

Anna Ząbkowicz

Instytut Nauk Ekonomicznych PAN

Jerzy Ząbkowicz

Wyższa Szkoła Cła i Logistyki w Warszawie

KONTROLOWANA LIBERALIZACJA VERSUS NIECHĘĆ DO KONKURENCJI NA PRZYKŁADZIE RYNKU USŁUG UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ W UNII EUROPEJSKIEJ

Streszczenie: W artykule omówiono problemy polityki równego dostępu do rynku, jakie stanowi pomoc publiczna i faktyczny monopol w danym segmencie. Obiektem analizy jest prawo konkurencji Unii Europejskiej. Zgodnie z metodą ekonomicznej analizy prawa stosujemy perspektywę ekonomii do badania działania prawa. Przeprowadzona analiza koncentruje się na sektorze usług użyteczności publicznej, którego stan prawny i zaszczości szczególnie sprzyjają monopolizacji zamówień publicznych, nieuzasadnionej pomocy publicznej i tworzą warunki do pogoni za rentą. Przegląd prawnych fundamentów pokazuje, że regulacje na poziomie Unii są zbyt miękkie, aby stanowić rozwiązanie tych problemów. W sferze usług użyteczności publicznej działania liberalizacyjne podejmowane przez Komisję Europejską dodatkowo utrudnia duża swoboda, jaką regulacje unijne pozostawiają państwom w wyborze operatora usługi oraz bardzo ogólne i wyjątkowo ograniczone wymogi ze strony UE – tłumaczone koniecznością świadczenia usług także użytkownikom „nieekonomicznym”. Obserwowane zjawisko usiłuje kontrolować Unia, starając się pogodzić dwa konkurencyjne – jak się wydaje – cele, mianowicie zwiększanie domeny wolności gospodarczej i efektywną realizację misji użyteczności publicznej. Służyć temu ma podział zadań – na szczeblu unijnym określone są jedynie wspólne zasady funkcjonowania sfery usług użyteczności publicznej, ich wdrażanie zaś pozostaje w gestii państw narodowych. Zdaniem Komisji Europejskiej takie podejście umożliwi uwzględnienie konkretnej sytuacji panującej w każdym z tych państw. W praktyce jednak „elastyczność” tego rozwiązania z natury rzeczy budzi pokusę nadużycia na szczeblu narodowych organów publicznych. Od wielu już lat stanowi to realne wyzwanie dla wspólnotowej polityki stopniowej i kontrolowanej liberalizacji rynku. Między państwami i organami Unii tli się immanentny konflikt kompetencyjny co do wyboru kierunku ewolucji rozwiązań prawnych regulujących tę sferę usług. Analiza obranej dziedziny, w szczególności usług powszechnych, odsłania kontrowersyjne znaczenie wielkich firm jako uczestnika i podmiotu budowy jednolitego rynku europejskiego. Wyraźnie daje się zauważyć skłonność większości państw członkowskich do preferowania operatorów usług zasiedziały na terenie danego kraju. Tworzy się swoisty sojusz państwa z tą grupą podmiotów, wzmocniony administracyjnymi środkami ograniczania przez władze publiczne kręgu operatorów usług powszechnych. Państwo utrzuca stan faktycznego monopolu i tworzy warunki do pogoni za rentą, manifestując tym samym własną zawodność we wspieraniu ustroju opartego na konkurencji. W efekcie – wbrew staraniom unijnego regulatora, aby promować i kontrolować pro-

ces liberalizacji w państwach narodowych – w praktyce funkcjonuje układ, w którym płatnik (instytucje publiczne) i operator (podmiot gospodarczy) mogą wręcz otwarcie wykazywać niechęć do konkurencji. Taki stan rzeczy w oczywisty sposób kłóci się z generalnym trendem unijnych regulacji, aby zapewnić wszystkim podmiotom równoprawy dostęp do zamówień publicznych, także w wymiarze transgranicznym. Dodatkowym źródłem konfliktów jest fakt, iż między poszczególnymi krajami istnieją zasadnicze różnice w podejściu do procesu urynnowienia sfery usług powszechnych – zarówno w sensie aprobaty wobec samego kierunku zmian, jak i stopnia ich zaawansowania. W jednych krajach są one już w znacznym stopniu zliberalizowane, co oznacza relatywnie otwarty i równoprawy dostęp do zamówień publicznych również dla zagranicznych operatorów, w innych krajach zaś są dyskryminowane zarówno podmioty zagraniczne, jak i większość krajowych, nieuprzywilejowanych podmiotów gospodarczych.

Słowa kluczowe: pomoc publiczna, usługi powszechne, pogoń za rentą.

1. Wstęp

Tytułowe zjawisko mieści się w polu zainteresowań politycznej ekonomii regulacji i wiąże się z praktykowaną w ramach Unii Europejskiej polityką konkurencji. Lata 60. i 70. XX wieku były świadkiem nadzwyczajnego rozwoju teorii związanych z funkcjonowaniem tzw. rynku politycznego (teoria regulacji, współczesna teoria demokracji, teoria wyboru publicznego, ekonomia konstytucyjna, ekonomiczna teoria biurokracji) [Wilkin (red.) 2012; Sztaba 2002]. Świadomość, że rynek jest zawodny, konkurencja – niedoskonała, a dochód nie zawsze odpowiada uczciwemu wynagrodzeniu, była już ugruntowana i uzasadniała określony zakres ingerencji państwa w mechanizm rynkowy. Zmiana perspektywy polegała na przesunięciu uwagi badaczy z renty osiągananej na rynku ekonomistów (renta monopolowa) na rentę osiąganą za pomocą mechanizmów politycznych. Do uznanej zawodności wynikającej ze struktury rynku dodawała świadomość zawodności państwa. W świetle politycznej ekonomii regulacji organy państwa raczej odpowiadają na popyt grup interesów, niż zwiększają efektywność regulacji rynkowej; w rezultacie za pomocą mechanizmów politycznych tworzą się bariery wejścia i dodatkowe dochody uprzywilejowanych podmiotów (renta polityczna).

W latach 80. zostało podjęte wyzwanie budowy jednolitego rynku i spójności społecznej w Europie, które w latach 90. wraz z powołaniem Unii Europejskiej zyskało sformalizowane ramy instytucjonalne. Tym samym idea ładu opartego na konkurencji po raz pierwszy w historii została podjęta przez władzę publiczną na szczeblu ponadnarodowym. Czy podporządkowana jej polityka konkurencji Unii Europejskiej i nadzór nad państwami członkowskimi w tym względzie ma szansę stać się rozwiązaniem problemu renty? Zgodnie z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹ Unia sprzyja równemu dostępowi do rynku oraz monitoruje

¹ Zob. [Traktat o funkcjonowaniu... 2010, rozdz. „Reguły konkurencji”, sekcja 1 i sekcja 2].

liberalizację warunków gospodarowania w krajach członkowskich gwoli większej konkurencyjności na terenie całej UE. Tak rozumiana kontrolowana liberalizacja przeciwstawia się poszukiwaniu renty (*rent seeking*), czyli pogoni podmiotów ekonomicznych za dochodami wynikającymi z różnych form uprzywilejowania przez państwo w postaci niższych obciążeń fiskalnych lub nadzwyczajnych form finansowego wspomagania.

