

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK
ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8
80-180 GDAŃSK
TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

OPINIA PRAWNA

**W PRZEDMIOCIE WYSTĘPOWANIA POMOCY PUBLICZNEJ W PROJEKTACH
OBEJMUJĄCYCH BUDOWĘ OBIEKTÓW KUBATUROWYCH – OBIEKTÓW OBSŁUGI
PODRÓŻNYCH W RAMACH ZINTEGROWANYCH WĘZŁÓW PRZESIADKOWYCH,
W KTÓRYCH PLANUJE SIĘ TAKŻE PROWADZENIE DZIAŁALNOŚCI
POZATRANSPORTOWEJ NA NIEWIELKĄ SKALĘ**

Gdańsk, 4 sierpnia 2017 roku

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

Spis treści	
A. WSTĘP	3
B. ŹRÓDŁA PRAWA I DOKUMENTY STANOWIĄCE PODSTAWĘ ANALIZY	4
C. STAN FAKTYCZNY – ZAŁOŻENIA DO OPINII	6
D. ANALIZA PRAWNA	8
1. Węzeł przesiadkowy i obiekty kubaturowe w jego obrębie – uwagi wstępne	8
2. Pojęcie pomocy publicznej – uwagi ogólne.....	10
3. Pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej.....	12
4. Budowa i zarządzanie infrastrukturą transportową a działalność gospodarcza.....	16
5. Przesłanki państwowego pochodzenia zasobów, selektywności oraz korzyści ekonomicznej w przypadku dofinansowania z WRPO 2014+.....	21
6. Przesłanki groźby zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE	22
i. Budowa infrastruktury transportowej a pomoc publiczna na poziomie inwestorów/właścicieli oraz operatorów – uwagi ogólne	24
ii. Rozdzielenie działalności w zakresie budowy oraz zarządzania	26
iii. Działalność w zakresie budowy oraz zarządzania jest połączona, ale powierzana wspólnie w drodze otwartej procedury.....	28
iv. Działalność w zakresie budowy oraz zarządzania jest połączona i brak powierzenia w drodze otwartej procedury.....	29
v. OOP o czysto lokalnym oddziaływaniu	30
vi. Występowanie pomocy publicznej na poziomie użytkowników końcowych OOP	34
vii. Działalność pozatransportowa prowadzona w OOP na niewielką skalę.....	35
7. Przypadek parkingów P&R i podobnych w ramach ZWP	38
E. PODSUMOWANIE	40

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

A. WSTĘP

Niniejsza opinia została sporządzona na zamówienie Stowarzyszenia Metropolia Poznań (dalej: „**SMP**”, „**Stowarzyszenie**” lub „**Zamawiający**”), będącego Instytucją Pośredniczącą dla realizacji Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych dla Miejskiego Obszaru Funkcjonalnego Poznania, a jej przedmiotem jest analiza, czy i ewentualnie w jakich warunkach w projektach obejmujących budowę obiektów kubaturowych (np. obiektów obsługi podróżnych, dalej: „**OOP**”) w ramach zintegrowanych węzłów przesiadkowych (dalej: „**ZWP**”), w których planuje się wynajem powierzchni (m.in. kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, kasy biletowe) lub ustawienie komercyjnych tablic reklamowych typu citilight itp. może wystąpić pomoc publiczna. Opinia dotyczyć będzie przede wszystkim Poddziałania 3.3.3. Wspieranie strategii niskoemisyjnych w tym mobilność miejska w ramach ZIT dla MOF Poznania, Typ projektu I Inwestycje funkcjonalnie powiązane z tworzeniem systemu ZWP, Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020 (dalej: „**WRPO 2014+**”). W szczególności przeanalizowane zostanie, czy budynki takie w typowych sytuacjach związane są z prowadzeniem działalności gospodarczej. Przeanalizowane zostaną także typowe przypadki, w których uznaje się, że dofinansowanie infrastruktury transportowej nie wywiera wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Opinia dotyczy wyłącznie kwestii w niej określonych i nie może być interpretowana jako obejmująca, w tym przez domniemanie, inne, niewspomniane w niej kwestie. Żadnego stwierdzenia zawartego w niniejszej opinii nie można uważać za wyrażenie oceny na temat jakichkolwiek oświadczeń i zapewnień lub innych informacji zawartych w dowolnym dokumencie zbadanym w związku z przygotowaniem niniejszej opinii, o ile nie jest to wyraźnie potwierdzone w niniejszej opinii.

Przygotowując niniejszą opinię przeanalizowano i polegano wyłącznie na informacjach otrzymanych od Zamawiającego w formie pisemnej i ustnej. Nie badano ani nie weryfikowano prawdziwości przedstawionego stanu faktycznego.

Sporządzający niniejszą opinię zastrzega sobie prawo weryfikacji niniejszego opracowania w przypadku ujawnienia faktów nieznanych mu w momencie jego sporządzenia.

W niniejszej opinii zaprezentowano subiektywną ocenę sporządzającego opinię dotyczącą prawnych aspektów przedmiotu analizy.

B. ŹRÓDŁA PRAWA I DOKUMENTY STANOWIĄCE PODSTAWĘ ANALIZY

Przy sporządzaniu niniejszej opinii opierano się na następujących aktach prawnych:

Prawo polskie:

1. Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2016 r. poz. 217, z późn. zm.), dalej: „**Ustawa wdrożeniowa**”;
2. Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 201 r. poz. 1867, z późn. zm.); dalej: „**UPTZ**”;
3. Ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1808, z późn. zm.), dalej „**Ustawa o PP**”;
4. Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1727, z późn. zm.), dalej: „**UTK**”;
5. Ustawa z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji i restrukturyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe” (Dz. U. z 2017 r. poz. 680), dalej: „**Ustawa o PKP**”;
6. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 814, z późn. zm.), dalej: „**USP**”;
7. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 486, z późn. zm.), dalej: „**USW**”;
8. Ustawa z dnia 8 marca 199 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 446, z późn. zm.), dalej: „**USG**”.

Prawo unijne:

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: „**TFUE**”;

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

2. Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 248 z 24.09.2015 r., s. 9), dalej: „**Rozporządzenie 2015/1589**”;
3. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1301/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i przepisów szczególnych dotyczących celu "Inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia" oraz w sprawie uchylenia rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., s. 289), dalej: „**Rozporządzenie EFRR**”;
4. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., s. 320, z późn.zm.), dalej: „**Rozporządzenie ogólne**”;
5. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2012/34/UE z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz. Urz. UE L 343 z 14.12.2012 r., s. 32, z późn. zm.), dalej: „**Dyrektywa kolejowa**”;
6. Dyrektywa Komisji nr 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. UE L 318 z 17.11.2006 r., s. 17), dalej: „**Dyrektywa 2006/111**”.

Inne dokumenty:

1. Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (Dz. Urz. UE C 262 z 19.07.2016 r., s. 1), dalej: „**Zawiadomienie ws. pojęcia pomocy**”;
2. Siatka analityczna Komisji Europejskiej dot. pomocy publicznej w publicznym finansowaniu infrastruktury kolejowej, metra i transportu lokalnego, wersja z 16 listopada 2016 r., dalej: „**Siatka analityczna dot. transportu**”;

3. Wielkopolski Regionalny Program Operacyjny na lata 2014-2020, ze zmianami przyjętymi uchwałą Zarządu Województwa Wielkopolskiego nr 3093/2017 z dnia 5 stycznia 2017 r., dalej: „**WRPO 2014+**”;
4. Szczegółowy Opis Osi Priorytetowych Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020, wersja nr 1.27 z dnia 26 maja 2017 r., dalej: „**SzOOP WRPO 2014+**”.

C. STAN FAKTYCZNY – ZAŁOŻENIA DO OPINII

Przedmiot niniejszej opinii dotyczy Poddziałania 3.3.3. Wspieranie strategii niskoemisyjnych w tym mobilność miejska w ramach ZIT dla MOF Poznania, Typ projektu I Inwestycje funkcjonalnie powiązane z tworzeniem systemu zintegrowanych węzłów przesiadkowych (ZWP) WRPO 2014+. Zgodnie z dostępnymi informacjami¹, w ramach konkursu w ww. Poddziałaniu wsparciem objęte mogą być wyłącznie projekty wpisujące się w typy projektów przewidziane w Poddziałaniu 3.3.3 określone w SzOOP WRPO 2014+. O dofinansowanie mogły wnioskować jednostki samorządu terytorialnego (dalej: „jst”), ich związki, stowarzyszenia i jednostki organizacyjne, komunalne osoby prawne oraz operatorzy publicznego transportu zbiorowego z MOF Poznania.

W ramach inwestycji, które otrzymają dofinansowanie, planuje się realizację przedsięwzięć wskazanych w SZOOP WRPO 2014+ w Działaniu 3.3, Poddziałaniu 3.3.3 Typ projektu I Inwestycje funkcjonalnie powiązane z tworzeniem systemu ZWP polegające w szczególności na:

1. Budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji dojazdów (w tym podziemnych przejść dla pasażerów z peronów do ZWP) i dróg dojazdowych oraz dojazdowych tras rowerowych,
2. Budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji innych elementów infrastruktury służących poprawie jakości obsługi i zwiększeniu bezpieczeństwa pasażerów ZWP, w tym peronów dla autobusów, pętli autobusowych, wiat przystankowych, zatok autobusowych, oświetlenia miejsc obsługi podróżnych,
3. Budowie elementów infrastruktury drogowej (tuneli i wiaduktów), eliminujących kolizje dróg z liniami kolejowymi objętymi zasięgiem Poznańskiej Kolei Metropolitalnej,

¹ Źródło:

<http://www.zit.metropoliapoznan.pl/zobacz-ogloszenia-i-wyniki-naborow-wnioskow/ogloszenia-naborow-wnioskow/konkurs-nr-rpwp-03-03-03-iz-00-30-003-17>.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

4. Budowie lub przebudowie elementów infrastruktury drogowej umożliwiających wprowadzenie priorytetów dla transportu zbiorowego w zakresie niezbędnym dla właściwego wykonywania robót drogowych dotyczących infrastruktury transportu zbiorowego i uzasadnionych z punktu widzenia technologicznego,
5. Budowie systemów zarządzania i organizacji ruchu (w tym systemów oznakowania i informacji pasażerskiej, gromadzenia i przetwarzania danych, dystrybucji i identyfikacji biletów, wspólny bilet i inne),
6. Budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji parkingów typu P&R, B&R, K&R wraz z urządzeniami towarzyszącymi (np. system monitorowania, zarządzania), a także budowl i budynków stanowiących infrastrukturę niezbędną do obsługi podróżnych,
7. Zakupie niskoemisyjnych autobusów służących do dowożenia pasażerów do ZWP,
8. Budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji zapleczy technicznych do obsługi autobusów – wyłącznie w połączeniu z inwestycją opisaną w pkt. 7,
9. Inwestycjach związanych z uruchomieniem w obrębie oddziaływania ZWP towarzyszących usług transportowych (np. wypożyczalnia samochodów elektrycznych, stacje rowerów publicznych/miejskich),
10. Działaniach informacyjno-promocyjnych zachęcających do korzystania z niskoemisyjnych form mobilności miejskiej - publicznego transportu zbiorowego, rowerowego lub ruchu pieszego (wyłącznie jako dodatkowy element projektu inwestycyjnego).

W ramach konkursu można ubiegać się o dofinansowanie kosztów tworzenia zintegrowanych węzłów przesiadkowych przy istniejących stacjach i przystankach kolejowych położonych w Miejskim Obszarze Funkcjonalnym Poznania a także przy kluczowych z punktu widzenia funkcjonowania systemu transportu publicznego Miejskiego Obszaru Funkcjonalnego – węzłach systemu transportowego Miasta Poznania, integrujących istniejącą i planowaną sieć tramwajową z zewnętrzną komunikacją publiczną i indywidualną w sposób zapewniający sprawny dostęp do Poznania jako rdzenia Metropolii. W gminach pozbawionych funkcjonującej komunikacji kolejowej węzły przesiadkowe mogą być tworzone przy istniejących przystankach komunikacji autobusowej, dowożącej pasażerów do trakcji kolejowej lub tramwajowej. Ponadto w ramach projektu mogą być także realizowane węzły przesiadkowe położone przy wodnych liniach komunikacyjnych.

Projekt składany na konkurs może dotyczyć inwestycji zwiększających funkcjonalność ZWP, na którego utworzenie Wnioskodawca już uzyskał dofinansowanie w ramach Działania 3.3. WRPO 2014+ pod

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

warunkiem, że jego realizacja przyczyni się do osiągnięcia głównego celu Projektu P1 ZIT „Poznańska Kolej Metropolitalna. Integracja systemu transportu publicznego wokół transportu szynowego w MOF Poznań”, jakim jest wzrost znaczenia Poznańskiej Kolei Metropolitalnej jako formy transportu stanowiącej alternatywę dla indywidualnego transportu samochodowego. Obligatoryjnym elementem projektu powinna być budowa dodatkowych miejsc postojowych w istniejących przy ZWP obiektach „park&ride” lub budowa nowych obiektów „park&ride” przy istniejącym ZWP lub obiektów „park&ride” zlokalizowanych poza istniejącym ZWP ale funkcjonalnie z nim powiązanych.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Zamawiającego, w niektórych obiektach kubaturowych (np. obiektach obsługi podróżnych), które mogą być przedmiotem inwestycji z dofinansowaniem z WRPO 2014+, planuje się wynajem powierzchni (m.in. kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, kasy biletowe) lub ustawienie komercyjnych tablic reklamowych typu citilight² itp. To właśnie tego typu działalność budzi wątpliwości w Zamawiającego i stąd jest przedmiotem niniejszej opinii.

D. ANALIZA PRAWNA

1. Węzeł przesiadkowy i obiekty kubaturowe w jego obrębie – uwagi wstępne

Przedmiot niniejszej opinii dotyczy obiektów kubaturowych funkcjonujących w ramach ZWP. Pojęcie ZWP zostało w polskim prawie zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 27 UPTK, zgodnie z którym oznacza ono miejsce umożliwiające dogodną zmianę środka transportu wyposażone w niezbędną dla obsługi podróżnych infrastrukturę, w szczególności: miejsca postojowe, przystanki komunikacyjne, punkty sprzedaży biletów, systemy informacyjne umożliwiające zapoznanie się zwłaszcza z rozkładem jazdy, linią komunikacyjną lub siecią komunikacyjną.

