

## II

*(Komunikaty)*KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH  
UNII EUROPEJSKIEJ

## KOMISJA EUROPEJSKA

## KOMUNIKAT KOMISJI

**w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007  
dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego**

(2014/C 92/01)

## 1. WPROWADZENIE

W dniu 23 października 2007 r. przyjęto rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 <sup>(1)</sup>. Przedmiotowe rozporządzenie, które weszło w życie dnia 3 grudnia 2009 r., ma na celu utworzenie rynku wewnętrznego usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego. Cel ten realizowany jest poprzez uzupełnienie ogólnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Rozporządzenie to określa również, jakie warunki muszą być spełnione, by wypłaty rekompensat przewidziane w umowach i koncesjach na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego można było uznać za zgodne z zasadami rynku wewnętrznego i wyłączone spod obowiązku zgłaszania Komisji pomocy państwa.

Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 ma istotne znaczenie dla organizacji i finansowania usług transportu publicznego świadczonych w państwach członkowskich z wykorzystaniem autobusów, tramwajów, metra i kolei. Spójne i właściwe stosowanie przepisów tego rozporządzenia jest ważne ze względów gospodarczych i politycznych. Wynika to z faktu, że zarówno wartość dodana, jak i zatrudnienie w sektorze transportu publicznego odpowiadają około 1 %, odpowiednio, PKB i zatrudnienia ogółem w Unii Europejskiej. Dobrze funkcjonujący sektor transportu publicznego jest fundamentem skutecznej polityki społecznej, gospodarczej i polityki w zakresie ochrony środowiska.

Zarówno w zewnętrznej ocenie ex post wdrożenia rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 <sup>(2)</sup> przeprowadzonej przez konsultanta zewnętrznego, jak i w wystąpieniach przedstawicieli europejskich stowarzyszeń i państw członkowskich na unijnej konferencji zainteresowanych stron w sprawie wdrożenia wspomnianego rozporządzenia, zorganizowanej przez Komisję w dniu 14 listopada 2011 r. <sup>(3)</sup>, wezwano Komisję do opracowania wytycznych w odniesieniu do niektórych przepisów tego rozporządzenia. Rozbieżne interpretacje przepisów dotyczących definicji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, zakresu umów o świadczenie usług publicznych, udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie tych usług oraz rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych mogą utrudniać tworzenie rynku wewnętrznego w zakresie transportu publicznego i doprowadzić do niepożądanych zakłóceń w jego funkcjonowaniu.

Przed przyjęciem niniejszego komunikatu Komisja przeprowadziła konsultacje z przedstawicielami państw członkowskich i podmiotami reprezentującymi strony zainteresowane tą kwestią, takie jak europejskie stowarzyszenia z sektora transportu publicznego, w tym działające w tym sektorze organizacje pracowników i organizacje pasażerów.

<sup>(1)</sup> Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1.

<sup>(2)</sup> Study on the implementation of Regulation (EC) No 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road, DLA Piper, z dnia 31 października 2010 r., jest dostępna na stronie internetowej: [http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/studies/rail\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/studies/rail_en.htm)

<sup>(3)</sup> Dokumenty z konferencji są dostępne na stronie internetowej: [http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/events/2011-11-14-workshop\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/events/2011-11-14-workshop_en.htm)

W niniejszym komunikacie Komisja przedstawia własną interpretację niektórych przepisów tego rozporządzenia, opartą na najlepszych praktykach, w celu umożliwienia państwom członkowskim czerpania pełnych korzyści z rynku wewnętrznego. Celem niniejszego komunikatu nie jest wyczerpująca interpretacja wszystkich przepisów przedmiotowego rozporządzenia ani tworzenie nowych uregulowań prawnych. Należy podkreślić, że niezależnie od okoliczności interpretacja prawa unijnego pozostaje ostatecznie w gestii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W dniu 30 stycznia 2013 r. Komisja przyjęła wniosek dotyczący zmiany rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w celu uwzględnienia oczekiwanego otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego<sup>(1)</sup>. W niniejszym komunikacie zawarto interpretację niektórych przepisów tego rozporządzenia, które Komisja proponuje zmienić, jak na przykład przepisów dotyczących udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego. Zawarte w niniejszym dokumencie wytyczne dotyczące tych przepisów będą więc aktualne do momentu wejścia w życie zmian w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007.

## 2. ROZPORZĄDZENIE (WE) NR 1370/2007 w ROZUMIENIU KOMISJI

### 2.1. Zakres stosowania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007

W niniejszym rozdziale na temat zakresu stosowania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 zawarto wytyczne interpretacyjne dotyczące powiązań między wspomnianym rozporządzeniem a następującymi dyrektywami: dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE<sup>(2)</sup> („dyrektywa 2014/24/UE”); dyrektywą 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE<sup>(3)</sup> („dyrektywa 2014/25/UE”); oraz dyrektywą 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji<sup>(4)</sup> („dyrektywa 2014/23/UE”). W rozdziale tym wyjaśniono również tryb stosowania rozporządzenia w odniesieniu do śródlądowych dróg wodnych i krajowych wód terytorialnych, jak też jego zastosowanie do umów w zakresie transportu towarowego do dnia 2 grudnia 2012 r.

#### 2.1.1. Artykuł 1 ust. 3 i art. 5 ust. 1. Powiązania między rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 a dyrektywami w sprawie zamówień publicznych i udzielania koncesji

Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 reguluje udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określonych w art. 2 lit. i) tego rozporządzenia, w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego. Umowy o świadczenie usług publicznych mogą jednak również wchodzić w zakres dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/25/UE). Ponieważ dyrektywy, o których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 (dyrektywa 2004/17/WE oraz dyrektywa 2004/18/WE) zostały uchylone i zastąpione wyżej wymienionymi dyrektywami, odniesienia do nich w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 należy rozumieć jako odniesienia do nowych dyrektyw.

Zgodnie z art. 1 ust. 3 rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE czy też w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. Po wejściu w życie dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji pojęcie „koncesja na roboty budowlane” należy interpretować zgodnie z definicją zawartą w art. 5 ust. 1 lit. a) wspomnianej dyrektywy. Koncesje na roboty budowlane dotyczące usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejją i innymi środkami transportu szynowego oraz transportu drogowego są zatem regulowane wyłącznie dyrektywą 2014/23/UE.

W odniesieniu do powiązań rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 z dyrektywami w sprawie zamówień publicznych i dyrektywą 2014/23/UE ważne jest rozróżnienie między zamówieniami na usługi a koncesjami na usługi.