Usługi użyteczności publicznej wydają się dobrym przykładem na to, że promowanie liberalizacji przez Unię, jako sposób m.in. ograniczenia problemu renty, rodzi nowe problemy. Jest to dziedzina, w której misja publiczna czyni dopuszczalne finansowe wsparcie ze strony państwa i która jest obecnie realizowana przez podmioty działające na rynku. Usługi pocztowe i telekomunikacyjne, usługi związane z infrastrukturą transportową oraz z zaopatrzeniem w energię i wodę należały tradycyjnie do sektora publicznego. Państwo było bezpośrednio odpowiedzialne za zapewnienie tych usług, które zlecało do wykonania na zasadzie podległości przedsiębiorstwom państwowym. Innymi słowy, usługodawcy byli wyłączeni z konkurencji. Począwszy od lat 80. XX wieku, „odchudzanie” państwa w krajach europejskich doprowadziło do dzielenia odpowiedzialności w tym sensie, że państwo zapewnia tego typu usługi, ale niekoniecznie je „produkuje”, zlecając zadania na zasadzie umowy jednostkom spoza sektora publicznego. Tendencję do swoistego outsourcingu wzmacnia nacisk Komisji Europejskiej na rzecz zapewnienia równego dostępu do zamówień wszystkim podmiotom, również tym prowadzącym działalność nastawioną na zysk. W tej nowej sytuacji rodzą się problemy z rozdzieleniem użyteczności publicznej od użyteczności prywatnej. Pojawia się kwestia, czy działanie na rzecz pożytku publicznego przy wsparciu ze strony państwa nie wpływa na pozycję wykonawców względem innych podmiotów konkurujących na danym rynku. Jednym słowem, pojawia się problem zasadności pomocy publicznej i szereg trudności związanych z egzekwowaniem generalnego zakazu jej udzielania, o czym będzie mowa w punkcie 2 niniejszego artykułu.

Wskazane problemy prezentowane są na przykładzie rynkowych usług użyteczności publicznej o charakterze powszechnym (ang. *universal service*, fr. *service universel*). Zasada powszechnej dostępności, usankcjonowana prawem unijnym, sprawia, że świadczenie tych usług budzić może szczególne kontrowersje z uwagi na kwestię pomocy publicznej, z reguły bowiem wiąże się z rekompensatą dla operatora. W praktyce zaszłości oraz regulacje w tym szczególnym segmencie pozwalają na udzielenie publicznego zamówienia bezpośrednio, czyli z pominięciem procedury przetargu publicznego. W związku z tym ta sfera aktywności gospodarczej i jej regulacji dobrze obrazuje kolejny problem polityki równego dostępu – faktyczny monopol na uzyskiwanie zleceń. Polityka Unii w tym względzie ma na celu m.in. równoprawny dostęp do zamówień publicznych w wymiarze transgranicznym dla „przedsiębiorstw innych niż te o znacznej sile rynkowej”. Niemniej jednak obserwuje się skłonność do preferowania niektórych operatorów usług powszechnych zasiedziały na terenie danego kraju, cieszących się silną pozycją na rynku. Owe praktyki i związane z nimi problemy prawne zostaną omówione w punkcie 3.

Główny problem artykułu stanowi immanentny konflikt między państwami członkowskimi i organami Unii wokół zamówień publicznych na usługi użyteczności publicznej. Jego wyrazistą ilustracją stanowi, naszym zdaniem, implementacja regulacji prawnych zawartych w dyrektywie o usłudze powszechnej. Przedmiot sporu można zamknąć w prostym pytaniu: komu zlecić usługę i na jakiej zasadzie? Cichym aktorem sporu, oprócz wyżej wymienionych, są przedsiębiorstwa „o znacznej sile rynkowej”.

Wskazanie na tę ostatnią grupę podmiotów jest celem tego artykułu. Kwestia dynamicznego układu sił między państwami członkowskimi i organami Unii, i w tym kontekście – temat pomocy publicznej są od dawna szeroko omawiane. Natomiast nieoczywiste i kontrowersyjne znaczenie wielkich europejskich firm w procesie budowy jednolitego rynku zasługuje na większą uwagę.

2. Pomoc publiczna a zasady konkurencji na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej

W centrum interesującego nas konfliktu znajduje się pomoc publiczna. W Unii Europejskiej pojęcie to nabrało znaczenia w związku z fundamentalną zasadą zapewnienia równego dostępu do rynku konkurującym podmiotom. Tam, gdzie w grę wchodzi fundusze publiczne, w dodatku adresowane tylko do określonych podmiotów, pojawia się obawa, że zasada ta została naruszona. Sytuacja taka może bowiem sprzyjać czerpaniu renty przez wybrane podmioty rynkowe. Władza publiczna zleca wykonanie usługi konkretnemu podmiotowi gospodarczemu, co wiąże się z wyasygnowaniem środków publicznych przeznaczonych na realizację celu lub ze zmniejszeniem ciężaru danin publicznych. Przysparzając korzyści określonym zleceniobiorcom (przedsiębiorstwa, sektory gospodarki, regiony kraju), może – co definiuje art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej² – zakłócić bądź grozić zakłóceniem konkurencji i wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Istnieje obawa, że wykonawca zadania odniesie korzyść ekonomiczną, której nie uzyskałby w zwykłym toku działalności, co wpłynie na jego pozycję względem konkurentów (renta polityczna). Zdaniem Komisji Europejskiej, niezachowanie równych reguł gry dla wszystkich przedsiębiorstw prowadzących działalność na jednolitym rynku europejskim „daje bezpodstawne, wybiórcze korzyści niektórym firmom, uniemożliwiając lub opóźniając działanie sił rynkowych służących wynagradzaniu najbardziej konkurencyjnych firm, zmniejszając przez to ogólną europejską konkurencyjność”³. Warto zaznaczyć, że chodzi m.in. o pomoc, która wspierając

² Zob. [Traktat o funkcjonowaniu... 2010]. Wymieniony art. 107 ust. 1 odpowiada dawnemu art. 87 ust. 1 Traktatu Wspólnoty Europejskiej (TWE).

³ Plan działań w zakresie pomocy państwa, Gorzej i lepiej ukierunkowana pomoc państwa i mapa drogowa reformy pomocy państwa na lata 2005-2009, Dokument konsultacyjny, {SEC(200) 795}, Komisja Wspólnot Europejskich, COM (2005) 107 końcowy, Bruksela 7.06.2005, s. 3.

przedsiębiorstwa krajowe, dyskryminuje przedsiębiorstwa zagraniczne i w tym sensie zniekształca funkcjonowanie rynku wewnętrznego UE. Z tego powodu pomoc publiczna (*state aid*) w państwach członkowskich jest przedmiotem szczególnej uwagi organów unijnych. Gdzie kryje się konflikt interesów i źródło sporów prawnych między państwami członkowskimi i organami Unii?

Generalnie pomoc publiczna została zakazana państwom członkowskim Unii na mocy TFUE (art. 107). Traktat i rozporządzenia Komisji przewidują co prawda tzw. wyłączenia, uznające określone cele za zgodne ze wspólnym rynkiem, stanowią one jednak katalog zamknięty⁴. W pozostałych przypadkach w wyjątkowych okolicznościach dopuszczalne jest udzielenie takiej pomocy przy zachowaniu wymogów zawartych w art. 107 i 108 Traktatu, przy czym wszystkie systemy pomocy publicznej funkcjonujące w państwach członkowskich są nadzorowane przez Komisję Europejską, a od jej zgody zależą każdorazowo zwolnienia od generalnego zakazu. Postanowienia Traktatu nakładają na państwa członkowskie obowiązek informowania Komisji o wszelkich planach przyznania lub zmiany pomocy (notyfikacja pomocy) oraz uzyskania jej akceptacji, przy nielicznych wyłączeniach⁵. Ustawienie państwa członkowskiego w pozycji petenta tworzy pierwszy obszar potencjalnego konfliktu.