Natomiast za obiekt kubaturowy uznaje się zazwyczaj obiekt, którego „przebieg”, „pojemność” liczona jest w m³, czyli za obiekty kubaturowe należy rozumieć wszelkiego typu budynki³.

Obiektami kubaturowymi (budynkami) przeznaczonymi do obsługi podróżnych są m.in. dworce. Definicja dworca została zawarta w art. 4 ust. 1 pkt 2 UPTZ, zgodnie z którym za dworzec uważa się miejsce przeznaczone do odprawy pasażerów, w którym znajdują się w szczególności: przystanki

² Por. <https://pl.wikipedia.org/wiki/Citylight>.

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2009 r., sygn. KIO/UZP 522/09, www.uzp.gov.pl.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

komunikacyjne⁴, punkt sprzedaży biletów oraz punkt informacji dla podróżnych. Dworzec może – ale nie musi – sam w sobie stanowić ZWP, czego nie da się powiedzieć już natomiast o pojedynczym przystanku komunikacyjnym.

Szczególnym rodzajem dworca jest dworzec kolejowy. Został on zdefiniowany w art. 4 pkt 8a UTK, zgodnie z którym pojęcie to oznacza obiekt budowlany lub zespół obiektów budowlanych, w którym znajdują się pomieszczenia przeznaczone do obsługi podróżnych korzystających z transportu kolejowego, położony przy linii kolejowej. Jednakże z informacji uzyskanych od zamawiającego wynika, że w przypadku analizowanego Poddziałania 3.3.3. WRPO 2014+ finansowanie budowy, rozbudowy lub modernizacji dworców kolejowych należeć będzie do rzadkości (choć nie jest całkowicie wykluczone). Natomiast częstszym typem interwencji będzie finansowanie budowy, rozbudowy lub modernizacji dworców autobusowych, zazwyczaj będących własnością jst lub ich podmiotów zależnych (w tym spółek komunalnych).

Jednakże nie każdy OOP spełnia definicję „dworca”. Jak bowiem wynika z orzecznictwa, aby dany obiekt mógł zostać scharakteryzowany właśnie jako „dworzec”, musi posiadać pewne minimalne wyposażenie. Z orzecznictwa wynika, że dworzec to miejsce przeznaczone do odprawy pasażerów, w którym znajdują się w szczególności: przystanki komunikacyjne, punkt sprzedaży biletów oraz punkt informacji dla podróżnych. Jest to wyliczenie przykładowe, a zarazem określające minimum organizacji dworca, o czym świadczy zwrot „w szczególności”. Czyli na dworcu mogą funkcjonować jeszcze inne, dodatkowe punkty związane z obsługą pasażerów. Jednak bez przystanków komunikacyjnych, punktu sprzedaży biletów czy punktu informacji dla podróżnych nie może być mowy o dworcu, który musi stanowić funkcjonalną całość. Dworzec ma charakteryzować stały punkt sprzedaży biletów i stały punkt informacji dla podróżnych (elementów tych nie można utożsamiać z kasami fiskalnymi w autobusach, czy rozkładem jazdy wywieszonym na wiatach autobusowych – cechy takie ma każdy przystanek komunikacyjny)⁵. Powyższe oznacza, że funkcję OOP mogą spełniać obiekty kubaturowe, które nie spełniają definicji dworca w prawie polskim.

Warto jednak wskazać, że na potrzeby uregulowań dotyczących przepisów o pomocy publicznej pojęcie dworca należy interpretować szerzej niż w ścisłym rozumieniu prawa polskiego. W prawie pomocy

⁴ Przystanek komunikacyjny to miejsce przeznaczone do wsiadania lub wysiadania pasażerów na danej linii komunikacyjnej (a więc połączniu komunikacyjnym na sieci dróg publicznych, liniach kolejowych i innych szynowych oraz akwenach morskich i wodach śródlądowych), w którym umieszcza się informacje dotyczące w szczególności godzin odjazdów środków transportu, a ponadto, w transporcie drogowym, oznaczone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1907, z późn. zm.) – art. 4 ust. 1 pkt 13 UPTZ.

⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 28 marca 2013 r., sygn. II SA/OI 154/13, CBOSA.

publicznej bowiem instytucje unijne posługują się ogólnym pojęciem dworca (ang. train station, bus station), które należy rozumieć jednolicie na poziomie całej UE, a nie ze względu na specyficzne uregulowania danego państw członkowskiego. Chodzi bowiem o to, by we wszystkich państwach członkowskich analogiczne stany prawne były traktowane w taki sam sposób. Zatem pojęcie dworca, które funkcjonuje na gruncie unijnego prawa pomocy publicznej, należy rozumieć jako budynki przeznaczone do odprawy podróżnych korzystających z transportu publicznego. Dlatego też co do zasady OOP będą się wpisywać w zakres tego pojęcia.

Jak wskazał Zamawiający, nie ma dominującego modelu zarządzania takimi OOP, w tym dworcami. Oznacza to, że w niniejszej opinii przeanalizowany zostanie zarówno model, w którym dany OOP jest udostępniany nieodpłatnie przewoźnikom i podróżnym, jak i model, w którym OOP jest udostępniane przewoźnikom za odpłatnością.

Innym typem infrastruktury kubaturowej, która może wystąpić w obrębie ZWP mogą być parkingi kubaturowe (zwłaszcza typu P&R)⁶.

2. Pojęcie pomocy publicznej – uwagi ogólne

Pojęcie pomocy publicznej (pomocy państwa) wynika bezpośrednio z prawa pierwotnego Unii Europejskiej, a konkretnie z art. 107 ust. 1 TFUE, który brzmi następująco:

„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”.

Dokładne przesłanki, jakie muszą zostać spełnione, aby dana interwencja państwa stanowiła pomoc publiczną zostały wypracowane w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej (dalej także: „**Komisja**” lub „**KE**”) oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „**TSUE**” lub „**Trybunał**”).

Tradycyjnie wyróżnia się cztery następujące przesłanki:

- 1) wsparcie udzielane jest przedsiębiorstwu przez państwo lub ze źródeł państwowych,

⁶ Takie same zasady będą zresztą miały zastosowanie także do parkingów innych niż kubaturowe.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

- 2) wsparcie powoduje uzyskanie przez przedsiębiorstwo przysporzenia na warunkach korzystniejszych od rynkowych,
- 3) wsparcie ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określone przedsiębiorstwa albo produkcję określonych towarów),
- 4) wsparcie grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Tym niemniej, nie jest to jedyny dopuszczalny sposób określenia tych przesłanek i można także przedstawić je następująco:

- 1) wsparcie udzielane jest przedsiębiorstwu (tj. w ramach działalności gospodarczej beneficjenta),
- 2) wsparcie udzielane jest przez państwo lub ze źródeł państwowych,
- 3) wsparcie powoduje uzyskanie przez przedsiębiorstwo przysporzenia na warunkach korzystniejszych od rynkowych,
- 4) wsparcie ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określone przedsiębiorstwa albo produkcję określonych towarów),
- 5) wsparcie grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję,
- 6) wsparcie wpływa (co najmniej potencjalnie) na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Niezależnie od sposobu rozpisania przesłanek pomocy publicznej należy wskazać, że dana interwencja państwa jest pomocą publiczną tylko wtedy, gdy wszystkie te przesłanki są spełnione łącznie. Innymi słowy niewystępowanie przynajmniej jednej z nich sprawia, że wsparcie nie jest pomocą publiczną. Warto też wskazać, że pomoc publiczna jest pojęciem o charakterze obiektywnym, co oznacza, że jest definiowane ze względu na skutek, jaki wywiera dla przedsiębiorstwa-beneficjenta, a nie ze względu na cele, które sama interwencja państwa ma zrealizować lub przyczyni⁷.

Dokumentem, który podsumowuje praktykę decyzyjną KE oraz orzecznictwo TSUE w kwestii definiowania pojęcia pomocy państwa jest Zawiadomienie ws. pojęcia pomocy. Jest ono zatem swoistym podsumowaniem wiedzy o pojęciu pomocy publicznej, opracowanym na podstawie orzecznictwa TSUE i dotychczasowej praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej. Można także oczekiwać,

⁷ Por. N. Pesaresi, K. Van de Castele, L. Flynn, Ch. Siaterli (red.), EU Competition Law – Volume IV – State Aid. Book One, Leuven 2016, s. 291; wyrok TSUE z 15 listopada 2011 r. w sprawach połączonych C-106/09 P i C-107/09 P KE v. Zjednoczone Królestwo i Government of Gibraltar, pkt 87.

że sama Komisja będzie od tej pory w swojej praktyce definiowała pojęcie pomocy publicznej tak, jak opisała to w ww. Zawiadomieniu. Dlatego też Zawiadomienie ws. pojęcia pomocy, chociaż nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego, może stać się cennym przewodnikiem w przeprowadzaniu analiz występowania pomocy publicznej. Oczywiście, w przypadku, gdy wyrok TSUE wydany już po publikacji Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy będzie zawierał tezę sprzeczną z jakąś tezą zawartą w Zawiadomieniu, pierwszeństwo znajdzie orzeczenie TSUE. Pojęcie pomocy publicznej jest bowiem pojęciem dynamicznym, co oznacza, iż jego rozumienie zmienia się w czasie. Wynika to m.in. z charakteru prawa Unii Europejskiej jako interpretowanego nie literalnie, ale celowościowo, tzn. z naciskiem na cel, któremu ma ono służyć.

3. Pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej

W świetle zaprezentowanej powyżej charakterystyki Projektu jednym z elementów, które mają kluczowe znaczenie dla kwestii występowania pomocy publicznej jest to, czy jego beneficjentem będzie przedsiębiorstwo (ang. *undertaking*) w rozumieniu unijnych przepisów o pomocy publicznej.

Z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika, że za przedsiębiorstwo uważa się każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na jego status prawny i sposób finansowania⁸. Nie ma więc znaczenia to, czy prawo krajowe także uznaje dany podmiot za przedsiębiorcę. Na potrzeby prawa pomocy publicznej za przedsiębiorstwo mogą więc zostać uznane podmioty, które nie będą nim w świetle definicji zawartych w Kodeksie cywilnym czy ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁹. Istotnym jest bowiem to, żeby podmiot prowadził działalność gospodarczą w rozumieniu prawa UE. Jest to zatem niezwykle szerokie ujęcie tego pojęcia, znacznie szersze niż jego tradycyjne rozumienie w prawie krajowym. Powoduje to, że jednostki, które w prawie krajowym nie są uznawane za przedsiębiorstwa, mogą jednak nimi być w świetle art. 107 ust. 1 TFUE. Kluczowe jest to, czy jednostka ta w jakiegokolwiek sferze swojego funkcjonowania prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów o pomocy publicznej.

W utrwalonym orzecznictwie dot. art. 107 ust. 1 TFUE za działalność gospodarczą uważa się natomiast wszelką działalność polegającą na oferowaniu towarów i usług na rynku¹⁰.

⁸ Por. pkt 7 i n. Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy i przytoczone tam orzecznictwo TSUE.

⁹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1829, z późn. zm.

¹⁰ Por. pkt 12 i n. Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy i przytoczone tam orzecznictwo TSUE.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

W unijnym prawie pomocy publicznej nie ma także znaczenia, czy dany podmiot ma na celu wypracowywanie zysku. Także podmioty non-profit oraz non-for-profit mogą być uznawane za prowadzące działalność gospodarczą, jeśli oferują towary lub usługi na rynku¹¹.

Jak wynika z przytoczonej powyżej definicji, działalnością gospodarczą jest działalność prowadzona „na rynku”, a więc co do zasady za wynagrodzeniem¹². Istnieją jednak przypadki, w których także działalność wykonywana nieodpłatnie może być działalnością gospodarczą, jeżeli istnieje przedsiębiorca, który byłby zainteresowany wykonywaniem jej odpłatnie¹³. W doktrynie wskazuje się jednak na to, że uznawanie danej działalności za gospodarczą w przypadku, gdy podmioty publiczne świadczą ją nieodpłatnie powinno być czynione z dużą wstrzeźliwością. To, czy istnieje rynek dla danych towarów lub usług zależy w dużym stopniu od prawodawstwa danego państwa członkowskiego, tzn. czy dane państwo otwiera dany rodzaj działalności na konkurencję między przedsiębiorstwami. Oczywiście stanowiłoby zaprzeczenie celów przepisów o pomocy państwa proste uznanie, że każdy przypadek, gdy państwo (szeroko rozumiane) oferuje jakieś usługi lub towary nieodpłatnie (a równocześnie istnieją przedsiębiorcy mogący oferować te usługi odpłatnie) świadczy o braku działalności gospodarczej (braku rynku). Nie ma także znaczenia, że przedsiębiorca oferowałby dane towary/usługi na innych warunkach – bo w takiej sytuacji państwo zawsze mogłoby przez oferowanie towarów za darmo twierdzić, że rynek nie istnieje (żaden przedsiębiorca nie chce oferować towarów/usług na takich samych warunkach jak państwo, czyli nieodpłatnie). Podnosi się, że właściwym pytaniem jest nie to, czy rynek może zaoferować dany towar/usługę na określonych warunkach, ale czy rynek może w ogóle zaoferować tę usługę/towar, bez względu na koszty i bez względu na strukturę podaży i popytu na nią. Oznacza to, że właściwym pytaniem nie jest, czy ceny są wystarczająco wysokie albo koszty wystarczająco niskie, by prywatny przedsiębiorca mógł osiągnąć zysk. Decydującą kwestią jest, czy dany podmiot chciałby kiedykolwiek oferować dany produkt/usługę na poziomie odpowiednim do możliwości odbiorców tegoż towaru/usługi – albo też czy chciałby pokrywać koszty, których odbiorca nie jest w stanie pokryć. Dla przykładu, nie jest działalnością gospodarczą oferowanie bezpłatnych miejsc noclegowych w noclegowniach dla bezdomnych, ponieważ cena w ogóle nie jest w ogóle kryterium, według którego taka „usługa” jest oferowana. W tego typu działalności nie ma znaczenia to, czy odbiorcy „usługi” mogą zapłacić, ale to, że są to osoby potrzebujące pomocy.

