

Dr hab. Stefan Akira Jarecki, prof. PW

Politechnika Warszawska

ORCID: 0000-0002-5738-3036

e-mail: stefan.jarecki@pw.edu.pl

Mgr Kamil Ciupak

ORCID: 0009-0004-5934-2942

e-mail: kamil.ciupak@olesinski.com

No risk, no... train. Podział ryzyka kosztowego w przypadku rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego w świetle prawa UE i polskiego

No risk, no... train. Allocation of cost risks in the case of compensation for public transport services under EU and Polish law

Streszczenie

Publiczny transport lądowy umożliwia obywatelom, zwłaszcza tym nieposiadającym samochodu, dotarcie do miejsc pracy, nauki lub wypoczynku. Jest zatem niezbędny do zaspokojenia potrzeb społecznych, ekonomicznych i kulturalnych społeczeństwa. Jest również kluczowy dla realizacji europejskiej polityki klimatycznej. Jednak wiele usług transportowych jest nieopłacalnych. Mogą być wykonywane jedynie poprzez ustanowienie obowiązku świadczenia usług publicznych i rekompensaty za ich wykonywanie. Kwestie te reguluje prawo UE. W praktyce jednak budzą wiele wątpliwości. W szczególności nie jest jasne, czy rekompensata musi obejmować wszystkie koszty operatora (całkowity koszt netto wykonywania usługi) oraz czy zawsze (w każdym przypadku) należy stosować restrykcyjne metody obliczania rekompensaty (określone w załączniku do rozporządzenia 1370/2007). Celem niniejszego artykułu jest udzielenie odpowiedzi na te pytania na podstawie najnowszych orzeczeń TSUE. Ponadto artykuł ma na celu wyjaśnienie, czy przepisy prawa polskiego regulujące kwestię rekompensaty są zgodne z prawem UE.

Słowa kluczowe: publiczny transport zbiorowy, publiczny transport pasażerski, usługi publiczne, rekompensata, wybór operatora

Abstract

Public land transport enables citizens, especially those without a car, to travel to places of work, education or leisure. It is, therefore, essential to fulfil society's social, economic and cultural needs. It is also vital for implementing the European climate policy. However, many transport services are unprofitable. They can only be performed by establishing a Public Service Obligation and compensation for their provision. These issues are regulated by EU law. In practice, however, they raise many doubts. In particular, it is unclear whether the compensation must cover all the operator's costs (the total net cost of performing the service) and whether the restrictive methods for calculating compensation (specified in the annex to Regulation 1370/2007) should always (in every case) be applied. The aim of this article is to answer these questions based on the latest rulings of the CJEU. Moreover, the article aims to explain whether the provisions of Polish law regulating the issue of compensation are in line with EU law.

Keywords: public collective transport, public passenger transport, public services, compensation, operator selection

JEL: K23

Wstęp

Wiele potrzeb transportowych społeczeństwa nie może być zaspokojonych poprzez zwykłe działanie sił rynkowych. W związku z tym szeroko rozumiane państwo jest zmuszone podejmować interwencję w celu zapewnienia funkcjonowania odpowiedniej jakości, przystępnych cenowo usług transportowych. Interwencja ta polega zasadniczo na organizowaniu usług publicznych w transporcie oraz na finansowaniu ich wykonywania w formie rekompensat. Podstawowym elementem interwencji służącej zapewnieniu społeczeństwu niezbędnych usług przewozowych jest zatem powierzanie operatorom umów o świadczenie usług publicznych oraz przekazywanie im rekompensat za wykonywanie przewozów. Jednym z kluczowych pytań jest to, czy rekompensata powinna uwzględniać wszystkie koszty przedstawione przez operatora jako związane ze świadczeniem danej usługi publicznej (*Public Service Obligation* – PSO) i pokrywać pełną stratę netto z tytułu jej świadczenia. Innym pytaniem jest to, czy każda rekompensata powinna być obliczana z zastosowaniem formalnych reguł określonych w prawie UE wyłącznie dla umów powierzonych bezpośrednio (z pominięciem procedur konkurencyjnych). Prawo polskie wymaga bowiem stosowania takich samych zasad obliczania rekompensaty bez względu na sposób, w jakim dokonywany jest wybór operatora.

Istota rekompensaty

Rekompensata stanowi jedną z form wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym. Jest przekazywana na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych lub zasady ogólnej przewidzianych przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 1370/2007¹. W przypadku umów o świadczenie usług publicznych powierzonych bezpośrednio, tj. z pominięciem procedury konkurencyjnej, jak również zasad ogólnych rekompensata nie może przekroczyć wyniku finansowego netto związanego ze świadczeniem usługi. Szczegółowy sposób kalkulacji wyniku finansowego netto określa załącznik do rozporządzenia 1370/2007.

Najnowsze orzecznictwo TSUE na temat rekompensaty wypłacanej na podstawie rozporządzenia 1370/2007

Niewątpliwie dla ustalenia tego, czy rekompensata powinna uwzględniać wszystkie koszty przedstawione przez operatora jako związane ze świadczeniem usługi publicznej i pokrywać pełną stratę netto z tytułu jej wykonywania, istotny jest sam charakter prawny rekompensaty. Kompleksowa analiza tego zagadnienia wykracza poza zakres artykułu. Zresztą – jak się wydaje – niedługo okazji do wypowiedzenia się na ten temat będzie miał TSUE².

W naszej ocenie należy przychylić się do stanowiska prezentowanego w doktrynie, że rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych w pasażerskim transporcie zbiorowym stanowi wynagrodzenie za realizację PSO, nie może zatem mieć charakteru dotacji, subwencji lub innej podobnej dopłaty, służących dofinansowaniu ogólnych kosztów działalności operatora (Jarecki, 2014, s. 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Z pewnością warto też pamiętać o zasadzie wypracowanej w orzecznictwie TSUE, zgodnie z którą państwo członkowskie, które nakłada na przedsiębiorstwo zobowiązanie do świadczenia PSO, ma także obowiązek (a nie tylko uprawnienie) wypłacenia temu przedsiębiorstwu rekompensaty z tytułu świadczenia tego obowiązku³. Co więcej, rekompensata ta musi być odpowiednia (Rzotkiewicz, 2023, s. 166).