W szczególności pominięcie procedury przetargu może narazić na zarzut niedozwolonej pomocy publicznej. Państwo członkowskie może zlecić wykonanie usługi w trybie przetargu publicznego albo bezpośrednio wskazując wykonawcę. Przykłady orzeczeń Trybunału Europejskiego zdają się ukierunkowywać państwa członkowskie na stosowanie otwartych procedur przetargowych⁶. Procedury rozpoczynające się od publicznego zaproszenia do składania ofert na wykonanie usługi są zgodne z fundamentalną zasadą konkurencji i z natury służą wynagradzaniu kontraktem najbardziej konkurencyjnych firm. Są one obowiązkowe w przypadku zleceń dla podmiotów zewnętrznych. Państwo członkowskie może zlecić wykonanie usługi w innym trybie wtedy, gdy zleceniobiorcą są służby funkcjonujące jako element organizacyjny samego organu władzy publicznej lub jednostki organizacyjne (spółki) określane jako podmiot wewnętrzny. Kwalifikacja prawna tego, komu zleca się usługę (partner zewnętrzny czy wewnętrzny), może zatem zadecydować, na jakiej zasadzie zleca się usługę. Tymczasem nawet taki układ, w którym partnerem władzy publicznej jest publiczny podmiot, nie jest wolny od niepewności prawnej⁷.

⁴ Ust. 2 i 3 artykułu 107 TFUE wyłączają z zakazu pomoc o charakterze socjalnym i związaną z klęskami żywiołowymi oraz pomoc przeznaczoną na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub tych, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia. Z kolei tzw. wyłączenia blokowe zawarte są w rozporządzeniach Komisji, w tym w rozporządzeniu (WE) 800/2008 (Dz.Urz. L 214/3 z 9.08.2008),

⁵ Wspomniane wyłączenia wynikają z reguły de minimis i pakietu Altmark.

⁶ Patrz przykładowo: komentarz do wyroku w sprawie Altmark w [Louis, Vallery 2003, s. 6].

⁷ Świadczy o tym np. sprawa *Auroux* dotycząca interpretacji stosunków między organem władzy publicznej i podmiotem prawa publicznego przez Trybunał Europejski. Zgodnie z wykładnią, jeśli w kapitale zleceniobiorcy przeważają udziały państwa, ale jest też zaangażowany kapitał prywatny (nawet mniejszościowy), władze publiczne nadal zobowiązane są do stosowania procedur publicznego

Z całą pewnością nie wymaga się prowadzenia postępowania przetargowego jedynie wówczas, gdy w momencie udzielania zamówienia publicznego wyłącznym właścicielem spółki był podmiot zamawiający. Mamy wtedy do czynienia z transakcją wewnętrzną⁸, a nie z umową w rozumieniu kodeksu handlowego. Można ją więc rozpatrywać bezpośrednio z punktu widzenia Traktatu, z wyłączeniem postanowień unijnych dyrektyw odnoszących się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Niepewność prawna w kwestii, czy uzasadnione było pominięcie procedury przetargu, tworzy kolejne pole konfliktów między państwami członkowskimi i Unią.

Liberalizacyjna misja Unii, której przejawy omawiamy, słabnie nieco w dziedzinie usług użyteczności publicznej. Mowa o specyficznych usługach, które leżą w ogólnym interesie, przy czym podmioty gospodarcze nie wykazują samoistnego zainteresowania ich świadczeniem, traktując je jako ekonomicznie nieopłacalne. W tej sytuacji prawodawstwo Unii Europejskiej od lat akceptuje, co do zasady, ustanowienie specjalnych przepisów celem zadośćuczynienia tym potrzebom w formie obowiązku świadczenia usług użyteczności publicznej⁹. Jednak szczególnie charakter usług i – w konsekwencji – obowiązek ich świadczenia rodzi dylemat. Oznacza zastosowanie przymusu (nakazu) wobec konkretnego podmiotu/podmiotów oraz solidarną partycypację wszystkich (lub określonej grupy) uczestników rynku w pokrywaniu kosztów świadczenia usługi, jeśli państwo nie zdecyduje się na finansowanie ze środków budżetowych. Nakaz stanowi obce ciało wobec gospodarki rynkowej, przerzucenie zaś całego ciężaru finansowania na podmioty rynkowe (to jest bez jakiegokolwiek rekompensaty ze strony państwa) może doprowadzić do sytuacji, w której konkretne podmioty gospodarcze znajdują się nie w pozycji uprzywilejowanej, ale wręcz pogorszonej. Ustawodawca unijny nie wyklucza, że w takiej sytuacji realizacja zadania użyteczności publicznej nie będzie zadowalająca. Wobec tego szereg aktów wspólnotowego prawa wtórne dopuszcza odstępstwa od zarysowanej wyżej linii. Po pierwsze, dopuszcza się zapewnienie finansowania zewnętrznego, głównie z budżetu państwa. Po drugie, możliwe jest powierzenie jednemu lub ograniczonej liczbie podmiotów rynkowych tego typu zadań bez ogłaszania przetargu. Wreszcie, zamówienie może się łączyć z przyznaniem operatorom lub utrzymaniem przez nich, jako formy zadośćuczynienia, praw szczególnych lub wyłącznych. Krótko mówiąc, istotny czynnik konkurencji w postaci przetargu może w przypadku

zaproszenia do składania ofert. Patrz wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Ranne przy udziale Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, Dz. Urz. C56/07 z 10.03.2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J00220:PL:HTML>.

⁸ Relacje między instytucją zamawiającą i operatorem usługi muszą mieć charakter powiązań wewnętrznych, czyli ten ostatni musi spełnić łącznie dwa warunki: i) być jednostką, wobec której instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do kontroli stosowanej wobec własnych służb, ii) wykonywać podstawową część swojej działalności wspólnie z kontrolującą instytucją (organem władzy).

⁹ Zob. np. [Usługi użyteczności publicznej... 2001].

usługi użyteczności publicznej zastąpić arbitralna decyzja władz wskazująca zarządzającego usługą i ponoszącego jej koszty, co w wariantcie obejmującym rekompensatę kosztów przy użyciu środków publicznych może być jednak uznane za pomoc publiczną lub – co gorsza – niedozwoloną pomoc publiczną¹⁰.

Ogólnie rzecz biorąc, specyficzne usytuowanie sfery usług użyteczności publicznej względem prawa konkurencji w UE polega na tym, że tam, gdzie w grę wchodzi interes ogólny, władze publiczne państw członkowskich posiadają szerokie (z formalnego punktu widzenia) uprawnienia co do sposobu organizowania świadczonych usług. Obejmują one wynikającą z braku harmonizacji swobodę wyboru dostawców tych usług, poczynając od prawa do samodzielnego ich wykonywania, a kończąc na powierzaniu ich zewnętrznym zleceniobiorcom. W zakresie kompetencji władz krajowych pozostaje także decyzja, czy będą to podmioty publiczne, czy prywatne [Green Paper on Services..., s. 23-25]. Nie ulega jednak wątpliwości, że w każdym przypadku dostawcy tych usług są przedsiębiorstwami, co oznacza, że podlegają zasadom konkurencji określonym w Traktacie¹¹.