¹¹ Por. wyrok TSUE z 29 października 1980 r. w połączonych sprawach 209/78 i 215/78 Van Landewyck, pkt 88; wyrok TSUE z 16 listopada 1995 r. w sprawie C-244/94 FFSA, pkt 21; wyrok TSUE z 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 MOTOE, pkt 27-28.

¹² Por. wyrok Trybunału EFTA z 21 lutego 2008 r. w sprawie E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund v. ESA, pkt 78-85 i przytoczone tam orzecznictwo TSUE.

¹³ Wyrok Sądu UE z 26 listopada 2015 r. w sprawie T-461/13 Hiszpania v. KE, pkt 45.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

Natomiast cechą rynku jest to, że nie działa on na zasadach słuszności, ale na zasadach maksymalizacji zysku¹⁴. Tak też w mojej opinii powinno być rozumiane orzecznictwo, zgodnie z którym także działalność wykonywana nieodpłatnie może być działalnością gospodarczą, co ogranicza uznanie usług publicznych oferowanych nieodpłatnie za działalność niegospodarczą do pewnych szczególnych przypadków.

W doktrynie niektórzy autorzy idą jeszcze dalej i w kwestii np. zarządzania infrastrukturą podnoszą, że decydujące znaczenie dla kwalifikacji danej działalności związanej z infrastrukturą transportową jako gospodarczej znaczenie powinno mieć jednak nie tylko to, czy za korzystanie z danej infrastruktury pobierane są opłaty, lecz także to, jaki jest charakter tych opłat – czy w danym przypadku można mówić o wynagrodzeniu, świadczeniu wzajemnym za usługę w postaci możliwości korzystania z infrastruktury, czy raczej o daninie publicznej o wyraźnie nieekwiwalentnym względem kosztów budowy i eksploatacji danej infrastruktury wymiarze¹⁵. Wydaje się, że podejście to znajduje uznanie w najnowszym orzecznictwie TSUE. W wyroku z 27 czerwca 2017 r. w sprawie *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe* Trybunał orzekł, że co prawda okoliczność, iż oferowanie towarów lub usług jest dokonywane bez celu zarobkowego, nie stanowi przeszkody w uznaniu jednostki, która dokonuje tych czynności na rynku, za przedsiębiorstwo, ponieważ ta oferta konkuruje z ofertami innych podmiotów gospodarczych działających w celu zarobkowym. Jednakże, usługi, które mogą zostać zakwalifikowane jako „działalność gospodarcza”, stanowią świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem. Istotną cechą wynagrodzenia jest natomiast to, że stanowi ono gospodarcze świadczenie wzajemne względem danego świadczenia¹⁶.

Powyższe znajduje potwierdzenie także w praktyce decyzyjnej KE. W decyzji z 2 maja 2013 r. w sprawie SA.25745 – Niemcy – Krajowa strona internetowa do przeprowadzania aukcji w postępowaniu upadłościowym (ZVG Portal) (dalej: „**Decyzja z 2 maja 2013 r.**”)¹⁷ Komisja stwierdziła, że sam fakt, iż prywatny przedsiębiorca oferuje pewien rodzaj usług, a państwo zdecyduje się na oferowanie podobnych usług¹⁸, nawet odpłatnie (opłaty symboliczne)¹⁹, to nie oznacza to automatycznie, że usługi

¹⁴ P. Nicolaidis, Altmark, again!, blog „State Aid Uncovered” wpis z 14 grudnia 2015 r., dostęp 16 czerwca 2017 r., dostępny pod adresem: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4355>.

¹⁵ S. Jarecki, Nowe podejście Komisji Europejskiej do finansowania budowy infrastruktury transportowej – konsekwencje orzeczenia w sprawie Leipzig-Halle, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny nr 1(4)/2015, s. 28-29.

¹⁶ Wyrok TSUE z 27 czerwca 2017 r. w sprawie C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe*, pkt 46-47.

¹⁷ W podobnym duchu KE wypowiedziała się w decyzji z 18 grudnia 2014 r. w sprawie SA.34646 – Holandia – Elektroniczna platforma obsługi zamówień publicznych TenderNed.

¹⁸ W Decyzji z 2 maja 2013 r. chodziło konkretnie o publikowanie informacji, których publikacja przez sądy upadłościowe jest obowiązkowa w toku postępowania upadłościowego.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarzawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

oferowane przez państwo mają charakter działalności gospodarczej. Kwestia ta powinna być bowiem analizowana raczej pod kątem rodzaju działalności, biorąc pod uwagę kontekst, w jakim jest wykonywana. Państwo bowiem nie traci uprawnień do wykonywania pewnych zadań jako prerogatyw władzy publicznej przez sam tylko fakt, że w tym samym czasie – z powodów takich, jak chociażby brak dotychczasowej aktywności władz publicznych – prywatni przedsiębiorcy podjęli się oferowania podobnych usług na zasadach komercyjnych²⁰. Jeśli państwo zatem zdecyduje się wykonywać tego typu zadania „własnymi siłami” („in-house”), choć mogłoby też zlecić je na zewnątrz, to zadania takie w całości pozostają wykonywaniem władzy publicznej²¹.

W odniesieniu do powyższego należy przedstawić szerszą uwagę, że w unijnych regulacjach dotyczących pomocy państwa pojęcie przedsiębiorstwa definiowane jest funkcjonalnie. Oznacza to, że jeżeli dany podmiot prowadzi zarówno działalność gospodarczą, jak i niegospodarczą, finansowanie publiczne będzie podlegało zasadom pomocy publicznej wyłącznie w zakresie, w jakim będzie obejmowało koszty związane z działalnością gospodarczą²².

Jeżeli możliwe jest oddzielenie kosztów i przychodów związanych z działalnością gospodarczą i niegospodarczą, zasady pomocy publicznej mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do przyznanego wsparcia ze strony państwa w kwocie przewyższającej koszty prowadzenia działalności niegospodarczej.

Koszty i dochody z każdego rodzaju działalności należy rozliczać osobno, konsekwentnie stosując obiektywnie uzasadnione zasady rachunku kosztów (wymóg rozdzielnej rachunkowości).

Powyższe oznacza, że kwalifikacja danego podmiotu jako przedsiębiorstwa odbywa się zawsze w odniesieniu do konkretnej działalności tego podmiotu. A zatem jeden podmiot może prowadzić tak działalność gospodarczą i w tym zakresie być uznawany za przedsiębiorstwo, a w innej sferze działalności – tej, gdzie działalność nie jest uznawana za działalność gospodarczą – nie być uznawany za przedsiębiorstwo. Konsekwentnie, pod warunkiem zapewnienia w sposób opisany powyżej rozdzielania tych różnych sfer działalności, wsparcie państwa dla działalności niegospodarczej tego podmiotu nie będzie stanowiło pomocy publicznej, ale już wsparcie dla działalności gospodarczej – może być pomocą publiczną.

¹⁹ W Decyzji z 2 maja 2013 r. (pkt 49) opłaty miały charakter symboliczny i nie zostały uznane za wynagrodzenie rozumiane jako świadczenie o ekwiwalentnej wartości ekonomicznej do świadczenia usługodawcy.

²⁰ Pkt 32 Decyzji z 2 maja 2013 r.

²¹ Pkt 38 i 44 Decyzji z 2 maja 2013 r.

²² Wyrok TSUE z 27 czerwca 2017 r. w sprawie C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe, pkt 44 i 51.

4. Budowa i zarządzanie infrastrukturą transportową a działalność gospodarcza

Podejście do problemu, czy zarządzanie infrastrukturą, w tym zwłaszcza infrastrukturą transportową, stanowi działalność gospodarczą na potrzeby stosowania art. 107 ust. 1 TFUE – i w jakim zakresie – zmieniało się diametralnie na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat. Zmiany te następowały w wyniku kilku precedensowych wyroków TSUE, których tezy wymagają bardziej szczegółowego omówienia.

Tradycyjnie uważano, że publiczne finansowanie większości infrastruktury nie wchodzi w zakres zasad pomocy państwa, gdyż budowę i eksploatację infrastruktury traktowano jako ogólny środek polityki publicznej, a nie jako działalność gospodarczą²³.

Zmianę tego podejścia wymusił wyrok Sądu UE w sprawie Aéroports de Paris²⁴. W wyroku tym Sąd stwierdził, że działalność polegająca na utrzymywaniu i zarządzaniu infrastrukturą transportową jest działalnością gospodarczą, jeśli polega na udostępnianiu infrastruktury za opłatą. Z orzeczenia tego wynika, że o ile zarządca pobiera opłaty za korzystanie z danej infrastruktury transportowej, to należy uznać, że świadczy za pomocą tej infrastruktury usługi w zamian za wynagrodzenie (tu: opłaty lotniskowe), a tym samym prowadzi działalność gospodarczą.

Po wyroku w sprawie Aéroports de Paris stało się jasne, że zarządzanie infrastrukturą transportową, z tytułu którego pobierane są opłaty użytkowników, jest działalnością gospodarczą. Wciąż jednak przyjmowało się, że sama budowa takiej infrastruktury nie jest działalnością gospodarczą, a zatem że publiczne finansowanie takiej budowy nie jest objęte reżimem pomocy publicznej.

Podejście to zmieniło się po wyroku Sądu UE w sprawie Leipzig/Halle²⁵. Sąd UE stwierdził w nim bowiem, że publiczne finansowanie budowy infrastruktury, która będzie później wykorzystywana w celu prowadzenia działalności gospodarczej, stanowi pomoc publiczną. Nie da się zatem oddzielić etapu budowy od etapu eksploatacji. Mówiąc bardziej szczegółowo, Sąd UE stwierdził, że w celu ustalenia czy publiczne finansowanie działalności w zakresie budowy lub rozbudowy infrastruktury transportowej stanowi finansowanie działalności gospodarczej w rozumieniu prawa UE, a tym samym czy stanowi pomoc państwa, o której mowa w art. 107 ust. 1 TFUE, należy ustalić, czy późniejsza eksploatacja wybudowanej z wykorzystaniem publicznego wsparcia infrastruktury ma charakter gospodarczy, czy też

²³ Pkt 201 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

²⁴ Wyrok Sądu UE z 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris v. KE, utrzymany w mocy wyrokiem Trybunału z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C-82/01 Aéroports de Paris v. KE.

²⁵ Wyrok Sądu UE z 24 marca 2011 r. w sprawach T-443/08 i T-455/08 Leipzig/Halle, utrzymany w mocy wyrokiem Trybunału z 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-288/11 P Leipzig/Halle.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpvarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

nie ma takiego charakteru. Sąd uznał zatem, że działalności w zakresie budowy infrastruktury nie należy oddzielać od działalności w zakresie jej eksploatacji, a w konsekwencji, że charakter działalności w zakresie eksploatacji infrastruktury determinuje, jaki charakter będzie miała działalność w zakresie jej budowy.

Mimo że powyższe sprawy dotyczą wyraźnie portów lotniczych, zasady wypracowane przez sądy unijne mają szerszą interpretację i w związku z tym stosują się do budowy innych rodzajów infrastruktury, nieodłącznie związanych z działalnością gospodarczą²⁶.

Wyrok w sprawie Leipzig/Halle doprowadził do wypracowania praktyki decyzyjnej KE, zgodnie z którą by działalność wykonywana za pomocą danej infrastruktury nie była działalnością gospodarczą, musi ona spełniać łącznie następujące trzy warunki²⁷:

- dany rodzaj infrastruktury jest finansowany wyłącznie ze środków publicznych i zarządzany wyłącznie przez państwo jako wykonywanie podstawowych zadań władz publicznych (brak nawet częściowego zainteresowania podmiotów prywatnych). Tak więc nie został stworzony rynek dla takich usług.

Tym niemniej, należy zauważyć, że powyższe kryterium nie jest stosowane w sposób konsekwentny. W niektórych decyzjach KE wskazywała bowiem, że wystarczające jest, by dana infrastruktura służyła ogółowi społeczeństwa i była dostępna bez opłat – bez badania, czy istnieje w danym państwie członkowskim rynek na budowę i eksploatację danego rodzaju infrastruktury (np. w przypadku parkingów, gdzie we wszystkich państwach członkowskich istnieją typowo komercyjne parkingi odpłatne, więc istnieje rynek dla tego typu infrastruktury – ale istnieją także publiczne, bezpłatne parkingi, które zasadniczo nie są uznawane za infrastrukturę służącą do wykonywania działalności gospodarczej²⁸);

- dana infrastruktura służy całemu społeczeństwu (służy interesowi ogólnemu);
- dana infrastruktura jest udostępniana **bez opłat** od użytkowników.

²⁶ Pkt 202 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

²⁷ Decyzja KE z 15 października 2014 r. w sprawie SA.36558 oraz SA.36662 – Pomoc dla Øresundsbro Konsortiet, pkt 73-82.

²⁸ Por. decyzja KE z 1 października 2014 r. w sprawie SA.36147 – Domniemana pomoc infrastrukturalna udzielona przez Niemcy na rzecz Propapier PM2 GmbH, pkt 149-151.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

W praktyce KE ukształtowało się zatem stanowisko, że tylko infrastruktura udostępniana bez żadnych opłat może być traktowana jako niesłużąca do wykonywania działalności gospodarczej²⁹.

W Zawiadomieniu ws. pojęcia pomocy KE potwierdziła, że finansowanie infrastruktury nieprzeznaczonej do komercyjnej eksploatacji, nie wchodzi z zasady w zakres stosowania zasad pomocy państwa. Dotyczy to na przykład infrastruktury wykorzystywanej do działań zwykle należących do kompetencji państwa w ramach prerogatyw władzy publicznej (na przykład obiekty wojskowe, kontrola ruchu lotniczego w portach lotniczych, latarnie morskie i inny sprzęt na potrzeby ogólnej nawigacji, w tym także na śródlądowych drogach wodnych, ochrona przeciwpowodziowa i zarządzanie przy niskich stanach wód w interesie publicznym, policja i służba celna) lub infrastruktury niewykorzystywanej do oferowania towarów lub usług na rynku (na przykład drogi udostępnione do nieodpłatnego użytku publicznego). Takie działania nie mają charakteru gospodarczego i w związku z tym nie wchodzi w zakres zasad pomocy państwa, tak jak, odpowiednio, finansowanie publiczne związanej z nimi infrastruktury³⁰.

