

Marcin Kraśniewski*

Otwarty dostęp w świetle decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Analiza wybranych decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego
 1. Analiza stanów faktycznych spraw
 2. Podstawa odmowy przyznania otwartego dostępu
 3. Błędne stosowanie przepisów w decyzjach Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego
- III. Wnioski

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest ocena mechanizmu otwartego dostępu obowiązującego po nowelizacji ustawy o transporcie kolejowym z dnia 16 listopada 2016 roku. Oceny tego mechanizmu dokonano w oparciu o wybrane decyzje wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie otwartego dostępu. Autor dokonuje analizy i porównania przepisów prawnych w zakresie otwartego dostępu obowiązujących przed i po nowelizacji ustawy o transporcie kolejowym z dnia 16 listopada 2016 roku, a także wskazuje na praktykę stosowania prawa w tym zakresie. W końcowej części artykułu autor próbuje udzielić odpowiedzi na pytanie: czy nowe rozwiązania prawne, tj. obowiązujące przepisy w zakresie otwartego dostępu, stanowią remedium na występujące w obrocie prawnym problemy?

Słowa kluczowe: otwarty dostęp; Prezes Urzędu Transportu Kolejowego; przewoźnik kolejowy; usługi publiczne; przewozy komercyjne.

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Rok 2017 jest początkiem obowiązywania największej jak do tej pory nowelizacji ustawy o transporcie kolejowym z 16 listopada 2016 roku¹. Niniejsza nowelizacja² przyniosła istotne zmiany w zakresie infrastruktury kolejowej, wprowadzając: jednolite pojęcia „infrastruktury kolejowej” i „zarządcy infrastruktury”; a także nowe pojęcie „infrastruktury usługowej i jej zarządcy”; zasady

* Doktorant w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; wiceprezes Zarządu Polskiej Fundacji Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej *Ius Publicum* w Warszawie oraz prezes Naukowego Koła Prawa Energetycznego i Innych Sektorów Infrastrukturalnych Uniwersytetu Łódzkiego; organizator cyklu konferencji pt. „Konsument na rynku kolejowych przewozów pasażerskich”; e-mail: marcin.krasniewski@unilodz.eu krasniewski@iuspublicum.pl.

¹ Ustawa z dn. 16.11.2016 r. o zamianie ustawy o transporcie kolejowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 1923).

² Nowelizacja miała na celu implementację do porządku krajowego przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego, w szczególności: zmiany w zakresie określenia składników infrastruktury kolejowej, procesu

funkcjonowania Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (dalej: UTK), w tym zasadę kadencyjności oraz podleganie Prezesowi Rady Ministrów i wyłączając go jednocześnie spod bezpośredniej podległości ministrowi właściwemu do spraw transportu; zasady udostępniania infrastruktury kolejowej oraz jej finansowania i wreszcie otwartego dostępu (*open access*).

Nowelizacja ustawy o transporcie kolejowym z dnia 16 listopada 2016 r. zastąpiła dotychczasowy rozdział 5c oraz art. 29a ust. 4–11. Procedurę otwartego dostępu w odniesieniu do przewozów międzynarodowych i krajowych częściowo ujednolicono, pozostawiając odmienny sposób oceny w zakresie wpływu usług na umowę o świadczenie usług publicznych. Mechanizm otwartego dostępu reguluje w aktualnym stanie prawnym art. 29c ustawy o transporcie kolejowym.

Prezes UTK wydaje decyzję o przyznaniu otwartego dostępu na danej trasie międzynarodowej w przypadku, gdy spełnione zostaną następujące warunki:

- 1) w wyniku przeprowadzonego badania, o którym mowa w art. 7 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 869/2014 z dnia 11 sierpnia 2014 r. w sprawie nowych kolejowych przewozów pasażerskich³, Prezes UTK określi, że głównym celem proponowanych nowych usług kolejowych jest przewóz pasażerów między stacjami znajdującymi się w różnych państwach członkowskich Unii Europejskiej albo żaden podmiot nie wystąpi o przeprowadzenie takiego badania;
- 2) w wyniku przeprowadzonego badania, o którym mowa w art. 12 ww. rozporządzenia, Prezes UTK określi, że proponowane nowe międzynarodowe połączenie pasażerskie nie zagraża równowadze ekonomicznej umowy.

Natomiast na trasach krajowych Prezes UTK wydaje decyzję o przyznaniu otwartego dostępu, w przypadku gdy w wyniku przeprowadzonego badania określi, że proponowane krajowe połączenie pasażerskie nie zagraża równowadze ekonomicznej umowy o świadczenie usług publicznych albo żaden podmiot nie wystąpi o przeprowadzenie takiego badania. W zakresie procedury przeprowadzenia badania stosuje się odpowiednio przepisy rozporządzenia 869/2014 z wyłączeniem art. 13 i art. 14. Ustawa ponadto stanowi, że Prezes UTK uznaje równowagę ekonomiczną umowy o świadczenie usług publicznych za zagrożoną, w przypadku gdy skutkiem proponowanej usługi będzie inne niż nieistotne obniżenie przychodów z przewozów realizowanych na podstawie umowy.

Przyjęte rozwiązanie prawne różni się znacznie od obowiązującego uprzednio mechanizmu, który zakładał wydanie decyzji odmawiającej przyznania otwartego dostępu w przypadku stwierdzenia, że działalność określona we wniosku przez przewoźnika kolejowego wpłynie na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, skutkując:

alokacji zdolności przepustowej i pobierania opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej, wzmocnienia kompetencji i niezależności organu regulacyjnego, wyodrębnienia tzw. obiektów infrastruktury usługowej i procesu ich udostępniania, w szczególności określenia zasad funkcjonowania dworców kolejowych. Rządowy projekt nowelizacji wpłynął do Sejmu 15.09.2016 roku. Przedmiotowy projekt był procedowany w Sejmie niezmiernie szybko. Po pięciu tygodniach od wypłynięcia do Sejmu odbyło się III czytanie i głosowanie nad projektem (21.10.2016 r.). Przy 431 głosach „za”, braku głosów „przeciw” oraz wstrzymujących się nowelizacja ustawy o transporcie kolejowym została przyjęta przez Sejm i skierowana do Senatu. Izba Wyższa Parlamentu wniosła poprawki, które zostały w całości przyjęte przez Sejm (16.11.2016 r.). Prezydent RP podpisał ustawę w dniu 23.11.2016 roku, a następnie ogłoszono ją w Dzienniku Ustaw w dniu 29.11.2016 roku. Ustawa weszła w życie po upływie miesiąca od dnia ogłoszenia, tj. 30.12.2016 roku, z wyjątkiem: art. 1 pkt 17 lit. b i c, które wchodzi w życie po upływie dwóch miesięcy od dnia ogłoszenia; art. 1 pkt 53–58, które weszły w życie po upływie sześciu miesięcy od dnia ogłoszenia; art. 2, który natomiast wszedł w życie z dniem 01.01.2017 roku.

³ Dz. Urz. UE L 239 z 12.08.2014, str. 1.

- wzrostem poziomu rekompensaty wypłacanej przez organizatora operatorowi publicznego transportu kolejowego o więcej niż 10% w stosunku do poziomu wynikającego z umowy o świadczenie usług publicznych lub
- zakłóceniem regularności przewozów pasażerskich, z uwzględnieniem natężenia ruchu na linii kolejowej oraz potrzeb podróżnych.

Analiza literalna obu rozwiązań może prowadzić do wniosku, iż zmienione zasady przyznawania/odmawiania otwartego dostępu w polskim porządku zmieniły się na lepsze. Ustawodawca usuwa z ustawy niejasną przesłankę, jaką było zakłócenie regularności przewozów pasażerskich, wprowadza odrębne tryby przyznawania dostępu dla przewozów międzynarodowych i krajowych, zakłada opracowanie przez regulatora metodyki przeprowadzenia badań wpływu nowych przewozów na równowagę ekonomiczną świadczonych usług publicznych, zakłada badanie wpływu działalności komercyjnej przez pryzmat przychodów osiąganych z wykonywania usługi publicznej, a nie wzrostu rekompensaty.