Centralnym przepisem prawa pierwotnego służącym pogodzeniu celów Unii Europejskiej w zakresie konkurencji i swobody rynku wewnętrznego z efektywną realizacją powierzanej przez władze państwa członkowskiego misji użyteczności publicznej jest art. 106 Traktatu¹². O ile jego punkt 1, zakazujący władzom publicznym wprowadzania i utrzymywania środków sprzecznych z normami Traktatów nie budzi raczej większych kontrowersji, o tyle punkt 2 kryje w sobie duże szanse na konflikt. Zgodnie z jego treścią zarządzający usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym „(...) podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych”. Zarazem jednak „(...) rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”. Zapis ten zdaje się odzwierciedlać swoistą schizofrenię, przyznając najpierw nadrzędne znaczenie realizacji misji użyteczności publicznej, a następnie wskazując liberalizacyjną misję Unii jako ostateczne ograniczenie. Tak oto w dziedzinie usług użyteczności publicznej wyraziście prezentuje się podstawowy dylemat (*trade-off*) władzy publicznej, której misją jest rozwój instytucji rynku.

Która z fundamentalnych zasad Wspólnoty Europejskiej jest dla unijnego ustawodawcy tak naprawdę ważniejsza: misja użyteczności publicznej czy nienaruszalność reguł konkurencji? Inaczej mówiąc, która z nich, w przypadku zagrożenia konfliktem interesów, zostanie poświęcona? Orzeczenie, czy przy realizacji usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym doszło do naruszenia traktatowych

¹⁰ Wszystkie te warianty rozwiązań wymienia wspomniany wcześniej komunikat Komisji [Usługi użyteczności publicznej... 2001, pkt 15-19].

¹¹ Komisja Europejska zwróciła na to uwagę zarówno w Zielonej, jak i Białej Księdze nt. usług użyteczności publicznej [Green Paper on Services..., s. 16-17; Biała Księga... 2004, s. 23-25].

¹² W wielu opracowaniach określony jako art. 86 (co oznacza odniesienie do wcześniejszego Traktatu WE).

zasad konkurencji spoczywa w rękach Komisji. Wydawać by się mogło, co prawda, że organ ów potrafi się samoograniczać, skoro głosi pogląd, że „w przypadku wystąpienia jakichkolwiek sprzeczności, efektywna realizacja zadań użyteczności publicznej ma pierwszeństwo nad zastosowaniem zasad Traktatu”. Powinno to brzmieć uspokajająco dla władz publicznych państw członkowskich wybierających (na mocy posiadanych prerogatyw) środki i metody służące do wypełnienia powyższych obowiązków. Niestety, dołączone wyjaśnienie stwierdzające, że „ochronie podlegają misje, a nie sposób, w jaki są one realizowane”, dowodnie potwierdza, w jaki sposób i w jakim zakresie Komisja zamierza ingerować w tę sferę usług [Biała Księga... 2004, s. 8]. Sposób realizacji, czyli kwestie identyfikowania każdej usługi użyteczności publicznej w celu przypisania jej do konkretnej kategorii oraz decyzje, kto będzie jej operatorem (wykonawcą) i w jakim trybie prawno-organizacyjnym zostanie ona zlecona, stale podsycają konflikt między państwami członkowskimi zapewniającymi usługi użyteczności publicznej i Unią, która podjęła misję liberalizacji dostępu do zamówień publicznych w tej dziedzinie. Mimo werbalnego consensusu co do zachowania podziału odpowiedzialności i kompetencji między Wspólnotę Europejską i jej członków w sektorze usług użyteczności publicznej, potwierdzonego także przez Komisję w cytowanym tu dokumencie, zwraca uwagę obserwatorów faktyczna i systematyczna ekspansja regulacji i prerogatyw wspólnotowych (zob. m.in. [Grosse]).

3. Kontrowersyjny casus usług powszechnych

Obowiązek świadczenia usług powszechnych wzmacnia obawy, o których była mowa poprzednio w odniesieniu do obowiązku świadczenia usług użyteczności publicznej. Usługa świadczona w interesie ogólnym o charakterze usługi powszechnej musi być dostępna „w określonej jakości dla wszystkich użytkowników końcowych, niezależnie od geograficznego umiejscowienia oraz z uwzględnieniem konkretnych warunków krajowych, po przystępnej cenie” [Dyrektywa 2002/22/WE..., art. 3 pkt 1]. Chodzi zatem o tę grupę usług użyteczności publicznej, do których mają prawo wszyscy użytkownicy końcowi, czyli także osoby zagrożone wykluczeniem, np. o niskich dochodach lub zamieszkujące peryferyjne obszary krajów członkowskich Unii Europejskiej¹³. Ponieważ trudno się spodziewać, że wspomniane usługi podejmą przedsiębiorstwa nastawione na zysk tam, gdzie dochody muszą być bardzo niskie, a koszty wyjątkowo wysokie, odpowiedzialność za zagwarantowanie owego dostępu spoczywa na władzach publicznych państw członkowskich. Przywoływana Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o usłudze powszechnej) zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia tej grupy usług (art. 3 pkt 1), odpowiedź rynku byłaby bowiem w tym przypadku z pewnością ułomna. Przyjęcie zasady usług powszechnych oraz taki podział ról i uprawnień w UE

¹³ Do tej grupy należą usługi pocztowe, łączność elektroniczna i inne.

należy wiązać z jednym ze wspólnotowych priorytetów, mianowicie zapewnieniem spójności społecznej i terytorialnej Unii Europejskiej.

To, że usługi muszą być świadczone także użytkownikom „nieekonomicznym”, tłumaczy dużą swobodę pozostawioną państwom w wyborze operatora, która umożliwia pominięcie procedury przetargu. To państwo określa „najskuteczniejsze i najodpowiedniejsze podejście do zapewnienia wprowadzenia usługi powszechnej” [Dyrektywa 2002/22/WE..., art. 3 pkt 2]. Wymogi ze strony Unii są bardzo ogólne („starania w celu minimalizacji naruszeń rynku”) i wyjątkowo ograniczone. Mianowicie wystarczy, aby żadne przedsiębiorstwo nie było z góry wykluczone z procesu wyznaczania [Dyrektywa 2002/22/WE..., art. 8 pkt 2]. Możliwości bezpośredniego zlecenia zadań wybranym arbitralnie przedsiębiorstwom są zatem znacznie większe niż normalnie. Przegląd metod wyznaczania operatorów usług powszechnych w komunikacji elektronicznej (według stanu prawnego na początek 2010 r.) rzeczywiście wykazał istotną dowolność ich wyboru – począwszy od przetargów (Francja, Czechy, Polska, Węgry, Słowenia, Estonia, Cypr), poprzez selekcję na bazie publicznych konsultacji lub bezpośrednich zgłoszeń zainteresowanych podmiotów (Wielka Brytania, Irlandia, Słowacja, Łotwa), zastosowanie reżimu tymczasowego (Holandia, Włochy, Portugalia, Belgia, Grecja, Bułgaria), metodę mieszaną (Hiszpania – decyzja administracyjna po zakończonym niepowodzeniu przetargu), kończąc na przypadkach, kiedy nie doszło do wyłonienia operatora (Niemcy, Szwecja, Luksemburg). A zatem implementacja regulacji prawnych zawartych w dyrektywie o usłudze powszechnej wyzwoliła różne mechanizmy, niektóre z nich – w ocenie poszczególnych krajów członkowskich – uważane za nie w pełni obiektywne, przejrzyste i niedyskryminujące. W efekcie Komisja miała otwarte w tym czasie postępowania o wykluczenie *a priori* przeciwko pięciu państwom (plus jedno postępowanie zawieszona) [Mendioroz 2010; Kądzielski, Kulisiewicz 2010, s. 27-28].