Natomiast w kontekście postawionego powyżej węzłowego pytania należy szczególnie zwrócić uwagę na kluczowy wyrok TSUE w sprawie Dobeles Autobusu⁴. Przede wszystkim TSUE stwierdził w wyroku w sprawie Dobeles Autobusu, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007 ustanawia zasadę, zgodnie z którą zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych i związane z nimi rekompensaty powinny zostać określone w umowie o świadczenie PSO⁵.

W kwestii sposobu kalkulacji rekompensaty duże znaczenie ma to, jaki był tryb wyboru operatora, tj. tryb zawarcia umowy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007 każda rekompensata wynikająca z zasady ogólnej lub z umowy o świadczenie usług publicznych musi być zgodna z art. 4 rozporządzenia 1370/2007, bez względu na sposób udzielenia zamówienia. Każda rekompensata, bez względu na jej charakter, wynikająca z umowy o świadczenie usług publicznych zawartej w następstwie zamówienia nieudzielonego zgodnie z art. 5 ust. 1, 3 lub 3b rozporządzenia 1370/2007, lub wynikająca z zasady ogólnej musi także być zgodna z przepisami określonymi w załączniku do rozporządzenia 1370/2007. Przepis ten ma następujące konsekwencje (Jarecki, 2013, s. 392):

- Jeżeli umowa powierzająca świadczenie PSO jest zawierana w trybie konkurencyjnego przetargu, wówczas rozporządzenie 1370/2007 w części normatywnej *sensu stricto* formułuje jedynie ogólny nakaz zapewnienia, że rekompensata (rozumiana jak powyżej, tj. po prostu jako wynagrodzenie operatora) przekazywana podmiotowi świadczącemu usługi publiczne nie będzie nadmierna, nie określając przy tym żadnych szczegółowych warunków. Niemniej jednak na bazie zwłaszcza motywów 33–34 preambuły rozporządzenia 1370/2007 formułuje się czasem wnioski, że także w przypadku umów zawieranych w trybie konkurencyjnym rekompensata nie może przekroczyć poziomu koniecznego do pokrycia kosztów netto poniesionych w związku z realizacją zobowiązań z tytułu świadczenia PSO, przy uwzględnieniu przychodów uzyskanych dzięki nim i rozsądnego zysku (Jarecki, 2013, s. 396–397).

- Jeżeli doszło do bezpośredniego powierzenia PSO, wówczas rozporządzenie 1370/2007 w sposób bardziej precyzyjny normuje warunki brzegowe co do sposobu obliczania (kalkulacji) rekompensaty. W takim bowiem

przypadku rekompensata musi spełniać warunki określone w załączniku do rozporządzenia 1370/2007.

Idea stojąca za takim rozwiązaniem wydaje się być oczywista. Prawodawca unijny uznał, że nadmierny charakter rekompensaty można wykluczyć na dwa sposoby: poprzez oddziaływanie mechanizmu konkurencji na etapie wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego lub, gdy konkurencji brakuje, poprzez wprowadzenie restrykcyjnych reguł obliczania rekompensaty (patrz załącznik do rozporządzenia 1370/2007).

W tym kontekście należy podkreślić podstawową kwestię, czyli cel mechanizmu wprowadzonego w załączniku do rozporządzenia 1370/2007. Jak wynika z orzecznictwa TSUE, celem tym jest zapobieganie nadmiernym rekompensatom⁶. Potwierdza to także motyw 27 preambuły do rozporządzenia 1370/2007. Tylko bowiem rekompensata, która nie jest nadmierna, jest zgodna z unijnymi przepisami dotyczącymi pomocy publicznej (zob. też art. 9 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007). Warto bowiem pamiętać, że rozporządzenie 1370/2007 przyjęto na podstawie zarówno postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) dotyczących wspólnej polityki transportowej, jak i postanowień dotyczących pomocy państwa (pomocy publicznej)⁷. Zatem jednym z jego celów jest zapewnienie warunków uczciwej konkurencji na rynku⁸.

Jak już zostało wspomniane, z art. 6 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007 wynika, że rekompensata zawsze, niezależnie od trybu wyboru operatora, musi spełniać wymogi wynikające z art. 4 ww. rozporządzenia. W wyroku w sprawie Dobeles Autobusu TSUE stwierdził⁹, że umowy o świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym muszą:

- zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. b ppkt i rozporządzenia 1370/2007 określać uprzednio, w sposób obiektywny i przejrzysty, parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty,
- zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia 1370/2007 określać zasady podziału kosztów związanych ze świadczeniem usług¹⁰.

Kolejne stwierdzenia TSUE są kluczowe dla prawidłowej wykładni rozporządzenia 1370/2007. TSUE stwierdził bowiem, że: „Z brzmienia tych przepisów jasno wynika, że w zakresie, w jakim do właściwych organów krajowych¹¹ należy ustalenie parametrów obliczania rekompensaty należnej podmiotowi świadczącemu usługi publiczne w zakresie transportu i określenie zasad podziału kosztów świadczenia tych usług, przy opracowywaniu mechanizmu takiej rekompensaty korzystają one w ramach umowy o świadczenie usług publicznych z zakresu uznania”¹². Dalej TSUE stwierdził, że: „W szczególności należy stwierdzić, podobnie jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 35 opinii, że możliwość podziału kosztów oznacza w sposób konieczny, że właściwe organy krajowe nie mają obowiązku rekompensowania wszystkich kosztów, lecz mogą przenieść na podmiot świadczący te usługi publiczne ryzyko związane z ewolucją niektórych z nich, niezależnie od ich charakteru, a zatem bez względu na to, czy usługodawca ten może, czy też nie może – jak w przypadku kosztu

energii lub pewnych kosztów socjalnych – przejąć pełną kontrolę nad ich ewolucją, ponieważ jest ona zależna od okoliczności zewnętrznych względem usługodawcy”¹³.

Podsumowaniem tego, jak kształtowany jest system (mechanizm kalkulacji) rekompensaty, jest następujące stanowisko TSUE: „Z samego brzmienia art. 4 ust. 1 rozporządzenia 1370/2007 wynika zatem, że właściwe organy krajowe mogą przewidzieć, w ramach przysługującego im zakresu uznania, system rekompensat, który ze względu na parametry ich obliczania i zasady podziału kosztów określone przez te organy nie gwarantuje w sposób automatyczny podmiotowi świadczącemu usługi publiczne w zakresie transportu pełnego ich pokrycia”¹⁴.