W tym miejscu należy zastanowić się jednak czy owe przemodelowanie mechanizmu otwartego dostępu jest znaczącą zmianą dla polskiego rynku kolejowych przewozów pasażerskich. Nie ulega wątpliwości, że stary mechanizm był częściowo niedoskonały, albowiem wprowadzał on niejasną przesłankę odmowy przyznania otwartego dostępu, jaką było **zakłócenie regularności** przewozów pasażerskich, z uwzględnieniem natężenia ruchu na linii kolejowej oraz potrzeb podróżnych. Zmiany w zakresie otwartego dostępu były uzasadnione, ale nie z uwagi na samą istotę otwartego dostępu obowiązującego w Polsce, ale ze względu na stosowanie przepisów ustawy o transporcie kolejowym w tym zakresie. Nieprawidłowe stosowanie przepisów przez Prezesa UTK, a także w pewnej mierze przez organizatora publicznego transportu zbiorowego, jakim jest minister właściwy do spraw transportu (obecnie: Minister Infrastruktury i Budownictwa; dalej: MIB), rodziło potrzebę zmian. Dostrzegalne były dysfunkcje tego mechanizmu godzące w interes pasażerów, przewoźników kolejowych, a także organizatorów publicznego transportu zbiorowego (sic!). Powyższa konstatacja prowadzi do konieczności postawienia następującego pytania: czy nowe rozwiązania prawne, tj. obowiązujące przepisy w zakresie otwartego dostępu, stanowią remedium na występujące w obrocie prawnym problemy? Jednocześnie można postawić pomocnicze pytania badawcze: czy nowy mechanizm gwarantuje obiektywne, pozbawione oddziaływania podmiotów poddanych regulacji oraz władzy państwowej przeprowadzenie analizy wpływu działalności komercyjnej na usługi publiczne; czy nowy mechanizm traktuje na równi wszystkie podmioty poddane regulacji; czy nowy mechanizm należyście uwzględnia potrzeby podróżnych, jak również przewoźników komercyjnych; czy przesłanki odmowy przyznania otwartego dostępu są precyzyjne; czy nowy mechanizm określa czasowe ramy postępowania przed Prezesem UTK?

Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na postawione powyżej pytania przez pryzmat wybranych decyzji wydanych przez Prezesa UTK w zakresie otwartego dostępu. Na ich podstawie zostały wyodrębnione dysfunkcje na etapie stosowania przepisów, które winny być uwzględnione przez ustawodawcę w toku prac nad nowymi rozwiązaniami prawnymi, tj. nowelizacją z dnia 16 listopada 2016 roku. Metodami badawczymi wykorzystanymi w analizie jest metoda badawczo-prawna oraz metoda empiryczna. Dokonano analizy i porównania przepisów prawnych w zakresie otwartego dostępu obowiązujących przed i po nowelizacji ustawy o transporcie kolejowym z dnia

16 listopada 2016 roku. Metoda empiryczna wskazuje na praktykę stosowania prawa w zakresie otwartego dostępu.

W niniejszej pracy dokonano analizy następujących decyzji Prezesa UTK:

- 1) decyzja z dnia 8 kwietnia 2016 roku znak: DRRK-WR.715.19.2015.AnK przyznająca PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie otwarty dostęp dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Warszawa Wschodnia – Łódź Fabryczna – Warszawa Wschodnia;
- 2) decyzja z dnia 8 kwietnia 2016 roku znak: DRRK-WR-715.3.2016.GS przyznająca PKP Szybkiej Kolei Miejskiej w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni otwarty dostęp dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Gdańsk Główny – Gdynia Główna – Gdańsk Główny;
- 3) decyzja z dnia 10 czerwca 2016 roku znak: DRRK-WR-715.9.2016.MA odmawiająca przyznania przewoźnikowi Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie otwartego dostępu dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Warszawa Wschodnia – Poznań Główny – Warszawa Wschodnia;
- 4) decyzja z dnia 23 czerwca 2016 roku znak: DRRK-WR-715.5.2016.AnK odmawiająca przyznania przewoźnikowi Arriva RP Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu otwartego dostępu dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia;
- 5) decyzja z dnia 8 grudnia 2016 roku znak: DRRK-WR-715.15.2016.MB odmawiająca przyznania przewoźnikowi Arriva RP Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu otwartego dostępu dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Wrocław Leśnica (Wrocław Nadodrze) – Rzeszów Główny i w relacji powrotnej;
- 6) decyzja z dnia 24 lutego 2017 roku znak: DRRK-WR-715.26.2016.ŁB odmawiająca przyznania przewoźnikowi Arriva RP Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu otwartego dostępu dla pasażerskich przewozów kolejowych na trasie: Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia.

II. Analiza wybranych decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego

1. Analiza stanów faktycznych spraw

- 1) Decyzja z 8 kwietnia 2016 roku wydana na wniosek PKP Intercity S.A. (wnioskowany dostęp na trasie Warszawa Wschodnia – Łódź Fabryczna – Warszawa Wschodnia).

Wniosek w przedmiotowej sprawie złożono 24 grudnia 2016 roku. Po uzupełnieniu braków formalnych Prezes UTK pismem z 15 stycznia 2016 roku poinformował o wszczęciu postępowania administracyjnego. W trakcie postępowania, w trybie art. 28r ust. 1a utk Prezes UTK wystąpił o przedstawienie dokumentów, informacji i wycień niezbędnych do przeprowadzenia analizy do organizatorów publicznego transportu zbiorowego właściwych ze względu na przebieg wnioskowanej trasy: MIB, Marszałków Województw Łódzkiego i Mazowieckiego oraz Prezydenta m.st. Warszawy. W udzielonych przez organizatorów odpowiedziach nie wskazano, że przyznanie otwartego dostępu we wnioskowanym zakresie wpłynie na warunki ekonomiczne świadczenia usług na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych. Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z wyjaśnieniami MIB z przeprowadzonych badań przepływów pasażerów, na które się powołał, wynika, że przewozy realizowane na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych

dotychczas nie zaspokajały w pełni popytu pasażerów na usługi przewozowe w relacji Warszawa Wschodnia – Łódź Fabryczna. Przewozy komercyjne stanowiłyby zatem uzupełnienie istniejącej oferty, przez co nie wpływałyby znacząco na spadek przychodów, ale tworzyły efekt synergii na wnioskowanej linii komunikacyjnej. Prezydent m.st. Warszawy i Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie nie zajęli stanowiska w przedmiotowej sprawie.

- 2) Decyzja z 8 kwietnia 2016 roku wydana na wniosek PKP Szybkiej Kolei Miejskiej w Trójmieście Sp. z o.o. (wnioskowany dostęp na trasie Gdańsk Główny – Gdynia Główna – Gdańsk Główny).

W dniu 20 stycznia 2016 roku do Prezesa UTK wpłynął wniosek przewoźnika o wydanie decyzji o przyznanie otwartego dostępu na trasie Gdańsk Główny – Gdynia Główna – Gdańsk Główny. Pismem z dnia 12 lutego 2016 roku Prezes UTK zawiadomił wnioskodawcę o wszczęciu postępowania administracyjnego, a następnie wystąpił w trybie art. 28r ust. 1a utk do organizatorów publicznego transportu zbiorowego – MIB oraz Marszałka Województwa Pomorskiego. Udzielone odpowiedzi wskazywały na brak przeszkód dla funkcjonowania wnioskowanych połączeń w ramach otwartego dostępu, a jednocześnie na niezaspokojenie w pełni potrzeb podróży na usługi tego typu przewozami realizowanymi na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych.

- 3) Decyzja z 10 czerwca 2016 roku wydana na wniosek Kolei Mazowieckich Sp. z o.o. (wnioskowany dostęp na trasie Warszawa Wschodnia – Poznań Główny – Warszawa Wschodnia).

