

Warsaw, 15 January 2020
KL/16/6/AM/2020

Mr
Thierry Breton
Commissioner responsible for the Internal Market
European Commission

Dear Commissioner,

With reference to your letter sent on 29 August 2019 (GROW/B2/JNA/GC/DG/mr (2019) 6032758) via post and addressed to Mr Maciej Witucki, the President of the Polish Confederation Lewiatan, informing the Polish Ministry of Digital Affairs on the need to fulfill the notification of *Draft Act on the service of documents by electronic means (Projekt ustawy o elektronicznej doręczeń oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, hereinafter: “the draft law”), I hereafter provide additional information on the case.

Following the said letter, the draft law said was subject to notification pursuant to Art. 5 para. 1 of the Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 *laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services*, received by the Commission on 29/10/2019. The standstill period for the project ends on 30/01/2020.

The draft law said, due to the discontinuation process having been the effect of the recent parliamentary elections, has altered the title into the draft law on electronic delivery [Polish: *Projekt ustawy o doręczeniach elektronicznych*], however, the thematic scope has not changed.

The Polish Ministry Of Digital Affairs plans, as soon as the said period expires, to pass the project to the Polish Council of Ministers for approval and then to the Polish Parliament. If that is the case the opportunity to react in time to undesirable changes of the new version of the draft said, that has not been even released yet, is limited.

Our letter provides a detailed response to the notification made by the Ministry (see annex 1). We emphasise the risk that the entry into force of the draft law said, as it stands, may allegedly violate the state aid rules. There are strong arguments in favour of the protectionist nature of the draft law said. Moreover, we indicate that the draft law said establishes restrictions on freedom to provide services and on the freedom of establishment within the Union, which stands in striking contrast with the principles underpinning the Directive 2015/1535.



In view of the above, we hereby request to postpone the adoption of a draft law by **four months**, pursuant to Art. 6 para. 2 of the Directive 2015/1535.



Maciej Witucki
The President

of the Polish Confederation Lewiatan

Annex 1 Polish Confederation Lewiatan position paper on the *Draft Act on the service of documents by electronic means*.

Annex 2 Polish Ministry of Digital Affairs PowerPoint presentation

Annex 3 Specfile Price List

Annex 4 Polish Ministry of Infrastructure draft regulation



**Stanowisko Konfederacji Lewiatan w sprawie projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych
przewidującego monopol Poczty Polskiej S.A. w zakresie usług e-doręczeń**

Konfederacja Lewiatan, będąca polską organizacją biznesową, reprezentującą interesy pracodawców w Polsce i Unii Europejskiej, przedstawia swoje stanowisko odnośnie do projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych, wnosząc o przedstawienie przez KE szczegółowej opinii państwu polskiemu i odroczenie przyjęcia planowanego środka o okres jednego miesiąca.

Projekt ustawy o doręczeniach elektronicznych został przekazany przez Rzeczpospolitą Polską w ramach obowiązków przewidzianych w art. 5 ust. 1 dyrektywy (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (dalej „dyrektywa 2015/1535”).

Głównym celem powyższej procedury jest zapewnienie zgodności krajowych regulacji, w tym krajowych aktów prawnych dotyczących przepisów technicznych oraz usług społeczeństwa informacyjnego z prawem unijnym, w tym zapobieżenie tworzenia barier na rynku wewnętrznym, wspieranie rozwoju rynku wewnętrznego, zapewnienie harmonizacji w zakresie stosowania prawa unijnego i wreszcie przeciwdziałanie protekcyjnym środkom stosowanym przez państwa członkowskie.

Jak pokażą poniższe uwagi, proponowany przez Rzeczpospolitą Polską projekt ustawy o doręczeniach elektronicznych jest sprzeczny z przepisami prawa unijnego i może stanowić istotną barierę w tworzeniu jednolitego rynku wewnętrznego.

W związku z powyższym wnosimy o analizę opisanych poniżej zastrzeżeń oraz ich przedstawienie przez Komisję Europejską w ramach uwag szczegółowych do proponowanej ustawy, tak aby zapewnić zgodność projektu z prawem unijnym i wyeliminować istotne bariery, jakie stworzy przyjęcie ustawy w proponowanym aktualnie kształcie.

Dodatkowo, zwracamy uwagę, że na stronie RCL pojawiła się informacja o nowym projekcie¹, jednakże bez załączenia tekstu projektowanego aktu prawnego. Pragniemy podkreślić, że zgodnie z wymogami procedury 2015/1535 w przypadku istotnych zmian w planowanym środku konieczna jest ponowna notyfikacja

¹ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12328251>



projektu w ramach wskazanej powyżej procedury. Wobec braku tekstu prawnego pod wskazanym linkiem, nie mamy możliwości oceny, czy nowy projekt zawiera takie zmiany, które wymagałyby ponownej notyfikacji.

1) Protekcyjnistyczny charakter planowanej regulacji

Na wstępie należy zaznaczyć, że przyjęty w projekcie ustawy o doręczeniach elektronicznych model świadczenia usług ma na celu protekcyjnistyczną ochronę przychodów Poczty Polskiej S.A. (jednoosobowej spółki Skarbu Państwa). Jak bowiem wynika z załączonej prezentacji Ministerstwa Cyfryzacji (załącznik nr 1 do pisma), analizowane były dwa warianty realizacji usługi e-doręczenia: stricte komercyjny model realizacji tej usługi oraz model z udziałem narodowego operatora cyfrowego (finalnie przyjęty w projekcie ustawy).

Z załączonej prezentacji wynika, że jako jedna z głównych wad modelu komercyjnego wskazana została utrata 1,5 mld zł przychodów Poczty Polskiej S.A. (jako operatora wyznaczonego). Jednocześnie szacunki te zostały oparte na piśmie tejże Poczty Polskiej S.A. z dn. 31 stycznia 2018 r. skierowanym do Ministerstwa Cyfryzacji.

W oparciu o powyższe dane można wprost wskazać, że zarówno brak wprowadzenia konkurencyjnych usług e-doręczeń, jak i przyjęcie w projekcie ustawy modelu przyznającego prawa wyłączne operatorowi wyznaczonemu do świadczenia usługi powszechnej mają na celu ochronę przychodów spółki Skarbu Państwa.

Warto również podkreślić, że powyższą tezę potwierdza przyjęta w projektach rozporządzeń proponowana cena bazowa na lata 2020-2021 dla realizacji korespondencji od podmiotu publicznego do podmiotu niepublicznego na poziomie 3,45 zł bez VAT.

Według analiz Konfederacji Lewiatan tak ustalona cena bazowa jest określona znacznie powyżej kosztów świadczenia usługi (ceny oparte na kosztach, mają zgodnie z projektem rozporządzenia, obowiązywać dopiero od 2026 r.). W konsekwencji, analizując projekt ustawy o doręczeniach elektronicznych nie można mieć wątpliwości, że wyłącznym celem braku wolnej konkurencji na rynku świadczenia usług e-doręczeń dla podmiotów publicznych jest zachowanie przychodów Poczty Polskiej S.A.

Z pewnością przyjęty model nie ma na celu ochrony osób wykluczonych cyfrowo, gdyż gdyby intencją projektodawcy była ochrona takich osób, to rozważany byłby dodatkowo co najmniej jeszcze jeden model, w którym usługa doręczenia hybrydowego byłaby realizowana w rozbiciu na dwie usługi (doręczenie elektroniczne oraz doręczenie przesyłki listowej). W takim modelu nadal możliwe byłoby zachowanie pełnej konkurencji dla świadczenia usługi doręczenia elektronicznego, a operator wyznaczony do świadczenia usługi

powszechnej mógłby być zobowiązany do świadczenia usługi doręczenia przesyłki listowej (zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym).