Z powyższego wynika, że mechanizm obliczania rekompensaty wynikający z załącznika do rozporządzenia 1370/2007 określa maksymalną jej wysokość, a nie wysokość, którą bezwzględnie należy wypłacić w każdym przypadku. Trzeba w tym miejscu wskazać jeszcze, że według TSUE taki właśnie charakter tego mechanizmu ma bardzo ważne cele. Są nimi oczywiście zapewnienie warunków uczciwej konkurencji i zapobieganie nadmiernej rekompensacie w celu zagwarantowania zgodności z unijnymi przepisami o pomocy publicznej – ale nie tylko. Jak bowiem stwierdził TSUE, każdy system rekompensaty powinien mieć na celu nie tylko unikanie nadmiernej rekompensaty kosztów, ale także wspieranie większej wydajności po stronie podmiotu świadczącego usługi publiczne w zakresie transportu. Tymczasem system rekompensaty, który gwarantuje w każdych okolicznościach automatyczne pokrycie wszystkich kosztów wykonania umowy o świadczenie usług publicznych, nie stanowi takiej zachęty do większej wydajności¹⁵. Nawet bowiem w odniesieniu do kosztów, na które dany podmiot świadczący usługi publiczne nie ma wpływu, wzrost wydajności, który ten podmiot osiągnął, pozwoli mu na wzmocnienie jego stabilności finansowej, aby sprostać tym kosztom, co przyczyni się do zapewnienia prawidłowego wykonania zobowiązań przewidzianych w umowie o świadczenie usług publicznych¹⁶.

Rozporządzenie 1370/2007 przesycane jest wymogiem zapewnienia efektywności, także finansowej, procesu świadczenia usług publicznych. W przypadku zastosowania konkurencyjnego przetargu, efektywność ta ma być wynikiem działania mechanizmu współzawodnictwa rynkowego. Jednak w sytuacji bezpośredniego wyboru operatora prawodawca unijny uznał za konieczne wprowadzenie mechanizmów ową efektywność wymuszających w sposób sztuczny. W takich wypadkach, zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia 1370/2007, istnieje obowiązek stosowania bodźców motywacyjnych. Rozporządzenie 1370/2007 pozostawia organizatorom dużą swobodę w tym zakresie, niemniej jednak stosowanie proefektywnościowych rozwiązań nie jest dobrowolne, lecz jest wymagane przepisami prawa. Ich stosowanie z założenia wiąże się z możliwością niepokrywania rekompensatą całości strat operatora.

Wyrok w sprawie Dobeles Autobusu ma we wskazanym zakresie kluczowe znaczenie. Potwierdza on bowiem, że:

- organizatorzy publicznego transportu zbiorowego przy opracowywaniu mechanizmu rekompensaty korzystają

w ramach umowy o świadczenie usług publicznych z zakresu uznania;

- możliwość podziału kosztów, przewidziana w art. 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia 1370/2007, oznacza w sposób konieczny, że organizatorzy publicznego transportu zbiorowego nie mają obowiązku rekompensowania wszystkich kosztów;

- organizatorzy publicznego transportu zbiorowego mogą przewidzieć, w ramach przysługującego im zakresu uznania, system rekompensat, który nie gwarantuje w sposób automatyczny podmiotowi świadczącemu usługi publiczne w zakresie transportu pełnego ich pokrycia; mechanizm obliczania rekompensaty, określony w załączniku do rozporządzenia 1370/2007, ustala maksymalną jej wysokość, a nie wysokość, którą bezwzględnie należy wypłacić w każdym przypadku.

Analizując powyższą kwestię, warto sięgnąć także do opinii rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony¹⁷ wydanej w sprawie Dobeles Autobusu. Lektura wyroku i opinii rzecznika generalnego wskazuje bowiem, że TSUE w znacznym stopniu podzielił wnioski z opinii. Natomiast sama opinia doprecyzowuje niektóre kwestie. Z opinii rzecznika generalnego w sprawie Dobeles Autobusu wynika, że:

- zapobieganie nadmiernej rekompensacie ma podwójną rację bytu: z jednej strony pozwala uniknąć dotacji, które stanowiłyby pomoc państwa; z drugiej strony prowadzi do poprawy jakości i efektywności usługi¹⁸;

- rozporządzenie 1370/2007 nie zawiera wskazówek w zakresie sposobu promowania skutecznego zarządzania usługami transportowymi przy wykorzystaniu rekompensat: właściwe organy (organizatorzy) dysponują pewnym zakresem swobody¹⁹;

- rekompensaty, które zapewniają pokrycie kosztów rzeczywistych w miarę ich występowania (to jest następnie), dostarczają przedsiębiorstwu transportowemu niewielu bodźców do ograniczania kosztów lub zwiększania z biegiem czasu wydajności, a co za tym idzie – są uważane za nieodpowiednie (także przez Komisję Europejską)²⁰;

- z tego punktu widzenia rekompensata w kwocie poniżej kosztów netto zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej może służyć jako bodziec do skutecznego zarządzania przez podmiot świadczący usługi publiczne poprzez zachęcanie go do ograniczenia kosztów, nad którymi sprawuje kontrolę²¹; jeśli bowiem w wyniku wzrostu kosztów rekompensata stanie się niższa niż koszty obliczone przez podmiot świadczący usługę, powinien on szukać oszczędności w tych pozycjach kosztów, na które ma wpływ²²;

- w trakcie prac przygotowawczych nad nowelizacją rozporządzenia 1370/2007 zgłoszono poprawki mające na celu zakazanie „niedoborów [nadmiernie niskiej]” rekompensaty lub rekompensaty „mniejszej od wartości kwoty koniecznej do pokrycia wyniku finansowego netto uzyskanego jako rezultat kosztów i przychodów, które powstały podczas realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych”; poprawki te spotkały się z wyraźnym sprzeciwem Rady jako niezgodne z ogólnym podejściem, ponieważ przenosiły całość ryzyka na instytucje zamawiające

i nie pozwalały na wprowadzanie zachęt mających na celu efektywność zarządzania usługą²³;

- w związku z tym rozporządzenie 1370/2007 nie wymaga, aby rekompensata w pełni pokrywała koszt netto zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych (PSO)²⁴.

W konsekwencji:

- właściwemu organowi (organizatorowi) przysługuje szerokie uznanie przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę²⁵;

- rekompensata niższa niż koszt netto wykonania zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej nie stanowi naruszenia rozporządzenia 1370/2007; przeniesienie ryzyka na usługodawcę nie jest samo w sobie sprzeczne z tym rozporządzeniem²⁶.