W dniu 9 marca 2016 roku do Prezesa UTK wpłynął wniosek Kolei Mazowieckich o przyznanie otwartego dostępu na trasie Warszawa Wschodnia – Poznań Główny – Warszawa Wschodnia na okres od 1 stycznia 2017 roku do 31 grudnia 2021 roku. Prezes UTK poinformował przewoźnika o wszczęciu postępowania pismem z dnia 31 marca 2016 roku. W toku postępowania zwrócono się o udzielenie odpowiedzi do MIB, marszałków województw: łódzkiego, mazowieckiego, wielkopolskiego oraz Prezydenta m.st. Warszawy. Marszałkowie województw łódzkiego i mazowieckiego nie wnieśli uwag. Natomiast Marszałek Województwa Wielkopolskiego zwrócił uwagę na kolidowanie wnioskowanej relacji z godzinami kursowania pociągów Kolei Wielkopolskich Sp. z o.o. MIB przekazał w odpowiedzi, że uruchomienie połączeń o charakterze komercyjnym na analizowanej trasie może oddziaływać w znacznym stopniu na poziom rekompensaty i deficytu oraz wpłynąć na zakłócanie regularności przewozów pasażerskich połączeń objętych umową o świadczenie usług publicznych realizowanych w całości bądź w części na wnioskowanej trasie. MIB oszacował spadek przychodów na poziomie 17% w przypadku uruchomienia jednej pary dodatkowych pociągów komercyjnych. Szacowany deficyt w przedmiotowych połączeniach wzrósłby zaś o ok. 55%. Ponadto zwrócił uwagę, że dotychczas świadczone usługi w pełni zaspokajają popyt na danej relacji. Prezydent m.st. Warszawy i Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie nie zajęli stanowiska w przedmiotowej sprawie. PKP PLK S.A. poinformowała, że z uwagi na modernizację linii E-20 na odcinku Warszawa – Poznań nie widzi możliwości przydzielenia tras na podstawie decyzji o przyznaniu otwartego dostępu bez wpływu na trasowanie dotychczas realizowanych przewozów pasażerskich.

- 4) Decyzja z 23 czerwca 2016 roku wydana na wniosek Arriva RP Sp. z o.o. (wnioskowany dostęp na trasie Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia).

Pismem z dnia 20 stycznia 2016 roku (data wpływu: 29 stycznia 2016 roku) Arriva RP złożyła wniosek o otwarty dostęp na trasie Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia na okres od 11 grudnia 2016 roku do 11 grudnia 2021 roku. Odpowiedzi w przedmiotowej sprawie udzielili: MIB, marszałkowie województw: łódzkiego, małopolskiego, mazowieckiego, śląskiego i świętokrzyskiego, Prezydent m.st. Warszawy. Marszałek Województwa Świętokrzyskiego wskazał na możliwość wystąpienia konfliktu tras pociągów objętych umową o świadczenie usług publicznych na trasie Kielce – Sędziszów – Kraków Główny. Natomiast Marszałek Województwa Śląskiego podkreślił tylko, że jego zdaniem pociągi uruchamiane na podstawie zawieranych umów o świadczenie usług publicznych powinny zostać wytrasowane priorytetowo, przed pociągami planowanymi do realizacji w ramach otwartego dostępu. Marszałek Województwa Małopolskiego przedstawił postulat zmiany godzin odjazdu i przyjazdu pociągów, o których mowa we wniosku Arriva RP, z uwagi na ich kolizję z pociągami Kolei Małopolskich Sp. z o.o. W ocenie Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie przyznanie otwartego dostępu nie wpłynie na zakłócenie regularności przewozów aglomeracyjnych i wojewódzkich oraz na pogorszenie poziomu zaspokojenia potrzeb pasażerów korzystających z tego segmentu usług. Natomiast zadaniem MIB uruchomienie dodatkowych połączeń może prowadzić do naruszenia równowagi ekonomicznej operatora (PKP Intercity S.A.). W ocenie MIB spadek przychodów wyniósłby od 20% w pierwszym roku, 27% w drugim roku, od 34% – w trzecim. Zarządca infrastruktury kolejowej poinformował o braku możliwości przydzielenia wnioskowanych tras bez wpływu na trasowanie dotychczasowych połączeń.

- 5) Decyzja z 8 grudnia 2016 roku wydana na wniosek Arriva RP Sp. z o.o. (wnioskowany dostęp na trasie Wrocław Leśnica <Wrocław Nadodrze> – Rzeszów Główny i w relacji powrotnej).

Przewoźnik złożył wniosek o wydanie decyzji w sprawie otwartego dostępu w dniu 25 maja 2016 roku (datowane na dzień 24 maja 2016 roku), w którym zawniioskowano o otwarty dostęp na trasie Wrocław Leśnica (Wrocław Nadodrze) – Rzeszów Główny i w relacji powrotnej na okres od 1 października 2017 roku do 30 września 2022 roku. O odpowiedź w sprawie zwrócono się do MIB oraz marszałków województw: dolnośląskiego, opolskiego, śląskiego, małopolskiego oraz podkarpackiego. Marszałek Województwa Małopolskiego poinformował, że wnioskowana działalność nie powinna wpłynąć na zakłócanie regularności połączeń wojewódzkich. Natomiast Marszałek Województwa Śląskiego oznajmił, że nie dysponuje informacjami dotyczącymi wpływu wnioskowanej działalności. Marszałek Województwa Podkarpackiego w odpowiedzi wyraził oczekiwanie, że godziny kursowania pociągów Arriva RP zostaną dostosowane do godzin kursowania pociągów usługi publicznej. Marszałek Województwa Opolskiego poinformował, że uruchomienie pociągów międzywojewódzkich przez Arriva RP wpłynie korzystnie na ofertę dla podróżnych z województwa opolskiego. Z kolei Marszałek Województwa Dolnośląskiego wskazał, że z zainteresowaniem odnosi się do propozycji uruchomienia nowych połączeń dalekobieżnych, które mogą dać mieszkańcom Dolnego Śląska kolejne możliwości podróżowania. MIB wyraził opinię, że uruchomienie połączeń o charakterze komercyjnym na wspomnianej trasie może oddziaływać w znacznym stopniu na poziom rekompensaty i deficytu oraz wpłynąć na zakłócenie regularności

przewozów pasażerskich przez połączenia objęte umową o świadczenie usług publicznych realizowane w całości bądź części na wnioskowanej trasie. Ponadto w ocenie MIB pojawienie się konkurenta może skutkować ograniczeniem przewozów realizowanych przez PKP Intercity S.A. na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, a nawet zagrażać świadczeniu usług o charakterze użyteczności publicznej. PKP PLK poinformowała, że nie widzi możliwości zwiększenia liczby tras (na odcinku Wrocław Główny – Kraków Główny/Rzeszów Główny do grudnia 2020 roku, natomiast na odcinku Wrocław Leśnica/Wrocław Nadodrze – Kraków Główny/Rzeszów Główny do grudnia 2021 roku) ze względu na przebudowę wiaduktu kolejowego i budowę przystanku osobowego.

6) Decyzja z dnia 24 lutego 2017 roku wydana na wniosek Arriva RP Sp. z o.o. (wnioskowany dostęp na trasie: Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia).