W art. 2 pkt 1, 2 i 5 dyrektywy 2014/25/UE „zamówienia na usługi” zdefiniowano jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym podmiotem zamawiającym a co najmniej jednym wykonawcą, których przedmiotem jest świadczenie usług. Jeżeli stroną takich umów są „instytucje zamawiające” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, umowy te klasyfikuje się jako „zamówienia publiczne na usługi” zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 6 i 9 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>(1)</sup> Wniosek dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego, COM/2013/028 final.

<sup>(2)</sup> Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65.

<sup>(3)</sup> Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243.

<sup>(4)</sup> Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1.

W art. 5 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji „koncesję na usługi” zdefiniowano jako „umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do korzystania z usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością”. W art. 5 ust. 1 określono ponadto, że „udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z popytą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne”.

Rozróżnienie między zamówieniami na usługi (publiczne) a koncesjami na usługi ma zasadnicze znaczenie, ponieważ zgodnie z art. 10 ust. 3 dyrektywy 2014/23/UE dyrektywa ta nie ma zastosowania do koncesji na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007. Udzielanie koncesji na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego jest regulowane wyłącznie rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług (publicznych) w zakresie transportu autobusowego lub tramwajowego regulują dyrektywy 2004/17/WE<sup>(1)</sup> i 2004/18/WE<sup>(2)</sup>, o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi. Udzielanie zamówień na usługi (publiczne) w zakresie publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego jest zatem regulowane wyłącznie przepisami dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE.

Udzielanie zamówień na usługi (publiczne) w zakresie publicznego pasażerskiego transportu kolejną i metrem jest regulowane rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 i wyłączone z zakresu dyrektywy 2014/24/UE zgodnie z jej motywem 27 oraz art. 10 lit. i), a także z zakresu dyrektywy 2014/25/UE zgodnie z jej motywem 35 i art. 21 lit. g).

*Tabela*

**Streszczenie mającej zastosowanie podstawy prawnej udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umowy, według rodzaju umowy i środka transportu**

Usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego	Zamówienia na usługi (publiczne) zgodnie z definicją zawartą w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE	Koncesje na usługi zgodnie z definicją zawartą w dyrektywie 2014/23/UE
Autobusy i tramwaje	Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE	Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007
Kolej i metro	Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007	Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007

**2.1.2. Artykuł 1 ust. 2. Stosowanie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do śródlądowych dróg wodnych i krajowych wód terytorialnych**

Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 ma zastosowanie do krajowych i międzynarodowych usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejną i innymi środkami transportu szynowego oraz transportu drogowego, a państwa członkowskie mogą stosować to rozporządzenie do publicznego transportu pasażerskiego śródlądowymi drogami wodnymi. W celu zagwarantowania pewności prawa przyjęcie przez państwo członkowskie decyzji o stosowaniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do publicznego transportu pasażerskiego śródlądowymi drogami wodnymi powinno się odbyć w sposób przejrzysty za pomocą aktu wiążącego prawnie. Stosowanie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 do usług w zakresie pasażerskiego transportu śródlądowymi drogami wodnymi może być szczególnie użyteczne tam, gdzie usługi te są częścią większej miejskiej, podmiejskiej lub regionalnej sieci publicznego transportu pasażerskiego.

<sup>(1)</sup> Uchylona i zastąpiona dyrektywą 2014/25/UE.

<sup>(2)</sup> Uchylona i zastąpiona dyrektywą 2014/24/UE.

W przypadku braku decyzji dotyczącej stosowania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 do usług w zakresie pasażerskiego transportu śródlądowymi drogami wodnymi, usługi te będą regulowane bezpośrednio art. 93 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Pewne kwestie dotyczące pasażerskiego transportu śródlądowymi drogami wodnymi objęte są rozporządzeniem Rady (EWG) nr 3921/91 z dnia 16 grudnia 1991 r. ustanawiającym warunki, zgodnie z którymi przewoźnicy niemający stałej siedziby w państwie członkowskim mogą dokonywać transportu rzeczy lub osób żeglugą śródlądową w państwie członkowskim<sup>(1)</sup>, oraz rozporządzeniem Rady (WE) nr 1356/96 z dnia 8 lipca 1996 r. w sprawie wspólnych zasad mających zastosowanie do transportu towarów lub pasażerów w żegludze śródlądowej między państwami członkowskimi w celu wprowadzenia swobody świadczenia takich usług transportowych<sup>(2)</sup>.

Artykuł 1 ust. 2 stanowi również, że państwa członkowskie mogą stosować rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 do usług w zakresie transportu na krajowych wodach terytorialnych pod warunkiem, że nie narusza to przepisów rozporządzenia Rady (EWG) nr 3577/92 z dnia 7 grudnia 1992 r. dotyczącego stosowania zasady swobody świadczenia usług w transporcie morskim w obrębie państw członkowskich (kabotaż morski)<sup>(3)</sup>. Niektóre kluczowe przepisy tego rozporządzenia nie pokrywają się w pełni z przepisami rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 (jak np. przepisy dotyczące transportu towarowego, czasu trwania umowy, wyłącznych praw oraz progów dla bezpośredniego udzielenia mniejszych zamówień). Stosowanie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do krajowych wód terytorialnych wiąże się z szeregiem trudności. Komisja wydała komunikat<sup>(4)</sup> zawierający wytyczne dotyczące stosowania rozporządzenia (EWG) nr 3577/92, w którym podjęto kwestię tych trudności.

2.1.3. *Artykuł 10 ust. 1. Stosowanie rozporządzenia (EWG) nr 1191/69 w odniesieniu do umów w zakresie transportu towarowego do dnia 2 grudnia 2012 r.*

W przeszłości niektóre usługi kolejowego transportu towarowego mogły podlegać zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych objętych rozporządzeniem Rady (EWG) nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej<sup>(5)</sup>. Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007, które uchyla rozporządzenie (EWG) nr 1191/69, nie ma jednak zastosowania do usług transportu towarowego. W celu ułatwienia stopniowego wycofywania rekompensat niedozwolonych przez Komisję zgodnie z art. 93, 107 i 108 TFUE, art. 10 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 stanowi, że rozporządzenie (EWG) nr 1191/69 będzie nadal miało zastosowanie do usług transportu towarowego przez okres trzech lat od wejścia w życie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 (to jest do dnia 2 grudnia 2012 r.). Usługi transportu towarowego można uznać za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym tylko wtedy, gdy odnośne państwo członkowskie stwierdzi, że wykazują one szczególne cechy w porównaniu z komercyjnymi usługami transportu towarowego<sup>(6)</sup>. Jeżeli państwa członkowskie chcą w dalszym ciągu udzielać wsparcia w postaci programów pomocy państwa na rzecz usług w zakresie kolejowego transportu towarowego, które nie spełniają warunków szczególnych określonych w wyroku w sprawie Altmark<sup>(7)</sup>, muszą powiadomić o planowanych programach Komisję w celu uzyskania jej zatwierdzenia przed wprowadzeniem tych programów w życie. Programy te ocenia się pod względem ich zgodności z wymogami określonymi bezpośrednio w art. 93 TFUE. Jeżeli Komisja nie została o nich powiadomiona przed ich rozpoczęciem, zostaną one uznane za nową i niezgodną z prawem pomoc, ponieważ nie będą już objęte zwolnieniem z obowiązku zgłaszania Komisji pomocy państwa.