Należy również zwrócić uwagę, że projektowane przepisy nie zawierają jakiegokolwiek analizy otoczenia rynkowego w zakresie możliwości świadczenia usług e-doręczenia w modelach stricte komercyjnych. Według wiedzy Konfederacji Lewiatan na rynku funkcjonują podmioty, które realizują tego typu usługi na masową skalę, a cena ich usług jest znacznie niższa, aniżeli ustalona w projekcie rozporządzenia cena usługi na poziomie 3,45 zł. Dla przykładu, przedstawiamy w załączeniu wydruk ze strony internetowej jednej ze spółek ofertujących tego typu usługi, tj. spółki Specfile², która za usługę doręczenia elektronicznego listu poleconego pobiera opłatę w kwocie 1 zł netto (załącznik nr 2 do stanowiska). Uwzględniając efekt skali, który niewątpliwie będzie miał miejsce w przypadku uchwalenia proponowanej ustawy, można racjonalnie przyjąć, że cena bazowa w projekcie rozporządzenia nie powinna być wyższa niż 0,60-0,70 zł.

Konfederacja Lewiatan podkreśla również, że rozwiązanie planowane w Polsce, wbrew uzasadnieniu projektu ustawy o e-doręczeniach, w istotnej mierze odbiega od regulacji wprowadzonych w innych krajach. Według wiedzy eksperckiej Konfederacji Lewiatan w żadnym innym kraju UE model powierzenia usługi doręczenia elektronicznego nie bazuje na przyznaniu praw wyłącznych operatorowi wyznaczonemu do świadczenia usługi powszechnej. W razie potrzeby organizacja jest w stanie przedstawić dodatkowy raport w tym przedmiocie, aczkolwiek nie jest to możliwe w terminie, w jakim została przewidziana procedura standstill, tj. do 30 stycznia 2020 r. Jednocześnie, przyjęte finalnie rozwiązania całkowicie odeszły od założeń przyjmowanych przez MC na początku prac (jak pokazuje przywołana prezentacja, niezależnie od wybranego wariantu zakładano, że wybór operatora nastąpi w otwartej i konkurencyjnej procedurze – slajd 7) odchodząc od procedury selekcyjnej na rzecz delegacji ustawowej.

Reasumując, już tylko w oparciu o opisany powyżej cel wprowadzenia takiego modelu świadczenia usług doręczenia elektronicznego należy uznać, że planowana regulacja jest sprzeczna z prawem unijnym. Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zostanie przedstawione w punktach poniżej.

2) Naruszenie:

a) traktatowej zasady swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE)

² <https://www.specfile.pl/>

- b) **traktatowej zasady swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE) poprzez przyznanie praw wyłącznych do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej operatorowi wyznaczonemu do świadczenia usługi powszechnej**
- 3) **Brak spełnienia przesłanki istnienia interesu ogólnego, która uzasadniałaby powierzenie świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej operatorowi wyznaczonemu;**

Ze względu na powiązanie pomiędzy zarzutem 2 i 3 uzasadnienie dla obu zarzutów zostanie przedstawione łącznie.

Art. 49 TFUE przewiduje dla obywateli państw członkowskich UE swobodę podejmowania i prowadzenia działalności w innych państwach członkowskich, na takich samych warunkach, jakie przewidują te państwa dla własnych obywateli. Ponadto, na gruncie orzecznictwa TSUE, traktatowa swoboda przedsiębiorczości wymaga od państw członkowskich znoszenia wszelkich ograniczeń w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, o ile powyższych ograniczeń nie można uzasadnić istotnym interesem publicznym. W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że wszelkie przepisy krajowe, które ograniczają swobodę przedsiębiorczości muszą spełniać łącznie następujące warunki:

- a) muszą być stosowane w sposób niedyskryminujący;
- b) muszą być usprawiedliwione interesem ogólnym;
- c) muszą być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie mogą wykraczać poza to, co konieczne do realizacji tego celu (tak wyroki TSUE z dnia 31 marca 1993r. w sprawie Kraus przeciwko Land Baden-Württemberg (C-19/92), motyw 32 oraz z dnia 11 marca 2010r. w sprawie Attanasio Group Srl przeciwko Comune di Carbognano (C-384/08), motywy 50-51).
- d)

Z kolei stosownie do art. 56 TFUE ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż Państwo odbiorcy świadczenia. Przewidziana w tym przepisie swoboda świadczenia usług (podobnie jak opisana powyżej swoboda przedsiębiorczości) jest jedną z czterech głównych swobód, na jakich opiera się jednolity rynek wewnętrzny w UE. W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że swobody te mają fundamentalny charakter dla wspólnoty europejskiej (tak wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie Corsica Ferries France przeciwko Direction generale des douanes francaises (C-49/89), LEX 127745). Ponadto według orzecznictwa

Trybunału Sprawiedliwości UE art. 56 TFUE wymaga zniesienia wszelkich ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług, nawet jeżeli to ograniczenie stosuje się bez rozróżnienia do usługodawców krajowych i usługodawców z innych państw członkowskich, jeżeli jest ono w stanie zakazać lub w inny sposób utrudnić działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym świadczy on zgodnie z prawem podobne usługi (tak wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Limited (C-76/90), Rec. str. I-4221, pkt 12 i z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-58/98 Corsten, Rec. str. I-7919, pkt 33). W orzecznictwie TSUE wskazuje się również, iż swoboda świadczenia usług przynosi korzyści tak usługodawcy, jak i usługobiorcy (wyroki z dnia 13 lipca 2004r. w sprawie C-262/02 Komisja przeciwko Francji, str. I-0000, pkt 22, oraz w sprawie Bacardi France SAS v. Télévision française 1 SA (TF1) i inni (C-429/02), str. I-0000, pkt 31 i przywołane tam orzecznictwo).

Z art. 56 TFUE wynikają dwa odrębne zakazy obejmujące zakaz dyskryminacji (zakazujący wydawania przepisów odmiennie traktujących podmioty z innych państw członkowskich co podmiot z danego państwa znajdujący się w takiej samej lub podobnej sytuacji) oraz zakaz ograniczeń. W przedmiotowej sprawie kluczowy jest właśnie zakaz ograniczeń, który rozumiany jest jako zakaz wydawania takich przepisów krajowych, które mimo że formalnie nie dyskryminują ani usługodawców, ani usługobiorców pochodzących z innych państw członkowskich w państwie, które uchwaliło dane przepisy, to jednak utrudniają im korzystanie ze swobody świadczenia usług (wyrok TSUE z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie Manfred Säger przeciwko Dennemeyer & Co. Ltd. (C-76/90)).

Wyjątek dopuszczający ograniczenie swobody usług musi być uzasadniony względami interesu ogólnego (tak wyroki TSUE w sprawach Komisja v. Francja (220/83); 206/84, Komisja v Irlandia, czy 252/83, Komisja v Dania). Dodatkowo zastosowane środki krajowe muszą być proporcjonalne do zamierzonego celu oraz respektować kontrolę sprawowaną nad usługodawcą w państwie jego pochodzenia.