Dnia 13 lipca 2016 roku do Prezesa UTK wpłynął wniosek Arriva RP (datowany na dzień 12 lipca 2016 roku) o wydanie decyzji w sprawie przyznania otwartego dostępu na trasie Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia na okres od 10 grudnia 2017 roku do 10 grudnia 2022 roku. W odpowiedziach marszałkowie województw: łódzkiego, świętokrzyskiego, śląskiego oraz małopolskiego oraz Prezydent m.st. Warszawy nie zgłosili uwag oraz nie przedstawili materiałów pozwalających na odmowę dostępu. W odpowiedziach organizatorzy regionalni zastrzegali sobie prawo pierwszeństwa przejazdu pociągów przed pociągami kursującymi na podstawie decyzji o przyznaniu otwartego dostępu. Natomiast MIB, podobnie jak ww. sprawie, wskazał, że uruchomienie wnioskowanej działalności stanowi zagrożenie dla usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych. Ponadto MIB zwrócił uwagę, że przewozy Arriva RP mogą uniemożliwić realizację Krajowego Planu Transportowego⁴, albowiem połączenia z Krakowa do Białegostoku, Gdańska oraz Olsztyna możliwe są przede wszystkim dzięki relacji Warszawa – Kraków. Jednocześnie usługi świadczone w ramach otwartego dostępu mogłyby skutkować zakłóceniem dostępności regionów atrakcyjnych turystycznie (m.in. Krynica-Zdrój, Sucha Beskidzka, Zakopane, Hajnówka) z uwagi na oparcie połączeń z tymi regionami na bazie relacji Warszawa – Kraków. PKP PLK poinformował, że nie widzi możliwości przydzielania tras, o które zawniosowała Arriva RP.

2. Podstawa odmowy przyznania otwartego dostępu

Podstawą odmowy przyznania otwartego dostępu przewoźnikom kolejowym w wymienionych powyżej decyzjach była przesłanka określona w art. 28r ust. 1b pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym. Prezes UTK wydawał decyzję odmawiającą przyznania otwartego dostępu w przypadku stwierdzenia, że działalność określona we wniosku przez przewoźnika kolejowego wpłynie na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, skutkując zakłóceniem regularności przewozów pasażerskich, z uwzględnieniem natężenia ruchu na linii kolejowej oraz potrzeb podróżnych.

Prezes UTK w toku swojego rozumowania na podstawie danych przedstawionych przez organizatora publicznego transportu zbiorowego stwierdzał, że działalność określona we wniosku doprowadzi do zmniejszenia liczby pasażerów korzystających z przewozów realizowanych

⁴ Dz. U. 2016, poz. 1996.

w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. W związku z powyższym skutkiem pomniejszonych przychodów operatora byłby wzrost różnicy pomiędzy przychodami osiąganymi z tytułu realizacji połączeń użyteczności publicznej na liniach wskazanych we wnioskach a kosztami ponoszonymi przy ich realizacji. W ślad za wzrostem deficytu połączeń realizowanych na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych doszłoby do zwiększenia rekompensaty, jaka powinna być wypłacona operatorowi. Jednak w świetle przedstawionych przez organizatorów umów Prezes UTK stwierdzał, że nie był możliwy wzrost ponad maksymalny poziom określony w ustawie budżetowej na dany rok kalendarzowy. Wobec powyższego w celu uniknięcia nadmiernego deficytu konieczne byłoby ograniczenie liczby połączeń realizowanych w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. Działanie takie w konsekwencji uznawano za zakłócenie regularności.

3. Błędne stosowanie przepisów w decyzjach Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego

Po przeprowadzonej analizie wybranych decyzji Prezesa UTK w zakresie przyznania otwartego dostępu w rozstrzygnięciach regulatora można dostrzec błędne stosowanie przepisów ustawy o transporcie kolejowym.

1. *Brak analizy wpływu wnioskowanej działalności na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych*

Po przeprowadzonej analizie ww. decyzji nie można zgodzić się z wnioskiem Prezesa UTK, że został wykazany wpływ działalności określonej we wniosku na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, spełniające kryterium, o którym mowa w art. 28r ust. 1b utk, stanowiące przesłankę do wydania decyzji odmawiającej przyznania otwartego dostępu. W decyzjach regulator wskazał, że uruchomienie przez wnioskodawcę nowych połączeń **mogłoby** doprowadzić do rezygnacji części pasażerów z połączeń o charakterze użyteczności publicznej na rzecz pociągów przewoźnika. Odejście części pasażerów pociągów usługi publicznej do pociągów wnioskodawcy **mogłoby** spowodować zmniejszenie wpływów operatora ze sprzedaży biletów.

Trzeba jednak pamiętać, że zgodnie z art. 28r ust. 1b utk na Prezesie UTK spoczywa ciężar dowodu, że działalność określona we wniosku przez przewoźnika kolejowego **wpływie** na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, **skutkując**:

- wzrostem poziomu rekompensaty wypłacanej przez organizatora operatorowi publicznego transportu kolejowego o więcej niż 10% w stosunku do poziomu wynikającego z umowy o świadczenie usług publicznych

lub

- zakłóceniem regularności przewozów pasażerskich z uwzględnieniem natężenia ruchu na linii kolejowej oraz potrzeb podróżnych.

Analiza wpływu jest zatem kluczowym dowodem w ustaleniu znaczenia oddziaływania wnioskowanej działalności na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych. Wydaje się, że Prezes UTK swoje rozumowanie opiera wyłącznie na stanowisku przedstawionym przez jednego z organizatorów publicznego transportu zbiorowego właściwych ze względu na przebieg trasy wskazanej we wniosku, tj. MIB, mimo że to

na regulatorze spoczywa wyłączny ciężar dowodu. Można także odnieść wrażenie, że MIB w toku postępowań ww. sprawach zajmuje stanowisko w sprawie, a nie wyłącznie udziela wymaganych dokumentów, informacji i obliczeń niezbędnych do przeprowadzenia analizy rynku. Zajęcie stanowiska przez organizatora publicznego transportu zbiorowego jest niedopuszczalne. Organem władnym do zajęcia stanowiska w sprawie przyznania otwartego dostępu jest wyłącznie Prezes UTK, który na podstawie udzielonych dokumentów, informacji i obliczeń ze strony organizatorów ustala prawdę obiektywną.

Trzeba pamiętać, że ustalenie prawdy obiektywnej przez Prezesa UTK jest szczególnie istotne z uwagi na uznaniowy charakter decyzji. W przypadku konstrukcji mechanizmu otwartego dostępu mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem uznania administracyjnego – uznaniem regulacyjnym. Kryterium różnicującym zwykłe uznanie administracyjne i uznanie regulacyjne jest sposób związania organu. Uznanie regulacyjne ograniczone jest szeregiem uwarunkowań, z których najważniejszy jest wynik analizy rynku. Prawo ustanawia normatywny związek pomiędzy wynikiem tej analizy i treścią rozstrzygnięcia. Z literalnego brzmienia art. 28 ust. 1 utk wyraźnie wynika, iż decyzja jest wydawana po przeprowadzeniu analizy. Dalsze przepisy ustawy nie zwalniają Prezesa UTK w żadnym wypadku z obowiązku przeprowadzenia analizy dotyczącej występowania przesłanek określonych art. 28r ust. 1b utk – tym samym decyzja wydana bez tej analizy jest obciążona poważną wadą.

Analiza rynku stanowi zatem zarówno źródło, jaki i ograniczenie władzy dyskrecjonalnej. Jest ona bowiem uwarunkowana prawem oraz czynnikami ekonomicznymi, mającymi w znacznym stopniu autonomiczny charakter (Hoff, 2008, s. 268). W przypadku decyzji o przyznaniu otwartego dostępu występuje uznanie regulacyjne, które z uwagi na interes wnioskodawcy winno być ograniczane przez właściwą analizę wpływu działalności określonej we wniosku na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych. Z tego względu należy przyjąć, że organ winien wskazać metodę weryfikacji zebranych danych w toku postępowania, a jednocześnie podejmować samodzielne działania zmierzające do ustalenia danych potrzebnych do przeprowadzenia wymaganej przez prawo analizy. W przedmiotowych decyzjach Prezes UTK nie podjął samodzielnie działań zmierzających do należytego rozpoznania sprawy, mimo że to on ocenia zasadność wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu w konkretnych okolicznościach (Jarecki, 2013, s. 189).