## 2.2. Definicja zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i zasady ogólne/treść umów o świadczenie usług publicznych

W niniejszym rozdziale zawarto wytyczne interpretacyjne dotyczące podstawowych cech umów o świadczenie usług publicznych, kluczowe aspekty zasad ogólnych oraz opis sposobu, w jaki właściwe organy określają charakter i zakres zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i wyłącznych praw w kontekście rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Przedstawiono w nim również warunki, jakie muszą być spełnione, by uzyskać pozwolenie na przedłużenie okresu obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych, jak również warunki w zakresie podwykonawstwa, w tym w odniesieniu do podmiotów wewnętrznych.

<sup>(1)</sup> Dz.U. L 373 z 31.12.1991, s. 1.

<sup>(2)</sup> Dz.U. L 175 z 13.7.1996, s. 7.

<sup>(3)</sup> Dz.U. L 364 z 12.12.1992, s. 7.

<sup>(4)</sup> Komunikat Komisji w sprawie interpretacji rozporządzenia Rady (EWG) nr 3577/92 dotyczącego stosowania zasady swobody świadczenia usług w transporcie morskim w obrębie państw członkowskich (kabotaż morski), (dotychczas nieopublikowana w Dzienniku Urzędowym).

<sup>(5)</sup> Dz.U. L 156 z 28.6.1969, s. 1.

<sup>(6)</sup> Wyrok z 1991 r. w sprawie C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA przeciwko Siderurgica Gabrielli SpA*, Zb.Orz. s. I-5889, pkt 27. Wyrok z 1997 r. w sprawie C-242/95 *GT-Link A/S przeciwko De Danske Statsbaner (DSB)*, Zb.Orz. s. I-4449, pkt 53. Wyrok z 1998 r. w sprawie C-266/96 *Corsica Ferries France SA przeciwko Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl i Inni*, Zb.Orz. s. I-3949, pkt 45.

<sup>(7)</sup> Wyrok z 2003 r. w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zb.Orz. s. I-7747.

### 2.2.1. Artykuł 2 lit. i). Podstawowe cechy umowy o świadczenie usług publicznych

Zgodnie z art. 2 lit. i) umowa o świadczenie usług publicznych oznacza „jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne, w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług”. Umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy albo zawiera warunki, zgodnie z którymi właściwy organ samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu. Pojęcie „umowa o świadczenie usług publicznych” zgodnie z definicją w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 obejmuje również koncesje na świadczenie usług publicznych.

Aby uwzględnić różne systemy i tradycje prawne w państwach członkowskich, definicja umowy o świadczenie usług publicznych ustanowiona w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 ma bardzo szeroki zakres i obejmuje różne rodzaje aktów prawnie wiążących. Zapewnia ona objęcie zakresem tego rozporządzenia wszelkich sytuacji prawnych, nawet jeżeli porozumienie między właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi nie jest sformalizowane w postaci umowy w ścisłym tego słowa znaczeniu. Z powyższych względów definicja ta obejmuje również umowy o świadczenie usług publicznych przyjmujące kształt decyzji wydanej w formie indywidualnego aktu ustawodawczego lub wykonawczego. Połączenie ogólnego aktu prawnego powierzającego podmiotowi świadczenie usług z aktem administracyjnym określającym szczegółowe wymagania dotyczące świadczenia tych usług i metody, która będzie stosowana do obliczania rekompensaty, może również stanowić umowę o świadczenie usług publicznych. Przedmiotowa definicja obejmuje także przyjmowane przez właściwy organ decyzje określające warunki, zgodnie z którymi organ ten samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu.

### 2.2.2. Artykuł 2 lit. l). Cechy i proces określania zasad ogólnych

Zasady ogólne zostały zdefiniowane w art. 2 lit. l) jako środki mające zastosowanie „w sposób niedyskryminacyjny do wszystkich usług publicznych tego samego rodzaju w zakresie transportu pasażerskiego na danym obszarze geograficznym, objętym właściwością miejscową właściwego organu”. Zasady ogólne są zatem środkami stosowanymi w odniesieniu do jednego rodzaju lub kilku rodzajów usług publicznego transportu drogowego lub kolejowego, które mogą być nakładane jednostronnie i w sposób niedyskryminujący przez organy publiczne na podmioty świadczące usługi publiczne, lub które mogą zostać włączone do umów zawieranych między właściwymi organami oraz podmiotami świadczącymi usługi publiczne. Zastosowanie tego środka jest ograniczone do obszaru geograficznego podlegającego właściwości miejscowej danego organu, jednak niekoniecznie musi obejmować cały ten obszar. Zasadą ogólną może być również prawo regionalne lub krajowe stosowane wobec wszystkich istniejących lub potencjalnych przewoźników w regionie lub państwie członkowskim. Zatem zasada taka nie podlega zwykle negocjacji z poszczególnymi podmiotami świadczącymi usługi publiczne. Nawet jeśli zasada ogólna jest określana w drodze jednostronnej czynności prawnej, przed jej wprowadzeniem dopuszcza się przeprowadzenie w sposób przejrzysty i niedyskryminujący konsultacji z podmiotami świadczącymi usługi publiczne.