Wskazywany powyżej interes ogólny jako przesłanka wyłączająca, przy spełnieniu dodatkowych wymogów, traktatowe swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług nie może w żadnym wypadku być rozumiany jako interes gospodarczy, w ramach którego celem danego państwa jest ochrona interesów swoich obywateli czy przedsiębiorstw (a tym bardziej, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, ochrona spółki w 100% kontrolowanej przez dane państwo członkowskie). W orzecznictwie TSUE jako przykład interesu ogólnego wskazuje się ochronę konsumentów (tak wyrok z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie Reisebüro Broede przeciwko Gerd Sandker (C-3/95), Rec. str. I-6511, pkt 31 wraz z cytowanym tam orzecznictwem, jak również wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie Markku Juhani Lääri i inni przeciwko Kihlakunnansyyttäjä i Suomen

valtio, (C-124/97), Rec. str. I-6067, pkt 33), czy ochronę pluralizmu, jako element wolności słowa (tak np. wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie *Collectieve Antennevoorziening Gouda* przeciwko *Commissariaat voor de Media* (C-288/89), Rec. str. I-4007, pkt 23; wyrok w sprawie *Komisja* przeciwko *Niderlandom*, pkt 30; wyrok z dnia 3 lutego 1993 r. w sprawie *Veronica Omroep Organisatie* przeciwko *Commissariaat voor de Media* (C-148/91), Rec. str. I-487, pkt 10 i wyrok w sprawie *TV10*, pkt 19).

Zawarte w projekcie ustawy o doręczeniach elektronicznych istotne ograniczenia swobody świadczenia usług nie spełniają powyższych wymogów naruszając fundamentalne swobody wspólnotowe wynikające z art. 49 i 56 TFUE. Projekt ustawy zakłada przejściowe przyznanie (do 31 grudnia 2025 r.) krajowemu operatorowi wyznaczonemu do świadczenia pocztowych usług powszechnych (tj. jednoosobowej spółce Skarbu Państwa) praw wyłącznych w zakresie świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej. Jednocześnie uzasadnienie przedstawione w toku konsultacji społecznych jednoznacznie wskazywało, iż przyznanie powyższych praw wyłącznych nie ma uzasadnienia w jakimkolwiek interesie ogólnym, lecz ma na celu wyłącznie ochronę interesów biznesowych kontrolowanej przez Rzeczpospolitą Polską spółki Poczta Polska S.A. w związku z ryzykiem spadku przychodów tego podmiotu na rynku świadczenia usług powszechnych. Już w tym miejscu warto zasygnalizować, iż na rynku tym Poczta Polska S.A. osiąga bardzo dobre wyniki finansowe notując nieprzerwanie od 2014 r. dodatni wynik finansowy.

Kwestia braku spełnienia przesłanki ochrony interesu publicznego została jednoznacznie podniesiona w toku konsultacji projektów przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, które w licznych stanowiskach wskazywało, iż proponowana ustawa może naruszać traktatowe swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług. Dla przykładu w piśmie zamieszczonym na stronie RCL³ (znak: DPUE.920.222.2019 /31/kw) wskazano: *„informuję, że w mojej ocenie obecne uzasadnienie projektu ustawy dotyczące konieczności powierzenia operatorowi wyznaczonemu świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej ze względu na wskazany w nim ogólny interes społeczny, jest niewystarczające do usprawiedliwienia przyznania Poczcie Polskiej S.A. monopolu w tym zakresie. Uzasadnienie projektu w dużej mierze opiera się bowiem na interesie gospodarczym, który w świetle prawa unijnego nie może usprawiedliwiać powierzenia świadczenia usług jednemu podmiotowi. Przypominam, że zastrzeżenie powierzenia świadczenia usług na rzecz określonego podmiotu stanowi przyznanie temu podmiotowi praw wyłącznych, a tym samym stanowi naruszenie swobody świadczenia usług określonej w art. 56 Traktatu*

³ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321100/katalog/12569245#12569245>

o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz swobody przedsiębiorczości określonej w art. 49 TFUE. W związku z tym przyznanie takich praw powinno zostać uzasadnione istnieniem określonego interesu ogólnego, który wynika z art. 36 TFUE lub z wymogów koniecznych⁴. Wśród podstaw wymienionych w art. 36 TFUE znajdują się moralność publiczna, porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, ochrona zdrowia i życia ludzi oraz zwierząt lub ochrona roślin, ochrona majątku narodowego posiadającego wartość artystyczną, historyczną lub archeologiczną lub też ochrona własności przemysłowej i handlowej. Tymczasem do wymogów koniecznych zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej należą m.in. skuteczność kontroli podatkowej, ochrona zdrowia publicznego, rzetelność obrotu handlowego czy ochrona konsumentów⁵. Tym samym wykazanie zgodności przyznania praw wyłącznych z prawem unijnym wymaga wyjaśnienia, że projektowana regulacja służy ochronie określonego interesu o charakterze pozagospodarczym. Odnosząc powyższe do przedstawionego uzasadniania projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych, należy zauważyć, że wskazany przez projektodawcę interes ogólny odnosi się co do zasady do interesu gospodarczego polegającego na ochronie Poczty Polskiej S.A. przed utratą przychodów. To ma w konsekwencji zapobiec wzrostowi cen usług powszechnych. Projektodawca odnosi się w tym kontekście do realizacji interesu społecznego wskazując na przeciwdziałanie skutkom wykluczenia cyfrowego. Tymczasem uzasadnienie powierzenia praw wyłącznych powinno opierać się jedynie o wartości o charakterze nieekonomicznym, które państwo członkowskie UE może chronić w oparciu o środki ograniczające swobody traktatowe.” Podobnie krytyczne uwagi wobec projektu MSZ przedstawiło m.in. w pismach z dn. 22 sierpnia 2019 r. oraz z dn. 4 września 2019 r.

Wskazujemy, iż już z tego powodu przedstawione projekty powinny zostać zakwestionowane. Jest oczywistym i nie ulega wątpliwości, iż prawdziwe intencje kryjące się za projektowanymi przepisami zostały wykazane przez projektodawcę w pierwszy uzasadnieniu projektu i celem proponowanych regulacji *ab initio* nie była ochrona interesu ogólnego, ale wyłącznie zabezpieczenie interesów gospodarczych spółki Skarbu Państwa – Poczty Polskiej S.A. w związku z utratą lukratywnej dla tego podmiotu działalności polegającej na obsłudze korespondencji podmiotów publicznych, na którym to rynku Poczta Polska jest obecnie monopolistą

⁴ zob. wyrok TSUE z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie Komisja przeciwko Węgrom (C-179/14), pkt 164 i przywołane tam orzecznictwo, EU:C:2016:108.

zob. wyrok ETS z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (120/78), pkt. 8, ECLI:EU:C:1979:42.

i bezproblemowo może dyktować tym podmiotom dowolne ceny usług. Jest to przedmiotem licznych artykułów prasowych, które wskazują na zmianę polityki cenowej Poczty Polskiej S.A. po wyeliminowaniu konkurencji. Przykładowo skutki wzrostu cen po wycofaniu się z rynku konkurentów opisuje artykuł dotyczący wyboru dostawcy usług pocztowych dla miasta Elbląg, w którym wskazano: „Zakończyło się poszukiwanie wykonawcy, który przez najbliższe dwa lata (w 2017 i 2018) roku będzie odpowiedzialny za świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Elbląga. Na zamówienie Magistratu odpowiedziała jedna firma i pomimo tego, że jej oferta znacznie przewyższała kwotę przeznaczoną na to zadanie, została wybrana. Tę ofertę złożyła Poczta Polska S.A. i to właśnie ta firma będzie odpowiedzialna za nasze przesyłki aż do 31 grudnia 2018 roku. Miasto na ten cel będzie musiało dołożyć dodatkowo przeszło pół miliona złotych. (...) Na konkurs ogłoszony przez urzędników zgłosiła się tylko Poczta Polska S.A. Kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 720 tysięcy złotych, a cena oferty jedyne go oferenta wynosiła dokładnie 1 milion 281 tys. 433 złote, czyli przekraczała kwotę o ponad 560 tys. zł. Jako że do konkursu nie zgłosiła się żadna inna firma, Miasto musiało przystać na ofertę Poczty Polskiej, ponieważ ktoś musi usługami pocztowymi w Elblągu się zajmować.