W projektach infrastrukturalnych często uczestniczy wiele różnych podmiotów i ewentualna pomoc państwa może potencjalnie przynieść korzyść budowie (w tym rozbudowie i ulepszeniom), eksploatacji lub użytkowaniu infrastruktury. Na użytek analizy dot. występowania pomocy publicznej w projektach infrastrukturalnych KE wprowadziła rozróżnienie na budującego i/lub pierwszego właściciela („budujący³¹/właściciel³²”) infrastruktury, operatorów (tj. przedsiębiorstwa, które bezpośrednio korzystają z infrastruktury do świadczenia usług użytkownikom końcowym, w tym przedsiębiorstwa, które nabywają infrastrukturę od wykonawcy/właściciela do wykorzystywania jej do celów gospodarczych lub którzy uzyskują koncesję na użytkowanie i eksploatację infrastruktury lub wynajmują ją w tych celach)

²⁹ W doktrynie pojawiają się głosy, że podejście KE jest jednak zbyt restrykcyjne i że powinno się rozróżniać, czy w danym przypadku można mówić o wynagrodzeniu, świadczeniu wzajemnym za usługę w postaci możliwości korzystania z infrastruktury transportowej, czy raczej o daninie publicznej o wyraźnie nieekwiwalentnym względem kosztów budowy i eksploatacji danej infrastruktury wymiarze – por. S. Jarecki, Nowe podejście Komisji Europejskiej do finansowania budowy infrastruktury transportowej – konsekwencje orzeczenia w sprawie Leipzig-Halle, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny nr 1(4)/2015, s. 28-29. Wydaje się, że podejście takie zaczyna także torować sobie drogę w orzecznictwie TSUE – por. wyrok TSUE z 27 czerwca 2017 r. w sprawie C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe, pkt 46-47.

³⁰ Pkt 203 Zawiadomienia KE ws. pojęcia pomocy.

³¹ W ang. wersji językowej występuje określenie „developer”. Polskie oficjalne tłumaczenie „wykonawca” może być o tyle mylące, że nie chodzi tutaj o wykonawcę robót budowlanych, a o podmiot inicjujący i finansujący inwestycję.

³² „Właściciel” to każdy podmiot, który faktycznie wykonuje prawa właścicielskie w stosunku do infrastruktury oraz odnosi z tego korzyści gospodarcze. Na przykład w przypadku gdy właściciel przekazuje swoje prawa właścicielskie osobnemu podmiotowi (np. zarządzającemu portem), który w imieniu właściciela zarządza infrastrukturą, można to traktować jako zastępującego właściciela do celów kontroli pomocy państwa – por. Zawiadomienie ws. pojęcia pomocy, przypis 298.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

oraz użytkowników końcowych infrastruktury, chociaż w niektórych przypadkach funkcje te mogą się na siebie nakładać³³.

W odniesieniu konkretnie do typowego przykładu OOP, jakim jest dworzec autobusowy, KE miała okazję wypowiedzieć się w decyzji dotyczącej platformy multimodalnej przy porcie lotniczym Ronchi de Legionari³⁴. W sprawie tej KE analizowała, czy za działalność gospodarczą można uznać zarządzanie przez jednostkę samorządu terytorialnego dworcem autobusowym, który jest udostępniany wszystkim przewoźnikom bez pobierania od nich żadnych opłat. Niestety, KE nie odpowiedziała na to pytanie, zostawiając tę kwestię otwartą³⁵. Oznacza to z jednej strony, że KE dopuszcza uznanie, że jest to działalność gospodarcza, a z drugiej – że być może w pewnych sytuacjach działalnością taką może nie być. Jednak analiza całej ww. decyzji KE wskazuje na to, że KE raczej przychyliła się do stanowiska, iż jest to działalność gospodarcza.

Wobec powyższej niepewności, w mojej opinii do kwestii tej należy podejść w świetle najnowszej praktyki decyzyjnej KE oraz Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy. Powyższe oznacza, że należy indywidualnie podejść do analizy poszczególnych OOP. Analizy tej należy dokonywać według zasad opisanych poniżej. Oznacza to, że dany OOP można uznać za niesłużący do prowadzenia działalności gospodarczej jeżeli:

- dany rodzaj infrastruktury jest finansowany wyłącznie ze środków publicznych i zarządzany wyłącznie przez państwo jako wykonywanie podstawowych zadań władz publicznych (brak nawet częściowego zainteresowania podmiotów prywatnych). Tak więc nie został stworzony rynek dla takich usług. Warunek ten w należy analizować w świetle sytuacji prawnej i faktycznej w danym państwie członkowskim. Co do zasady, będzie on spełniony w przypadku dworców kolejowych. Zgodnie bowiem z art. 18d Ustawy o PKP, zarządcą obiektów dworców kolejowych w Polsce jest spółka PKP S.A. będąca przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 2 lit. b Dyrektywy 2006/111 albo jst. Oznacza to, że w polskich warunkach zarządzanie dworcami kolejowymi pozostaje z mocy prawa w gestii podmiotów publicznych³⁶. Inaczej jednak ma się

³³ Pkt 200 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

³⁴ Decyzja KE z 24 maja 2011 r. w sprawie SA.31492 - Platforma multimodalna połączona z portem lotniczym Ronchi de Legionari.

³⁵ Pkt 36 decyzji KE z 24 maja 2011 r. w sprawie SA.31492 - Platforma multimodalna połączona z portem lotniczym Ronchi de Legionari.

³⁶ Władze publiczne mogą powierzyć wykonywanie prerogatyw władzy publicznej nawet podmiotowi prywatnemu, bez utraty statusu tego zadania jako właśnie wykonywanie zadań publicznych – por. np. wyrok TSUE z 18 marca 1997 r. w sprawie C-343/95 *Cali & Figli v. Servizi ecologici porto di Genova*, pkt 22-25. Por. też ekspertyza naukowa Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych pt. „Kwalifikacja finansowania inwestycji dworcowych ze środków publicznych, w tym UE, pod kątem występowania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE – aktualizacja”, przygotowana pod

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

rzecz w przypadku dworców autobusowych. Choć bowiem w skali kraju większość dworców jest własnością jst (bezpośrednio lub pośrednio – przez ich spółki komunalne), to jednak istnieją przypadki prywatnych dworców autobusowych. W ich zatem przypadku przesłanka ta nie będzie spełniona;

- dana infrastruktura służy całemu społeczeństwu (służy interesowi ogólnemu). Przesłanka ta zasadniczo jest spełniona, OOP służą bowiem do obsługi podróżnych, a zatem korzysta z nich całe społeczeństwo. Ponadto są co do zasady udostępniane przewoźnikom z uwzględnieniem zasad niedyskryminacji (por. art. 16 ust. 2 UPTZ ogólnie w przypadku dworców, a w przypadku dworców kolejowych – także art. 36a ust. 3 UTK). Wyjątkiem mogą być dworce stanowiące infrastrukturę dedykowaną dla konkretnego przewoźnika, a zatem takie, które są przeznaczone dla przedsiębiorstw dających się zidentyfikować z góry i dostosowane do ich potrzeb³⁷;
- dana infrastruktura jest udostępniana **bez opłat** od użytkowników. Ta przesłanka wymaga indywidualnego przeanalizowanie w przypadku poszczególnych obiektów. Co do zasady nie będzie spełniona w przypadku dworców kolejowych. Zgodnie bowiem z art. 36e UTK, dworce kolejowe udostępniane są przewoźnikom za odpłatą. Natomiast w przypadku dworców w transporcie drogowym, za korzystanie z dworców mogą być pobierane opłaty (art. 16 UPTZ). Zatem w przypadku dworców autobusowych spełnienie tej przesłanki zależy od konkretnego modelu, w jakim dany dworzec funkcjonuje.

Mając powyższe na uwadze, co do zasady dworce autobusowe oraz kolejowe są infrastrukturą, która służy do wykonywania działalności gospodarczej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Co do innych typów OOP, tzn. takich, które nie spełniają definicji dworca, a mogłyby ewentualnie powstać w ramach ZWP, to można ewentualnie stwierdzić, że ww. warunki mogą być spełnione. Tego typu infrastruktura służy bowiem całemu społeczeństwu – służą do obsługi podróżnych. Mogą być także udostępniane bez opłat przewoźnikom, więc przesłanka ta będzie spełniona w przypadku zastosowania tego modelu. Ponadto, zasadniczo nie wydaje się, by w Polsce funkcjonował rynek na budowę i zarządzanie infrastrukturą służącą do obsługi podróżnych, niebędącą dworcami, która byłaby udostępniana nieodpłatnie przewoźnikom. Przedsiębiorcy nie są bowiem zainteresowani

kierunkiem prof. dr hab. Tadeusza Skoczego, maj 2017 r., pkt 32, dostępna pod adresem: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/16/dworce-aktualizacja2.pdf>.

³⁷ Por. definicja w art. 2 pkt 33 rozporządzenia Komisji (UE) z dnia 17 czerwca 2014 r. nr 651/2014 uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014 r., s. 1, z późn. zm.).

inwestowaniem w tego typu infrastrukturę, za którą nie pobierają opłat od jej użytkowników. Zatem budowa i zarządzanie tego typu infrastrukturą OOP, pod warunkiem spełnienia powyższych warunków, może nie być uważane za działalność gospodarczą w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Jednakże, jako że, jak wskazano powyżej, w praktyce decyzyjnej KE kwestia ta jest otwarta i kontrowersyjna, dlatego także tego typu OOP będą poddane (razem z dworcami) analizie spełniania pozostałych przesłanek występowania pomocy publicznej.

5. Przesłanki państwowego pochodzenia zasobów, selektywności oraz korzyści ekonomicznej w przypadku dofinansowania z WRPO 2014+

Jeśli chodzi o spełnienie przez dofinansowanie ze środków regionalnych programów operacyjnych, do których należy WRPO 2014+, przesłanek pochodzenia z zasobów państwowych, selektywności oraz korzyści ekonomicznej, to kwestia ta nie budzi wątpliwości. Zostanie tutaj jedynie krótko przeanalizowana dla porządku.

Wsparcie z WRPO 2014+ spełnia przesłankę pochodzenia z zasobów państwowych. Jak bowiem zauważa KE, środki z funduszy UE, przed ich przekazaniem beneficjentowi, są transferowane do budżetu krajowego państw członkowskich lub budżetów regionów. Przydział tych środków zależy zatem od decyzji państwa członkowskiego, które jest odpowiedzialne za wdrażanie programu operacyjnego³⁸.

Przysporzenie udzielane w formie bezzwrotnej dotacji jest korzystniejsze od możliwości uzyskania finansowania na rynkach finansowych, gdzie przedsiębiorca w ogóle nie uzyskałby bezzwrotnego wsparcia. Dlatego też spełniona jest przesłanka korzyści ekonomicznej.

Jednym z czynników wskazujących na selektywny charakter wsparcia jest posiadanie przez organy państwa decydujące o udzieleniu wsparcia mają swobodę uznania w przydzielaniu dofinansowania³⁹. Jako że rozpatrywane dofinansowanie ma być udzielane w drodze konkursu, gdzie instytucja organizująca konkurs taką swobodę posiada, spełniona będzie także przesłanka selektywności.

³⁸ Por. np. decyzja KE z 31 lipca 2009 r. w sprawie N 56/2009 – Pomoc na modernizację i wymianę sieci dystrybucji energii elektrycznej w Polsce, pkt 21.

³⁹ Rozdz. 5.2.2. Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

6. Przesłanki groźby zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE

Przesłanki te są zazwyczaj analizowane łącznie, ze względu na fakt, że ponieważ z reguły postrzega się je jako nierozzerwalnie ze sobą związane⁴⁰.

Uznaje się, że środek przyznany przez państwo stwarza groźbę naruszenia konkurencji, jeżeli może powodować poprawę pozycji konkurencyjnej beneficjenta w porównaniu z pozycją innych przedsiębiorstw, z którymi beneficjent konkuruje. Zakłócenie konkurencji w wyniku udzielenia wsparcia nie musi być rzeczywiste. Wystarczy bowiem sama groźba zakłócenia konkurencji. Może być to więc potencjalne zakłócenie konkurencji. Fakt, że kwota pomocy jest niewielka lub że przedsiębiorstwo będące beneficjentem jest małe, nie wykluczy sam w sobie zakłócenia konkurencji lub groźby zakłócenia konkurencji, pod warunkiem jednak, że prawdopodobieństwo takiego zakłócenia nie jest jedynie hipotetyczne⁴¹.

Pomoc wywiera wpływ na wymianę handlową, jeżeli umacnia pozycję przedsiębiorstwa w stosunku do innych przedsiębiorstw konkurujących z nim. Co do wpływu na wymianę handlową, to nie ma znaczenia, że dany beneficjent nie świadczy żadnych usług poza granicami Polski, a świadczy jedynie usługi o charakterze lokalnym czy regionalnym. Pomoc wpływa na wymianę handlową, jeśli może spowodować wzmocnienie pozycji przedsiębiorstwa, które dotychczas nie było zaangażowane w handel pomiędzy państwami członkowskimi, i w efekcie może spowodować, że przedsiębiorstwo to pozyska możliwość wejścia na rynki innych państw członkowskich. Nie jest konieczne przeprowadzanie dokładnych analiz ekonomicznych w celu wyznaczenia rynku właściwego, udziału w rynku danych przedsiębiorstw, pozycji ich konkurentów czy też schematu wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Wpływ na wymianę handlową może być potencjalny, a niekoniecznie rzeczywisty. Jednakże wpływ środka pomocowego na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE nie może być domniemywany lub tylko hipotetyczny. Musi zostać wykazane, w oparciu o dające się przewidzieć skutki danego środka pomocowego, dlaczego zakłóca on lub grozi zakłóceniem konkurencji i może wpływać na wymianę handlową⁴².