### 2.2.3. Artykuł 3 ust. 2 i 3. Określanie zasad ogólnych w treści umowy o świadczenie usług publicznych i poza nią Zakres zasad ogólnych

Zgodnie z motywem 17 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 „właściwe organy mają swobodę ustanawiania kryteriów społecznych i jakościowych w celu utrzymania i podnoszenia standardów w odniesieniu do zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, na przykład określenia minimalnych warunków pracy, praw pasażerów, potrzeb osób o ograniczonej sprawności ruchowej, wymagań w zakresie ochrony środowiska naturalnego, bezpieczeństwa pasażerów i pracowników oraz zobowiązań wynikających z porozumień zbiorowych, a także innych przepisów i porozumień w sprawie miejsc pracy i ochrony socjalnej w miejscu, w którym usługa jest wykonywana. W celu zapewnienia przejrzystych i porównywalnych warunków konkurencji pomiędzy podmiotami oraz w celu uniknięcia ryzyka dumpingu socjalnego, odpowiednie organy powinny mieć możliwość nakładania zobowiązań przewidujących szczególne standardy socjalne i w zakresie jakości usług”.

Państwa członkowskie lub właściwe organy mogą organizować transport publiczny na podstawie zasad ogólnych, takich jak ustawy, rozporządzenia lub środki regulacyjne. Jednakże zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 jeśli przedmiotem zasad ogólnych jest przyznanie rekompensaty lub wyłącznego prawa, wymagane jest dodatkowo zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych. Wymóg taki nie obowiązuje w przypadku, gdy zgodnie z art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia w zasadach ogólnych ustanawia się taryfy maksymalne dla wszystkich lub niektórych kategorii pasażerów. W takim przypadku nie ma obowiązku zawierania umowy o świadczenie usług publicznych, a warunki przyznawania rekompensat mogą zostać określone w sposób niedyskryminujący i ogólnie stosowany.

Właściwy organ może podjąć decyzję o ustanowieniu w ramach zasad ogólnych norm społecznych lub jakościowych zgodnie z prawem krajowym. Jeżeli zasady ogólne przewidują rekompensatę lub jeżeli właściwy organ uważa, że wdrożenie zasad ogólnych wymaga przyznania rekompensaty, należy zawrzeć umowę lub umowy o świadczenie usług publicznych określające zobowiązania podmiotów świadczących usługi publiczne i parametry rekompensaty ich wyniku finansowego netto zgodnie z art. 4 i 6 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 oraz załącznikiem do tego rozporządzenia.

*2.2.4. Artykuł 3 ust. 3. Przewidziane w przepisach unijnych dotyczących pomocy państwa powiadomienia o wprowadzeniu zasad ogólnych nieobjętych zakresem stosowania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, ustalających systemy taryf maksymalnych w odniesieniu do transportu uczniów, studentów, praktykantów i osób o ograniczonej sprawności ruchowej*

Zgodnie z art. 3 ust. 3 państwa członkowskie mają możliwość wyłączenie z zakresu stosowania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 zasad ogólnych dotyczących rekompensat finansowych odnoszących się do zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych przewidujących taryfy maksymalne w transporcie uczniów, studentów, praktykantów i osób o ograniczonej sprawności ruchowej. Jeżeli państwo członkowskie postanawia zastosować takie wyłączenie, władze krajowe muszą ocenić zgodność przepisów dotyczących rekompensat z postanowieniami Traktatu, w szczególności z postanowieniami odnoszącymi się do pomocy państwa. Jeżeli odnośne zasady ogólne stanowią pomoc państwa, państwa członkowskie muszą powiadomić o tych zasadach Komisję zgodnie z art. 108 TFUE.

*2.2.5. Artykuł 2 lit. e) oraz art. 4 ust. 1. Określanie przez właściwe organy charakteru i zakresu zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych oraz zakresu umów o świadczenie usług publicznych*

W art. 14 TFUE oraz w załączonym do TFUE protokole nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym ustanowiono ogólne zasady definiowania i świadczenia przez państwa członkowskie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Zgodnie z art. 14 TFUE „Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w zakresie stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi [świadczone w ogólnym interesie gospodarczym] funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania”. Jak określono w załączonym do TFUE protokole nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, organy krajowe, regionalne i lokalne odgrywają zasadniczą rolę i mają szeroki zakres uprawnień dyskrecyjnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców. Dążenie do zapewnienia powszechnie dostępnych usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym o coraz wyższym poziomie jakości, bezpieczeństwa, przystępności cenowej, równego traktowania i praw użytkowników stanowi wspólną wartość Unii Europejskiej. Sposoby, w jakie państwa członkowskie mogą w sektorze pasażerskiego transportu kolejowego i drogowego świadczyć, zlecać i organizować usługi w ogólnym interesie gospodarczym, są regulowane przepisami rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 „celem niniejszego rozporządzenia jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa wspólnotowego, właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych”. Jak stanowi przepis art. 2 lit. e) rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych są konieczne, aby zapewnić świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w interesie ogólnym, których świadczenia podmiot świadczący usługi ze względu na swój własny interes gospodarczy bez rekompensaty nie podjąłby lub nie podjąłby w takim samym zakresie lub na takich samych warunkach<sup>(1)</sup>. W związku z tym, w ramach określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007, państwa członkowskie mają dużą swobodę w definiowaniu zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych zgodnie z potrzebami użytkowników końcowych.

Poza pewnymi wyjątkami zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych zazwyczaj odnoszą się do konkretnych wymogów nakładanych na podmiot świadczący usługi publiczne dotyczących, na przykład, częstotliwości przewozów, ich jakości, obsługi stacji, w szczególności mniejszych stacji pośrednich, które mogą nie być ekonomicznie atrakcyjne, oraz zapewniania połączeń kolejowych we wczesnych godzinach porannych i późnym wieczorem. Charakter takich świadczeń zdaniem Komisji dobrze ilustruje fakt, iż usługi, które mają zostać zaklasyfikowane jako usługi publiczne, muszą być skierowane do obywateli lub być w interesie społeczeństwa jako całości. Właściwe organy określają charakter i zakres zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przestrzegając przy tym ogólnych zasad Traktatu. Aby osiągnąć cele przedmiotowego rozporządzenia, to jest zagwarantować bezpieczne, przystępne cenowo i wysokiej jakości usługi

<sup>(1)</sup> Podejście to jest zgodne z ogólnym podejściem Komisji do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w innych sektorach. Zob. w szczególności pkt 48 komunikatu Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, (Dz.U. C 8 z 11.1.2012, s. 4).

transportu pasażerskiego, właściwe organy muszą dążyć do zapewnienia świadczenia tych usług w sposób stabilny pod względem gospodarczym i finansowym. W kontekście zawierania umów zgodnie art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 obie strony umowy mogą oczekiwać poszanowania swoich praw oraz muszą wypełniać swoje zobowiązania umowne. Niektóre z tych praw i obowiązków mogą mieć charakter finansowy. Geograficzny zakres umów o świadczenie usług publicznych powinien umożliwiać właściwym organom optymalizację ekonomiki usług publicznych w zakresie transportu, za które organy te są odpowiedzialne, włączając w to, w stosownych przypadkach, efekty sieciowe na szczeblu lokalnym, regionalnym i niższym od krajowego. Wykorzystanie efektów sieciowych umożliwia zapewnienie opłacalności świadczenia usług transportu publicznego dzięki finansowaniu krzyżowemu między usługami przynoszącymi zyski a usługami niedochodowymi. To z kolei powinno umożliwić odnośnym organom realizację ustalonych celów polityki transportowej, przy jednoczesnym zagwarantowaniu, w odpowiednich przypadkach, warunków skutecznej i uczciwej konkurencji w ramach sieci, na przykład w odniesieniu do niektórych usług w zakresie linii dużych prędkości.