- Zazwyczaj jest tak, że na konkurs zgłasza się kilku oferentów i wtedy można wybrać najkorzystniejszą ofertę. W postępowaniu pojawiła się oferta tylko jednej firmy i po przeanalizowaniu jej, trzeba było na nią przystać, ponieważ ktoś musi dostarczać listy w mieście - wyjaśniał Łukasz Mierzejewski z Biura Prasowego UM w Elblągu.

Ponad pół miliona złotych będzie trzeba dopłacić z budżetu miejskiego. Termin obowiązywania umowy rozpocznie się z dniem 1 stycznia 2017 i zakończy z dniem 31 grudnia 2018 roku.”⁶

Powyższy problem kompleksowo opisuje artykuł w Dzienniku Gazeta Prawna w którym wskazano: „Szczecin podsumował, że ceny usług pocztowych wzrosną o 45 proc. Częstochowa twierdzi, że w jej przypadku mowa o zwyczajach rzędu 30-50 proc. Warszawa donosi o 30 proc. podwyżce. Największy wzrost odnotował Gdańsk. Tam średnia podwyżka wynosi ok. 87 proc. Jak pisze "DGP", w tych samorządach kontrakty zdobyła Poczta Polska. Bywało, że nikt więcej do danego przetargu się nie zgłosił.”⁷

Dopiero na skutek krytycznych uwag MSZ projektodawca uzupełnił co prawda uzasadnienie projektu, ale jego lektura nie potwierdza ani istnienia interesu ogólnego, ani nie wykazuje, iż wprowadzone rozwiązania są proporcjonalne, ani też uzasadnione w stosunku do celu i nie wykraczają poza ten cel. Jednocześnie

⁶ <http://biznes.elblag.net/artykuly/ta-firma-dostarczy-nasze-listy-w-2017-i-2018-roku-,27879.htm>

⁷ <http://www.rp.pl/Kraj/170129295-Brak-konkurencji-Poczta-Polska-podnosi-ceny.html>

wprowadzone uzasadnienie ma charakter pozorny, maskujący prawdziwy cel wprowadzanych regulacji, o którym była mowa powyżej. W uzupełnionym uzasadnieniu projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych projektodawca wskazał: *„Przyznanie jednemu przedsiębiorstwu takich praw może skutkować ograniczeniem swobody świadczenia usług zagwarantowanej w art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu UE. Projektodawca, zdając sobie sprawę z powyższych konsekwencji, podjął niezbędne działania mające na celu przeanalizowanie możliwych alternatywnych wariantów modelu doręczeń elektronicznych w Polsce, kierując się przy wyborze finalnego rozwiązania nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Przyjęcie takiego modelu poprzedzone zostało zasygnalizowaną już wcześniej analizą funkcjonujących na europejskim rynku doręczeń elektronicznych rozwiązań, uzupełnioną o weryfikację gotowości do świadczenia wyżej wymienionych usług przez działającego na rynku polskim operatora wyznaczonego. Finalnie rozważano dwa warianty realizacji przedsięwzięcia, w tym jeden z udziałem „Narodowego Operatora Cyfrowego”, mającego w zakresie swoich odpowiedzialności świadczenie publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej. Dla obu wariantów przygotowane zostały analizy SWOT, mające na celu identyfikację mocnych i słabych stron poszczególnych wariantów oraz powstających w wyniku wdrożenia każdego z nich szans i zagrożeń. Dodatkowo należy podkreślić, iż przyjęcie modelu opartego na centralnej roli operatora wyznaczonego stanowi jeden z elementów tworzonego rynku doręczeń elektronicznych w Polsce, z istotnym udziałem kwalifikowanych dostawców usług zaufania świadczących kwalifikowane usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, którzy otrzymują pełne umocowanie do świadczenia usług dla podmiotów niepublicznych, w tym przedsiębiorców zarejestrowanych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz firm zarejestrowanych w Krajowym Rejestrze Sądowym, na rynku polskim. Minister Cyfryzacji, wyposażony w powyższą analizę, działając na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1 lit. a i e zarządzenia nr 131 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 września 2016 r. w sprawie Komitetu Ekonomicznego Rady Ministrów (M.P. z 2019 r. poz. 349), zwrócił się z wnioskiem o rozpatrzenie przez Komitet Ekonomiczny Rady Ministrów opracowanych wariantów i rekomendację wariantu do wdrożenia. Na posiedzeniu w dniu 5 czerwca 2018 r. Komitet Ekonomiczny Rady Ministrów zarekomendował realizację przedsięwzięcia w wariantcie zakładającym udział „Narodowego Operatora Cyfrowego”. Publiczna usługa hybrydowa leży w ogólnym interesie społecznym, gdyż przeciwdziała negatywnym skutkom wykluczenia cyfrowego obywateli, pozwala na zachowanie komunikacji (papierowej) w stosunku do osób, które nie potrafią lub nie chcą korzystać ze środków komunikacji elektronicznej (w tym rejestrowanego doręczenia elektronicznego). Zapewnienie komunikacji dla tych osób wymaga od usługodawcy*



istotnych zdolności organizacyjnych, tj. odpowiedniej infrastruktury, jej szerokiego rozmieszczenia, a także odpowiedniej liczby pracowników (listonoszy). W chwili wejścia w życie ustawy jedynym operatorem, który jest w stanie zapewnić komunikację papierową, jest operator wyznaczony. Jego zdolności organizacyjne zostały bowiem potwierdzone w toku konkursu na operatora wyznaczonego. Z tego powodu – w celu zapewnienia społeczeństwu pełnej komunikacji z administracją – zdecydowano się powierzyć w okresie przejściowym funkcję operatora publicznej usługi hybrydowej operatorowi wyznaczonemu w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe.” (Uzasadnienie, s. 11-13)⁸.

Powyższe uzasadnienie wymaga szerszej analizy pod kątem opisanych powyżej wymogów uzasadniających ograniczenie swobód traktatowych.

Projektodawca wskazuje *de facto* na następujące przyczyny przyznania Poczcie Polskiej S.A. praw wyłącznych:

- a) gotowość operatora wyznaczonego do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej;
- b) wprowadzenie publicznej usługi hybrydowej leży w ogólnym interesie społecznym i przeciwdziała negatywnym skutkom wykluczenia cyfrowego obywateli, którzy nie potrafią lub nie chcą korzystać ze środków komunikacji elektronicznej;
- c) świadczenie usług dla osób, które nie chcą korzystać ze środków komunikacji elektronicznej wymaga odpowiedniej infrastruktury, jej szerokiego rozmieszczenia, a także odpowiedniej liczby pracowników, a jedynym podmiotem, który jest w stanie zapewnić komunikację papierową jest operator wyznaczony.