Dostrzegalne jest także, że Prezes UTK nie weryfikuje stanowisk przedstawionych przez pozostałych organizatorów publicznego transportu zbiorowego właściwych ze względu na przebieg trasy wskazanej we wniosku. Trzeba zatem uznać, że stanowiska Prezesa UTK zawarte w uzasadnieniach decyzji są zgodne z oczekiwaniami jednego z uczestników postępowania, tj. MIB, a nie wynikiem rozumowania poprzedzonym wszechstronnym rozpoznaniem sprawy. Przyjęty przez Prezesa UTK tok rozumowania MIB stoi w kontrze z obowiązkiem dążenia do prawdy obiektywnej, a jednocześnie podważa dystynktywną cechę organów regulacyjnych, jaką jest niezależność. W doktrynie wskazuje się, że niezależność organów regulacyjnych postrzegana jest w kategoriach wolności od wpływów i nacisków politycznych oraz niezależności od wpływów branżowych, wynikających z określonych interesów uczestników rynku (Wiktorowska, 2013, s. 158; Kraśniewski, 2016, s. 82 i n.).

Prezes UTK nie wyjaśnia, jaką metodą doszedł do twierdzeń sformułowanych w uzasadnieniu ani skąd wynikają podawane w uzasadnieniu liczby i wskaźniki dotyczące spadków przychodów. Poza tym wywoły Prezesa UTK w dużych fragmentach oparte są na spekulacjach („mogłoby spowodować”, „może wystąpić spadek”). Przepis zaś dopuszcza odmowę przyznania otwartego dostępu tylko w przypadku, gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy potwierdzi „wpływ” i „skutek”, a nie prawdopodobieństwo wystąpienia takich przesłanek.

Nie można wykluczyć, że wzrost liczby połączeń przez uruchomienie przewozów komercyjnych wobec zwiększającej się ich dostępności zarówno w zakresie godzin przyjazdów i odjazdów, jak i zróżnicowania cenowego oraz odmiennych niż w przypadku usług świadczonych przez PKP Intercity S.A. miejsc zatrzymań, wygenerowałby jeszcze większą liczbę pasażerów na tej trasie, przy jednoczesnej rezygnacji przez podróżnych z takich środków transportu, jak samochód lub autobus, co byłoby korzystne również dla operatora usługi publicznej. To właśnie ten operator w przeważającej większości korzystałby ze zwiększonego rynku. W tym miejscu należy nadmienić, że polityka transportowa Unii Europejskiej zakłada przeniesienie strumieni podróżnych ze szkodliwych dla środowiska naturalnego gałęzi transportu (transport drogowy) na przyjazną dla środowiska kolej (Królikowska-Olczak, 2016, s. 20).

Reasumując, analiza wpływu dokonywana przez Prezesa UTK powinna być przeprowadzona w oparciu o przejrzystą metodologię, z uwzględnieniem możliwości przyznania otwartego dostępu w zakresie mniejszym niż wnioskowany przez przewoźnika, który mógłby z nimi polemizować, przedstawiając argumenty uzasadnione własnymi badanymi. W ustawie wskazano maksymalny czas, na jaki może zostać przyznana decyzja. Prezes UTK w żadnej z ww. decyzji nie dokonywał oceny wpływu działalności komercyjnej na usługi publiczne pod kątem świadczenia ich przez okres krótszy niż wnioskowany przez przewoźników.

2. *Natężenie ruchu na linii kolejowej jako przesłanka zakłócenia regularności przewozów*

Z przeanalizowanych decyzji wynika, że Prezes UTK wydaje się mylić natężenie ruchu na linii kolejowej, o której mowa w art. 28r ust. 1b pkt. 2 utk, w kontekście którego badana jest przesłanka zakłócenia regularności przewozów, z zagadnieniem przepustowości sieci kolejowej.

Przepustowość oznacza potocznie zdolność do przepuszczenia w określonym czasie pewnej ilości czegoś (www.sjp.pwn.pl). W obrębie rynku kolejowego zdolność przepustowa linii kolejowej (odcinka tej linii) określa największą liczbę pojazdów kolejowych (lub ich składów) o określonych parametrach technicznych, które mogą przejechać w danych kierunkach po tej linii w określonej jednostce czasu (np. na godzinę, na dobę itd.). Określając zdolność przepustową, należy brać pod uwagę aktualny stan infrastruktury, a także potrzeby eksploatacyjne i modernizacyjne samej linii kolejowej lub jej odcinka i wynikające stąd ograniczenia (Wajda, 2014, s. 56).

Natomiast literalne znaczenie terminu „regularność” jest następujące: powtarzający się w ściśle określonych lub jednakowych odstępach czasu (www.sjp.pwn.pl). Oznacza to, że błędne jest utożsamianie regularności przewozów ze zdolnością przepustową.

Jednocześnie trzeba podkreślić, że decyzja o przyznaniu otwartego dostępu nie stanowi gwarancji przydzielenia trasy przez zarządcę infrastruktury kolejowej, a jedynie uprawnienie przewoźnika kolejowego do wystąpienia do zarządcy z wnioskiem o wytrasowanie trasy pociągów. Przyznanie otwartego dostępu nie oznacza, że zarządca infrastruktury kolejowej, w oparciu

o przesłanki wynikające z art. 30 ust. 2 utk, przyzna trasę dla pociągów w zakresie przyznanym decyzją o otwartym dostępie, np. ze względu na przeszkody w postaci zaburzenia przepustowości.

Należy w tym miejscu nadmienić, że przepisy ustawy o transporcie kolejowym określają zasady konstrukcji rozkładu jazdy pociągów, uwzględniając m.in. znaczenie przewozów pasażerskich świadczonych w ramach usług publicznych. Priorytetyzacja wniosków o przydzielenie tras pociągów ma charakter wieloszczeblowy. Ustawa o transporcie kolejowym wymienia następujące aspekty, którymi powinno się kierować podczas konstruowania rozkładu jazdy pociągów:

- maksymalizacja wykorzystania zdolności przepustowej;
- pierwszeństwo przewozu osób;
- ogłoszone plany transportowe lub zawarte umowy o świadczenie usług publicznych;
- obowiązek wykonywania przewozu nałożony przepisami ustawy – Prawo przewozowe;
- umowy ramowe w zakresie przewozu rzeczy.

Konstrukcja przepisu art. 30 ust. 2 utk przesądza, że kwestia maksymalizacji wykorzystania zdolności przepustowej ma charakter nadrzędny w stosunku do pozostałych czynników (Mazur, 2016, s. 186 i n.).

Z powyższego wynika, że proces konstrukcji rozkładu jazdy pociągów jest procesem zdeterminowanym przez reguły określone prawem (w tym utk), a podmiotem właściwym dla skonstruowania rozkładu jest zarządca infrastruktury kolejowej. Nierozzerwalny związek rozkładu jazdy pociągów i zdolności przepustowej sprawia, że rozważania prowadzone przez Prezesa UTK w tym zakresie nie są właściwe na etapie rozpoznania wniosku w sprawie otwartego dostępu.

3. *Nieuwzględnienie potrzeb podróźnych*

Prezes UTK nie uwzględnił potrzeb podróźnych, a te powinny być wzięte pod uwagę zgodnie z art. 28r ust. 1b pkt *in fine*, co znajduje wprost potwierdzenie w uzasadnieniu decyzji, gdzie regulator stwierdza, że usługi uruchomione przez wnioskodawcę mogą być odpowiedzią na dotychczas niezaspokojone potrzeby podróźnych, np. w zakresie zwiększenia częstotliwości, jakości i standardu dostępnych połączeń. Treść art. 28r ust. 1b pkt *in fine* utk wyraźnie stanowi, że dla ziszczenia się przesłanki odmowy wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu w postaci zakłócenia regularności przewozów pasażerskich, koniecznym jest uwzględnienie natężenia ruchu na linii kolejowej, a jednocześnie potrzeb podróźnych – użyto bowiem w tym przepisie spójnika „oraz”.