#### 2.2.6. Artykuł 2 lit. f) oraz art. 3 ust. 1. Określenie charakteru i zakresu wyłącznych praw w celu zapewnienia zgodności z prawem unijnym

Zgodnie z art. 3 ust. 1 umowę o świadczenie usług publicznych należy zawrzeć, w przypadku gdy właściwy organ podejmie decyzję o przyznaniu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne wyłącznego prawa lub rekompensaty w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych. W art. 2 lit. f) wyłączenie prawo zdefiniowano jako „prawo dające podmiotowi świadczącemu usługi publiczne możliwość świadczenia niektórych usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego na danej trasie, w danej sieci lub na danym obszarze z wyłączeniem innych takich podmiotów świadczących usługi”. Prawo to może zostać ustanowione w formie środka ustawodawczego, wykonawczego lub administracyjnego. Bardzo często umowa o świadczenie usług publicznych określa warunki wykonywania wyłącznego prawa, w szczególności zakres geograficzny i czas obowiązywania takiego prawa. Wyłącznie chroni przedsiębiorstwo przed konkurencją ze strony innych podmiotów na danym rynku w ten sposób, że żadne inne przedsiębiorstwo nie może świadczyć tych samych usług. Państwa członkowskie mogą jednak przyznawać pewne prawa, które wydają się nie mieć wyłącznego charakteru, lecz w rzeczywistości, poprzez wprowadzenie odnośnych przepisów prawnych lub praktyk administracyjnych, uniemożliwiają innym przedsiębiorstwom udział w rynku. Na przykład uregulowania administracyjne, w ramach których zezwala się na świadczenie usług transportu publicznego pod warunkiem spełnienia określonych kryteriów, takich jak wymagana częstotliwość i jakość tych usług, mogą w praktyce ograniczać liczbę przewoźników na rynku. Zdaniem Komisji pojęcie wyłączności zastosowane w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 obejmuje również przedstawioną powyżej sytuację.

Aby zapewnić sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego w odniesieniu do usług publicznych w zakresie transportu, właściwe organy powinny precyzyjnie sformułować definicję wyłącznych praw jako praw, które nie wykraczają poza to, co jest konieczne, aby zapewnić niezbędną ochronę ekonomiczną danych usług przy jednoczesnym pozostawieniu, tam gdzie to możliwe, swobody świadczenia innych rodzajów usług. Wiąże się z tym treść motywu 8 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007: „należy pozwolić, by rynki transportu pasażerskiego, które zostały poddane deregulacji oraz na których nie istnieją wyłączne prawa, zachowały swoje cechy i sposób funkcjonowania na tyle, na ile jest to zgodne z wymogami Traktatu”. Komisja pragnie jednak zwrócić uwagę na fakt, że nawet w ramach systemu poddanego deregulacji wprowadzenie do umów ustaleń mających na celu ułatwienie niektórym grupom obywateli dostępu do usług transportu autobusowego jest równoznaczne z ustanowieniem zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych. Zobowiązanie takie objęte jest zakresem rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 (!).

Jeśli zachodzą wszystkie okoliczności warunkujące stosowanie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, w tym sytuacja, w której podmiot świadczący usługi transportu publicznego korzysta z prawa wyłączności, zamówienie prowadzące do zawarcia wymaganej umowy o świadczenie usług publicznych może być przyznane bezpośrednio, jeżeli spełnione są warunki określone w art. 5 ust. 4, na przykład gdy wartość umowy zawieranej w ramach tego zamówienia jest niewielka lub gdy umowa ta zawierana jest z małymi i średnimi przedsiębiorstwami transportowymi.

#### 2.2.7. Artykuł 4 ust. 4. Warunki, na podstawie których dopuszcza się przedłużenie o połowę okresu obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych

Zgodnie z art. 4 ust. 3 maksymalny okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych nie przekracza „dziesięciu lat – w odniesieniu do usług autokarowych i autobusowych oraz 15 lat – w odniesieniu do usług kolejowego transportu pasażerskiego i innych środków transportu szynowego”. W art. 4 ust. 4 dopuszczono przedłużenie, w razie konieczności, okresu obowiązywania umowy o świadczenie usług

(!) Zob. decyzja Komisji N 588/2002 – Zjednoczone Królestwo, BSO – Dotacje na rzecz dalekobieżnych przewozów autokarowych.

publicznych o połowę, przy uwzględnieniu warunków amortyzacji środków trwałych. Takie przedłużenie może zostać przyznane, jeżeli podmiot świadczący usługi publiczne zapewnia środki trwałe, które mają istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych potrzebnych do realizacji usług transportu pasażerskiego stanowiących przedmiot umowy o świadczenie usług publicznych oraz są związane przede wszystkim z usługami w zakresie transportu pasażerskiego stanowiącymi przedmiot tej umowy.

Interpretacja tych dwóch warunków jest w każdym przypadku uzależniona od konkretnych okoliczności. W motywie 15 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 podkreślono, iż „umowy długoterminowe mogą prowadzić do zamknięcia rynku na okres dłuższy niż jest to konieczne, zmniejszając tym samym korzyści wynikające z konkurencji. Aby zminimalizować zakłócenia konkurencji, a jednocześnie utrzymać jakość usług, należy zawierać umowy na świadczenie usług publicznych na czas określony”. Ponadto w przypadku umów o bardzo długim okresie obowiązywania trudniejsze staje się prawidłowe rozłożenie ryzyka między przewoźnikiem a organem ze względu na zwiększenie nieprzewidywalności. Jednocześnie w motywie 15 wyjaśniono również, iż „należy przewidzieć możliwość wydłużania okresu obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych maksymalnie o połowę ich pierwotnego okresu obowiązywania, w przypadku gdy podmiot świadczący usługi publiczne musi inwestować w środki trwałe, których okres amortyzacji jest wyjątkowo długi, oraz w przypadku gdy chodzi o najbardziej oddalone regiony, określone w art. 349 Traktatu, z uwagi na ich specyfikę i uwarunkowania”.