Przedstawione powyżej uzasadnienie z pewnością nie spełnia wymogów określonych w przepisach TFUE oraz w orzecznictwie TSUE. Projektodawca w żaden sposób nie wykazał, iż przyznanie praw wyłącznych Poczcie Polskiej S.A. jest uzasadnione interesem ogólnym. Na wstępie trzeba podkreślić, iż przedstawione uzasadnienie w praktyce dotyczy wyłącznie publicznej usługi hybrydowej. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego prawo wyłączne obejmuje także publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego i co przemawia za przyjęciem, że w tym zakresie spełniona jest przesłanka interesu ogólnego. Brak takiego uzasadnienia w zasadzie nie może dziwić, gdyż takie obiektywne uzasadnienie nie istnieje, a wyłączenie konkurencji na rynku

⁸ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321100/katalog/12569245#12569245>

świadczenia tych usług nie tylko nie jest uzasadnione interesem ogólnym, ale *de facto* temu interesowi się sprzeciwia. Warto zwrócić uwagę, iż świadczenie usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego podlega szczegółowym wymogom określonym w Rozporządzeniu PE i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. L 257/73, dalej „Rozporządzenia 910/2014”). Przepisy Rozporządzenia 910/2014 przewidują świadczenie usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego (art. 3 pkt 36) oraz kwalifikowanych usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego (art. 3 pkt 37), które muszą spełniać szczególne wymogi określone w art. 44 tego rozporządzenia. Podmioty realizujące te usługi mają status bądź dostawców usług zaufania, bądź kwalifikowanych dostawców usług zaufania, co w przypadku tych ostatnich wiąże się z koniecznością spełnienia rygorystycznych wymogów, a lista tych podmiotów jest publicznie dostępna.⁹ W tym kontekście trudno uznać, iż istnieją jakiegokolwiek powody uzasadniające ograniczenie konkurencji w zakresie świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, dla świadczenia której, jak wskazuje sam projektodawca, oparto się na wymogach wskazanych właśnie w art. 44 ust. 1 Rozporządzenia 910/2014 (uzasadnienie, s. 15). W konsekwencji przedstawione uzasadnienie w żaden sposób nie potwierdza spełnienia przesłanki interesu ogólnego dla publicznej usługi doręczenia elektronicznego.

Wątpliwa jest również argumentacja projektodawcy w zakresie zapobiegania przez ustawodawcę negatywnym skutkom wykluczeniu cyfrowego poprzez przyznanie Poczcie Polskiej S.A. wyłącznych uprawnień w zakresie świadczenia publicznej usługi hybrydowej.

Po pierwsze, gdyby przyjąć za prawdziwe twierdzenie projektodawcy, to i bez przyznawania Poczcie Polskiej S.A. tego uprawnienia miałyby ona możliwość świadczenia tej usługi, a jeżeli inne podmioty nie posiadają kompetencji w tym zakresie, Poczta Polska S.A. byłaby faktycznym monopolistą.

Należy jednak podkreślić, że z doświadczeń związanych z realizacją usług pocztowych na rzecz jednostek sektora finansów publicznych jasno wynika, iż nie tylko Poczta Polska S.A. posiada odpowiednie zdolności organizacyjne do realizacji tych usług. Dla przykładu wystarczy wskazać, iż już w 2013 r. w przetargu dotyczącym doręczania przesyłek sądowych oraz przesyłek prokuratorskich podmiotem wyłonionym do obsługi obu tych rodzajów przesyłek był inny operator pocztowy, mianowicie spółka PGP S.A. (pomimo że wymogi formalne w ww. przetargu obejmowały m.in. konieczność posiadania jednej stałej placówki pocztowej w każdej gminie, czynnej od poniedziałku do piątku, jednego punktu pocztowego na 6 tysięcy mieszkańców

⁹ zob. <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/>

bądź na 85 km kw. powierzchni w terenach wiejskich, co w dużej mierze odpowiada wymogom, jakim poddana jest Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej)). Co prawda na początku świadczenia usług przez PGP S.A. istniały problemy z jakością realizowanych usług, ale początkowe trudności w świadczeniu kontraktu dla sądów i prokuratur były spowodowane w dużej mierze bardzo późnym podpisaniem kontraktu. Najwyższa Izba Kontroli w Raporcie z listopada 2015 r. „Dostarczanie pism i przesyłek sądowych oraz prokuratorskich”¹⁰ zauważyła: *„Opóźnienie w podpisaniu umów zostało spowodowane zwłoką w podjęciu przez Ministra Sprawiedliwości decyzji o powierzeniu przeprowadzenia przetargu Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie, decyzją Prokuratora Generalnego o dołączeniu do ww. przetargu, przedłużającym się okresem do przygotowania przetargu, a także problemami z jego terminowym rozstrzygnięciem”*. Co więcej, NIK zauważyła, że brak jest rzetelnych informacji o ewentualnych nieprawidłowościach w świadczeniu usług pocztowych na rzecz sądów i prokuratur w latach 2014-2015: *„Bezkrytyczne przyjmowanie przez Ministra Sprawiedliwości danych wskazywanych przez sądy powszechne uniemożliwiło mu zgromadzenie rzetelnej wiedzy o skali i charakterze nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu doręczania przesyłek”*. Po początkowych problemach, obiektywnie spowodowanych opóźnionym podpisaniem kontraktu, **jakość świadczonych usług uległa znaczącej poprawie** (stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej cytowane w ww. Raporcie NIK): *„W późniejszym okresie jakość usług pocztowych uległa poprawie, w szczególności w zakresie częstotliwości i szybkości doręczeń, standardu punktów odbioru przesyłek awizowanych, zmiany ich lokalizacji. Pozytywnie odebrana została także praktyka wyznaczania doręczycieli dedykowanych wyłącznie obsłudze kancelarii adwokackich i prawnych, jak również praktyka dodatkowego, telefonicznego informowania o przesyłce i uzgadniania godzin odbierania korespondencji”*. Dla porównania, według posiadanych, na podstawie dostępu do informacji publicznej, danych dotyczących wykonywania przez Poczta Polską umowy nr 1/ZP-U/2016 z dnia 4 stycznia 2016 r. na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych wynika, iż jakość obsługi realizowanej przez Poczta Polską S.A. wcale nie była lepsza niż jakość usług oferowanych przez operatora alternatywnego.

Dla przykładu, tylko w okresie pierwszych 9 miesięcy wykonywania umowy, poszczególne sądy powszechne będące nadawcami przesyłek zażądały od Poczty Polskiej zapłaty 4 225 kar umownych na łączną kwotę 6 144 536 zł (słownie: sześciu milionów sto czterdziestu czterech tysięcy pięćset trzydziestu sześciu złotych) z tytułu zagubienia przesyłek lub doręczenia ich osobie nieuprawnionej. Oznacza to, że w każdym

¹⁰ <https://www.nik.gov.pl/plik/id,9811,vp,12080.pdf>

z tych przypadków mieliśmy do czynienia z ryzykiem ujawnienia tajemnicy pocztowej, czyli z ryzykiem, które tak mocno leżało u podstaw projektowanych zmian. Z kolei aż 3,9 mln złotych kar umownych zostało naliczonych Poczcie Polskiej S.A. z tytułu nieprawidłowego wypełnienia przez operatora pocztowego dokumentu potwierdzającego odbiór przesyłki rejestrowanej, nieprawidłowego wypełnienia strony adresowej przesyłki rejestrowanej niepodjętej w terminie, czy w przypadku niedoręczenia nadawcy formularza zwrotnego potwierdzenia odbioru. Zważywszy, że wysokość kary umownej w takim przypadku wynosiła jedynie 50 zł oznacza to, że Poczta Polska dopuściła się prawie 80 000 naruszeń umowy. Z powołanego wyżej pisma wynika, że łączna wysokość kar naliczonych Poczcie Polskiej przekracza kwotę 10,9 mln złotych. W konsekwencji brak jest jakichkolwiek dowodów, że świadczenie usług przez Poczta Polską S.A. jest realizowane na wyższym poziomie jakościowym niż przez innych operatorów pocztowych, a przedstawione powyżej dane potwierdzają powyższą tezę. Nie jest więc prawdziwe twierdzenie, iż tylko Poczta Polska S.A. posiada odpowiednie zdolności organizacyjne do realizacji publicznej usługi hybrydowej.

