycznie i analizować obowiązujące normy prawne *ratione temporis*, za każdym razem biorąc pod uwagę specyficzne okoliczności²⁰.

4. Wnioski końcowe

Na zakończenie warto przytoczyć kilka uwag, które być może pobudzą do dalszej refleksji. Art. 23 *bis* został włączony do dekretu z mocą ustawy nr 112 z dnia 25 czerwca 2008, przekształconego – ze zmianami – w ustawę nr 133 z dnia 6 sierpnia 2008, wprowadzającą *pilne regulacje sprzyjające rozwojowi gospodar-*

¹⁹ Na temat dekretu nr 422 z 1997 r. zob. N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, (w:) S. Cassese (red.), *Trattato amministrativo. Parte speciale*, Milano, 2003, s. 272 i n.

²⁰ Na przykład, ustawodawca wspólnotowy ustanowił okres przejściowy przed wejściem w życie zasad udzielania zamówień na usługi publiczne w zakresie transportu, dając czas na dostosowanie krajowych systemów prawnych do Rozporządzenia. Art. 8 § 2 ustala okres przejściowy, kończący się 3 grudnia 2019, pozostawiając państwom członkowskim czas na podjęcie działań w celu stopniowego dostosowania się do trybu udzielania zamówień publicznych zgodnie z art. 5.

czemu, uproszczeniu procedur, konkurencyjności, stabilizacji finansów publicznych i równości w zakresie obciążeń publicznoprawnych. Ustawa zatem już w samym tytule wskazuje na cel regulacji, jakim jest stopniowe zmniejszenie deficytu do pewnego ograniczonego poziomu (przewidywano spowolnienie tempa spadku PKB z 2,5 do 0,1), tak aby w 2011 roku osiągnąć relację długu publicznego do PKB na poziomie nieprzekraczającym 97,2%. W ramach kompleksowej wizji przewidywano także rozpoczęcie większych inwestycji w innowacje i badań, rozwój przedsiębiorczości, dywersyfikację źródeł energii, zwiększenie aktywności administracji publicznej i ożywienie prywatyzacji, budownictwa mieszkaniowego oraz rozwój urbanistyczny. W ten sposób ustawa określiła cele, których osiągnięcie uznano za konieczne dla stworzenia gospodarczych i społecznych warunków do rozwoju. Składały się one na jednolity system odniesienia w tym znaczeniu, że każdy z nich pozostawał w zależności od pozostałych.

Ponieważ jednak większość celów nakreślonych przez ustawę 133/2008 pozostała na papierze (ożywienie budownictwa mieszkaniowego, waloryzacja majątku publicznego, rozwój gospodarczy, uproszczenie procedur i zwiększenie konkurencyjności), tym większy nacisk położono na art. 23 *bis*, przypuszczalnie w nadziei, że w pierwszej kolejności uda się zrealizować cele w zakresie konkurencyjności rynkowej w odniesieniu do lokalnych usług publicznych świadczonych w interesie gospodarczym. Wydaje się, że w znacznym stopniu otwarto się na przedsiębiorczość prywatną, co pomimo wdrożenia działań na rzecz konkurencji w aspekcie przyszłej liberalizacji, prawdopodobnie niesie z sobą ryzyko zachwiania równowagi rynku usług na korzyść podmiotów prywatnych.

Jak wiadomo, zjawisko komunalizacji usług lokalnych jest związane z rolą gminy jako podstawowego organu reprezentującego interesy społeczności. Ów związek, którego początki sięgają ubiegłego wieku, uległ wzmocnieniu dzięki umieszczeniu jednostek samorządu lokalnego w Konstytucji (art. 114), a następnie uznaniu w art. 118 zasady pomocniczości państwa w stosunku do ich działań. Oba zapisy znalazły się w tytule V drugiej części Konstytucji zreformowanym na mocy ustawy konstytucyjnej nr 3 z 18 października 2001. Ta ostatnia reforma odwróciła kierunek rozdziału kompetencji i odpowiedzialności pomiędzy regiony, prowincje i gminy – tradycyjnie biegnący z góry na dół – dowartościowując szczebel gminny jako najbliższy obywatelom: istotnie, ustawa o reformie stanowi, że „Republikę stanowią gminy, miasta metropolitalne, regiony i państwo”. Według zasady pomocniczości wertykalnej, wyrażonej w art. 118 Konstytucji, funkcje administracyjne powinny być przypisane do szczebla władzy najbliższego obywatelom. Państwo natomiast powinno interweniować tylko wówczas, kiedy organy niższego szczebla utracą możliwość działania.

Poza tym trzeba mieć na uwadze, że na szczeblu wspólnotowym zasada pomocniczości została ustanowiona jako ogólne kryterium działania organów lokalnych, także w zakresie usług publicznych; istotnie, Protokół w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, dołączony do Traktatu z Lizbony, w odnie-

sieniu do tego sektora stwierdza wyraźnie w art. 16 „zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrejonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców”.