Zatem każda decyzja o przedłużeniu o połowę okresu obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych powinna być podejmowana z uwzględnieniem następującej kwestii: umowa o świadczenie usług publicznych musi zobowiązywać podmiot mający świadczyć te usługi do inwestycji w środki trwałe, takie jak tabor kolejowy, obiekty obsługi technicznej lub infrastruktura, których okres amortyzacji jest wyjątkowo długi.

Zazwyczaj właściwy organ podejmuje decyzję o zamiarze przedłużenia okresu obowiązywania umowy przed udzieleniem nowego zamówienia prowadzącego do zawarcia takiej umowy. Jeśli konieczne jest podjęcie decyzji o ewentualnym przedłużeniu tego okresu jeszcze w czasie obowiązywania umowy, ponieważ planowane inwestycje w nowy tabor dokonywane są, np. z przyczyn technicznych, nie w początkowym, ale w późniejszym okresie obowiązywania umowy, możliwość tę należy wyraźnie odnotować w dokumentacji przetargowej, musi ona również zostać należycie odzwierciedlona w odniesieniu do rekompensat. W każdym przypadku, zgodnie z art. 4 ust. 4, całkowity okres przedłużenia umowy nie może przekroczyć połowy pierwotnego okresu jej obowiązywania.

#### 2.2.8. Artykuł 4 ust. 5. Opcje, jakimi dysponują właściwe organy, jeśli uznają za stosowne podjęcie środków ochrony praw pracowników w przypadku zmiany podmiotu świadczącego usługi

Zgodnie z art. 4 ust. 5 „bez uszczerbku dla prawa krajowego i wspólnotowego, a także dla układów zbiorowych pomiędzy partnerami społecznymi, właściwe organy mogą wymagać, by wybrany podmiot świadczący usługi publiczne przyznał pracownikom zatrudnionym wcześniej w celu świadczenia usług prawa, z których mogliby oni korzystać w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów<sup>(1)</sup>. W przypadku gdy właściwe organy wymagają, by podmioty świadczące usługi publiczne zastosowały się do określonych standardów socjalnych, dokumenty przetargowe i umowy o świadczenie usług publicznych zawierają listę pracowników, których to dotyczy, jak również jasne i szczegółowe informacje na temat umownych praw pracowników oraz warunków, na jakich pracowników uznaje się za związanych ze świadczonymi usługami”.

Zgodnie z zasadą pomocniczości oraz jak podkreślono w motywach 16 i 17, w razie zmiany przewoźnika właściwe organy mają zasadniczo do dyspozycji następujące opcje w zakresie ochrony praw pracowników:

- (i) nie podejmować żadnych działań. W takim przypadku prawa pracownicze, takie jak przeniesienie pracowników, muszą zostać zagwarantowane tylko w sytuacji, gdy spełnione są warunki stosowania dyrektywy 2001/23/WE, na przykład, gdy następuje przeniesienie istotnych rzeczowych aktywów trwałych, takich jak tabor<sup>(2)</sup>;

<sup>(1)</sup> Dz.U. L 82 z 22.3.2001, s. 16.

<sup>(2)</sup> Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dyrektywę 2001/23/WE stosuje się do przeniesienia własności przedsiębiorstwa, które odbywa się po przeprowadzeniu procedury przetargowej, w ramach której przyznano zamówienie publiczne na usługi. Dyrektywa ta ma zastosowanie do sektorów, takich jak transport autobusowy lub kolejowy, w których działalność opiera się na rzeczowych aktywach trwałych, jeśli następuje przeniesienie istotnych rzeczowych aktywów trwałych. Przeniesienie w rozumieniu dyrektywy 2001/23/WE ma miejsce również wtedy, gdy prawo własności do rzeczowych aktywów trwałych wykorzystywanych wcześniej przez jednostkę przekazującą i przejętych przez jednostkę przejmującą nie zostało przeniesione, na przykład w przypadku, gdy przejmowane przez jednostkę przejmującą aktywa nie należały do jednostki przekazującej, ale zostały dostarczone przez instytucję zamawiającą; zob. odnośne memorandum Komisji na temat praw pracowników w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, dostępne na stronie internetowej: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=208>



- (ii) postawić wymóg przeniesienia pracowników zatrudnionych wcześniej w celu świadczenia usług i przyznania im praw, z których mogliby oni korzystać w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2001/23/WE, niezależnie od tego, czy przepisy dyrektywy 2001/23/WE mają zastosowanie. W motywie 16 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 wyjaśniono, iż „wspomniana dyrektywa nie zakazuje państwom członkowskim ochrony warunków przenoszenia praw pracowniczych innych niż warunki objęte dyrektywą 2001/23/WE, a tym samym ewentualnego uwzględnienia standardów socjalnych określonych w krajowych przepisach ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, w układach zbiorowych lub umowach zawieranych pomiędzy partnerami społecznymi”;
- (iii) postawić podmiotowi świadczącemu usługi transportu publicznego wymóg przestrzegania określonych standardów socjalnych w odniesieniu do wszystkich pracowników zaangażowanych w świadczenie tych usług „w celu zapewnienia przejrzystych i porównywalnych warunków konkurencji pomiędzy podmiotami oraz w celu uniknięcia ryzyka dumpingu socjalnego”, jak wskazano w motywie 17 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Standardy te mogłyby odnosić się na przykład do porozumienia zbiorowego na poziomie przedsiębiorstwa lub porozumienia zbiorowego zawartego w odnośnym segmencie rynku;
- (iv) zastosować połączenie opcji określonych w ppkt (ii) oraz (iii).

W celu zapewnienia przejrzystości warunków zatrudnienia właściwe organy, jeśli stawiają one wymóg przeniesienia pracowników lub przestrzegania pewnych standardów socjalnych, są zobowiązane do wyraźnego i szczegółowego określenia tych wymogów w dokumentacji przetargowej i w umowach o świadczenie usług publicznych.