Należy także podkreślić, iż przedstawione doświadczenia jasno pokazują, jak monopol w zakresie świadczenia usług wpływa na działania Poczty Polskiej S.A. Dobrym przykładem jest tutaj opisany powyżej przetarg na obsługę sądów i prokuratur. W okresie, w którym istniała dla Poczty Polskiej S.A. ogólnokrajowa konkurencja, która przez sam fakt swojego istnienia „zmuszała” Poczta Polską do podjęcia działań mających na celu zwiększenie jakości usług i jednocześnie obniżenie cen, ceny usług oferowanych przez Poczta Polską były znacznie niższe niż ceny usług powszechnych. W sytuacji, gdy tylko konkurencji na rynku zabrakło, Poczta Polska S.A. dokonała niespotykanego wcześniej podwyższenia cen za te same usługi, co najlepiej obrazuje największy kontrakt na rynku, jakim jest doręczanie korespondencji dla sądów i prokuratur. Koszt obsługi tego kontraktu wzrósł z kwoty 293 mln (w okresie 3 lat, tj. do końca lutego 2019 r., dla sądów) do kwoty 890 mln zł (w okresie trzech lat, od początku marca 2019, wliczając prokuratury, które nadają ok. 8-10 proc całego wolumenu), stało się tak na skutek zwiększenia cen za niektóre usługi nawet o 178 proc. Projektowana ustawa, jak również uzasadnienie do niej, przywiązuje dużą wagę do mechanizmów mających na celu ograniczenie ryzyka nadmiernego wzrostu cen usług świadczonych przez monopolistę Poczta Polską S.A. Mechanizmami, które mają chronić przed taką sytuacją są konieczność zarówno zatwierdzania cen przez Prezesa UKE, jak również ustalania przez tegoż Prezesa UKE maksymalnych poziomów tychże cen. Są to mechanizmy analogiczne do mechanizmów funkcjonujących obecnie na rynku pocztowych usług powszechnych. Mechanizmy te nie przyniosły jednak ochrony przed nadmiernym wzrostem cen pocztowych usług powszechnych (zyski Poczty Polskiej z usług powszechnych przekraczają 300 mln zł, przy rentowności rzędu 11-

13%) i w efekcie służą pokrywaniu straty Poczty Polskiej S.A. na rynkach innych niż usługi powszechne. Być może jednym z czynników, które mają wpływ na to zjawisko jest fakt, że Prezes UKE ani razu nie wydał decyzji określającej maksymalny poziom cen usług powszechnych, mimo niezmienionego od 2012 r. brzmienia art. 55 prawa pocztowego. Pokazuje to wyraźnie, iż mechanizmy przewidziane w projekcie ustawy w żaden sposób nie zastąpią mechanizmów rynkowych, jakie zwłaszcza na rynku świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego mogłaby przynieść wolna konkurencja.

Co istotne, wymogi związane ze stosowaniem wyjątku od swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług obejmują nie tylko konieczność wykazania interesu ogólnego, ale także udowodnienie, iż zastosowane środki są proporcjonalne oraz odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie mogą wykraczać poza to, co konieczne do realizacji tego celu. Tymczasem przedstawione uzasadnienie w żaden sposób nie dotyka powyższych kwestii, a co za tym idzie nie ma w ogóle możliwości oceny, czy przesłanki te zostały spełnione.

- 4) Naruszenie art. 7 ust. 1 Dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług („Dyrektywa Pocztaowa”) poprzez przyznanie operatorowi wyznaczonemu praw wyłącznych do świadczenia publicznej usługi hybrydowej (zgodnie z legalną definicją w art. 2 pkt 9 Projektu, usługa ta stanowi usługę pocztową o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Pocztove¹¹**

Z uzasadnienia projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych oraz z tekstu samego projektu wynika, że projekt ten reguluje zasady świadczenia publicznej usługi hybrydowej, która jak wskazuje uzasadnienie Projektu: „*jest z kolei usługą pocztową, o której mowa w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2018 r., poz. 2188, z późn. zm.)*”. (Uzasadnienie, s. 10). W dalszej części uzasadnienia projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych wynika, iż projekt powierza w okresie przejściowym (tj. do 31 grudnia 2025 r.)

¹¹ tj. wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe przesyłanie przesyłek pocztowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli na etapie przyjmowania, przemieszczania lub doręczania przekazu informacyjnego przyjmują one fizyczną formę przesyłki listowej;

świadczenie publicznej usługi hybrydowej operatorowi wyznaczonemu, którym aktualnie jest Poczta Polska S.A. projektodawca przyznaje jednocześnie: „Powierzenie obecnie funkcjonującemu na rynku usług pocztowych operatorowi wyznaczonemu, tzn. Poczcie Polskiej S.A., świadczenia obu usług, tzn. publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej, w okresie przejściowym, tzn. od dnia wejścia w życie ustawy, a dokładniej od dnia wejścia w życie przepisów nakładających na operatora wyznaczonego obowiązek świadczenia obu usług do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez podmiot wyłoniony w ramach konkursu na operatora wyznaczonego, czyli do dnia 31 grudnia 2025 r. włącznie, **oznacza przyznanie Poczcie Polskiej S.A. prawa wyłącznego.**” (Uzasadnienie, s. 11)¹².

W tym kontekście zwracamy uwagę, iż przyznanie Poczcie Polskiej S.A. nowego prawa wyłącznego w odniesieniu do usług pocztowych jest wprost sprzeczne z art. 7 ust. 1 Dyrektywy pocztowej i jako takie powinno zostać wprost zakwestionowane.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Dyrektywy pocztowej, państwa członkowskie nie udzielają ani nie utrzymują w mocy wyłącznych lub szczególnych praw w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych. Natomiast art. 8 Dyrektywy pocztowej wprowadza jedyny wyjątek od powyższej zasady stanowiący: „*Postanowienia art. 7 nie naruszają prawa Państw Członkowskich do organizowania umieszczania skrzynek pocztowych na publicznych drogach, emitowania znaczków pocztowych i świadczenia usługi przesyłek poleconych stosowanych w procedurach sądowych lub administracyjnych zgodnie z ich ustawodawstwem krajowym*”. Motyw (16) preambuły dyrektywy pocztowej wyjaśnia powyższe podejście wskazując: „*Z powodów związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym, w uzasadnionym interesie Państw Członkowskich może leżeć przyznanie wyznaczonemu przez nie podmiotowi lub wyznaczonym podmiotom prawa do umieszczania na publicznych drogach nadawczych skrzynek pocztowych; z tych samych powodów, mają one prawo do wyznaczenia podmiotu lub podmiotów odpowiedzialnych za emitowanie znaczków pocztowych identyfikujących kraj pochodzenia oraz odpowiedzialnych za świadczenie usługi przesyłki poleconej stosowanej w procedurach sądowych lub administracyjnych zgodnie ze swoim ustawodawstwem krajowym.*”

Należy przy tym przypomnieć, że analogiczny zakaz przyznawania praw wyłącznych i specjalnych przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym istnieje na gruncie art. 2 ust. 1 dyrektywy 2002/77/WE, zaś TSUE w swoim orzecznictwie wprost wskazał, że wynikający z prawa wtórnego **zakaz przyznawania praw wyłącznych i specjalnych ma charakter bezwzględny i nie może być usprawiedliwiany żadnymi względami interesu publicznego** (wyrok TSUE w sprawie C-376/13, Komisja p. Bułgarii, pkt 110-124).