W doktrynie analogiczne poglądy pojawiały się zresztą już przed wydaniem przez TSUE wyroku w sprawie Dobeles Autobusu. Wskazywały one, że zawarty w załączniku do rozporządzenia 1370/2007 sposób obliczania rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych dotyczy maksymalnej wysokości rekompensaty, a nie wysokości sztywnej i bezwzględnej. Wskazywano, że organy państw członkowskich mogą postanowić, że będą przekazywały operatorom rekompensatę w wysokości niższej niż wskazana w rozporządzeniu 1370/2007 maksymalna wysokość, w tym chociażby pomniejszonej o rozsądny zysk (Szydło, 2010).

Należy jeszcze krótko przeanalizować wpływ trybu zawarcia umowy (wyboru operatora) na wyżej wskazane wnioski. Nie ma wątpliwości co do tego, że dotyczy to sytuacji, w których operator wybierany jest w drodze konkurencyjnego przetargu. W takiej bowiem sytuacji udział w przetargu nie jest obowiązkowy, a oferenci muszą rozważyć, czy są zainteresowani złożeniem oferty, biorąc pod uwagę przewidywany przez organizatora model podziału ryzyka²⁷. W przypadku, gdy usługodawca usług transportowych decyduje się wziąć udział w takim postępowaniu, sam określa warunki swojej oferty. W szczególności do niego należy zbadanie poziomu ryzyka, jakie jest on skłonny podjąć, biorąc pod uwagę warunki rekompensaty określone w umowie o świadczenie usług publicznych²⁸.

W przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia w rozumieniu art. 2 lit. h rozporządzenia 1370/2007 trzeba mieć na względzie, że w różnych państwach członkowskich może ono oznaczać różne sytuacje²⁹. W niektórych państwach może ono oznaczać wydanie indywidualnego aktu wykonawczego regulowanego prawem publicznym (Jarecki, 2013, s. 209). W takiej sytuacji operator faktycznie nie ma wpływu na nałożenie na niego obowiązku świadczenia PSO ani na jego parametry, w tym zasady obliczania rekompensaty (może co najwyżej odwołać się od nałożonego na niego obowiązku zgodnie z krajową procedurą). W innych państwach członkowskich – w tym w Polsce – może zaś oznaczać zawieranie umowy w procedurze negocjacyjnej. Jednocześnie trzeba pamiętać, że umowy powierzone bezpośrednio nie tyle mogą, ile powinny zawierać mechanizmy proefektywnościowe (motywujące).

W tym kontekście należy też zwrócić uwagę na cel rekompensaty. Został on wyjaśniony przez Komisję Europejską oraz TSUE. Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie wytycznych interpretacyjnych na temat rozporządzenia (WE) 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego³⁰ wskazała na trzy podstawowe cele przepisów rozporządzenia 1370/2007 dotyczących rekompensaty:

- a) zagwarantowanie, aby podmioty nie otrzymywały nadmiernych rekompensat, biorąc pod uwagę rozsądny zysk,
- b) zapewnienie stabilności finansowania procesu świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w perspektywie długoterminowej,
- c) zapewnienie zachęt do ogólnej poprawy efektywności.

Jak wskazał rzecznik generalny A. Rantos, rozporządzenie 1370/2007 „ma na celu przede wszystkim zapobieżenie przekazaniu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne rekompensaty nadmiernej, która prowadziłaby do jego bezpodstawnego wzbogacenia³¹”. Zatem cel w postaci zapobiegania nadmiernym rekompensatom jest jednym z podstawowych celów przepisów rozporządzenia 1370/2007 o rekompensacie.

W istocie zatem pozostałe cele muszą być rozpatrywane w świetle tego celu podstawowego. Jak bowiem wskazała Komisja Europejska, istotne jest, aby cena, jaką właściwy organ (organizator) płaci za wykonanie usługi publicznej w publicznym transporcie zbiorowym, wiązała się z najmniejszym kosztem dla społeczności³². Dlatego też istnieje konieczność zagwarantowania tego, aby umowa o świadczenie tych usług zapewniała zachęty dla organizatora do ogólnej poprawy efektywności. W tym zakresie Komisja zauważa, że systemy rekompensat, w ramach których następuje automatyczne pokrycie faktycznie poniesionych kosztów, nie zachęcają podmiotu świadczącego usługi do zwiększenia z czasem efektywności kosztowej³³. Co więcej, Komisja uważa, że zwiększenie rekompensaty, które odbiega od warunków *ex ante* określonych w umowie, będzie zwykle uznawane za niezgodne z rozporządzeniem 1370/2007³⁴.

W tym kontekście trzeba umieścić cel w postaci zapewnienia stabilności finansowania procesu świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w perspektywie długoterminowej. Jak wskazuje Komisja Europejska, rekompensaty udostępniane przez właściwe organy powinny umożliwiać operatorom świadczenie usług wysokiej jakości w sposób zrównoważony finansowo. Niedofinansowanie spowodowałoby pogorszenie jakości świadczonych usług. Co więcej, w przypadku zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielanych w drodze przetargu zbyt niska rekompensata zniechęcałaby potencjalnych oferentów do udziału w procedurach przetargowych. Chodzi o umożliwienie operatorom świadczenia usług wysokiej jakości w sposób zrównoważony finansowo³⁵.

Warto jednak w tym kontekście pamiętać, że jak wskazuje się w doktrynie, maksymalna wysokość rekompensaty, jaką jest wynik finansowy netto (koszt netto), czyli *de facto* strata na świadczeniu danej PSO (z uwzględnieniem rozsądnego zysku), to strata racjonalna, czyli uzasadniona

oraz obliczona z uwzględnieniem mechanizmów służących poprawie efektywności świadczenia PSO. Umowa o świadczenie PSO może zatem przewidywać pokrycie strat na poziomie planowanych, a nie faktycznie poniesionych kosztów i przychodów (Jarecki, 2024, s. 4).

Zatem, jak także wskazuje się w doktrynie, sytuacja, której w rzeczywistości zabrania rozporządzenie 1370/2007, to taka, w której umowa o świadczenie PSO z góry zakłada mechanizm rekompensowania, który prowadzi do niedofinansowania operatora (Jarecki, 2024, s. 4). Powyższe można zatem uznać za pierwsze ograniczenie zasady, zgodnie z którą organizator dysponuje szerokim zakresem uznania przy opracowywaniu mechanizmu rekompensaty.