Ponadto obowiązek powszechnego świadczenia odnośnych usług „tak, aby pokryć całość terytorium kraju” [Dyrektywa 2002/22/WE..., art. 8.1], a więc nawet w ekstremalnych (w sensie ekonomicznym) warunkach, sprawia, że udział finansowy państwa wydaje się szczególnie uzasadniony, co wzmacnia pokusę nadużycia tak dla zleceniobiorcy, jak i dla zleceniodawcy. Odnośnie do tego pierwszego, czyli przedsiębiorstwa ponoszącego koszty w związku ze świadczeniem usługi, przedmiotem sporu pozostanie bez wątpienia ustalanie wysokości refundowanego kosztu netto. Nie należą do rzadkich sytuacje, w których organy państwa, ulegając presji dostawców usługi, akceptują (bywa, że z pełną świadomością ryzyka procesowego) zaliczenie do niego nakładów ponoszonych na działania, które nie łączą się bezpośrednio z nałożonym obowiązkiem. Zwraca na to uwagę Parlament Europejski i Rada m.in. w przywoływanej dyrektywie (motyw 21 preambuły). Ponadto, przy politycznym szacowaniu społecznej i ekonomicznej celowości usługi, w której finansowanie mogą być zaangażowane fundusze publiczne, aktywizują się inne interesy. Na decyzje polityków znaczny wpływ wywierają społeczne oczekiwania – te zaś często bywają roszczeniowe. Dochodzą do tego naciski lobbystów ukierunkowa-

ne na to, aby określenie stopnia i sposobu finansowania obowiązku usługi powszechnej było zgodne z reprezentowanym przez nich interesem ekonomicznym. W rezultacie związane z jej świadczeniem wydatki mogą być znacznie przeszacowane.

W sumie otwiera się większe niż gdzie indziej pole do nieuzasadnionej ekonomicznie pomocy publicznej. W segmencie usług powszechnych jak w soczewce skupiają się problemy zasygnalizowane we wstępie.

Kontrowersje w dziedzinie usług powszechnych na tle nieuzasadnionej pomocy publicznej powstają jednak nie tylko w relacjach między państwami członkowskimi i organami unijnymi. Ten segment wart jest analizy pod kątem interesującego nas problemu również ze względu na specjalne stosunki między państwami i niektórymi przedsiębiorstwami. O tych ostatnich mówi pośrednio preambuła do wspomnianej dyrektywy o usłudze powszechnej. Ustawodawca wyraża w niej nadzieję, że „rozwój większej konkurencyjności i większy wybór stwarzają więcej możliwości, aby całość lub część obowiązku świadczenia usługi powszechnej była wypełniana przez przedsiębiorstwa inne niż te o znacznej sile rynkowej” [Dyrektywa 2002/22/WE..., motyw 14 preambuły]. Ów akt, manifestując generalne poparcie Unii dla równoprawnego dostępu do zamówień publicznych, jednocześnie zwraca uwagę na dominację niektórych wykonawców w dziedzinie usług powszechnych, czyli na te przedsiębiorstwa, które pod względem otrzymywanych zleceń zajmują pozycję uprzywilejowaną względem konkurencji. Mamy zatem na uwadze:

- organy UE, które występują w roli regulatora,
- państwo członkowskie, które zlecając usługę, staje się płatnikiem,
- przedsiębiorstwo (tzw. operatora), czyli beneficjenta.

Analizowana w tej części dyrektywa jest jednym z wielu przejawów starań ponadnarodowego regulatora, aby promować i kontrolować proces liberalizacji w państwach narodowych. Na przykładzie usług powszechnych postaramy się pokazać układ, w którym płatnik i operator wykazują – wbrew tym staraniom – niechęć do konkurencji. Problemem, który sytuacja w tej dziedzinie obrazuje, jest faktyczny monopol niektórych operatorów usług powszechnych. Towarzyszy mu widoczna skłonność niektórych państw członkowskich do preferowania operatorów usług zasiedziały na terenie danego kraju. Taki stan rzeczy w oczywisty sposób kłóci się z generalnym trendem unijnych regulacji, aby zapewnić wszystkim podmiotom równoprawny dostęp do zamówień publicznych – także w wymiarze transgranicznym.

Uprzywilejowana pozycja beneficjentów w niektórych krajach Unii wynika z zaszczości. Są to podmioty publiczne (lub ich skomercjalizowani bądź sprywatyzowani sukcesorzy), które wykonywały usługi użyteczności publicznej w krajach Unii jeszcze przed neoliberalną transformacją porządku gospodarczego z ostatnich dekad XX wieku. W niektórych sektorach (np. w telekomunikacji) postępujące od ponad 20 lat procesy komercjalizacji i przemian własnościowych nie zachwiały pozycją dotychczasowych operatorów narodowych – zmienili tylko właściciele lub samą formę prawną, stając się spółkami prawa handlowego – i obecnie kierują się już wyłącznie celami biznesowymi, a nie *stricto* społecznymi (socjalnymi), jak uprzednio,

gdy rentowność nie należała do priorytetów. Posiadany przez nich potencjał powoduje, że nie wymagają szczególnej ochrony ze strony aparatu państwa – chociaż nieustannie ją wymuszają (a przynajmniej stosują agresywny lobbing). Powoływane się przez owych operatorów na realizację misji społecznej służy obecnie, co najwyżej, pozyskiwaniu od państwa kolejnych funduszy finansowych. Nie brakuje również operatorów (przykładowo, w sferze powszechnych usług pocztowych), „od zawsze” nieefektywnych i trwale nierentownych, których postępujący proces urynkowania postawił wobec konieczności gruntownej modernizacji i restrukturyzacji – czego pragną uniknąć za wszelką cenę. Wymuszaną przez nich alternatywą wobec tego bolesnego zabiegu jest umożliwienie im dalszego chronienia się pod parasolem państwa w sektorze publicznym.