#### 2.2.9. Artykuł 5 ust. 2 lit. e). Warunki zlecenia podwykonawstwa w przypadku zamówienia prowadzącego do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielonego podmiotom wewnętrznym

Wykonanie usług będących przedmiotem umów o świadczenie usług publicznych zawartych w ramach zamówienia udzielonego bezpośrednio podmiotowi wewnętrznemu może być zlecane podwykonawcom na ściśle określonych warunkach. Zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. e) w takim przypadku podmiot wewnętrzny ma obowiązek samodzielnego świadczenia „przeważającej części” usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego. Za pomocą tego przepisu prawodawca chciał uniknąć sytuacji, w której pojęcie „podmiot wewnętrzny” pod kontrolą właściwego organu straciłoby sens, skoro podmiot ten mógłby w ramach podwykonawstwa zlecać innej jednostce świadczenie wszystkich usług transportowych lub ich znaczącej części. Przepis art. 5 ust. 2 lit. e) ma zatem na celu zapobieżenie powstawaniu podmiotów wewnętrznych, które w rzeczywistości nimi nie są. Świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego przez podmiot wewnętrzny stanowi wyjątek od zasady określonej w art. 5 ust. 3, zgodnie z którą udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych powinno się odbywać „w drodze przetargu”. Zgodnie z motywem 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, „wprowadzenie regulowanej konkurencji pomiędzy podmiotami świadczącymi usługi pozwala na zwiększenie atrakcyjności i innowacyjności usług oraz na obniżenie ich cen”. Bez uszczerbku dla wyników analizy poszczególnych przypadków, racjonalne wydaje się przyjęcie, że zlecenie w ramach podwykonawstwa ponad jednej trzeciej usług transportu publicznego wymaga mocnego uzasadnienia, w szczególności w świetle przytoczonych powyżej celów określonych w art. 5 ust. 2 lit. e). Zazwyczaj wymiar takich usług transportowych wyrażony jest w odniesieniu do ich wartości. W każdym przypadku podmioty wewnętrzne zlecające usługi w ramach podwykonawstwa zobowiązane są do przestrzegania odpowiednich przepisów w zakresie zamówień publicznych.

Ponadto rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 nie wyklucza sytuacji, w której umowa o świadczenie usług publicznych określa minimalny procent usług transportowych, w odniesieniu do ich wartości, które mają zostać zleczone podwykonawcom przez podmiot zawierający taką umowę. Umowa może zawierać takie postanowienia, o ile nie naruszają one przepisów wzmiankowanego rozporządzenia, zwłaszcza tych dotyczących maksymalnej części umowy o świadczenie usług publicznych, której wykonanie może zostać zleczone podwykonawcom.

### 2.3. Udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych

W niniejszym rozdziale przedstawiono wytyczne interpretacyjne dotyczące szeregu przepisów odnoszących się do udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. Wytyczne te obejmują warunki, na podstawie których przedmiotowe zamówienia mogą być udzielane bezpośrednio, jak również wymogi proceduralne dotyczące udzielania takich zamówień w drodze przetargu.

#### 2.3.1. Artykuł 5 ust. 2 lit. b). Warunki, na podstawie których zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym mogą być udzielane bezpośrednio

Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 właściwe organy lokalne mogą samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego i drogowego lub udzielać zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych bezpośrednio z podmiotem wewnętrznym. Jednak w przypadku wyboru drugiej opcji muszą one ściśle przestrzegać szeregu zasad i warunków określonych w art. 5 ust. 2. Komisja stwierdza, co następuje:

- (i) zgodnie z art. 5 ust. 2 właściwy organ lokalny lub grupa organów świadczących usługi publiczne w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego może bezpośrednio udzielać podmiotom wewnętrznym zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. Oznacza to, że usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego będące przedmiotem zamówienia udzielonego bezpośrednio przez grupę właściwych organów lokalnych muszą być zintegrowane pod względem geograficznym, transportowym lub taryfowym na obszarze, który podlega właściwości tej grupy organów. Komisja uważa również, że zakres geograficzny tego rodzaju usług podlegających kompetencji właściwego organu lokalnego lub grupy takich organów powinien zostać zdefiniowany w taki sposób, by w większości przypadków te usługi lokalne zaspokajały potrzeby aglomeracji miejskiej lub powiatu wiejskiego;
- (ii) w każdym przypadku należy przestrzegać przepisów określonych w art. 2 lit. j) oraz w art. 5 ust. 2 dotyczących kontroli podmiotów wewnętrznych przez właściwy organ. Podmiot wewnętrzny musi stanowić „odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego [...], analogicznej do kontroli, jaką sprawują one [organy] nad własnymi służbami”. W art. 5 ust. 2 lit. a) określono zestaw kryteriów, które należy uwzględnić, oceniając, czy właściwy organ sprawuje rzeczywistą kontrolę nad podmiotem wewnętrznym. Kryteria te obejmują „stopień reprezentowania w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych, stosowne postanowienia w statutach, strukturę własnościową, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania”. Ocena kontroli musi opierać się na wszystkich kryteriach, jeśli mają one zastosowanie.

W odniesieniu do kryterium dotyczącego struktury własnościowej zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 nie jest wymagane, aby właściwe organy posiadały 100 % kapitału podmiotu wewnętrznego. Może to być istotne na przykład w przypadku partnerstw publiczno-prywatnych. W tym względzie stosowany w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 zakres pojęcia podmiot „wewnętrzny” jest szerszy niż w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (<sup>1</sup>). Jednakże w takiej sytuacji sprawowanie rzeczywistej kontroli przez właściwy organ musi zostać wykazane zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. a) przy użyciu innych kryteriów;