W odniesieniu do wsparcia udzielanego ze środków WRPO 2014+ należy wskazać, że spełnienie ww. przesłanek należy zawsze zbadać indywidualnie. Tym niemniej, w odniesieniu do infrastruktury

⁴⁰ Pkt 186 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁴¹ Pkt 187-189 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁴² Pkt 190-196 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

transportowej, KE sformułowała pewne ogólne wskazówki, które pozwalają na wyciągnięcie generalnych wniosków, KE zawarła w rozdz. 7.2.2. Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy. Zostały tam opisane doświadczenia wypływające z praktyki decyzyjnej KE w kontekście groźby zakłócenia konkurencji i wpływu na wymianę handlową publicznego finansowania infrastruktury różnego rodzaju. W rozdziale tym pojawiło się kilka wskazówek dotyczących konkret nie infrastruktury transportowej, które są niezwykle istotne i cenne w kontekście analizowanej sprawy.

Należy także zwrócić uwagę na następującą na przestrzeni ostatnich kilku lat zmianę podejścia Komisji do oceny spełniania ww. przesłanek, zwłaszcza w odniesieniu do inwestycji infrastrukturalnych. Przełomowym momentem w tym przypadku było wydanie przez KE siedmiu decyzji z 29 kwietnia 2015 r.⁴³ W szczególności, w kontekście wsparcia na inwestycje dworcowe, należy zwrócić uwagę na decyzję w sprawie SA.39403 – Pomoc inwestycyjna dla portu Lauwersoog. Ponadto należy wskazać, że KE podtrzymywała to nowe podejście w kolejnych decyzjach, z których w kontekście infrastruktury transportowej warto zwrócić szczególną uwagę na decyzję w sprawie SA.44692 – Wsparcie na inwestycje w Porcie Wyk auf Föhr⁴⁴. Co prawda decyzje te dotyczą infrastruktury portowej, jednak przez analogię należy je stosować także do innych rodzajów infrastruktury transportowej. Kluczową tezą płynącą z ww. decyzji jest to, że wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE, choć wystarczy, żeby był jedynie potencjalny, to jednak nie może być czysto hipotetyczny lub domniemywany. Przeciwnie, musi zostać wykazane, w oparciu o dające się przewidzieć skutki danego środka pomocowego, dlaczego zakłóca on lub grozi zakłóceniem konkurencji i może wpływać na wymianę handlową. Ponadto należy zbadać, czy któregoś wpływ na inwestycje transgraniczne jest większy niż marginalny. Jest to niezwykle istotna teza w kontekście badania występowania pomocy publicznej przy finansowaniu projektów infrastrukturalnych.

⁴³ Decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.37432 – Finansowanie szpitali publicznych w Regionie Hradec Kralove; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.37963 – Domniemana pomoc dla Glenmore Lodge; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.38208 – Domniemana pomoc państwa na rzecz brytyjskich klubów golfowych będących własnością ich członków; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.33149 - Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Gaarden – Kiel”; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.39403 – Pomoc inwestycyjna dla portu Lauwersoog; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.33149 – Domniemana pomoc państwa dla centrum medycznego w Durmersheim; decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.38035 – Domniemana pomoc państwa na rzecz specjalistycznej kliniki rehabilitacyjnej ortopedycznej i chirurgii urazowej.

⁴⁴ Decyzja KE z 20 lipca 2016 r. w sprawie SA.44692 – Wsparcie na inwestycje w Porcie Wyk auf Föhr.

i. Budowa infrastruktury transportowej a pomoc publiczna na poziomie inwestorów/właścicieli oraz operatorów – uwagi ogólne

Jak już wspomniano powyżej, w Zawiadomieniu ws. pojęcia pomocy Komisja stwierdziła⁴⁵, że istnieją okoliczności, w których pewne rodzaje infrastruktury nie podlegają bezpośredniej konkurencji ze strony innej infrastruktury tego samego rodzaju lub infrastruktury innego rodzaju oferującej usługi o znacznym stopniu substytucyjności lub oferującej bezpośrednio takie same usługi. Brak bezpośredniej konkurencji między infrastrukturami jest prawdopodobny w przypadku kompleksowych infrastruktur sieciowych, które stanowią naturalne monopole, to znaczy w przypadku których powielenie byłoby nieekonomiczne. Podobnie, mogą istnieć sektory, w których finansowanie prywatne budowy infrastruktury jest nieznaczne. Jeśli chodzi o budowę infrastruktury, Komisja uważa, że wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi lub zakłócenie konkurencji są zazwyczaj wykluczone w przypadkach, w których jednocześnie spełnione są następujące przesłanki:

- (i) infrastruktura na ogół nie podlega bezpośredniej konkurencji⁴⁶,
- (ii) finansowanie prywatne jest nieznaczające w danym sektorze i w państwie członkowskim. Kwestię tego, czy w danym sektorze finansowanie rynkowe jest jedynie nieznaczające, należy oceniać raczej na poziomie danego państwa członkowskiego niż na poziomie regionalnym lub lokalnym, podobnie jak ma to miejsce w przypadku oceny istnienia rynku w państwie członkowskim⁴⁷,
- (iii) infrastruktura nie jest zaprojektowana, aby selektywnie sprzyjać jednemu przedsiębiorstwu lub sektorowi, ale przynosi korzyści całemu społeczeństwu.

Aby zagwarantować pozostawienie poza zakresem zasad pomocy państwa całości finansowania publicznego danego projektu, należy zadbać o to, aby finansowanie zapewnione na budowę infrastruktury w warunkach wskazanych powyżej nie mogło zostać wykorzystane do subsydiowania skróśnego lub subsydiowania pośredniego innej działalności gospodarczej, w tym eksploatacji infrastruktury. Subsydiowanie skróśne można wykluczyć przez zapewnienie, aby właściciel infrastruktury nie angażował się w żadną inną działalność gospodarczą lub – jeżeli właściciel infrastruktury jest zaangażowany w inną działalność gospodarczą – przez prowadzenie rozdzielnej rachunkowości i przypisywanie kosztów i przychodów w odpowiedni sposób oraz zapewnienie, aby w

⁴⁵ Pkt 211 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁴⁶ Na przykład usługi oferowane przez operatorów handlowych promów mogą stanowić konkurencję dla mostu lub tunelu, za korzystanie z których pobiera się opłaty.

⁴⁷ Wyrok Sądu UE z 26 listopada 2015 r. w sprawie T-461/13 Hiszpania v. Komisja, pkt 44.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

innej działalności nie wykorzystywano żadnego finansowania publicznego. Aby wyeliminować pomoc pośrednią, szczególnie na rzecz operatora infrastruktury, można np. ogłosić przetarg na eksploatację⁴⁸.

W odniesieniu do infrastruktury transportowej KE sprecyzowała powyższe zasady w następujący sposób: chociaż eksploatacja infrastruktury kolejowej – takiej jak tory kolejowe, mosty i tunele kolejowe oraz i dworce, a także miejskiej infrastruktury transportowej, takiej jak tory tramwajowe, podziemny transport publiczny czy infrastrukturę transportu miejskiego i lokalnego (w tym dworce)⁴⁹ – może stanowić działalność gospodarczą, to budowa takiej infrastruktury, udostępnianej potencjalnym użytkownikom na równych i niedyskryminacyjnych warunkach – w przeciwieństwie do jej eksploatacji – zazwyczaj spełnia warunki określone powyżej i w związku z tym jej finansowanie nie ma wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi ani nie zakłóca konkurencji. Oczywiście, należy zadbać o to, aby finansowanie zapewnione na budowę infrastruktury w warunkach wskazanych powyżej nie mogło zostać wykorzystane do subsydiowania skrośnego lub subsydiowania pośredniego innej działalności gospodarczej, w tym eksploatacji infrastruktury⁵⁰.

Powyższe stwierdzenie jest niezwykle istotne w kontekście analizowanej sprawy. Wyznacza ono bowiem kierunek, w jakim KE będzie podążać przy ocenie finansowania lądowej infrastruktury transportowej. Wydaje się, że na poziomie właściciela infrastruktury KE nie będzie skłonna w większości przypadków doszukiwać się występowania pomocy publicznej, ze względu na brak wpływu na konkurencję i wymianę handlową między państwami członkowskimi. Inaczej może być jedynie w przypadku dużych obiektów, położonych w miejscach, gdzie występuje duży przepływ podróżnych z innych państw członkowskich oraz wykorzystywanych w dużej mierze do działalności komercyjnej inna niż transportowa (np. duże powierzchnie handlowe na dworcu położonym w dużym mieście).

Zasady te zostały doprecyzowane w Siatce analitycznej dot. transportu. Generalnie w Siatce analitycznej ds. transportu ww. zostały one potwierdzone. Jednakże szczególna uwaga została zwrócona na przypadek, gdy odpowiedzialność za budowę infrastruktury oraz za jej eksploatację jest połączona (ang. „bundled”) w ten sposób, że spoczywa na jednym podmiocie. Oznacza to, że ten sam podmiot jest odpowiedzialny za budowanie, utrzymywanie i eksploatację infrastruktury. W takich przypadkach, w celu wykluczenia pomocy publicznej należy:

⁴⁸ Pkt 212 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁴⁹ Patrz też pkt I.1 i I.2 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁵⁰ Pkt 219 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

- (i) albo powierzać połączone zadania z zakresu budowy oraz eksploatacji (zarządzania) infrastruktury w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury,
- (ii) albo działalność w zakresie zarządzania daną infrastrukturą powinna być objęta monopolem prawnym, ustanowionym zgodnie z przepisami prawa UE⁵¹.

Ta druga przesłanka jest szczególnie istotna w sytuacjach, gdy organy publiczne powierzają zarządzanie i eksploatację infrastruktury transportowej swojemu podmiotowi wewnętrznemu (in-house). Jest bowiem oczywiste, że w przypadku powierzenia zadania w trybie in-house, nie dochodzi do wyboru operatora w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury.

Mając powyższe na uwadze, należy przeanalizować kilka modeli działalności związanej z budową i eksploatacją OOP, ponieważ w zależności od przyjętego modelu różne mogą być wnioski.

ii. Rozdzielenie działalności w zakresie budowy oraz zarządzania

Przypadek, kiedy funkcje w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury są wyraźnie oddzielone od zarządzania tą infrastrukturą oznacza, że odpowiedzialność za budowę i utrzymanie pozostaje przy właścicielu (np. jst, spółce komunalnej), a zarządzającemu (operatorowi) powierzane jest jedynie bieżące zarządzanie infrastrukturą.

W takim przypadku, by pomoc publiczna nie wystąpiła na poziomie operatora infrastruktury, należy dokonać jego wyboru z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury⁵².

Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem KE, korzystanie z procedur przewidzianych w przepisach dot. zamówień publicznych i stosowanie się do nich można uznać za wystarczające do spełnienia powyższych wymagań, pod warunkiem że spełniono wszystkie warunki dotyczące stosowania danej procedury. Nie ma to zastosowania w szczególnych okolicznościach uniemożliwiających ustalenie ceny rynkowej, takich jak stosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu czy zapytanie z wolnej ręki⁵³.

⁵¹ Pkt I.4 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁵² Pkt 223 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁵³ Pkt 93 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

Na poziomie właściciela infrastruktury należy natomiast przeanalizować wskazane powyżej przesłanki, tj.:

- (i) infrastruktura na ogół nie podlega bezpośredniej konkurencji. W tym zakresie można wskazać, że KE uznaje, iż zasadniczo, że infrastruktura transportu kolejowego oraz transportu lokalnego takiej bezpośredniej konkurencji nie podlega, a zatem w przypadku budowy takiej infrastruktury warunek ten jest spełniony⁵⁴. OOP w ramach ZWP są bowiem obiektami, które ze względu na swoje położenie i zintegrowanie z sieciami transportowymi stanowią infrastrukturę, której duplikowanie nie jest opłacalne, a często niemożliwe. Lokalizacja takiego OOP, który miałby obsługiwać wielu przewoźników, ma bowiem sens wtedy, gdy znajduje się on w miejscu dogodnym dla jak największej liczby podróżnych, zatem np. w ramach ZWP. Ponadto w typowych przypadkach brak jest ekonomicznego uzasadnienia dla budowy OOP przeznaczonych do obsługi wielu przewoźników w przypadku, gdy takie miejsce już istnieje w pobliżu. Dlatego też infrastruktura ta nosi znamiona monopolu naturalnego i w typowej sytuacji nie podlega bezpośredniej konkurencji.
- (ii) finansowanie prywatne jest nieznaczące w danym sektorze i w państwie członkowskim. Kwestię tego, czy w danym sektorze finansowanie rynkowe jest jedynie nieznaczące, należy oceniać raczej na poziomie danego państwa członkowskiego niż na poziomie regionalnym lub lokalnym, podobnie jak ma to miejsce w przypadku oceny istnienia rynku w państwie członkowskim⁵⁵. W polskich warunkach prywatne finansowanie dworców kolejowych nie występuje, ze względu na art. 18d Ustawy o PKP, zgodnie z którym zarządcą obiektów dworców kolejowych w Polsce jest spółka PKP S.A. albo jst. Jeśli chodzi o dworce autobusowe, to co prawda zdarzają się przypadki finansowania ze środków prywatnych, jednak jest to rzadkość. Jest tak m.in. z tego powodu, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4 USG, sprawy z zakresu lokalnego transportu zbiorowego należą do zadań własnych gminy. Także powiat i województwo samorządowe wykonują zadania z zakresu transportu zbiorowego (art. 4 ust. 1 pkt 6 USP oraz art. 14 ust. 1 pkt 10 USW). Tak więc zadania polegające na budowie dworców wykonują przede wszystkim jst (bezpośrednio lub za pośrednictwem swoich spółek komunalnych) i nie jest to postrzegane jako miejsce do inwestycji dla sektora prywatnego. Dlatego też powyższy warunek będzie spełniony także w przypadku dworców autobusowych i innych budynków OOP, niespełniających definicji dworca z UPTZ. Potwierdzeniem tego jest także stanowisko Komisji zawarte w pkt 219 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy oraz pkt II.8 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁵⁴ Pkt 219 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy, pkt II.8 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁵⁵ Wyrok Sądu UE z 26 listopada 2015 r. w sprawie T-461/13 Hiszpania v. Komisja, pkt 44.

(iii) infrastruktura nie jest zaprojektowana, aby selektywnie sprzyjać jednemu przedsiębiorstwu lub sektorowi, ale przynosi korzyści całemu społeczeństwu. Przede wszystkim w kontekście tej przesłanki należy wskazać, że OOP służą do obsługi podróżnych korzystających z usług transportu publicznego. Z tego typu obiektów korzystają także co do zasady różni przewoźnicy na niedyskryminacyjnych zasadach, co zostało opisane powyżej. Analizowany warunek będzie zatem spełniony w przypadku OOP.