Na jakiej podstawie opisywane przedsiębiorstwa opierają oczekiwania specjalnego traktowania? Otóż – mimo przekształceń – są to na ogół podmioty nadal kontrolowane przez państwo. Co więcej, zachowały one pozycję krajowych potentatów dzięki temu, że używaną przed transformacją infrastrukturę oddano im w zarząd. Choć dawny monopol został oficjalnie zlikwidowany, właśnie te przedsiębiorstwa są z reguły desygnowane do świadczenia usług powszechnych, gdyż górują nad konkurencją dzięki infrastrukturze. Z jednej strony, unijna polityka konkurencji przewiduje powierzenie obowiązku świadczenia usługi powszechnej operatorom oferującym najbardziej efektywne cenowo sposoby zapewnienia dostępu i usług – co nie wskazuje z góry, przynajmniej w założeniu, na przedsiębiorstwa o znacznej sile rynkowej jako na jedyne możliwych zwycięzców procedury wyboru konkurencyjnego i porównawczego. Z drugiej strony, obowiązek świadczenia usługi powszechnej winien być spełniony w satysfakcjonujący jakościowo sposób, a powszechność usługi oznacza dostępność, co uprzywilejowuje wyraźnie podmioty dominujące, tylko te bowiem posiadają odpowiednio rozwiniętą infrastrukturę bądź nieograniczony do niej dostęp. Taki operator zasiedziały, poddany presji przez regulacje prawne związane z procesem postępującej – bądź już, formalnie, zakończonej – liberalizacji rynku jest, rzecz jasna, „skłonny” udzielić do niej dostępu. Warunki, jakie proponuje, czynią jednak z takiej oferty ustępstwo pozorne, uniemożliwiające konkurentom skuteczne ubieganie się o zamówienie publiczne. Mamy zatem do czynienia z faktycznym monopolem.

Wykluczenie konkurencji w niektórych sektorach bywa wzmocnione za pomocą regulacji. Swoisty sojusz państwa z operatorami zasiedziałyymi wzmacniają administracyjne środki ograniczania przez władze publiczne kręgu operatorów usług. Przypomnijmy, że prawo podejmowania decyzji co do mechanizmu powierzenia obowiązku (a może bardziej: przywileju?) świadczenia usługi powszechnej pozostaje w gestii państw członkowskich. Unijne ramy prawne regulujące te sektory, w których odbywa się świadczenie usługi powszechnej, od początku precyzowały, które z nich i w jakim zakresie mogą zostać zastrzeżone decyzją organów państwa członkowskiego dla wyznaczonych operatorów (jednego lub więcej). W preambule dyrektywy 97/67/WE z 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego

usług pocztowych Wspólnoty znajdziemy stwierdzenie, że „utrzymanie pewnego zakresu usług, które mogą być zastrzeżone (...) wydaje się uzasadnione ze względu na konieczność prowadzenia działalności w zakresie usług powszechnych na podstawie zrównoważonych finansowo warunków (...)” [Dyrektywa 97/67/WE..., preambuła, motyw 16]. Zastrzeżenie w tym kontekście oznacza ograniczenie kręgu wykonawców „na danym obszarze geograficznym” do jednego operatora (prawa wyłączne) albo do kilku podmiotów (prawa specjalne) [Dyrektywa Komisji 2006/111/WE..., art. 2, litera f]¹⁴. Akt administracyjny, czyli bądź zezwolenie lub wyznaczenie do świadczenia usług lub podjęcia określonej działalności, bądź przyznanie ustawowych lub administracyjnych korzyści, ma istotny wpływ na zdolność innych przedsiębiorstw do świadczenia tych samych usług lub prowadzenia analogicznej działalności na danym obszarze. Wspomnianą „konieczność prowadzenia działalności w zakresie usług powszechnych na podstawie zrównoważonych finansowo warunków” [Dyrektywa 97/67/WE..., preambuła, motyw 16] należy rozumieć jako usankcjonowanie finansowania tzw. kosztów netto obowiązku świadczenia owych usług. Mianowicie przyjęto – co w znacznej mierze można przypisać skuteczności nacisków ze strony samych operatorów – iż obowiązek świadczenia usług powszechnych stanowi dla nich, *ex definitione*, obciążenie finansowe i zapewniono im, poprzez przyznawanie praw wyłącznych (ewentualnie specjalnych) do świadczenia określonych usług, dochody kompensujące ponoszone straty¹⁵.

Przywilejom operatorów zasiedziałyach oczywiście przeciwstawiają się inne podmioty ekonomiczne i grupy interesów walczące o uszczuplenie domeny tych pierwszych. Mają sojusznika zarówno w samej Unii, jak w tych państwach członkowskich, które posunęły liberalizację rynku najdalej. Wyraźnie daje się zauważyć, że jednym z punktów ciężkości kolejnych sektorowych dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usługi powszechnej – tych z II połowy lat 90. i późniejszych – jest stymulowanie procesu stopniowego „rozmontowywania” pozostałości tradycyjnych monopolii funkcjonujących jeszcze w sferze usług użyteczności publicznej, jakkolwiek postawę organów unijnych określić można jako ostrożną i raczej dostosowawczą. W kwestii dominacji z tytułu nabytego dostępu do infrastruktury sięgnijmy do obwieszczenia Komisji z 1998 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji w usługach pocztowych. Zobowiązuje ono operatorów sieci pocztowej do udzielenia dostępu do niej pośrednikom – przy czym oferowane warunki, włącznie z umowami, „powinny być przejrzyste, publikowane w stosowny sposób i oferowane na warunkach niedyskryminacji” [Obwieszczenie Komisji..., pkt 8.1 lit b) vii)]. Zarazem już w przedmowie Komisja przyznaje, że istotnym powodem do opublikowania tego obwieszczenia – jako instrumentu stanowiącego wytyczne dla władz publicznych i operatorów pocztowych, służącego prawidłowemu wdrażaniu przepisów o konkurencji – była rosnąca liczba skarg i spraw wnoszonych na podsta-

¹⁴ Wymieniona dyrektywa stanowi kodyfikację uchylającą szereg wcześniejszych dyrektyw z lat 1980-2005.

¹⁵ W odniesieniu do sektora usług pocztowych zob. [Krakala-Zielińska 2009, s. 65].

wie prawa o konkurencji (w domyśle: przeciwko dominującym operatorom publicznym).

Transgraniczny charakter usług powszechnych wciąga do gry o obniżenie wspomnianych barier dostępu między danym państwem i Unią również inne kraje członkowskie. Między poszczególnymi krajami istnieją zasadnicze różnice w podejściu do procesu urynkowania sfery usług powszechnych – zarówno w sensie aprobaty wobec samego kierunku zmian, jak i stopnia ich zaawansowania. W jednych krajach są one już w znacznym stopniu zliberalizowane, co oznacza relatywnie otwarty i równoprawny dostęp do zamówień publicznych również dla zagranicznych operatorów, w innych krajach zaś dyskryminowane są zarówno podmioty zagraniczne, jak i większość krajowych, nieuprzywilejowanych podmiotów gospodarczych. W tym układzie Komisja Europejska niejednokrotnie przestaje być stroną i sędzią w jednej osobie, a staje się arbitrem między zantagonizowanymi państwami członkowskimi broniącymi partykularnych interesów „swoich” (krajowych) przedsiębiorstw. Wśród skarżących odnajdziemy, co znamienne, nie tylko autentycznie dyskryminowane przedsiębiorstwa, nie dopuszczane do tzw. krótkiej listy operatorów upoważnionych do realizacji w danym kraju zastrzeżonych usług powszechnych, ale i uprzywilejowanych wykonawców, których uprawnienia ulegają, na skutek procesu liberalizacji rynku, stopniowemu uszczupleniu. Konflikt potrafią zaostrzyć podejmowane przez nich próby, aby nie tylko obronić dotychczasowy stan posiadania, ale wręcz rozszerzyć nabyte wcześniej przywileje o pojawiające się wraz z postępem technologicznym (i przesuwającą się granicą minimum społecznego) nowe kategorie usług powszechnych. Nierzadko działają przy aktywnym wsparciu władz swojego państwa.