W orzecznictwie TSUE wypracowane zostały kolejne ograniczenia zasady szerokiego uznania właściwego organu (organizatora). Są to zasady obiektywności, określenia z góry oraz przejrzystości rekompensaty. TSUE wypowiedział się o nich w wyroku z 25.01.2024 r. w sprawie C-390/22 Obshtina Pomorie vs. Anhiato Avto OOD³⁶. W wyroku tym TSUE uznał za niedopuszczalne kształtowanie wysokości rekompensaty na podstawie faktycznych możliwości budżetowych organizatora w danym okresie³⁷. Taki warunek wpisany w mechanizm kalkulacji rekompensaty został uznany za sprzeczny z zasadami:

- obiektywności i określania rekompensaty z góry – ponieważ wysokość rekompensaty mogła być *ex post* obniżona przez gminę w sposób dowolny, co dostosowywało ją do możliwości budżetowych gminy, czyli czynnika niezwiązanego z wynikiem finansowym netto świadczenia danej usługi publicznej³⁸;
- przejrzystości – ponieważ spowodowało to, że podmiot świadczący usługi publiczne nie był w stanie określić z całą wymaganą dokładnością kwoty rekompensaty, która była mu należna z tytułu wykonywania spoczywających na nim zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych³⁹.

W tej sytuacji problemem nie było samo dążenie do tego, aby cena, jaką właściwy organ (organizator) płaci za wykonanie usługi publicznej w publicznym transporcie zbiorowym, wiązała się z najmniejszym kosztem dla społeczności. Takie działania, dokonywane *ex ante*, są wręcz wymagane⁴⁰. Problemem było natomiast to, że wysokość rekompensaty mogła być *ex post* dowolnie obniżona – i to ze względu na czynnik niezwiązany z wynikiem finansowym netto usługi publicznej. Czynnikiem tym były bowiem – nieznanne w chwili zawarcia umowy – możliwości budżetowe właściwego organu (gminy).

To oznacza, że aby rekompensata spełniała wymogi obiektywności, określenia z góry i przejrzystości, operator – ze względu na jego profesjonalny charakter – musi mieć *ex ante* pełne informacje co do tego, jaka będzie maksymalna kwota rekompensaty, a mechanizm kalkulacji rekompensaty nie może abstrahować od strat ponoszonych przez operatora z tytułu świadczenia PSO⁴¹ – w zależności od danego przypadku – strat rzeczywistych lub racjonalnie planowanych, z uwzględnieniem faktycznie panujących na danym rynku transportowym warunków, z uwzględnieniem powszechnie uznawanych zasad (standardów) ekonomii i rachunkowości (Jarecki, 2024, s. 9).

Szeroki zakres uznania organizatora a kompetencje innych organów krajowych

W tym miejscu warto jeszcze raz wskazać, jak TSUE określa kompetencje właściwego organu na gruncie rozporządzenia 1370/2007. Otóż Trybunał wskazuje, że w zakresie, w jakim do właściwych organów krajowych należy ustalenie parametrów obliczania rekompensaty należnej podmiotowi świadczącemu usługi publiczne w zakresie transportu i określenie zasad podziału kosztów świadczenia tych usług, przy opracowywaniu mechanizmu takiej rekompensaty korzystają one w ramach umowy o świadczenie usług publicznych z zakresu uznania⁴². Rzecznik generalny M. Campos Sánchez-Bordona doprecyzowuje, że właściwemu organowi (organizatorowi) przysługuje szerokie uznanie przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę⁴³.

Oczywiście, w polskim porządku prawnym „właściwym organem” w rozumieniu rozporządzenia 1370/2007 (zwłaszcza jego art. 2 lit. b) jest organizator publicznego transportu zbiorowego (art. 4 ust. 1 pkt 9 *in fine* u.p.t.z.). Kompetencje właściwego organu zostały określone bezpośrednio w rozporządzeniu 1370/2007. Rozporządzenie 1370/2007 jest rozporządzeniem prawa Unii Europejskiej (art. 288 akapit drugi TFUE).

Co także bardzo istotne, rozporządzenie unijne ma prymat (pierwszeństwo) przed każdym aktem prawa krajowego, także przed ustawami (Wróbel & Kurcz, 2012). Ponadto obowiązek podjęcia wszelkich właściwych środków w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z prawa unijnego i działań instytucji UE jest obowiązkiem prawnym, a jego podstawę wyznacza art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej. Cięży on na organach administracyjnych i na sądach krajowych. Obowiązek stosowania przepisów prawa krajowego w zgodzie z normami prawa UE wpłynął na zastosowanie w odniesieniu do tej wykładni określenia „wykładnia zgodna” lub „wykładnia prounijna”. Prawidłowe dokonywanie tej wykładni wymaga jednak, aby w odpowiednim przypadku sąd krajowy lub organ administracyjny wziął pod uwagę całokształt prawa krajowego w celu dokonania oceny, w jakim stopniu prawo to może zostać zastosowane w taki sposób, który nie prowadziłby do rezultatu sprzecznego z celem wytyczonym przez prawo UE. Jeżeli mimo zastosowania wykładni zgodnej krajowych przepisów prawnych państwo nie może zrealizować wyżej wskazanego celu, powinno odmówić zastosowania takich przepisów krajowych (Rzotkiewicz, 2016).

Z powyższego wynika, że orzecznictwo krajowych organów nie może naruszać kompetencji organizatora, określonych bezpośrednio w rozporządzeniu UE (rozporządzenie 1370/2007) w zakresie jego szerokiego uznania przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę.

Przykładem tego, jakie trudności praktyczne się z tym wiążą, jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.12.2021 r., sygn. KIO 2864/21, KIO 2872/21. W sprawie tej KIO

orzekała w przedmiocie odwołania wykonawcy (potencjalnego operatora), w postępowaniu dotyczącym wyboru operatora długoterminowej usługi świadczenia usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na obszarze właściwości organizatora-zamawiającego. Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁴⁴. Odwołanie zostało wniesione na treść specyfikacji warunków zamówienia, w tym także na projektowane postanowienia umowy.

Przepisami, które w swoim wyroku szeroko zinterpretowała i zastosowała KIO, były zwłaszcza art. 431 i 433 ustawy Pzp. W odniesieniu do tego ostatniego przepisu nie budzi wątpliwości, że został on wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę (Nowak & Winiarz, 2023).