Należy zaznaczyć, że Prezes UTK nie uwzględnił przedstawionych w toku postępowania odpowiedzi organizatorów publicznego transportu zbiorowego właściwych ze względu na przebieg tras wskazanych we wnioskach, które niewątpliwie wskazywały na niedostateczne zaspokojenie potrzeb podróźnych przez połączenia realizowane w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. W decyzji w sprawie przyznania otwartego dostępu dla Arriva RP na trasie Wrocław Leśnica (Wrocław Nadodrze) – Rzeszów Główny i w relacji powrotnej Marszałek Województwa Opolskiego uznał, że uruchomienie dodatkowych pociągów międzywojewódzkich wpłynie korzystnie na ofertę dla podróźnych z województwa opolskiego, zwłaszcza w przypadku zapewnienia dostępu do połączeń dalekobieżnych. W tej samej decyzji Marszałek Województwa Dolnośląskiego z zainteresowaniem odniósł się do propozycji uruchomienia nowych połączeń dalekobieżnych, które mogłyby przynosić kolejne możliwości podróźowania dla mieszkańców Dolnego Śląska.

Pomimo ww. odpowiedzi marszałków województw Prezes UTK uznał, że uchronieniem działalności przewozowej przez wnioskodawcę doprowadzi do zmniejszenia liczby podróży korzystających z połączeń realizowanych w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. Powyższa konstatacja nie została poparta przeprowadzoną analizą, ale oparta na materiale przedstawionym wyłącznie przez MIB. Ponadto Prezes UTK nie wskazał na metodologię obliczenia ewentualnego spadku podróży w pociągach kursujących w ramach usług publicznych. W tym miejscu należy wskazać, że celem aktów prawnych realizujących proces liberalizacji sektora kolejowego jest przywrócenie utraconych przez kolej przewozów zarówno pasażerskich, jak i towarowych (Królikowska-Olczak, 2016, s. 22). Ponadto Komisja Europejska wskazuje, że wobec stale rosnącej popularności transportu drogowego i lotniczego konieczne jest dostosowanie kolei do współczesnych wymogów konsumentów, aby mogła stać się konkurencją dla innych środków transportu (KE, 2008).

Nie można także wykluczyć, że wzrost połączeń dalekobieżnych na rynku kolejowych przewozów pasażerskich doprowadziłby do rozwoju pomijanych do tej pory przez pociągi dalekobieżne stacji i przystanków kolejowych, a także podniósłby atrakcyjność dzielnic miast, w których się one znajdują. Nowe połączenia mogłyby zatem wpłynąć pozytywnie na mobilność społeczeństwa, a także rozwój gospodarczy. Kwestie te pozostają w sferze przypuszczeń, albowiem Prezes UTK nie odniósł się do nich w treści decyzji.

4. *Antykonkurencyjny charakter decyzji*

Prezes UTK, nie przeprowadzając wymaganej prawem analizy wpływu wnioskowanych działalności na warunki ekonomiczne usług świadczonych na tej samej linii na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, wydaje uznaniową decyzję, która utrwała *de facto* pozycję rynkową PKP Intercity S.A. i chroni tego operatora przed konkurencją ze strony innych przewoźników. Celem mechanizmu określonego w ustawie o transporcie kolejowym jest ochrona usług realizowanych na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, a nie ochrona zasiedziałego operatora, jakim jest PKP Intercity S.A. i utrzymywanie monopolu na rynku kolejowych przewozów pasażerskich. Brak ekonomicznej analizy oraz oparcie stanowiska Prezesa UTK wyłącznie na argumentach przedstawionych przez MIB uniemożliwia wszechstronne rozpoznanie sprawy, a w konsekwencji przejawia się nieskutecznością wprowadzania konkurencji na rynek. Trzeba bowiem pamiętać, że rozstrzygnięcie Prezesa UTK powinno w optymalny sposób realizować wartości wyróżnione w przepisach o publicznym transporcie zbiorowym (Jarecki, 2013, s. 192). Zgodnie z art. 5 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym⁵ jego istotą jest konkurencja regulowana oraz zrównoważony rozwój.

5. *Przewlekłość postępowania*

Duże zastrzeżenia budzi czas prowadzenia przez Prezesa UTK postępowania w sprawie wydania decyzji o otwarty dostęp. Należy zwrócić uwagę, że w postępowaniu wszczętym na wniosek Arriva RP dot. relacji Wrocław Leśnica (Wrocław Nadodrze) – Rzeszów Główny i relacji powrotnej sekwencja zdarzeń była następująca: 25 maja 2016 roku złożenie wniosku przez przewoźnika;

⁵ Ustawa z dn. 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1954).

12 grudnia 2016 roku wydanie decyzji (czas trwania postępowania: ponad pięć miesięcy). W postępowaniu wszczętym na wniosek Arriva RP dot. relacji Warszawa Wschodnia – Kraków Główny i w relacji powrotnej przedmiotowy wniosek złożono 13 lipca 2016 roku, natomiast decyzję wydano 24 lutego 2017 roku (czas trwania postępowania: siedem miesięcy). Z kolei w sprawie przyznania otwartego dostępu Kolejom Mazowieckim na trasie Warszawa Wschodnia – Łódź Fabryczna – Warszawa Wschodnia wniosek złożono 9 marca 2016 roku, natomiast decyzję wydano 11 lipca 2016 roku (czas trwania postępowania: cztery miesiące). Kolejny wniosek Arriva RP w sprawie otwartego dostępu na trasie Warszawa Wschodnia – Kraków Główny – Warszawa Wschodnia wpłynął 13 lipca 2016 roku, natomiast decyzja w tej sprawie została wydana 24 lutego 2017 roku (czas trwania postępowania: ponad siedem miesięcy).

Rozstrzygnięcie sprawy po upływie kilku miesięcy sprawia, że przewoźnik zostaje postawiony przed poważnym problemem z uzyskaniem rzeczywistego otwartego dostępu do wnioskowanych linii kolejowych, a to z uwagi na dalsze etapy całokształtu sprawy, tj. uzgodnienia z zarządcą infrastruktury kolejowej (PKP PLK S.A.). Kolejne etapy, jakie następują po przyznaniu otwartego dostępu, są czasochłonne, a jednocześnie wymagają należytego przygotowania się przewoźnika pod względem technicznym, finansowym, logistycznym oraz informacyjnym.

6. *Wydanie odmownej decyzji nieprzewidzianej w przepisach ustawy o transporcie kolejowym*

Prezes UTK wydał decyzję nieprzewidzianą w przepisie art. 28r utk. Jak bowiem wynika z sentencji analizowanych decyzji, organ odmówił wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu, podczas gdy przepis ten umożliwia wydanie decyzji o odmowie przyznania otwartego dostępu.

Powyższe zagadnienie nie budzi wątpliwości w literaturze. Jak wskazuje M. Wasiak, prawodawca w treści komentowanego przepisu posłużył się niezręczną formułą „może odmówić wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu”. Literalna interpretacja przepisu prowadziłaby do konkluzji, że Prezes UTK uprawniony jest do wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu, jak też uprawniony jest do odmowy wydania rzeczonyj decyzji. Systemowa interpretacja komentowanego przepisu prowadzi jednakże do konkluzji, że Prezes UTK uprawniony jest do wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu, jak też uprawniony jest do wydania decyzji o odmowie przyznania otwartego dostępu. *De lege ferenda* należy postulować dokonanie odpowiedniej korekty treści komentowanego przepisu przez zastąpienie sformułowania „może odmówić wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu” sformułowaniem „może odmówić przyznania otwartego dostępu” albo wyrażeniem „może wydać decyzję o odmowie przyznania otwartego dostępu” (Wasiak, 2014, s. 509). Podobnie podnosi M. Przybylska, która uważa, że treści art. 28r ust. 1b utk nie należy interpretować dosłownie, przepis ten bowiem wskazuje, że „Prezes UTK może odmówić wydania decyzji o przyznaniu otwartego dostępu”, co oznacza, że Prezes UTK może odmówić wydania decyzji, a chodzi o możliwość odmowy prawa do przewozu osób w transporcie kolejowym niebędącym przewozem o charakterze użyteczności publicznej, a więc odmowy przyznania otwartego dostępu, a nie odmowy wydania decyzji (Przybylska, 2014).