Mogłoby się wydawać, że problem przedmiotowej lub terytorialnej dominacji operatorów chronionych rozpostartym przez państwo „parasolem” usług zastrzeżonych (i wynikających z tego konfliktów) już w nieodległej przyszłości może rozwiązać się niemal samoistnie dzięki dobiegającemu finału procesowi liberalizacji rynku usług użyteczności publicznej, jak sugeruje chociażby lektura fragmentu dyrektywy pocztowej 2008/6/WE: „podstawowy cel, jakim jest zagwarantowanie stałego świadczenia usługi powszechnej (...) może zostać osiągnięty w całej Wspólnocie do 2009 r. bez potrzeby stosowania zastrzeżonego obszaru”¹⁶. Patrząc z perspektywy praktyki gospodarczej, widzimy jednak, jak rodzą się zasadnicze wątpliwości. Dziesiątki lat funkcjonowania instytucji usług zastrzeżonych oznaczało nie tylko nałożenie na operatorów publicznych określonych obowiązków, ale też – i ten wątek bywa wyraźnie niedoceniany – hojne rekompensowanie owej dolegliwości (często w sposób ekonomicznie nieuzasadniony) korzyściami niesionymi przez samo przyznanie im faktycznego monopolu na dysponowanie niezwykle rozbudowaną i kosztowną infrastrukturą, w praktyce traktowaną przez nich niemal jak składnik ich majątku.

¹⁶ Zob. [Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady..., preambuła, motyw 11]. Warto zwrócić przy tym uwagę, że stwierdzenie zawarte w motywie 13 tej preambuły ma złagodzone brzmienie „(...) stosowanie zastrzeżonego obszaru nie powinno już być preferowanym rozwiązaniem w zakresie finansowania usługi powszechnej”.

Owa zaszłość w postaci dobrodziejstwa inwentarza materialnego i funkcjonujących układów – owocujących koncesjami¹⁷ oraz zwolnieniem z opłat i podatków nadal jest w stanie „ustawiać” układ sił w całym sektorze, i to znacznie skuteczniej niż drogą formalnego ustanawiania obszarów zastrzeżonych. Niestety, za doskonały przykład takich działań mogą służyć postanowienia znowelizowanego w listopadzie 2012 r. polskiego prawa pocztowego, dostosowujące go (przynajmniej formalnie) do postanowień III dyrektywy pocztowej, której wdrożenie Polska przesunęła do ostatniego możliwego terminu ze względu na niedostateczne przygotowanie publicznego operatora pocztowego do prowadzenia działalności na zliberalizowanym rynku pocztowym. Szczególne relacje między organami władzy publicznej i dominującym operatorem zasiedziały są raczej regułą niż wyjątkiem i przywołany tu casus Polski egzemplifikuje dość typową próbę czegoś, co bywa określane jako „cementowanie monopolu”.

4. Zakończenie

Problem przybliżony w artykule na podstawie konkretnych uregulowań prawnych można podsumować następująco. Jako świadkowie wielkiego eksperymentu integracyjnego w Europie mamy do czynienia z regulatorem w postaci ponadnarodowych instytucji, którego misją jest wyrównywanie warunków konkurencji na całym obszarze Unii Europejskiej (wspólny rynek). W specyficznym sektorze usług użyteczności publicznej, gdzie zleceńodawcą jest państwo narodowe, a wykonawcą podmioty rynkowe, nierzadkie są przypadki, kiedy ani narodowy płatnik, ani krajowy operator zasiedziały nie chcą na tym transgranicznym rynku konkurować. Zwłaszcza w segmencie usług powszechnych państwo podtrzymuje specjalne stosunki z wybraną grupą przedsiębiorstw. Mianowicie, korzystając z narzędzi administracyjnych (usługi zastrzeżone), rekompensat (pomoc publiczna) oraz praw własności (prawo do dysponowania infrastrukturą), utrwała ich faktyczny monopol i tworzy warunki do pogoni za rentą, manifestując tym samym własną zawadność we wspieraniu ustroju opartego na konkurencji. Obserwowane zjawisko usiłuje kontrolować Unia, starając się pogodzić dwa konkurencyjne – jak się wydaje – cele, mianowicie zwiększanie domeny wolności gospodarczej i efektywną realizację misji użyteczności publicznej. Ponieważ zadanie zapewnienia usług użyteczności publicznej należy do władz państwa członkowskiego, między państwami i organami Unii tli się immanentny konflikt co do tego, kto ma być operatorem usługi i na jakiej zasadzie.

Na pytanie, czy nadzór Unii nad państwami członkowskimi w tym względzie ma szansę stać się rozwiązaniem problemu renty, nie możemy odpowiedzieć twierdząco. Prawo unijne w interesującym nas zakresie jest miękkie, ostrożne i dostosowaw-

¹⁷ Przykładowo w telekomunikacji – przywilej w postaci bezpłatnego przyznania prawa drogi w przestrzeni publicznej, nieosiągalny dla „zwykłego” operatora.

cze. Tłumaczy to po części pragmatyzm, ale sednem wydaje się problem władzy publicznej, który tu zasygnalizujemy pod roboczą nazwą „dylematu euckenowskiego” i wyjaśnimy w kolejnym ustępie. Organy Unii uznają doniosłość zapewnienia usług użyteczności publicznej (w tym usług powszechnych), przy tym obowiązek ten cedują na kraje członkowskie. Na szczeblu unijnym określane są jedynie wspólne zasady, ich wdrażanie zaś pozostaje w gestii państw narodowych. Zdaniem Komisji takie podejście umożliwia uwzględnienie konkretnej sytuacji panującej w każdym z tych państw [Biała Księga... 2004, s. 9]. Nie sposób jednak oprzeć się obawie, że „elastyczność” tego rozwiązania z natury rzeczy budzi pokusę nadużycia na szczeblu narodowych organów publicznych. Przynależne im prawa do wyboru preferowanych instrumentów sterowania odnośnymi usługami niejednokrotnie wystają i nadal funkcjonują na gruncie tradycyjnych, głęboko zakorzenionych struktur zorganizowanych na bazie monopolu krajowych. Od wielu już lat stanowi to realne wyzwanie dla wspólnotowej polityki stopniowej i kontrolowanej liberalizacji rynku. Jednak – jak pokazały wcześniejsze próby – „siłowe” wymuszanie przez Komisję przyspieszonego procesu europejskiej integracji zorientowanej na stworzenie w pełni zharmonizowanego wspólnego rynku usług użyteczności publicznej już niejednokrotnie kończyło się *de facto* zablokowaniem (lub co najmniej spowolnieniem) tych zmian przez władze publiczne niektórych krajów członkowskich, utożsamiających taki proces z koniecznością zrzeczenia się przez nie części posiadanych prerogatyw i przeniesieniem ich z poziomu krajowego na wspólnotowy.