Jeżeli dany właściciel prowadzi jeszcze inną działalność niż powyższa, musi prowadzić rozdzielną rachunkowość i odrębnie przypisywać koszty i przychody obu tych działalności w odpowiedni sposób oraz zapewnić, aby w tej innej działalności nie wykorzystywał finansowania publicznego przyznanego na zarządzanie OOP.

Mając powyższe na uwadze, w analizowanej sytuacji publiczne finansowanie budowy lub rozbudowy OOP nie będzie stanowiło pomocy publicznej na poziomie inwestora/właściciela ani na poziomie operatora (zarządzającego).

iii. Działalność w zakresie budowy oraz zarządzania jest połączona, ale powierzana wspólnie w drodze otwartej procedury

Nieco inaczej będzie wyglądała sytuacja w przypadku, gdy działalność w zakresie zarządzania infrastrukturą oraz działalność w zakresie budowy będzie połączona w ten sposób, że będzie za nią odpowiedzialny jeden podmiot, niebędący właścicielem danego OOP.

W takim przypadku, zgodnie ze stanowiskiem KE⁵⁶, jeżeli właściciel takiej infrastruktury powierzy w drodze otwartego, niedyskryminacyjnego i przejrzystego postępowania połączone zadania tak w zakresie zarządzania, jak i w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury (i w ten sposób operator będzie odpowiedzialny tak za zarządzanie, jak i za budowę i utrzymanie), nie wystąpi pomoc publiczna na poziomie ani właściciela, ani operatora.

Jeżeli dany właściciel prowadzi jeszcze inną działalność niż powyższa, musi prowadzić rozdzielną rachunkowość i odrębnie przypisywać koszty i przychody obu tych działalności w odpowiedni sposób oraz zapewnić, aby w tej innej działalności nie wykorzystywał finansowania publicznego przyznanego na zarządzanie OOP.

⁵⁶ Pkt I.4 oraz II.20-II.22 Siatki analitycznej dot. transportu.

Ponieważ zaś co do samego etapu budowy infrastruktury OOP aktualne pozostają wnioski przedstawione powyżej (infrastruktura na ogół nie podlega bezpośredniej konkurencji, finansowanie prywatne jest nieznaczące i infrastruktura nie jest zaprojektowana, aby selektywnie sprzyjać jednemu przedsiębiorstwu lub sektorowi, ale przynosi korzyści całemu społeczeństwu), to przy powierzeniu w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury (por. w tym względzie wskazania powyżej), pomoc publiczna nie wystąpi na poziomie inwestora/właściciela ani na poziomie operatora (zarządzającego) przy publicznym finansowaniu budowy lub rozbudowy infrastruktury OOP.

iv. Działalność w zakresie budowy oraz zarządzania jest połączona i brak powierzenia w drodze otwartej procedury

Zdecydowanie najwięcej problemów stwarza sytuacja, gdy działalność w zakresie zarządzania infrastrukturą jest połączona z działalnością w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury, a działalność w zakresie zarządzania nie została powierzona w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury. Obejmuje to szereg przypadków, np.

- właścicielem OOP jest jst, która jednocześnie bezpośrednio zarządza tą infrastrukturą;
- właścicielem OOP jest spółka komunalna, która jest także zarządzającym tą infrastrukturą;
- właścicielem OOP jest jst, która powierzyła zadania w zakresie budowy, utrzymania i zarządzania tą infrastrukturą swojej spółce komunalnej w jako podmiotowi wewnętrznemu (w trybie in-house).

W takim przypadku można wykluczyć występowania pomocy publicznej tylko w przypadku, gdy działalność w zakresie zarządzania taką infrastrukturą jest objęta monopolem prawnym, ustanowionym zgodnie z prawem UE⁵⁷.

W polskim systemie prawnym sytuacja taka ma miejsce w przypadku dworców kolejowych. Zgodnie bowiem z art. 18d Ustawy o PKP, zarządcą obiektów dworców kolejowych w Polsce jest spółka PKP S.A. będąca przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 2 lit. b Dyrektywy 2006/111 albo jst. Oznacza to, że w polskich warunkach zarządzanie dworcami kolejowymi pozostaje z mocy prawa w gestii podmiotów publicznych⁵⁸. Takie ukształtowanie katalogu możliwych zarządzających dworcami

⁵⁷ Pkt I.4 oraz II.10-II.11 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁵⁸ Władze publiczne mogą powierzyć wykonywanie prerogatyw władzy publicznej nawet podmiotowi prywatnemu, bez utraty statusu tego zadania jako właśnie wykonywanie zadań publicznych – por. np. wyrok TSUE z 18 marca 1997 r. w sprawie C-

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

decyduje o tym, że wyłączona jest konkurencja nie tylko na rynku zarządzania, ale także o ten rynek. Ponadto infrastruktura dworców kolejowych i świadczonych za ich pomocą usług transportowych nie konkuruje z innymi usługami, ponieważ tylko tego typu infrastruktura jest w stanie obsłużyć przewoźników kolejowych. Jeżeli dany zarządzający prowadzi jeszcze inną działalność niż powyższa, musi prowadzić rozdzielną rachunkowość i odrębnie przypisywać koszty i przychody obu tych działalności w odpowiedni sposób oraz zapewnić, aby w tej innej działalności nie wykorzystywał finansowania publicznego przyznanego na zarządzanie dworcem kolejowym. W ten sposób – przy spełnieniu powyższych warunków – publiczne finansowanie budowy lub rozbudowy dworców kolejowych nie będzie stanowiło pomocy publicznej na poziomie inwestora/właściciela ani na poziomie operatora (zarządzającego).

Inaczej jednak ma się sprawa z OOP niebędącymi dworcami kolejowymi. W tym przypadku nie można stwierdzić, że istnieje monopol prawny na zarządzanie tego typu infrastrukturą. Dlatego też w przypadku OOP niebędących dworcami kolejowymi nie można w sposób generalny wykluczyć występowania pomocy publicznej, lecz należy w każdym przypadku przeprowadzić indywidualną analizę. Wskazówki co do tego, jakie czynniki powinny być brane pod uwagę w takiej analizie, zostały przedstawione poniżej.

v. OOP o czysto lokalnym oddziaływaniu

W Siatce analitycznej dot. transportu KE wskazała, że bez względu na przyjęty model funkcjonowania danej infrastruktury transportowej, często jej charakter jest taki, że świadczone są za jej pomocą usługi wyłącznie na ograniczonym terenie danego państwa członkowskiego i w związku z tym nie przyciąga ona użytkowników z innego państwa członkowskiego ani też nie jest prawdopodobne, by w stopniu większym niż marginalny miała wpływ na inwestycje transgraniczne. W związku z tym publiczne inwestycje w taką infrastrukturę o czysto lokalnym oddziaływaniu (ang. purely local impact) nie spełniają przesłanki wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE⁵⁹. Stwierdzenie to wpisuje się w obecną praktykę decyzyjną KE dot. przesłanki wpływu na wymianę handlową, omówioną powyżej. Wydaje się przy tym, że zgodnie z tą praktyką KE nie jest skłonna dopatrywać się

343/95 Cali & Figli v. Servizi ecologici porto di Genova, pkt 22-25. Por. też ekspertyza naukowa Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych pt. „Kwalifikacja finansowania inwestycji dworcowych ze środków publicznych, w tym UE, pod kątem występowania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE – aktualizacja”, przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Tadeusza Skocznego, maj 2017 r., pkt 32, dostępna pod adresem: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/16/dworce-aktualizacja2.pdf>.

⁵⁹ Pkt II.17 Siatki analitycznej dot. transportu.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

występowania pomocy publicznej w publicznym finansowaniu obiektów infrastrukturalnych o lokalnym charakterze. Innymi słowy, w przypadku obiektów infrastruktury transportowej, wydaje się, że KE widzi ryzyko wystąpienia pomocy publicznej jedynie w przypadku dużych obiektów infrastruktury transportowej⁶⁰, usytuowanych w dużych ośrodkach miejskich, gdzie można z dużym prawdopodobieństwem szacować, że będą z nich korzystać użytkownicy z innych państw członkowskich lub gdzie istnieje realne prawdopodobieństwo, że zagraniczny inwestor byłby zainteresowany budową i eksploatacją analogicznego obiektu.

W szczególności, w kontekście wsparcia na inwestycje dotyczące infrastruktury transportowej, należy zwrócić uwagę na decyzję w sprawie SA.39403 – Pomoc inwestycyjna dla portu Lauwersoog⁶¹. Ponadto należy wskazać, że w kolejnych decyzjach KE podtrzymywała to nowe podejście w kolejnych decyzjach, z których w kontekście infrastruktury transportowej warto zwrócić szczególną uwagę na decyzję w sprawie SA.44692 – Wsparcie na inwestycje w Porcie Wyk auf Föhr⁶².

Z decyzji w sprawie pomocy inwestycyjnej dla portu Lauwersoog wynika, że KE bada następujące czynniki przy analizowaniu, czy spełniona jest przesłanka wpływu na wymianę handlową:

- jaki jest geograficzny „obszar ciężenia” danej infrastruktury, tzn. z jakiego obszaru przyciąga użytkowników (np. czy infrastruktura obsługuje podróżnych dojeżdżających do pracy z niedalekiej okolicy, czy też obsługuje ruch międzynarodowy, co jest bardziej prawdopodobne w miejscach atrakcyjnych turystycznie oraz przygranicznych);
- jakie są preferencje potencjalnych użytkowników: czy są gotowi podróżować dalej, by skorzystać z danej infrastruktury;
- czy infrastruktura oferuje zakres usług, który jest więcej niż „nieznaczny” w porównaniu do skali usług oferowanych na rynku (np. KE uznała w przedmiotowej decyzji, że fakt, iż dana przystań jachtowa oferuje jedynie 0,03% miejsc postojowych w danym kraju oraz 0,006% w skali UE oznacza, że oferuje usługi o wyłącznie lokalnym charakterze?);
- brana jest pod uwagę także wielkość beneficjenta (jego roczne obroty itp.);

⁶⁰ Jako pewną ciekawostkę, jednak potwierdzającą podejście KE, można wskazać, że KE uznała brak pomocy publicznej nawet w przypadku (niewielkiego) lotniska – patrz decyzja KE z 7 maja 2014 r. w sprawie SA.38441 – Wsparcie połączeń lotniczych na Wyspy Scilly.

⁶¹ Decyzja KE z 29 kwietnia 2015 r. w sprawie SA.39403 – Pomoc inwestycyjna dla portu Lauwersoog.

⁶² Decyzja KE z 20 lipca 2016 r. w sprawie SA.44692 – Wsparcie na inwestycje w Porcie Wyk auf Föhr. Por. też w podobnym nurcie decyzja KE z 24 listopada 2015 r. w sprawie SA.42219 – Prace utrzymaniowe przy nabrzeżu Schuhmacher w porcie Maasholm.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

- czy udzielenie wsparcie na budowę/przebudowę danej infrastruktury będzie miało wpływ na decyzje inwestycyjne inwestorów zagranicznych, którzy potencjalnie mogliby podjąć podobne inwestycje infrastrukturalne w obszarze geograficznym zbliżonym do danej infrastruktury.

Podobnie, w decyzji dot. wsparcia na inwestycje w Porcie Wyk auf Föhr KE rozważyła następujące elementy:

- Föhr to mała wyspa na Morzu Północnofryzyjskim (kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn) – ok. 8 400 mieszkańców. Wyk auf Föhr to jedynie miasto na wyspie (4 300 mieszkańców);
- Port w Wyk używany jest praktycznie wyłącznie do zaopatrywania wyspy oraz przewożenia produktów rolnych (mleko, zboża) z wyspy na stały ląd – jedno całoroczne połączenie promowe; także przewóz osób (w tym turystów) na wyspę (statki turystyczne z sąsiednich wysp);
- podejście do Portu Wyk możliwe jest jedynie dla jednostek o małym zanurzeniu;
- charakter inwestycji, tj. modernizacja i renowacja infrastruktury, a nie budowa nowej infrastruktury (brak pogłębiania) – nie zostały zwiększanie zdolności portu do przyjmowania (większych, większej liczby) jednostek pływających. Wartość wsparcia publicznego: 6,5 mln EUR (60% kosztów);
- dane historyczne: do Portu Wyk wpływały jedynie statki z armatorów z wyspy Föhr lub sąsiednich wyspach (przez 10 lat tylko 3 statki z innych państw członkowskich). Wyjątek – w 2015 r. wpłynęło 26 statków z innych państw członkowskich – ale było to spowodowane koniecznością dostarczenia na wyspę materiałów na potrzeby dużych inwestycji drogowych;
- jednostki turystyczne wpływające do Portu Wyk – ok. 98% turystów to Niemcy;
- brak portów konkurujących – także brak możliwości stworzenia potencjalnego nowego portu konkurującego (ograniczenia spowodowane ekologią);
- mając to na uwadze KE stwierdziła, że konkurencja występuje na poziomie czysto lokalnym; port nie przyciągnie armatorów z innych państw członkowskim (brak rozbudowy – tylko modernizacja); obszar ciężenia portu jest całkowicie zamknięty – wyspa nie może być obsłużona przez port na stałym lądzie; brak portów konkurujących (w tym potencjalnie w

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

przyszłości. W związku z tym KE stwierdziła, że brak jest wpływu na wymianę handlową, a zatem nie wystąpi pomoc publiczna.