III. Wnioski

Po przeprowadzonej analizie wybranych decyzji wydanych przez Prezesa UTK można stwierdzić, iż mechanizm otwartego dostępu przed nowelizacją ustawy o transporcie kolejowym z 16 listopada 2016 roku stosowany był nieprawidłowo. Pożądana była zmiana stanu prawnego w tym zakresie, którą przyniosła ww. nowelizacja ustawy. Analiza przepisów noweli prowadzi jednak do wniosku, iż nowy mechanizm nie stanowi remedium na występujące w obrocie prawnym problemy, a tylko w pewnym zakresie poprawia stan prawny. Plusem mechanizmu określonego w art. 29c utk jest odesłanie do rozporządzenia 869/2014, które przewiduje opracowanie przez regulatora metodyki przeprowadzania badania wpływu nowych przewozów na równowagę ekonomiczną świadczenia usług publicznych. Metodyka powinna być zrozumiała, przejrzysta i nie-dyskryminacyjna, a jednocześnie dostępna poprzez jej publikację w Internecie. Przyjęcie takiego rozwiązania niewątpliwie tworzy pewną przewidywalność działań Prezesa UTK (Jarecki, 2017). Można mówić o pewnej przewidywalności, albowiem opracowanie metodyki pozostawione jest w całości Prezesowi UTK. Brak jest natomiast wskazówek/wytycznych dla opracowania metodyki bezpośrednio w ustawie. Lepszym rozwiązaniem byłoby określenie przez ustawodawcę podstawowych zasad metodyki przy jednoczesnym pozostawieniu Prezesowi UTK pewnej możliwości ich doprecyzowania lub zmodyfikowania, stosownie do aktualnych potrzeb rynku. W obronie powyższego postulatu można powołać się na konieczność zagwarantowania pewności prawa oraz przewidywalności i stabilności z punktu widzenia podmiotów potencjalnie zainteresowanych świadczeniem usług w ramach otwartego dostępu. W niniejszej pracy stwierdzono, że Prezes UTK nie przeprowadzał stosownej analizy wpływu wnioskowanej działalności na przewozy użyteczności publicznej świadczone na tej samej linii. Dostrzegalne jest fragmentaryczne zapoznanie się ze zgromadzonym materiałem, a także brak przeprowadzania przez regulatora własnych badań oraz wskazania przez niego metodologii, która doprowadziła do sformułowania takich a nie innych wniosków końcowych w decyzjach administracyjnych. Z uwagi na powyższe wskazany byłoby, aby ustawa określała, jakie czynności składają się na dokonanie analizy wpływu działalności komercyjnej na usługi publiczne, na przykład poprzez wymienienie ich w katalogu otwartym.

Nie można także stwierdzić, iż nowe przepisy gwarantują w pełni obiektywne postępowanie przed organem. Na obecnym etapie trudno jest jednak stwierdzić czy postępowanie w zakresie otwartego dostępu jest pozbawione wpływów podmiotów poddanych regulacji oraz władzy państwowej. Z pewnością poprawa w tym zakresie nie wynika z art. 29c utk, ale z przepisów zmieniających status Prezesa UTK jako organu regulacyjnego. Nowelizacja wyposaża bowiem Prezesa UTK w cechę kadencyjności, która wzmacnia znacznie jego niezależność, przy równoczesnym ograniczeniu wpływu na jego działalność ministra właściwego ds. transportu jednoczesnego organizatora publicznego transportu zbiorowego. Niezależność organu regulacyjnego gwarantuje bowiem obiektywne rozpoznanie sprawy. We wprowadzeniu kadencyjności oraz zmianie podległości regulatora należy upatrywać gwarancji równości wszystkich podmiotów poddanych regulacji, a nie bezpośrednio, w nie do końca jasnym, mechanizmie otwartego dostępu.

Niepewność dla potencjalnych wnioskodawców wiąże się z użyciem w art. 29c utk niejasnych terminów. Na szczególną uwagę zasługuje art. 29c ust. 4 utk, który stanowi, że Prezes UTK uznaje równowagę ekonomiczną umowy o świadczenie usług publicznych za zagrożoną, w przypadku

gdzie skutkiem proponowanej usługi będzie **inne niż nieistotne** obniżenie przychodów z przewozów realizowanych na podstawie umowy. Pamiętając o ww. błędach w stosowaniu przepisów starego mechanizmu, trzeba w tym miejscu zadać pytanie: ile wynosi nieistotne obniżenie przychodów? Próżno szukać odpowiedzi w obowiązującej ustawie, chociaż zagadnienie to należy uznać za jedno z podstawowych z punktu widzenia potencjalnego wnioskodawcy. Zasygnalizowaną niejasność należy jednocześnie połączyć z brakiem ustawowego określenia metodyki przeprowadzenia badania wpływu działalności komercyjnej na usługi publiczne czy choćby wymienienia wytycznych w tym zakresie. Taki stan rzeczy sprawia, że proces ubiegania się o otwarty dostęp jest niejasny i nieprzewidywalny. Przewoźnik kolejowy ma utrudnioną sytuację na etapie konstruowania wniosku o otwarty dostęp – brak wytycznych pozwalających na wykonanie właściwych obliczeń wpływu wnioskowanej działalności, jak również w toku postępowania przed Prezesem UTK – brak możliwości polemizowania z przedstawionymi danymi i obliczeniami. Ponadto przyjęty mechanizm nie zmienia uprzywilejowania wynikającego z oczywistych względów – pozycji spółki PKP Intercity S.A., która jako operator świadczący usługi publiczne może kształtować swoje wnioski o przyznanie otwartego dostępu w oparciu o dysponowane wyniki tych przewozów. Wprowadzenie kryterium „nieistotne obniżenie” zamazuje transparentność postępowania, a jednocześnie utrudnia określenie wymaganych przez ustawę obliczeń wpływu działalności komercyjnej na działalność niekomercyjną (usługi publiczne). Oczywiście nie należy odmawiać PKP Intercity S.A. możliwości składania wniosków o przyznanie otwartego dostępu i świadczenia usług komercyjnych, co byłoby niewątpliwie dyskryminujące dla przewoźnika zasiedziałego, ale należy zmierzać do wyrównania pozycji wszystkich podmiotów działających albo chcących działać na rynku. Równouprawnienie jednocześnie przełoży się na lepszą dbałość o pasażera, którego być może nowi przewoźnicy albo przewoźnicy już działający na rynku będą mogli przyciągnąć nowymi ofertami. Nie ulga wątpliwości, że oferty te muszą być uzupełnieniem usług publicznych a nie konkurencją. Nowy mechanizm nie gwarantuje jednak możliwości przeprowadzenia postępowania tak, aby bez wątpliwości stwierdzić czy są one uzupełnieniem, czy konkurencją, tj. czy wpływają istotnie na usługi publiczne, czy ich wpływ jest nieistotny.

Jednym z postulatów *de lege ferenda* jest także uwypuklenie w przepisach idei wewnętrznej integracji kolei przy jednoczesnym tworzeniu przez nią zwartej i atrakcyjnej dla pasażera oferty, która będzie stanowiła konkurencję dla transportu drogowego, zwłaszcza drogowego indywidualnego. Z tego względu analiza wpływu wnioskowanej działalności komercyjnej powinna być przeprowadzana także pod kątem potencjalnego przyływu pasażerów, z której jednocześnie korzystaliby również inni przewoźnicy, a zwłaszcza przewoźnicy świadczący usługi publiczne. Można bowiem przyjąć, że celem usług publicznych jest zapewnienie społeczeństwu podstawowych dóbr i dostarczanie ich bez względu na ich rentowność, natomiast usługi komercyjne mogłyby realizować inne cele transportu kolejowego – zwiększanie potencjału kolei w konkurencji wewnątrzgałęziowej. Taka koncepcja usług świadczonych w ramach otwartego dostępu uwzględnia interes i potrzeby podróżnych, a jednocześnie lepiej wpisuje tę działalność gospodarczą w strukturę rynku kolejowych przewozów pasażerskich. Jednocześnie sprzyjałaby pojawianiu się nowej jakości i nowatorskich rozwiązań w ofertach, a także mobilizowałaby wnioskodawców do rozeznania na etapie przygotowywania wniosku wszystkich potrzeb podróżnych, regulatora zaś do należytej weryfikacji.