Zasadność wspomnianych pragmatycznych względów nie zmienia faktu, że władza publiczna, którą reprezentują organy Unii, jest w obszarze polityki konkurencji stosunkowo słaba. Sytuacja ta nasuwa na myśl obraz, nakreślony przez W. Euckena na podstawie obserwacji kapitalizmu z przełomu XIX i XX wieku [Eucken 2005]¹⁸. Władza publiczna reprezentowana była wówczas przez państwo narodowe, które – zdaniem Euckena – zawiodło w sensie zapewnienia konkurencji, dopuszczając do leseferyzmu i do rozwoju syndykalizmu. Jednak to państwo właśnie wskazywał on jako jedyną siłę zdolną wspierać nowy „ustrój oparty na konkurencji”. Odpowiednie zasady konstytucyjne stanowione przez państwo miały z czasem ograniczyć i wypełnić monopol, stworzyć równy dostęp do rynku i przestrzeń dla „konkurencji osiągnięć”. Najpierw jednak samo państwo musiało wyzwolić się spod dominacji karteli i syndykatów. To zapętlenie (zdominowanie przez grupy interesów – państwo – walka z grupami interesów), którego Eucken nie rozwiązał, czyli zakłęte koło władzy ekonomicznej i władzy publicznej, nazywamy „euckenowskim dylematem”. Pozwalamy sobie przywołać tę historiozoficzną wizję, aby w jej kontekście wrócić do cytowanego w artykule fragmentu dyrektywy, ważnej dla przeprowadzonej analizy: „rozwój większej konkurencyjności i większy wybór stwarzają więcej możli-

¹⁸ Analogia, o której mowa, ma głębszy kontekst. Autor jest wybitnym reprezentantem nurtu ordo-liberalnego, który wywarł wpływ na ustrojowe myślenie w Republice Federalnej Niemiec i z jej udziałem znalazł przełożenie na projekt integracji europejskiej.

wości, aby całość lub część obowiązku świadczenia usługi powszechnej była wypełniana przez przedsiębiorstwa inne niż te o znacznej sile rynkowej”. Mieści on przyszłościową wizję konkurencji w duchu Euckena. Jednakże aby idea ta spełniła się, choćby w segmencie usług powszechnych, musi dojść do wykorzenienia struktur zorganizowanych na bazie monopolu krajowych. Dokonany przegląd pokazuje, że stan prawny i względy pragmatyczne na to nie pozwalają. Unia nie wydaje się gotowa na konfrontację z wielkimi firmami z sektorów sieciowych ani ze wspierającymi „swoje” firmy państwami. Tak długo, jak będzie na to za słaba, opisane tutaj warunki do pogoni za rentą będą się utrzymywać, a głoszona zasada konkurencji w sensie euckenowskim będzie w dalszym ciągu należeć do przyszłości.

Literatura

- Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, COM(2004) 374 wersja ostateczna, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 12.05.2004, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pl/com/2004/com2004_0374pl01.pdf.
- Dyrektywa 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, Dz.Urz. L 15 z 21.01.1998
- Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz.Urz. L 318 z 17.11.2006.
- Dyrektywa 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty, Dz.Urz. L 52 z 27.02.2008.
- Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej), Dz.Urz. L 108 z 24.04.2002.
- Eucken W., *Podstawy polityki gospodarczej (Grundsätze der Wirtschaftspolitik)*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2005.
- Green Paper on Services of General Interest, COM(2003) 270 final, Commission of the European Communities, Dz. Urz. C 76 z 25.03.2004.
- Grosse T., *Europa dla obywateli. Wokół jasności i dostępności usług użyteczności publicznej*, www.cpsdialog.pl/files/Europa_dla_obywateli_TGrosse.doc.
- Kądzielski Z., Kulisiewicz T., *Usługa powszechna w Polsce. Stan obecny i przyszłe wyzwania*, opracowanie przygotowane na zlecenie Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, Warszawa 2010.
- Krakala-Zielińska M., *Prawo pocztowe Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2009.
- Louis F., Vallery A., *European Court clarifies application of state aid rules to state financing of public service obligations*, Bulletin of Wilmer, Cutler & Pickering, Brussels, 29.07.2003.
- Mendioroz M., *Implementation of universal service under current EU regulatory framework for electronic communications*, Directorate General Information Society and Media, Brussels, 30 March 2010, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/universal_service2010/presentations/s0102mendioroz.pdf.

- Obwieszczenie Komisji w sprawie stosowania przepisów o konkurencji do sektora pocztowego oraz w sprawie oceny niektórych środków podejmowanych przez państwo dotyczących usług pocztowych, 98/C 39/02, Komisja Wspólnot Europejskich, Dz.Urz. C 39 z 6.02.1998.
- Sztaba S., *Aktywne poszukiwanie renty. Teoria. Przykłady historyczne. Przejawy w polskiej gospodarce lat dziewięćdziesiątych*, „Monografie i Opracowania SGH” nr 51, Warszawa 2002.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz.Urz. Unii Europejskiej C/83/47, 30.03.2010.
- Usługi użyteczności publicznej w Europie, Komunikat Komisji 2001/C 17/04, Komisja Wspólnot Europejskich, Dz.Urz. C 17 z 19.01.2001.
- Wilkin J. (red.), *Teoria wyboru publicznego. główne nurty i zastosowania*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2012.
- Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich*, Sig. 2005, I-0000, Randnr. 26.
- Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 18 stycznia 2007 w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Ranne przy udziale Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, Dz.Urz. C56/07 z 10.03.2007, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J00220:PL:HTML_

CONTROLLED LIBERALIZATION VERSUS VESTED INTERESTS. THE CASE OF THE EU MARKET FOR GENERAL SERVICE

Summary: The paper deals with entry barriers induced by public aid and actual monopoly in a given market segment. The EU law on competition constitutes the subject, being seen, however, from economic perspective, which is the method of law and economics. The focus are universal services which seem to be extremely vulnerable to the monopolization of public procurement and to unfair state aid, and to rent seeking as well. The overview of legal foundations reveals the EU regulations are too soft to bring a solution to these problems. Additionally, the soft stance of EU institutions by no means makes the situation sounder. As far as universal services are concerned, the member states are free to choose agents, with constraints imposed by the EU being of definitely general nature and the rationale for this saying that these services need to be delivered even on non-profit basis if necessary. Here, we see the EU aiming at two trade-offs that is liberalization on the one hand and mission of the efficiently performed universal service on the other hand. On the EU level common rules of providing universal services are made which are to be implemented on the national level. According to the European Commission, such “division of labour” allows an action which is suitable to peculiarities of every member state. In practice, such elasticity provokes national public bodies to moral hazard. This constitutes an actual challenge for common policies in the sake of gradual and controlled liberalization. There is a prolonged conflict between member states and the EU institutions concerning the issue in which direction rules in this field should be developed. The market segment under scrutiny, precisely market for universal services, reveals how controversial role in single-European-market building may be played by big companies. Most member states are prone to prefer agents vested in their countries. This peculiar alliance is supported with administrative devices that make the preferred group relatively narrow. Thus the state conserves actual monopoly and encourages rent seeking, and demonstrates its own weakness in promoting competitive order. Under such circumstances,

by contrast to the EU endeavors to promote and to control economic liberalization in the member states, both the payer (public institution) and the provider (economic agent) may present an open aversion to competition. Obviously, this status quo is in contradiction to a general trend in the EU to guarantee equal access to public procurement, also in transnational dimension. Other conflicts arise on the ground that countries differ concerning a bare need for liberalization of universal services or with respect to advancement of the reforms. In some countries liberalization is advanced which means relatively open and equal access to public procurement, including foreign agents. Other countries discriminate agents, both foreign and non-privileged home operators.

Keywords: public aid, universal services, rent seeking.