Natomiast, stosując wskazany przepis w postępowaniach dotyczących usług publicznego transportu zbiorowego, objętych zakresem zastosowania rozporządzenia 1370/2007, organ krajowy musi mieć na względzie, że nie może naruszyć szerokiego uznania organizatora przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem 1370/2007 to właściwy organ jest uprawniony do określania tej kwestii. Analizując zatem, czy organizator przekroczył zakres przysługującego mu szerokiego uznania, organ krajowy może zbadać, czy organizator nie naruszył zasad obiektywności i określania rekompensaty z góry oraz przejrzystości rekompensaty. Do takiego wniosku prowadzi prounijna wykładnia art. 433 ustawy Pzp.

Na tym tle warto zwrócić uwagę na dwa fragmenty z wyżej wspomnianego wyroku KIO. W pierwszym Izba zakwestionowała, właśnie na podstawie art. 433 ustawy Pzp, mechanizm kalkulacji rekompensaty wprowadzony we wzorze umowy, który powodował, że zwiększenie którejś z kategorii kosztów nie miało wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można było jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu finansowego, a ten z kolei był elementem oferty.

Kwestionowany mechanizm rekompensaty był określony w ten sposób, że miał dwa limity – jeden obliczany *ex ante* (w ofercie, której elementem był plan finansowy, sporządzany przez potencjalnego operatora – profesjonalistę), a drugi obliczany *ex post* – na podstawie rzeczywistych wyników finansowych usługi. Niewątpliwie odnosił się zatem do wyniku finansowego netto PSO – do strat rzeczywistych i racjonalnie planowanych. Przy tym niektórzy przedstawiciele doktryny stoją wręcz na stanowisku, że

co do zasady nie jest możliwe zwiększenie rekompensaty *a posteriori* w przypadku, gdy ta określona *ex ante* w umowie okazała się niewystarczająca do pokrycia kosztów (Rusche & Schmidt, 2011, s. 258). Przyjęcie takiego stanowiska oznacza, że rekompensata wręcz powinna mieć dwa limity – jeden określony *ex ante*, a drugi obliczany *ex post*. Powyższe prowadzi do wniosku, że wyrok KIO stanowił daleko idącą ingerencję w kompetencje organizatora (właściwego organu), określone w rozporządzeniu 1370/2007.

Drugi fragment tego wyroku KIO odnosi się do art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje, by w umowach o świadczenie usług, których okres obowiązywania przekracza 6 miesięcy, zawarty był mechanizm indeksacji wynagrodzenia. W analizowanym wyroku KIO bardzo głęboko weszła w przewidziany we wzorze mechanizm waloryzacji. Zakwestionowała bowiem prawidłowość określenia pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania umowy i oparcie jej na wskaźnikach sprzed dwóch okresów, w stosunku do których dokonywane są waloryzacje. KIO doszła bowiem do wniosku, że mechanizm ten narusza równowagę ekonomiczną stron umowy. Jak to się ma do umów o świadczenie usług publicznych, zawieranych na gruncie rozporządzenia 1370/2007?

TSUE wskazał, że rozporządzenie 1370/2007 ustanawia przepisy szczególne określające tryb ingerowania w ogólny system zamówień publicznych, których celem jest ustanowienie ram prawnych dla przyznawania rekompensat lub wyłącznych praw z tytułu kosztów wynikających z wykonywania zobowiązań z zakresu usług publicznych⁴⁵. TSUE orzekł również, że prawo UE (w szczególności rozporządzenie 1370/2007) nie zawiera wymogu, by umowy o świadczenie usług publicznych przewidywały zawsze mechanizm regularnej indeksacji pozwalający w sposób automatyczny na zagwarantowanie pełnej rekompensaty wszelkich podwyżek kosztów związanych z ich wykonaniem, niezależnie od tego, czy koszty te znajdują się, czy nie znajdują się pod kontrolą usługodawcy⁴⁶. Warto zwrócić uwagę, że przywołany wyrok TSUE zapadł na tle stanu faktycznego, który dotyczył wyboru operatora w przetargu nieograniczonym, a umowa miała być zawarta na 10 lat.

Skoro prawo UE nie zawiera takiego wymogu i poostawia tę sprawę w zakresie kompetencji (do szerokiego uznania) organizatora, to prawo krajowe nie może nałożyć na organizatora takiego obowiązku. Zatem prounijna wykładnia art. 439 ust. 1 ustawy Pzp powinna w naszej ocenie prowadzić do wniosku, że w przypadku każdej umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu art. 2 lit. i rozporządzenia 1370/2007, spełniającej kryteria z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek organizatora polega na przeanalizowaniu potrzeby wprowadzenia mechanizmu waloryzacji, zwłaszcza w kontekście zasady proporcjonalności⁴⁷, i ewentualnego uzasadnienia braku jego wprowadzenia. Natomiast art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wykładany w sposób prounijny nie powinien być rozumiany jako rodzący po stronie organizatora bezwzględny obowiązek wprowadzenia takiego mechanizmu. Konsekwentnie krajowy organ orzekający, stosując art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, powinien w takim przypadku skontrolować, czy decyzja

organizatora o rezygnacji z mechanizmu waloryzacji albo o sposobie jego wprowadzenia nie naruszyła zasady proporcjonalności.

Powyższe oznacza, że omawiany wyrok KIO, który idzie nawet dalej, bo ingeruje w samą treść mechanizmu waloryzacji, wkracza w kompetencje zastrzeżone prawem UE dla właściwego organu (organizatora). To zaś może świadczyć o sprzeczności tez wynikających z tego wyroku z prawem UE. Może to mieć zdecydowanie negatywne konsekwencje dla operatora. Rekompensaty przeważnie stanowią pomoc publiczną. Wypłacenie pomocy obliczonej niezgodnie z prawem UE może skutkować jej niezgodnością z zasadami rynku wewnętrznego UE, a tym samym koniecznością jej zwrotu.

Wymóg stosowania załącznika do rozporządzenia 1370/2007 przewidziany przez prawo polskie

Innym problemem jest to, że w świetle artykułu 25 ust. 4 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym sposób, w jaki jest obliczana rekompensata, powinien zawsze odpowiadać wymaganiom określonym w załączniku do rozporządzenia 1370/2007, niezależnie od trybu wyboru operatora. Tym samym prawo polskie wymaga stosowania metody obliczania rekompensaty określonej w załączniku do rozporządzenia także wówczas, gdy umowa o świadczenie usług publicznych jest powierzana w sposób konkurencyjny, podczas gdy rozporządzenie 1370/2007 nie formułuje takiego wymogu. Rozwiązanie to nie wydaje się sensowne. Co gorsza, można mieć poważne wątpliwości co do jego zgodności z prawem UE.