Na koniec należy odnieść się do czasu trwania postępowania przed Prezesem UTK. Na gruncie uprzednio obowiązującego stanu prawnego wyraźnie zauważalna jest przewlekłość postępowania. Nowelizacja z 16 listopada 2016 roku nie wprowadza jednak zmian w tym zakresie. W związku z powyższym jako postulat *de lege ferenda* należy uznać konieczność limitowania czasu trwania postępowania w sprawie otwartego dostępu. Dotychczasowa praktyka w tym zakresie wskazuje na znaczne zagrożenie dla wykonywania przewozów kolejowych w ramach otwartego dostępu po jego uzyskaniu. Trzeba bowiem pamiętać, że przed uruchomieniem działalności przewozowej konieczny jest m.in. zakup taboru (ustawa nie wymaga jego posiadania w momencie złożenia wniosku) oraz jego przystosowanie pod względem technicznym, homologacje i wreszcie przydzielenie trasy pociągów w RRJ. Prowadzenie wielomiesięcznych postępowań przez Prezesa UTK niewątpliwie utrudnia, a nawet uniemożliwia pojawienie się nowych usług komercyjnych na rynku. Taki stan rzeczy jest nie do przyjęcia przez potencjalnych przewoźników świadczących usługi w ramach otwartego dostępu z gospodarczego punktu widzenia. Musiałby on planować uruchomienie przewozów z kilkuletnim wyprzedzeniem, czego nie można zaakceptować z takich przyczyn, jak brak przewidywalności prawa, brak stabilności rynku, wysokie koszty wejścia na rynek czy modernizacja infrastruktury kolejowej. Ponadto trudno wyobrazić sobie sytuację, w której przewoźnik kolejowy będzie przygotowywał się do działalności gospodarczej przez kilka lat bez uzyskiwania w tym czasie jakichkolwiek przychodów. W interesie przewoźników komercyjnych jest uruchomienie swojej działalności w jak najszybszym czasie, ponieważ mogą przeprowadzić analizy przychodów z tej działalności i skonstruować ofertę dla pasażerów. Planowanie świadczenia usług komercyjnych z kilkuletnim wyprzedzeniem jest zatem nierealne. Ustawa o transporcie kolejowym powinna ograniczać czas trwania postępowania lub wyposażać Prezesa UTK w kompetencje pozwalające na „wymuszanie” od podmiotów zobowiązanych do przedstawiania dokumentów, informacji i wycień w toku postępowania w określonym przez ten organ terminie. Przewlekłość postępowania wynika bowiem w dużej mierze z konieczności oczekiwania na udzielenie informacji przez organizatorów publicznego transportu zbiorowego.

Bibliografia

- Będkowski-Kozioł, M. i Gołąb, Ł. (2013). O dogmatyce prawa transportu kolejowego. Kilka uwag w dziesiątą rocznicę uchwalenia ustawy o transporcie kolejowym z 2003 r. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4.
- Będkowski-Kozioł, M. (2000). Wpływ amerykańskiej doktryny „essential facilities” na rozwój europejskiego prawa antymonopolowego. Zarys poglądów na tle doktryny niemieckiej. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 12.
- Hoff, W. (2004). Polski model regulacji na tle porównawczym. *Problemy Zarządzania*, 3.
- Hoff, W. (2008). *Prawny model regulacji sektorowej*. Warszawa: Difin.
- Jarecki, S. (2013). *Modele prokonkurencyjnych rozwiązań prawnych w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych*. Warszawa: EuroPrawo.
- Jarecki, S. (2017). *Pomoc publiczna a otwarty dostęp*. Referat wygłoszony podczas IV. Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pn. „Konsument na rynku kolejowych przewozów pasażerskich”, 26 kwietnia 2017 r., Łódź. Pozyskano z: <https://www.wpia.uni.lodz.pl/files/news/252/jarecki-stefan.pdf>.

- Jarecki, S.A. (2017). Pozakonkurencyjne mechanizmy motywujące na rynku pasażerskich przewozów kolejowych. W: M. Pawełczyk (red.), *Rynek kolejowy. Prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania*. Warszawa: Polska Fundacja Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Ius Publicum.
- KE. (2008). *Modern rail modern Europe. Towards an Integrated European Railway Area*. Luksemburg: Komisja Europejska.
- Kraśniewski, M. (2016). Konkurencja w polskim sektorze transportu kolejowego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(5).
- Kraśniewski, M. (2017). Polityka Unii Europejskiej liberalizująca sektor transportu kolejowego. W: E. Kruk, G. Lubeńczuk, T. Drab (red.), *Tendencje rozwojowe prawa administracyjnego*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Kraśniewski, M. (2016). Pozycja Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego jako regulatora w transporcie kolejowym w Polsce. W: M. Pawełczyk (red.), *Regulacja i ochrona konsumentów w sektorze transportu kolejowego – wybrane problemy*. Warszawa: Wydawnictwo Polskiej Fundacji Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Ius Publicum.
- Królikowska-Olczak, M. (2016). Polityka przemysłowa Unii Europejskiej w sektorze kolejowym. Problematyka prawna. W: M. Pawełczyk (red.), *Regulacja i ochrona konsumentów w sektorze transportu kolejowego – wybrane problemy*. Warszawa: Wydawnictwo Ius Publicum.
- Kosiński, E. (2008). Środki prawne regulacji prokonkurencyjnej transportu kolejowego. Stan dostosowania polskiej regulacji sektorowej do regulacji unijnej. *Problemy Zarządzania*, 1.
- Mazur, B. (2016). Regulacje prawne procesu konstrukcji rozkładu jazdy pociągów. W: M. Pawełczyk (red.), *Regulacja i ochrona konsumentów w sektorze transportu kolejowego – wybrane problemy*. Warszawa: Wydawnictwo Ius Publicum.
- Mizioch, T. (2017). Administracyjnoprawna analiza decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w sprawie przydzielenia zdolności przepustowej. W: M. Pawełczyk (red.), *Rynek kolejowy. Prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania*. Warszawa: Polska Fundacja Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Ius Publicum.
- Przybylska, M. (2014). Decyzja o przyznaniu otwartego dostępu jako forma działania Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, Nr 368.
- Reszczyk, K. (2013). Rola, pozycja i uprawnienia Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w rozwoju konkurencyjnego sektora transportu kolejowego. W: M. Pawełczyk, M. Sokołowski (red.), *Systemowe uwarunkowania sektorów strategicznych. Wybrane zagadnienia infrastrukturalne*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Strzyczkowski, K. i Gołąb, Ł. (2014). Regulacja prokonkurencyjna w sektorze transportu kolejowego. W: M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Tom 15. Prawo Konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck.
- Strzyczkowski, K. (2011). *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa: LexisNexis.
- Szydło, M. (2010). *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wajda, P. (2014). Komentarz do art. 4 pkt. 12 ustawy o transporcie kolejowym. W: P. Wajda, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o transporcie kolejowym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wasiak, M. (2014). Komentarz do art. 28r ustawy o transporcie kolejowym. W: P. Wajda, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o transporcie kolejowym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wierzbowski, M. i Wajda, P. (red.). (2014). *Ustawa o transporcie kolejowym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Wiktorowska, A. (2013). *Prezes Urzędu Transportu Kolejowego. Zagadnienia administracyjne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- www.sjp.pwn.pl (31.05 2017).
- Ziarko Ł. (2013). Jednolity europejski obszar kolejowy – tworzenie konkurencyjnej struktury sektora kolejowego w Unii Europejskiej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4.