Powyższe potwierdza, że w przypadku infrastruktury transportowej obecne podejście KE do oceny spełnienia przesłanki wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi jest dosyć liberalne. Odnosząc to do OOP, należy zbadać przede wszystkim jego położenie i przeznaczenie. Jeżeli dany OOP jest położony w rejonie, w którym przepływ zagranicznych podróżnych jest niewielki, nie ma także znaczącej liczby połączeń międzynarodowych ani nie są obsługiwani zagraniczni przewoźnicy, to ryzyko wystąpienia pomocy publicznej jest nieznaczące. Przeznaczenie danego OOP jest także niezwykle istotne – jeżeli bowiem dany OOP jest położony co prawda w dużym mieście, chętnie odwiedzanym przez turystów i dobrze skomunikowanym z innymi państwami członkowskimi (bliskość lotniska, autostrad, międzynarodowych połączeń kolejowych itp.), jednak nie jest głównym dworcem tego miasta, lecz jest położony peryferyjnie i obsługuje głównie ruch lokalny (np. osoby dojeżdżające do pracy z okolicznych miejscowości czy nawet dalszych dzielnic tego miasta), to także nie ma realnego ryzyka wpływu na wymianę handlową. W celu wykazania ww. okoliczności warto skorzystać z dostępnych danych historycznych (statystyki gminne, regionalne dotyczące strumieni podróżnych, dojazdów do pracy, ruchu turystycznego itp., statystyki przewoźników i zarządzających infrastrukturą transportową) oraz projekcji (strategii, programów rozwoju transportu, analiz rynku itp.).

W każdym przypadku należy także zbadać, czy istnieje zainteresowanie inwestorów zagranicznych dokonaniem podobnej inwestycji infrastrukturalnej w danym geograficznym obszarze ciężenia. Aby udowodnić tę kwestię, można uzyskać oświadczenie z urzędu gminy, na którym położony jest dany OOP, czy w przeciągu ostatnich kilku lat odnotowano tam jakiegokolwiek przejawy zainteresowania inwestorów zagranicznych.

Reasumując, w przypadku, gdy nie można wykluczyć wystąpienia pomocy publicznej na bardziej generalnych podstawach, wskazanych w poprzednich częściach niniejszej opinii, należy zawsze przeprowadzić indywidualną ocenę każdej sprawy, szczególnie pod kątem spełnienia przesłanki wpływu na wymianę handlową, w sposób opisany powyżej. Choć oczywiście wyniku tej analizy nie można z góry przewidzieć, to jednak obecną praktykę decyzyjną KE można uogólnić w ten sposób, że w przypadku szeroko rozumianych elementów infrastruktury transportowej służących do obsługi podróżnych Komisja jest obecnie skłonna dopatrywać się występowania pomocy publicznej jedynie wtedy, gdy są to duże (w skali UE) obiekty, obsługujące znaczący ruch międzynarodowy.

**vi. Występowanie pomocy publicznej na poziomie użytkowników końcowych
OOP**

Użytkowników końcowych OOP można podzielić na podróżnych i przewoźników. O ile podróżni w większości nie będą traktowani jako przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, to już przewoźnicy będą spełniali definicję przedsiębiorstwa. Dlatego potencjalnie może na ich poziomie wystąpić pomoc publiczna.

Generalnie KE uważa, że pomoc na poziomie użytkowników nie wystąpi, jeżeli będą oni płacić cenę rynkową za użytkowanie infrastruktury⁶³. Bardziej konkretnie, w odniesieniu do infrastruktury transportowej KE stwierdziła, że pomoc na poziomie użytkowników nie wystąpi, jeśli dana infrastruktura będzie otwarta dla wszystkich potencjalnych użytkowników na równych, uczciwych, niedyskryminacyjnych zasadach, a pobierane opłaty za dostęp do infrastruktury ustanowione są zgodnie z obowiązującym prawem (w tym prawem UE)⁶⁴.

Choć oczywiście kwestia ta wymaga zawsze indywidualnej analizy, to jednak wydaje się, że co do zasady na poziomie użytkowników OOP nie powinna wystąpić pomoc publiczna. OOP są bowiem udostępniane bezpłatnie wszystkim podróżnym.

Jeśli chodzi o OOP będące dworcami, to istnieje ponadto wymóg niedyskryminowania przewoźników chcących skorzystać z dworca, o czym była mowa powyżej. W przypadku OOP niebędących dworcami wprawdzie nie ma takiego szczegółowego wymogu, jednak należy zadbać, by zasada niedyskryminacji przewoźników była w poszczególnych przypadkach zachowana – nie tylko ze względu na zgodność z przepisami prawa pierwotnego UE w zakresie pomocy publicznej, ale także chociażby z uwagi na ogólny zakaz dyskryminacji, wnikający z art. 32 Konstytucji RP. Dlatego też w typowych przypadkach nie wydaje się, aby istniało ryzyko wystąpienia pomocy publicznej na poziomie użytkownika końcowego.

Pewnym specyficznym przypadkiem (choć w praktyce raczej rzadkim, zważywszy, że w ramach ZWP z definicji następuje integracja kilku rodzajów transportu, a więc zasadniczo funkcjonować będzie kilku przewoźników) byłaby sytuacja, gdyby dany OOP mógł być uznany za infrastrukturę dedykowaną jednemu przewoźnikowi⁶⁵. Infrastruktura dedykowana to taka, która jest przeznaczona dla

⁶³ Pkt 225-228 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

⁶⁴ Pkt II.25 Siatki analitycznej dot. transportu.

⁶⁵ Patrz pkt 228 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpvarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

przedsiębiorstwa dającego się zidentyfikować z góry i dostosowana do jego potrzeb⁶⁶. Przykładem może być budowa linii kolejowej prowadzącej jedynie do fabryki danego przedsiębiorstwa⁶⁷.

W przypadku infrastruktury transportowej KE badała sprawę, czy dana infrastruktura (port) jest infrastrukturą dedykowaną jednemu przewoźnikowi w decyzji dot. pomocy publicznej i praw wyłącznych na rzecz Fred Olsen S.A. w porcie Puerto de las Nieves⁶⁸. W decyzji tej KE wzięła pod uwagę następujące czynniki:

- port Puerto de las Nieves (Hiszpania) został przekształcony na terminal promowy z portu rybackiego i był dostosowany wyłącznie do obsługi tzw. „szybkich promów”, nie zaś konwencjonalnych jednostek;
- jedynym armatorem używającym „szybkich promów” był Fred Olsen S.A. – jego konkurenci eksploatowali konwencjonalne jednostki;
- konkurenci Fred Olsen S.A. zarzucali władzom hiszpańskim, że taka techniczna konstrukcja portu stanowi o tym, że jest to infrastruktura dedykowana Fred Olsen S.A., a zatem że finansowanie przebudowy portu to pomoc publiczna dla tego armatora;
- władze hiszpańskie wyjaśniły, że z technicznego punktu widzenia, ze względów bezpieczeństwa, jedynie „szybkie promy” mogą operować z Puerto de las Nieves (została przedstawiona ekspertyza niezależnego eksperta);
- w konkluzji KE, że ograniczenia portu do „szybkich promów” wynika z jego fizycznych uwarunkowań i jest usprawiedliwione względami bezpieczeństwa. Nie jest to więc infrastruktura dedykowana, a zatem brak jest pomocy publicznej dla Fred Olsen S.A.

Podobne rozumowanie można więc stosować przy ocenie, czy dany OOP nie stanowi infrastruktury dedykowanej. Jak już jednak wspomniano, co do zasady w praktyce kwestia ta nie powinna jednak budzić realnych wątpliwości.

vii. Działalność pozatransportowa prowadzona w OOP na niewielką skalę

⁶⁶ Por. definicja w art. 2 pkt 33 rozporządzenia Komisji (UE) z dnia 17 czerwca 2014 r. nr 651/2014 uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014 r., s. 1, z późn. zm.).

⁶⁷ Decyzja KE z 29 czerwca 2011 r. w sprawie N 671/2008 – Pomoc dla Mercedes-Benz Manufacturing Hungary Korlátolt Felelősségű Társaság.

⁶⁸ Decyzja KE z 8 grudnia 2015 r. w sprawie SA.36628 – Pomoc publiczna i prawa wyłączne na rzecz Fred Olsen S.A. w porcie Puerto de las Nieves,

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

W praktyce funkcjonowania OOP, a także innych obiektów o publicznym charakterze, część powierzchni przeznaczana jest na wynajem (m.in. na kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, kasy biletowe) lub ustawienie komercyjnych tablic reklamowych typu citilight itp. Powstaje zatem pytanie, czy prowadzenie takiej działalności, określanej dalej jako działalność pozatransportowa, ma wpływ na wniosek o występowaniu pomocy publicznej i na sposób analizy występowania pomocy publicznej.

W tej kwestii przede wszystkim należy wskazać na pkt 207 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy, z którego wynika, że Komisja uważa, iż finansowanie publiczne zwykłej infrastruktury (takiej jak restauracje, sklepy lub płatne parkingi), znajdującej się w otoczeniu obiektów wykorzystywanych niemal wyłącznie do prowadzenia działalności niegospodarczej, zazwyczaj nie wywiera żadnego wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi, ponieważ ta zwykła infrastruktura raczej nie będzie przyciągać klientów z innych państw członkowskich i jest mało prawdopodobne, aby wpływ jej finansowania na inwestycje transgraniczne lub przedsiębiorczość transgraniczną był większy niż marginalny.

W ten sposób KE wyodrębniła pewną kategorię tzw. „zwykłej infrastruktury” (ang. „customary amenities”, co należy przetłumaczyć raczej jako zwyczajowe udogodnienia), której funkcjonowanie nie wywiera wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE. Tezę KE traktuje się w praktyce szerzej, niż wynika to z jej literalnego brzmienia – uważa się, że Komisja zauważyła w ten sposób, iż w przypadku wielu rodzajów infrastruktury (niekoniecznie strictly wykorzystywanej niegospodarczo, ale bardziej ogólnie – służącej ogółowi społeczeństwa), zwykle przy zasadniczej infrastrukturze (jak w przypadku OOP – służącej obsłudze podróżnych), występują pewne obiekty towarzyszące, uzupełniające ich podstawową funkcję⁶⁹. Występują tam bowiem tradycyjnie obiekty, takie jak restauracje, bufety, sklepy, odpłatne toalety czy parkingi, które w sposób pośredni są związane z obsługą podróżnych w tym sensie, że ułatwiają podróżnym skorzystanie z zasadniczej funkcji danej infrastruktury transportowej. Ponieważ z gruntu można założyć, że są to obiekty małe i o funkcji wyłącznie towarzyszącej zasadniczej, publicznej funkcji infrastruktury, to KE zdecydowała się wskazać, że obiekty takie nie mogą mieć więcej niż marginalnego wpływu na wymianę handlową. Tak więc występowanie takich obiektów w OOP nie ma znaczenia dla kwalifikacji publicznego finansowania

⁶⁹ Por. ekspertyza naukowa Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych pt. „Kwalifikacja finansowania inwestycji dworcowych ze środków publicznych, w tym UE, pod kątem występowania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE – aktualizacja”, przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Tadeusza Skoczego, maj 2017 r., pkt 16, dostępna pod adresem: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/16/dworce-aktualizacja2.pdf>.

budowy lub przebudowy OOP jako stanowiącego lub niestanowiącego pomoc publiczną. Nie ma także znaczenia, czy powierzchnie pod takie zwyczajowe udogodnienia udostępniane są przez zarządzającego OOP nieodpłatnie, czy odpłatnie⁷⁰.

W odniesieniu do przedstawionych powyżej rodzajów obiektów i urządzeń, które stanowią przedmiot zainteresowania zamawiającego, to należy wyodrębnić trzy grupy.

Do pierwszej zaliczają się kasy biletowe. Są one, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 UPTZ niezbędnym elementem wyposażenia dworca, służącym bezpośrednio realizacji funkcji transportowych. W przypadku OOP niebędących dworcami, choć nie jest to element wymagany prawem, to także bezpośrednio wpisuje się w funkcję transportową dworca⁷¹. Tak więc wynajmowanie powierzchni pod kasy biletowe nie zmienia ani sposobu analizy pomocy publicznej, ani wniosków z tej analizy, przedstawionych w poprzednich częściach tej analizy. Analogicznie byłoby także w przypadku automatów do sprzedaży biletów.

Do drugiej grupy należy zaliczyć kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty, czy też bankomaty. Są to najbardziej typowe obiekty i urządzenia, które mogą być zaliczane do kategorii zwyczajowych udogodnień, wskazanych w pkt 207 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy. Stanowią bowiem typowe niewielkie, dodatkowe udogodnienia dla podróżnych korzystających z podstawowej funkcji OOP. Pozwalają bowiem posilić się w trakcie oczekiwania na swój kurs, zaopatrzyć się w kawę, posiłek czy gazetę na czas oczekiwania czy też pobrać gotówkę na zakup biletu czy dokonanie drobnych zakupów w czasie oczekiwania albo w środku transportu. A zatem funkcjonowanie takich obiektów w ramach OOP (w tym odpłatny wynajem powierzchni pod nie przez zarządzającego OOP) mieści się w zakresie funkcjonowania zwyczajowych udogodnień i – jako niewywierające wpływu na wymianę handlową – nie zmienia wniosku o występowaniu lub nie pomocy publicznej w projektach dotyczących budowy/przebudowy OOP ze środków publicznych.

Do trzeciej grupy należą paczkomaty i reklamy typu citylight. Na pewno nie są to obiekty tradycyjnie występujące na dworcach czy innego rodzaju OOP, a to dlatego, że funkcjonują one w przestrzeni

⁷⁰ Por. ekspertyza naukowa Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych pt. „Kwalifikacja finansowania inwestycji dworcowych ze środków publicznych, w tym UE, pod kątem występowania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE – aktualizacja”, przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Tadeusza Skoczego, maj 2017 r., pkt 16, dostępna pod adresem: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/16/dworce-aktualizacja2.pdf>.

⁷¹ Por. ekspertyza naukowa Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych pt. „Kwalifikacja finansowania inwestycji dworcowych ze środków publicznych, w tym UE, pod kątem występowania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE – aktualizacja”, przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Tadeusza Skoczego, maj 2017 r., pkt 16, dostępna pod adresem: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/16/dworce-aktualizacja2.pdf>.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

publicznej stosunkowo od niedawna. Jednakże nie sposób nie zauważyć, że wspierają one mobilność społeczeństwa, przyczyniając się do realizacji funkcji transportowej dworca.