Także w Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego²¹ doceniono rolę samorządów w ochronie i rozwijaniu interesów zbiorowych zgodnie z zasadą pomocniczości. W aspekcie usług gospodarczych nie należy zapominać o ważnej roli przypisanej samorządom w „Zielonej Księdze nt. usług świadczonych w interesie ogólnym” (COM-2003-270 def.) z 21 maja 2003, gdzie w pkt. 24 ustawodawca wspólnotowy przypomina, że władza publiczna nie powinna uchylać się od „roli gwaranta osiągnięcia celów podyktowanych interesem ogółu”.

Wybór takiego, a nie innego modelu zarządzania jest kwestią dość delikatną, chociaż, prawdę mówiąc, ma on tylko częściowy wpływ na efektywność zarządzania, ponieważ i tak administracja musi zagwarantować pełne zaspokojenie interesu ogólnego; zatem im szersze nastąpi otwarcie na konkurencję w lokalnych usługach publicznych świadczonych w interesie gospodarczym, tym skuteczniej będzie można zagwarantować ich właściwe ukierunkowanie i kontrolę nad nimi²². Niemniej jednak wciąż istnieje potrzeba wdrażania art. 23 *bis*, ale bez podejmowania pośpiesznych i niedostatecznie przemyślanych decyzji – podyktowanych prawdopodobnie obawą o zarzut zaniechania – ponieważ obecne prawo wprawdzie promuje formę zarządzania opartą na zasadach rynkowych, ale jej nie narzuca²³.

²¹ Została przyjęta w Strasburgu przez Radę Europy w październiku 1985, weszła w życie 1 września 1988 i została ratyfikowana we Włoszech ustawą nr 439 z grudnia 1989 r.

²² Jednolite zasady liberalizacji, konkurencji i otwarcia rynków, które zostały wdrożone w wielu spółkach o kapitale wyłącznie publicznym świadczących usługi publiczne w interesie ogólnym, mogą również funkcjonować w odniesieniu do gigantów (takich, na przykład, jak Poczta Włoska), wykonujących działalność w interesie publicznym na szczeblu krajowym, na podstawie koncesji. Zob. opinię urzędu ochrony konkurencji i rynku z 15 stycznia 2011 r., opublikowaną na stronie www.agcm.it, *Liberalizzazione poste: antitrust al parlamento e al governo, senza un regolatore realmente indipendente a rischio concorrenza*. Zob. też, R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, (w:) *Dir. amm.*, 2006, s. 51 i n., spec. s. 73.

²³ Na ten temat zob. interesujące orzeczenie Rady Stanu, V izba, nr 552 z 26 stycznia 2011, dostępne na stronie www.deiuregiuffre.it, zgodnie z którym „żadne przepisy nie obligują gmin do udzielania podmiotom zewnętrznym zamówień na określone usługi, którymi skądinąd większość gmin włoskich woli zarządzać bezpośrednio zamiast powierzać je przedsiębiorcom prywatnym, natomiast w przypadku odmiennego wyboru, powierzanie usług podmiotom trzecim musi się odbywać z poszanowaniem wspólnotowego prawa o wolnej konkurencji. / Nie istnieją również powody, dla których organ lokalny musiałby wskazać wyrażoną wprost pozytywną normę prawną, aby móc bezpośrednio dostarczać własnym obywatelom usługę, do świadczenia której jest typowo powołany; w tym przypadku przywołane powyżej przepisy nie zawierają w tym sensie żadnego wyraźnego zakazu ani *explicite*, ani *implicit*”.

STRESZCZENIE

W artykule omówiono zagadnienia dotyczące: ewolucji porządku prawnego w zakresie zarządzania usługami publicznymi, świadczonymi w interesie gospodarczym; stan prawny na 2008 rok (art. 23 bis ustawy nr 133 z 6 sierpnia wraz z późniejszymi uzupełnieniami i zmianami), a także relacje między włoskim prawem krajowym a wspólnotowym.

SUMMARY

The article discusses the issues related to: the evolution of legal order in the management of public services provided in the business interest; legal state for 2008 (Article 23' of the Act No. 133 of 6 August with amendments that followed), and the relationship between the Italian domestic law and the European Union one.

RÉSUMÉ

Les questions dont on parle dans l'article touchent les aspects suivants: évolution de l'ordre juridique dans le cadre de l'administration des services publics exécutés à l'intérêt économique; état juridique pour l'année 2008 (art. 23 bis de la loi 133 du 6 août avec toutes les novelisations et changements), ainsi que les relations entre le droit italien national et celui de communauté.

РЕЗЮМЕ

В статье представлены для обсуждения вопросы, касающиеся эволюции правопорядка в сфере управления услугами коммунальных служб, предоставляемых в рамках экономического интереса; правовой статус на 2008 год (ст. 23 законоположения № 133 от 6 августа, вместе с последующими изменениями и дополнениями), а также отношения между итальянским внутренним правом и союзным.