¹² <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321100/katalog/12569245#12569245>

Kwestia bezwzględności zakazu stosowania praw wyłącznych w obszarze usług pocztowych została potwierdzona w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 27 marca 2019 r. w sprawie Mariusz Pawlak przeciwko Prezesowi Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (C-545/17)¹³, której przedmiotem było zagadnienie prejudycjalne, złożone przez Sąd Najwyższy (Polska) postanowieniem z dnia 19 lipca 2017 r. w uzasadnieniu, którego wskazano: „(37) Należy przypomnieć, że art. 7 ust. 1 zdanie pierwsze zmienionej dyrektywy zakazuje państwom członkowskim udzielać i utrzymywać w mocy wyłącznych lub szczególnych praw w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych. (38) Z samego brzmienia tego przepisu, który wyznacza zakres zawartego w nim zakazu, stanowiąc 'w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych', wynika, że udzielenie lub utrzymanie w mocy wyłącznego lub szczególnego prawa jest zakazane, jeżeli takie prawo dotyczy usług pocztowych. (...) (46) Wprowadzie art. 106 ust. 1 TFUE sam w sobie nie zakazuje udzielania lub utrzymywania wyłącznego lub specjalnego prawa na rzecz przedsiębiorstwa, ale wymaga, aby to udzielenie lub utrzymanie następowały z zachowaniem pozostałych postanowień przedmiotowych traktatu FUE, podczas gdy art. 7 ust. 1 zdanie pierwsze zmienionej dyrektywy zakazuje udzielenia lub utrzymania wyłącznych lub szczególnych praw na rzecz przedsiębiorstwa w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych. (...) (54) Zatem z zastrzeżeniem odstępstwa przewidzianego w art. 8 zmienionej dyrektywy udzielenie lub utrzymanie w mocy wyłącznych lub szczególnych praw w celu ustanawiania usług pocztowych w rozumieniu art. 7 ust. 1 zdanie pierwsze zmienionej dyrektywy jest zakazane. (55) W tym względzie, wbrew temu co twierdził rząd polski na rozprawie, do celów stosowania tego zakazu nie należy dokonywać rozróżnienia w zależności od tego, czy wyłączne lub szczególne prawo w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych jest udzielane operatorowi świadczącemu usługę powszechną z poszanowaniem albo bez poszanowania zasad obiektywności, proporcjonalności, niedyskryminacji i przejrzystości. (...)”

Jednocześnie, nie może budzić wątpliwości, iż wprowadzenie opisanego powyżej prawa wyłącznego w odniesieniu do publicznej usługi hybrydowej prowadzi w konsekwencji do finansowania usługi powszechnej. Kwestia ta została przyznana przez projektodawcę w Ocenie Skutków Regulacji, gdzie oceniając wpływ planowanej regulacji na Poczta Polska S.A. wprost wskazano : „Wpływ projektowanej regulacji na przedsiębiorcę: 1) subsydiowanie przychodów z usług tradycyjnych przez usługi cyfrowe, co pozwoli na ograniczenie utraty przychodów z tradycyjnych usług listowych;” (OSR, s. 12).¹⁴

¹³ Dz.U.UE.C.2019/187/19.

¹⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321100/katalog/12569208#12569208>

W konsekwencji należy przyjąć, iż Projekt wprost narusza zakaz wskazany w art. 7 ust. 1 dyrektywy pocztowej. Jedynie na marginesie warto wskazać, iż pomimo jasnego stanowiska TSUE w przywołanym wyroku z dnia 27 marca 2019 r., Rzeczpospolita Polska, pomimo przeprowadzenia już po wydaniu wyroku gruntownej nowelizacji przepisów KPC¹⁵, nie wprowadziła jakichkolwiek zmian w art. 165 § 2 KPC, który był przedmiotem analizy TSUE, co pokazuje, iż bez stanowczej reakcji KE Rzeczpospolita Polska nie będzie zdolna we własnym zakresie do przestrzegania przepisów unijnych w sytuacji, gdy jest to niekorzystne dla interesów kontrolowanej przez nią Poczty Polskiej S.A.

- 5) **Naruszenie art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 910/2014 poprzez określenie w projekcie ustawy takich warunków świadczenia usług doręczenia elektronicznego, które eliminują z krajowego rynku tych usług podmioty z innych krajów członkowskich oraz naruszenie art. 4 ust. 2 Rozporządzenia 910/2014 poprzez określenie w projekcie ustawy takich warunków świadczenia usług doręczenia elektronicznego, które eliminują z krajowego rynku tych usług podmioty inne niż operator wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej;**

Usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego jest w świetle Rozporządzenia 910/2014 usługą zaufania. Rozporządzenie dopuszcza możliwość wykluczenia sektora prywatnego wyłącznie w kontekście usług identyfikacji. Zgodnie z motywem 13 preambuły „Państwa członkowskie powinny zachować swobodę w stosowaniu lub wprowadzaniu środków dostępu do usług *online* do celów identyfikacji elektronicznej. Powinny również mieć możliwość podjęcia decyzji, czy w dostarczanie tych środków należy zaangażować sektor prywatny. Państwa członkowskie nie powinny być zobowiązane do notyfikowania Komisji swoich systemów identyfikacji elektronicznej. Do państw członkowskich należy wybór tego, czy notyfikować Komisji wszystkie, niektóre lub żaden z systemów identyfikacji elektronicznej używanych na szczeblu krajowym dla uzyskiwania dostępu przynajmniej do publicznych usług *online* lub szczególnych usług”.

W zakresie usług zaufania wskazano w preambule (pkt 24), że „*usługi zaufania spełniające wymogi niniejszego rozporządzenia powinny podlegać swobodnemu obrotowi na rynku wewnętrznym*”. Niewątpliwie powierzenie świadczenia ww. usług w kontekście podmiotów publicznych Poczcie Polskiej S.A. ogranicza

¹⁵ ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1469).

swobodny obrót, umacniając monopol Poczty Polskiej S.A. na rynku usług pocztowych oraz kreując monopol w zakresie usług elektronicznych. Wydaje się również, że planowane rozwiązanie kłóci się również z motywem 66 preambuły Rozporządzenia, zgodnie z którym „Istotne jest ustanowienie ram prawnych służących ułatwieniu transgranicznego uznawania między istniejącymi krajowymi systemami prawnymi, związanego z usługami rejestrowanego doręczenia elektronicznego. **Ramy te mogłyby stworzyć także nowe możliwości rynkowe dla unijnych dostawców usług zaufania w odniesieniu do oferowania nowych ogólnoeuropejskich usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego**”.

Jednocześnie, stosownie do przywołanego art. 4 Rozporządzenia 910/2014:

„1. Nie ogranicza się świadczenia usług zaufania na terytorium państwa członkowskiego przez dostawcę usług zaufania mającego siedzibę w innym państwie członkowskim z powodów związanych z dziedzinami objętymi niniejszym rozporządzeniem.

2. Produkty i usługi zaufania spełniające wymogi niniejszego rozporządzenia dopuszcza się do swobodnego obrotu na rynku wewnętrznym.”.

Oznacza to, iż wszelkie ograniczenia w zakresie świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego przewidziane w projekcie ustawy o doręczeniach elektronicznych są sprzeczne zarówno z art. 4 ust. 1, jak i art. 4 ust. 2 Rozporządzenia 910/2014.

Należy przy tym podkreślić, że Rozporządzenie 910/2014 jest aktem prawnym bezpośrednio obowiązującym. Stosownie do art. 288 TFUE: „Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich”. W konsekwencji adresatami norm wynikających z Rozporządzenia 910/2014 są nie tylko państwa członkowskie, lecz także osoby fizyczne i prawne. Już tylko z tego powodu wprowadzania do krajowego porządku prawnego ustawy, która w dużej mierze powiela przepisy rozporządzenia jest niedopuszczalne. Co istotne, wprowadzenie regulacji, które są w dużej mierze sprzeczne z tym Rozporządzeniem stanowi rażące naruszenie zasady lojalnej współpracy państw członkowskich z UE (art. 4 ust. 3 TFUE).