Konstrukcja przyjęta w prawie polskim ogranicza bowiem swobodę organizatora w zakresie kształtowania sposobu kalkulacji rekompensaty. Krępuje także możliwości działania operatora w tym względzie, gdyż konstruując swoją ofertę, nie może on w żadnym wypadku odstępować od wymogów określonych w załączniku do rozporządzenia 1370/2007. W tym kontekście można postawić pytanie, czy rozwiązanie przyjęte w prawie polskim wręcz nie pozbawia konkurencyjnej procedury przetargowej możliwości osiągnięcia korzyści z jej zastosowania założonych przez prawodawcę unijnego. Swoboda organizatora w zakresie podejmowania decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę publiczną, w połączeniu z działaniem presji współzawodnictwa pomiędzy wieloma podmiotami zainteresowanymi wykonywaniem danej usługi mają niewątpliwie prowadzić do realizacji przewozów w sposób maksymalnie efektywny (w tym pod względem poziomu wydatków publicznych). Zastosowanie stosunkowo szczegółowych reguł określonych w załączniku do rozporządzenia, przewidzianych dla zupełnie innych sytuacji, może ograniczać inicjatywę i innowacyjność, zarówno organizatora, jak i operatora, co będzie prowadzić do dołącznie odwrotnych skutków.

W tym kontekście prounijna wykładnia przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym może być dokonywana na dwa sposoby. Można uznać, że przy okazji konstruowania mechanizmu rekompensaty w ramach konkurencyjnej procedury przetargowej organizator może kierować się postanowieniami załącznika do rozporządzenia jako pewnego rodzaju zestawem wskazówek, lecz nie ma takiego obowiązku. Można również bronić stanowiska, że przywołany przepis ustawy nie powinien być stosowany.

Wnioski

Przeprowadzone przez nas badania, w tym analiza najnowszego orzecznictwa TSUE, pozwalają nam sformułować następujące wnioski:

- organizatorzy publicznego transportu zbiorowego przy opracowywaniu mechanizmu rekompensaty korzystają w ramach umowy o świadczenie usług publicznych z zakresu uznania;
- możliwość podziału kosztów pomiędzy organizatora i operatora określona w rozporządzeniu 1370/2007 oznacza w sposób konieczny, że organizatorzy publicznego transportu zbiorowego nie mają obowiązku rekompensowania wszystkich kosztów ponoszonych przez operatora;
- organizatorzy publicznego transportu zbiorowego mogą przewidzieć, w ramach przysługującego im zakresu uznania, system rekompensat, który nie gwarantuje w sposób automatyczny operatorowi pełnego ich pokrycia;

mechanizm obliczania rekompensaty określony w załączniku do rozporządzenia 1370/2007 określa maksymalną jej wysokość, a nie wysokość, którą bezwzględnie należy wypłacić w każdym przypadku;

- orzecznictwo krajowych organów nie może naruszać kompetencji organizatora w zakresie jego szerokiego uznania przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę;

- prounijna wykładnia art. 439 ust. 1 ustawy Pzp powinna prowadzić do wniosku, że w przypadku każdej umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu rozporządzenia 1370/2007, spełniającej kryteria z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek organizatora polega na przeanalizowaniu potrzeby wprowadzenia mechanizmu waloryzacji, zwłaszcza kontekście zasady proporcjonalności, i ewentualnego uzasadnienia braku jego wprowadzenia; jednocześnie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, wykładany w sposób prounijny, nie powinien być rozumiany jako rodzący po stronie organizatora bezwzględny obowiązek wprowadzenia takiego mechanizmu.

Prounijna wykładnia art. 25 ust. 4 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym powinna prowadzić co najmniej do wniosku, że organizator nie ma obowiązku stosowania załącznika do rozporządzenia 1370/2007 przy określaniu zasad kalkulacji rekompensaty w ramach konkurencyjnej procedury wyboru operatora, a jedynie może się nim kierować jako zestawem pewnych wskazówek. *De lege ferenda* wymóg stosowania załącznika także przy dokonywaniu wyboru operatora w konkurencyjnej procedurze przetargowej powinien zostać z ustawy usunięty.

Przypisy/Notes

¹ Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Dz. Urz. UE L 315 z 3.12.2007 r., s. 1 z późn. zm., dalej: „rozporządzenie 1370/2007”.

² Zob. sprawa przed TSUE o sygn. C-615/23 Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej v. P. S.A. Sprawa ta jest efektem pytania prejudycjalnego, skierowanego do TSUE przez NSA postanowieniem z 16.06.2023 r., sygn. I FSK 535/20, CBOSA.

³ Pkt 55 wyroku TSUE z 8.09.2022 r. w sprawie C-614/20 Lux Express Estonia AS v. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium.

⁴ Wyrok TSUE z 21.12.2023 r. w sprawie C-421/22 Dobeles Autobusu Parks SIA i in. vs. Autotransporta direkcija VSIA; dalej: „wyrok w sprawie Dobeles Autobusu”.

⁵ Pkt 36 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.

⁶ Pkt 88 i 92 wyroku TSUE z 8.09.2022 r. w sprawie C-614/20 Lux Express Estonia AS vs. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium.

⁷ Tamże, pkt 64.

⁸ Pkt 45 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.

⁹ Tamże, pkt 41.

¹⁰ Koszty te mogą obejmować w szczególności koszty personelu, energii, opłaty za użytkowanie infrastruktury, koszty utrzymania i napraw pojazdów przeznaczonych do transportu publicznego, taboru oraz instalacji niezbędnych do świadczenia usług transportu pasażerskiego, koszty stałe oraz odpowiedni zwrot z kapitału własnego.

¹¹ Tj. do organizatora publicznego transportu zbiorowego – patrz art. 4 ust. 1 pkt 9 in fine ustawy z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2023 r., poz. 2778; dalej: u.p.t.z.).

¹² Pkt 42 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.

¹³ Tamże, pkt 43.

¹⁴ Tamże, pkt 44.

¹⁵ Tamże, pkt 46.

¹⁶ Tamże, pkt 47.

¹⁷ Opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona 14.09.2023 r. w sprawie C-421/22 Dobeles Autobusu Parks SIA i in.