Paczkomaty umożliwiają bowiem odbiór lub nadanie przesyłki przed lub po podróży (np. w drodze z pracy), w ten sposób zwiększają atrakcyjność transportu publicznego i wprowadzają ułatwienia życiowe dla jego użytkowników. Natomiast reklamy typu citylight stanowią swego rodzaju urozmaicenie estetyki powierzchni OOP oraz źródło informacji (o charakterze marketingowym) dla podróżnych, którzy mogą urozmaicić sposób spędzania swojego czasu na OOP przez śledzenie reklam (może to być zamiennik np. czytania gazet, zakupionych w kiosku). Działalność taka stanowi także działalność na niewielką skalę, ponieważ są to urządzenia tak o niewielkich rozmiarach, jak i niewielkim zasięgu oddziaływania (z paczkomatów korzystają wyłącznie okoliczni mieszkańcy; reklama zamieszczona na nośniku typu citylight dociera wyłącznie do podróżnych korzystających z dworca). Nie bez znaczenia jest także to, że dzięki udostępnianiu pewnych niezagospodarowanych powierzchni OOP na takie urządzenia zwiększają się (choć zazwyczaj niewiele) przychody właściciela/zarządzającego, wpływając na obniżenie koniecznego finansowania publicznego transportu zbiorowego (jego infrastruktury). We współczesnych warunkach mogą zatem być uznane za zwyczajowe udogodnienia infrastruktury służącej przewozowi osób OOP. Tak więc ich występowanie w ramach OOP (w tym odpłatny wynajem powierzchni na nie przeznaczony) nie zmienia wniosku o występowaniu lub nie pomocy publicznej w projektach dotyczących budowy/przebudowy OOP ze środków publicznych.

Oczywiście, aby wykluczyć występowanie pomocy publicznej dla właścicieli tych zwyczajowych udogodnień, cena najmu pobierana od nich musi odpowiadać cenie rynkowej. Tak więc należy wybierać najemców w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury albo też dysponować wyceną rynkową takiej usługi, sporządzoną przez eksperta posiadającego odpowiednią renomę, wiedzę i doświadczenie (np. rzeczoznawcę majątkowego).

7. Przypadek parkingów P&R i podobnych w ramach ZWP

Jak już zaznaczono powyżej, kwestia tego, czy publiczne parkingi (w tym parkingi P&R, B&R) mogą być uznawane za infrastrukturę wykorzystywaną do działalności gospodarczej, była przedmiotem wypowiedzi Komisji Europejskiej. W cytowanej powyżej decyzja KE w sprawie SA.36147 – Domniemana pomoc infrastrukturalna udzielona przez Niemcy na rzecz Propapier PM2 GmbH KE wskazała, że publiczne, bezpłatne parkingi, które zasadniczo nie są uznawane za infrastrukturę służącą

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oipwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

do wykonywania działalności gospodarczej⁷². Jednak jest to teza ogólna, zaś w rzeczywistości występują różne modele funkcjonowania takich parkingów. Mając to na uwadze, w celu wyjaśnienia powstających wątpliwości, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wykonujący zadania instytucji koordynującej sprawy związane z monitorowaniem pomocy publicznej w Polsce, wystosował wyjaśnienia, zgodnie z którymi⁷³:

- a) parkingi bezpłatne (niezależnie od faktu posiadania biletu komunikacji publicznej) nie są infrastrukturą wykorzystywaną do wykonywania działalności gospodarczej;
- b) parkingi bezpłatne, ale dostępne tylko pod warunkiem posiadania biletu komunikacji publicznej, nie są infrastrukturą wykorzystywaną do wykonywania działalności gospodarczej;
- c) parkingi bezpłatne dla osób posiadających bilet komunikacji publicznej, dla pozostałych płatne, są infrastrukturą wykorzystywaną do wykonywania działalności gospodarczej;
- d) parkingi w pełni płatne są infrastrukturą wykorzystywaną do wykonywania działalności gospodarczej.

Jeżeli w danym projekcie przewidziany jest jeden z modeli funkcjonowania parkingów wiążących się z wykonywaniem działalności gospodarczej (czyli modele z lit. c i d powyżej), wówczas należy rozważyć wszystkie przesłanki występowania pomocy publicznej, co w przypadku dofinansowania z WRPO 2014+ oznacza de facto skupienie się na przesłance wpływu na wymianę handlową i groźby zakłócenia konkurencji. W tym kontekście należy wskazać, że w przywoływanej powyżej decyzji w sprawie SA.31492 - Platforma multimodalna połączona z portem lotniczym Ronchi de Legionari KE stwierdziła – powołując się na swoje wcześniejsze decyzje – że co do zasady istnieje rynek parkingów P&R, który jest otwarty na konkurencję w wymiarze UE⁷⁴. Tak więc w przypadku każdego takiego parkingu należy indywidualnie przeanalizować, czy wpływ na konkurencję i wymianę handlową przy publicznym finansowaniu jego budowy lub przebudowy da się realnie przewidzieć (a więc nie tylko w sposób hipotetyczny czy domniemany). W tym celu należy przeanalizować, czy z danego parkingów będą korzystać lokalni mieszkańcy (np. dojeżdżający do OOP, gdzie pozostawiają samochód i dalej komunikacją publiczną dojeżdżają do pracy), czy też będą z niego korzystać użytkownicy zagraniczni. Ponadto należy zbadać, czy w danym rejonie odnotowano zainteresowanie inwestorów zagranicznych

⁷² Decyzja KE z 1 października 2014 r. w sprawie SA.36147 – Domniemana pomoc infrastrukturalna udzielona przez Niemcy na rzecz Propapier PM2 GmbH, pkt 149-151.

⁷³ Pismo Zastępcy Dyrektora Departamentu Monitorowania Pomocy Publicznej UOKiK do Zastępcy Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z 19 sierpnia 2016 r., znak: DDO-52-113(3)/16/MP.

⁷⁴ Decyzja KE z 24 maja 2011 r. w sprawie SA.31492 - Platforma multimodalna połączona z portem lotniczym Ronchi de Legionari, pkt 42 i przywołane tam wcześniejsze decyzje KE.

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

budową i eksploatacją takiej infrastruktury (w sposób analogiczny do wskazanego powyżej, tj. np. na podstawie oświadczeń pochodzących z urzędu danej gminy).

Należy też pamiętać, że małe parkingi (także odpłatne, w tym parkingi K&R), funkcjonujące przy dworcach czy innych OOP, niezbędne do spełniania podstawowej funkcji transportowej tych OOP, będą się co do zasady w mojej opinii kwalifikować jako zwyczajowe udogodnienia w rozumieniu pkt 207 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy i w związku z tym należy zakładać, że w przypadku ich publicznego finansowania nie będzie spełniona przesłanka wpływu na wymianę handlową, a zatem nie wystąpi pomoc publiczna.

Natomiast w sytuacji, gdy analiza występowania pomocy publicznej wykaże, że w przypadku konkretnego parkingu wykaże, że pomoc nie wystąpi (np. zastosowany będzie model bez działalności gospodarczej, tj. jeden z li. a i b powyżej), do umieszczanych na takim parkingu niewielkich urządzeń służących do działalności pozatransportowej (np. kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, tablice reklamowe typu citilight) zastosowanie znajdą zasady dotyczące zwyczajowych udogodnień (w rozumieniu pkt 207 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy), w sposób analogiczny do tego opisanego powyżej dla OOP. Jest tak, ponieważ także w przypadku przedmiotowych parkingów takie niewielkie urządzenia (a więc również wynajem powierzchni pod nie) jedynie towarzyszą, uzupełniają podstawową funkcję infrastruktury, a zatem nie ma groźby zakłócenia konkurencji i wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE. Zatem sam fakt komercyjnego najmu powierzchni pod takie zwyczajowe udogodnienia nie powinien wpływać na wniosek o występowaniu bądź nie pomocy publicznej przy publicznym finansowaniu budowy lub rozbudowy parkingu.

E. PODSUMOWANIE

Na podstawie przeprowadzonej analizy prawa unijnego i polskiego można wyciągnąć następujące najważniejsze wnioski:

- co do zasady dworce autobusowe i kolejowe są infrastrukturą, która służy do wykonywania działalności gospodarczej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Co do innych typów OOP, tzn. takich, które nie spełniają definicji dworca, a mogłyby ewentualnie powstać w ramach ZWP, to można ewentualnie stwierdzić, że nie jest to infrastruktura służąca do wykonywania działalności gospodarczej. Jednakże, jako że w praktyce decyzyjnej KE kwestia ta jest otwarta i

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirp.warszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

kontrowersyjna, dlatego także tego typu OOP zostały poddane (razem z dworcami) analizie spełniania pozostałych przesłanek występowania pomocy publicznej;

- chociaż eksploatacja infrastruktury kolejowej – takiej jak tory kolejowe, mosty i tunele kolejowe oraz i dworce, a także miejskiej infrastruktury transportowej, takiej jak tory tramwajowe, podziemny transport publiczny czy infrastrukturę transportu miejskiego i lokalnego (w tym dworce) – może stanowić działalność gospodarczą, to budowa takiej infrastruktury, udostępnianej potencjalnym użytkownikom na równych i niedyskryminacyjnych warunkach – w przeciwieństwie do jej eksploatacji – zazwyczaj spełnia warunki określone powyżej i w związku z tym jej finansowanie nie ma wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi ani nie zakłóca konkurencji;
- gdy odpowiedzialność za budowę infrastruktury oraz za jej eksploatację jest połączona (ang. „bundled”) w ten sposób, że spoczywa na jednym podmiocie (ten sam podmiot jest odpowiedzialny za budowanie, utrzymywanie i eksploatację infrastruktury). W takich przypadkach, w celu wykluczenia pomocy publicznej należy:
 - albo powierzać połączone zadania z zakresu budowy oraz eksploatacji (zarządzania) infrastruktury w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury,
 - albo działalność w zakresie zarządzania daną infrastrukturą powinna być objęta monopolem prawnym, ustanowionym zgodnie z przepisami prawa UE;
- w przypadku, kiedy funkcje w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury są wyraźnie oddzielone od zarządzania tą infrastrukturą, publiczne finansowanie budowy lub rozbudowy OOP nie będzie stanowiło pomocy publicznej na poziomie inwestora/właściciela ani na poziomie operatora (zarządzającego);
- w przypadku, gdy działalność w zakresie zarządzania infrastrukturą oraz działalność w zakresie budowy będzie połączona w ten sposób, że będzie za nią odpowiedzialny jeden podmiot, niebędący właścicielem danego OOP, jeżeli właściciel takiej infrastruktury powierzy w drodze otwartego, niedyskryminacyjnego i przejrzystego postępowania połączone zadania tak w zakresie zarządzania, jak i w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury (i w ten sposób operator będzie odpowiedzialny tak za zarządzanie, jak i za budowę i utrzymanie), nie wystąpi pomoc publiczna na poziomie ani właściciela, ani operatora;

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarzawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

- w przypadku, gdy działalność w zakresie zarządzania infrastrukturą jest połączona z działalnością w zakresie budowy i utrzymania infrastruktury, a działalność w zakresie zarządzania nie została powierzona w drodze otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury, publiczne finansowanie budowy lub rozbudowy dworców kolejowych nie będzie stanowiło pomocy publicznej na poziomie inwestora/właściciela ani na poziomie operatora (zarządzającego). Inaczej jednak ma się sprawa z OOP niebędącymi dworcami kolejowymi. W tym przypadku nie można stwierdzić, że istnieje monopol prawny na zarządzanie tego typu infrastrukturą. Dlatego też w przypadku OOP niebędących dworcami kolejowymi nie można w sposób generalny wykluczyć występowania pomocy publicznej, lecz należy w każdym przypadku przeprowadzić indywidualną analizę;
- w przypadku, gdy nie można wykluczyć wystąpienia pomocy publicznej na bardziej generalnych podstawach, wskazanych w poprzednich częściach niniejszej opinii, należy zawsze przeprowadzić indywidualną ocenę każdej sprawy, szczególnie pod kątem spełnienia przesłanki wpływu na wymianę handlową, w sposób opisany powyżej. Choć oczywiście wyniku tej analizy nie można z góry przewidzieć, to jednak obecną praktykę decyzyjną KE można uogólnić w ten sposób, że w przypadku szeroko rozumianych elementów infrastruktury transportowej służących do obsługi podróżnych Komisja jest obecnie skłonna dopatrywać się występowania pomocy publicznej jedynie wtedy, gdy są to duże (w skali UE) obiekty, obsługujące znaczący ruch międzynarodowy;
- w typowych przypadkach nie wydaje się, aby istniało ryzyko wystąpienia pomocy publicznej na poziomie użytkownika końcowego OOP;
- jeżeli część powierzchni OOP przeznaczana jest na wynajem (m.in. na kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, kasy biletowe) lub ustawienie komercyjnych tablic reklamowych typu citilight itp., to funkcjonowanie takich obiektów w ramach OOP (w tym odpłatny wynajem powierzchni pod nie przez zarządzającego OOP) mieści się w zakresie funkcjonowania zwyczajowych udogodnień i – jako niewywierające wpływu na wymianę handlową – nie zmienia wniosku o występowaniu lub nie pomocy publicznej w projektach dotyczących budowy/przebudowy OOP ze środków publicznych;
- jeśli chodzi o parkingi P&R, to w zależności od modelu ich funkcjonowania, mogą one służyć do wykonywania działalności gospodarczej albo też mogą być infrastrukturą przeznaczoną do wykonywania działalności niegospodarczej. Jeżeli wybrany został model związany z

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO KAMIL CIUPAK

ul. JELENIOGÓRSKA 24 lok. 8

80-180 GDAŃSK

TEL. 608 450 173, E-MAIL: kamil.ciupak@oirpwarszawa.pl, NIP: 921-194-36-19, REGON: 147271280

wykonywaniem działalności gospodarczej, wówczas należy rozważyć wszystkie przesłanki występowania pomocy publicznej, co w przypadku dofinansowania z WRPO 2014+ oznacza de facto skupienie się na przesłance wpływu na wymianę handlową i groźby zakłócenia konkurencji. Natomiast do umieszczanych na takim parkingu niewielkich urządzeń służących do działalności pozatransportowej (np. kiosk z gazetami, lokal gastronomiczny, automaty vendingowe – kawomaty/paczkomaty/bankomaty, tablice reklamowe typu citilight), zastosowanie znajdują zasady dotyczące zwyczajowych udogodnień (w rozumieniu pkt 207 Zawiadomienia ws. pojęcia pomocy), w sposób analogiczny do tego, który został przedstawiony dla OOP.