6) Naruszenie art. 106 ust. 2 TFUE w związku z decyzją z dnia 20 grudnia 2011 r. (2012/21/UE);

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy o doręczeniach elektronicznych: „Ustawodawca przewidział mechanizm dotacji dla operatora wyznaczonego do świadczonej publicznej usługi rejestrowanego doręczenia

elektronicznego – w odniesieniu tylko do tego zakresu zrealizowanych transferów dokumentów elektronicznych, w którym zakładane jest zwolnienie z opłaty od nadawcy korespondencji będącego podmiotem niepublicznym kierującym korespondencję do podmiotu publicznego. Łączna kwota dotacji określona jest w ustawie budżetowej. Z uwagi na prognozowaną wysokość dotacji (poniżej 15 mln euro średniorocznie) zdecydowano, że będzie ona realizowana w trybie krajowym. Powyższe oznacza, że zgodnie z decyzją Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L 7 z 11.01.2012, str. 3), nie wymaga ona notyfikacji Unii Europejskiej w okresie, w którym spełnia warunki określone ww. decyzji. Zdecydowano się pozostawić w projektowanej ustawie przepis umożliwiający notyfikację pomocy publicznej Unii Europejskiej w przypadku przekroczenia progu.” (Uzasadnienie, s. 42).

W decyzji z dnia 20 grudnia 2011 r. (2012/21/UE) Komisja określiła przypadki, w których rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych stanowi pomoc publiczną zgodną ze wspólnym rynkiem i zwolnioną z obowiązku zgłoszenia do Komisji. Należy wskazać, że projektowana pomoc jest *a priori* niezgodna z powyższą decyzją Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. z wielu powodów, m.in. nie ustalono z góry w sposób przejrzysty i obiektywny parametrów służących do obliczania, kontrolowania i przeglądu kwoty rekompensaty, a roczna kwota rekompensaty może przekroczyć 15 mln euro.

Mechanizm finansowania publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego nie spełnia wymogów określonych w art. 4 lit. d i e decyzji, który stanowi: „*Powierzenie przedsiębiorstwu wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym następuje poprzez jeden akt lub kilka aktów, których forma może zostać określona przez każde państwo członkowskie. Akt lub akty powinny w szczególności określać: (...)*

d) opis mechanizmu rekompensaty oraz wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty;

e) ustalenia na temat unikania i odzyskiwania nadwyżek rekompensaty; (...)”

Tymczasem zgodnie z projektowanymi przepisami operator wyznaczony, który nie pobrał opłaty za przekazywanie korespondencji z wykorzystaniem publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego przez podmiot niepubliczny do podmiotu publicznego, otrzymuje z budżetu państwa, na zasadach określonych

w odrębnych przepisach, dotację przedmiotową do świadczonej publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego. Łączną kwotę dotacji, o której mowa w ust. 9, określa ustawa budżetowa.

Mechanizm zawarty w projektowanych przepisach dla lat 2020-2021 w żaden sposób nie bazuje na koszcie netto¹⁶, a także nie określa sposobu kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty. W konsekwencji, tak określony mechanizm dla lat 2020-2021 budzi istotne wątpliwości co do zgodności z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

Warto również wskazać, iż zaliczenie usługi publicznego rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym może budzić istotne wątpliwości. Wystarczy wskazać, iż statusu takiego nie posiadają odpowiadające tym usługom tradycyjne usługi doręczenia, które nawet nie są realizowane przez operatora wyznaczonego jako usługa powszechna. Usługi te są realizowane na rzecz podmiotów publicznych i są związane z realizowanymi przez te podmioty, na mocy odrębnych przepisów, zadaniami. Trudno więc uznać, iż usługi te spełniają chociażby takie cechy usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jak zaspokajanie ważnych (życiowych, egzystencjalnych) potrzeb ludzkich i służą rozwojowi innych przedsiębiorstw oraz całej gospodarki. Należy jeszcze raz podkreślić, że usługi te są funkcjonalnie powiązane z zadaniami realizowanymi przez organy władzy wykonawczej i sądowniczej w ramach realizowanych przez te podmioty zadań własnych. Wyklucza to uznanie usług będących przedmiotem praw wyłącznych w projekcie za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.

7) Obowiązek notyfikacji pomocy publicznej

Należy zwrócić uwagę, że już na obecnym etapie zasadne wydaje się zgłoszenie pomocy publicznej dla planowanego środka. Z projektów rozporządzeń opublikowanych przez Rzeczpospolitą Polską, w szczególności projektu rozporządzenia w sprawie dotacji przedmiotowej do świadczonej publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego podlegającej ustawowemu zwolnieniu z opłat (załącznik nr 3 do stanowiska), jasno wynika mechanizm dopłaty przedmiotowej za doręczanie korespondencji w ramach PURDE nadawanej od

¹⁶ Czyli być obliczany jako różnica między kosztami poniesionymi na wykonywanie usługi w ogólnym interesie gospodarczym oraz przychodem uzyskanym z takiej usługi albo, alternatywnie, jako różnicę pomiędzy kosztami netto dla przedsiębiorstwa prowadzącego działalność i podlegającego obowiązkowi świadczenia usługi publicznej oraz kosztami netto lub zyskiem tego samego przedsiębiorstwa prowadzącego działalność bez obowiązku świadczenia usługi publicznej.

podmiotu niepublicznego do podmiotu publicznego. Jednocześnie sam projekt wprost przewiduje, że pomoc publiczna za lata 2020-2021 zostanie obliczona jako iloczyn bazowej stawki kosztu realizacji pojedynczej korespondencji w kwocie 2 zł oraz rzeczywistego wolumenu tej korespondencji zrealizowanego w okresie, za który przyznawana będzie dotacja.

Tym samym Rzeczpospolita Polska już teraz powinna dokonać odpowiedniego zgłoszenia pomocy publicznej dla Poczty Polskiej S.A.

- 8) Przyjęcie w projekcie ustawy rozwiązań, które uzależniają realizację usług rejestrowanych doręczeń elektronicznych oraz usługi hybrydowej od wyznaczenia operatora zobowiązanego do świadczenia pocztowej usługi powszechnej, co powoduje, że w przypadku braku wyznaczenia takiego operatora (co miało miejsce np. w Niemczech) powstanie luka uniemożliwiająca realizację tych obowiązków;**

W tym zakresie jedynie tytułem sygnalizacji warto zwrócić uwagę, iż chociaż decyzja o wyborze Poczty Polskiej S.A. na operatora wyznaczonego jest decyzją ostateczną, to nie jest ona prawomocna i przed sądami administracyjnymi w Polsce toczą się nadal postępowania w sprawach unieważnienia konkursu na operatora wyznaczonego oraz w sprawie decyzji Prezesa UKE, w której wskazał on Poczta Polską S.A. jako operatora wyznaczonego do świadczenia pocztowych usług powszechnych w latach 2016 – 2025. Powyższe oznacza, iż w przypadku uchylecia powyższej decyzji przez Naczelny Sąd Administracyjny już po uchwaleniu ustawy może dojść do sytuacji, w której zaistnieje luka w realizacji usług dla których projekt ustawy przyznaje operatorowi wyznaczonemu prawa wyłączne. Taka sytuacja z pewnością nie leży w interesie publicznym. Niemniej jednak projektodawca wydaje się całkowicie lekceważyć to ryzyko.