¹⁸ Tamże, pkt 37.

¹⁹ Tamże, pkt 39.

²⁰ Tamże, pkt 40.

²¹ Tamże, pkt 41.

²² Tamże, pkt 84.

²³ Tamże, pkt 42.

²⁴ Tamże, pkt 34.

²⁵ Tamże, pkt 59.

²⁶ Tamże, pkt 58.²⁷ Pkt 82 opinii rzecznika generalnego w sprawie Dobeles Autobusu.²⁸ Pkt 56 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.²⁹ Stąd art. 2 lit. i rozporządzenia 1370/2007 szeroko definiuje „umowę o świadczenie usług publicznych” i doprecyzowuje, że w zależności od prawa państw członkowskich umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy.³⁰ Dz. Urz. UE C 222 z 26.06.2023, s. 1 (dalej: „wytyczne interpretacyjne”).³¹ Opinia rzecznika generalnego Athanasiosa Rantosa przedstawiona w dniu 5.10.2023 r. w sprawie C-390/22 Obshtina Pomorie vs. Anhialo Avto OOD, pkt 41.³² Pkt 2.6.1 wytycznych interpretacyjnych.³³ Pkt 2.6.4 wytycznych interpretacyjnych.³⁴ Tamże.³⁵ Pkt 2.6.8 wytycznych interpretacyjnych.³⁶ Dalej: „wyrok w sprawie Anhialo”.³⁷ Wyrok w sprawie Anhialo zapadł w specyficznym stanie faktycznym. Otóż bułgarska gmina Pomorie zawarła umowę o świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego z przedsiębiorstwem Anhialo Avto OOD. Umowa ta przewidywała mechanizm wypłacania rekompensat zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007. Jednakże bułgarskie prawodawstwo wprowadzało jeszcze jedną zasadę, która jest kluczowa dla zrozumienia sensu wyroku w sprawie Anhialo. Mianowicie wysokość faktycznie wypłacanej rekompensaty mogła zostać zmniejszona *ex post* do kwoty wynikającej z przepisów budżetowych na dany rok (pkt 3–17 wyroku). Oznaczało to, że absolutnie niezależnie od planowanego, jak i faktycznie osiągniętego wyniku finansowego netto świadczenia PSO za dany rok gmina Pomorie (właściwy organ) mogła *ex post*, w sposób praktycznie dowolny obniżyć kwotę rekompensaty do wypłaty, aby dostosować ją do faktycznych, budżetowych możliwości budżetowych tejże gminy.³⁸ Tamże, pkt 41.³⁹ Tamże, pkt 54.⁴⁰ Pkt 2.6.1 wytycznych interpretacyjnych.⁴¹ Jak to miało miejsce w sprawie zakończonej wyrokiem w sprawie Anhialo, gdzie ograniczeniem rekompensaty były możliwości gminy znane dopiero *ex post*.⁴² Pkt 42 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.⁴³ Pkt 59 opinii rzecznika generalnego w sprawie Dobeles Autobusu.⁴⁴ Dz.U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.; dalej: „ustawa Pzp”.⁴⁵ Pkt 32 wyroku w sprawie Anhialo i cytowane tam orzecznictwo.⁴⁶ Pkt 58 wyroku w sprawie Dobeles Autobusu.⁴⁷ Wyrok w sprawie Dobeles Autobusu, pkt 54.

Bibliografia/References

- Jarecki, S. (2013). *Modele prokonkurencyjnych rozwiązań prawnych w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych*. Instytut Wydawniczy EuroPrawo.
- Jarecki, S. (2014). Opodatkowanie VAT rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych. *Przegląd Podatkowy*, (5).
- Jarecki. (2024). Czy rekompensata za świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego może nie pokrywać strat operatora? *Prawo Pomoocy Publicznej*, (2/103).
- Nowak, H., & Winiarz, M. (red.). (2023). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (wyd. II). Urząd Zamówień Publicznych.
- Rusche, M., & Schmidt, S. (2011). The post-Altmark Era Has Started: 15 Months of Application of Regulation (EC) No. 1370/2007 to Public Transport Services. *European State Aid Law Quarterly*, 10(2), 249–263. <https://doi.org/10.21552/ESTAL/2011/2/234>
- Rzotkiewicz, M. (2016). *Wykonywanie przez Polskę decyzji Komisji Europejskiej nakazujących odzyskanie pomocy państwa w świetle prawa Unii Europejskiej*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- Rzotkiewicz, M. (2023). Between Scylla and Charybdis. Whatever a member state does, it may expose itself to attacks from both sides. *Lux Express Estonia AS case C-614/20, Lux Express Estonia AS, Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 8 September 2022*, EU:C:2022:641. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 16(27). <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2023.16.27.7>
- Szydło, M. (2010). Opinia prawna o projekcie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Druk sejmowy nr 2916. <https://orka.sejm.gov.pl/rexdom6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2916>.
- Wróbel, A., & Kurcz, B. (2012). Komentarz o art. 288. W: D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, & A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*. Tom III (art. 223–358). Wolters Kluwer.
- UOKiK (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów). (2023). Raport o pomocy publicznej w Polsce udzielonej przedsiębiorcom w 2022 roku. <https://uokik.gov.pl/bip/raporty-pomoc-publiczna>

Dr hab. Stefan Akira Jarecki, prof. PW

Profesor na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Politechniki Warszawskiej. Członek Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji RP (sekcji transportu intermodalnego). Członek rady naukowej fundacji ProKolej. Ekspert w dziedzinie pomocy publicznej i regulacji transportu.

Mgr Kamil Ciupak

Radca prawny w kancelarii Olesiński i Wspólnicy, menedżer w zespole pomocy publicznej. Ekspert z prawie piętnastoletnim doświadczeniem w zakresie pomocy publicznej i funduszy UE. Autor kilku publikacji dotyczących tej tematyki.

Dr hab. Stefan Akira Jarecki, prof. PW

Professor at the Faculty of Administration and Social Sciences of the Warsaw University of Technology, Member of the Association of Communication Engineers and Technicians of the Republic of Poland (intermodal transport section). Member of the scientific council of the ProKolej Foundation. Expert on State Aid and transport regulation.

Mgr Kamil Ciupak

Attorney-at-law, manager in the State aid team at Olesiński i Wspólnicy Sp.k., manager in the State aid team. Expert with almost fifteen years of experience in the field of State aid and EU funds. Author of several publications on this subject.