- (iii) w celu zmniejszenia zakłóceń konkurencji w art. 5 ust. 2 lit. b) zawarto wymóg, aby działalność w dziedzinie transportu prowadzona przez podmiot wewnętrzny i jednostkę lub jednostki pod jego kontrolą była geograficznie ograniczona do obszaru działania właściwego organu lub obszaru wspólnie kontrolowanego przez właściwy organ lokalny. W związku z tym wspomniane podmioty lub organy nie mogą uczestniczyć w procedurach przetargowych związanych ze świadczeniem usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, organizowanych poza terytorium tego właściwego organu. W art. 5 ust. 2 lit. b) celowo użyto sformułowań o szerokim zakresie, aby zapobiec powstawaniu struktur korporacyjnych, których celem jest obejście tego ograniczenia geograficznego. Nie naruszając przepisów dotyczących niektórych linii działalności, o których mowa w pkt (v), Komisja będzie szczególnie surowo wymagać przestrzegania niniejszego przepisu ustanawiającego ograniczenie geograficzne, w szczególności w przypadku, gdy zarówno podmiot wewnętrzny, jak i inny podmiot świadczący usługi transportowe są kontrolowane przez właściwy organ lokalny;
- (iv) analogicznie do orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych i koncesji, zgodnie z którym podmiot wewnętrzny nie może stanowić przedsiębiorstwa „poddanego prawom rynku” (<sup>2</sup>), określony w art. 5 ust. 2 lit. b) warunek, iż „podmiot wewnętrzny i każda jednostka znajdująca się pod najmniejszym nawet wpływem tego podmiotu realizują swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego na obszarze działania właściwego organu lokalnego, [...] i że nie biorą udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium tego właściwego organu lokalnego”, należy rozumieć w następujący sposób: podmiot wewnętrzny lub jednostka znajdująca się pod wpływem tego podmiotu nie są uprawnione do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, również jako podwykonawca, czy też do brania udziału w procedurach przetargowych poza terytorium właściwego dla nich organu, zarówno w granicach Unii, jak i, ze względu na możliwy pośredni wpływ na rynek wewnętrzny, poza tymi granicami;
- (v) zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. b) dopuszcza się sytuację, w której „niektóre linie lub inne elementy składowe tej działalności [podmiotów wewnętrznych] mogą wchodzić na terytorium sąsiednich właściwych organów lokalnych”. Przepis ten zapewnia pewien stopień elastyczności w odniesieniu do transportu między regionami sąsiadującymi. Podmioty wewnętrzne mogą zatem do pewnego stopnia świadczyć usługi poza obszarem działania właściwego organu lokalnego. W celu oceny, czy usługi w ramach umowy o świadczenie usług publicznych są zgodne z tym przepisem, należy wziąć pod uwagę

(<sup>1</sup>) Wyrok z 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 30.

(<sup>2</sup>) Orzecznictwo związane z przedsiębiorstwami „wewnętrznymi” nie zawiera odniesienia do warunku zakazującego udziału w przetargach poza terytorium podlegającym właściwemu organowi. Jednakże w orzecznictwie tym wyraźnie zaznaczono, iż w przypadku przedsiębiorstwa, które poddane zostało prawom rynku, kontrola gminy staje się niepewna (zob. wyrok z 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, Zb.Orz. s. I-08585).

następujące kwestie: czy zapewniają one połączenie między obszarem działania przedmiotowego organu a obszarem sąsiadującym i czy stanowią one element składowy, nie zaś główny cel działalności w zakresie transportu publicznego będącej przedmiotem umowy o świadczenie usług publicznych. Komisja dokona oceny tego, czy dana działalność w zakresie transportu publicznego ma charakter drugorzędny, poprzez porównanie liczby kilometrów przebytych przez pojazd lub pociąg z całkowitą skalą działalności w zakresie transportu publicznego objętej umową lub umowami z podmiotem wewnętrznym.

### 2.3.2. Artykuł 5 ust. 3. Wymogi proceduralne dotyczące przetargów prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych

Zgodnie z art. 5 ust. 3 w przypadku gdy właściwy organ – aby zapewnić świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego – wykorzystuje osobę trzecią niebędącą podmiotem wewnętrznym, udziela on zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w drodze sprawiedliwej, otwartej, przejrzystej i niedyskryminującej procedury przetargowej.

Artykuł 5 ust. 3 nie zawiera wielu dodatkowych informacji na temat warunków organizacji procedury przetargowej. Jak wskazano w pkt 2.4.1. procedury udzielania zamówień publicznych muszą być opracowane w taki sposób, aby stwarzać warunki skutecznej konkurencji. Zastosowanie ogólnych postanowień Traktatu, takich jak obowiązek zachowania przejrzystości i niedyskryminacji, oznacza na przykład, że kryteria oceny stosowane przy wyborze ofert muszą być publikowane w dokumentacji przetargowej. Państwa członkowskie mogą zdecydować się na stosowanie bardziej szczegółowych przepisów proceduralnych zawartych w unijnych aktach prawnych dotyczących zamówień publicznych, takich jak dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE, lub w dyrektywie 2014/23/UE w sprawie koncesji, mimo iż nie są do tego zobowiązane.

Jednakże zgodnie z art. 5 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 właściwy organ może również zdecydować o przeprowadzeniu rokowań z wybranymi stronami, po wstępnej selekcji ofert, w przypadku specyficznych lub złożonych potrzeb. Przykładem tego jest sytuacja, w której – by spełnić wymogi opublikowane w dokumentacji przetargowej – podmioty składające oferty muszą przedstawić technologicznie innowacyjne rozwiązania w zakresie transportu. Nawet przy zastosowaniu preselekcji i prowadzeniu rokowań, procedura wyboru i udzielania zamówienia musi spełniać wszystkie warunki określone w art. 5 ust. 3.

W celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych.

Aby uczynić procedurę przetargową bardziej przejrzystą, właściwe organy powinny udostępnić potencjalnym oferentom wszystkie stosowne dane techniczne i finansowe, w tym informacje dotyczące alokacji kosztów i przychodów, jeżeli są one dostępne, aby ułatwić im przygotowanie ofert. Jednakże udostępnienie tych informacji nie może być sprzeczne z ochroną uzasadnionych interesów handlowych osób trzecich. Przedsiębiorstwa kolejowe, zarządcy infrastruktury kolejowej i wszystkie inne stosowne podmioty powinny udostępnić właściwym organom odpowiednie i dokładne dane w celu umożliwienia tym organom spełnienia obowiązku zapewnienia dostępu do informacji.

### 2.3.3. Artykuł 5 ust. 4. Warunki, na podstawie których właściwy organ może bezpośrednio udzielić zamówienia publicznego prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych w przypadku umów o usługi transportowe w niewielkim wymiarze lub umów zawieranych z MŚP

Właściwy organ może bezpośrednio udzielić zamówienia prowadzącego do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z pominięciem procedury przetargowej w przypadku zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o niewielkim wymiarze lub zamówienia udzielanego małemu lub średniemu przedsiębiorstwu transportowemu (art. 5 ust. 4). Umowa o świadczenie usług publicznych jest uważana za umowę o niewielkim wymiarze, jeśli jej średnia roczna wartość jest mniejsza niż 1 mln EUR lub jeśli dotyczy ona świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie. Za małe lub średnie przedsiębiorstwo transportowe uznaje się przedsiębiorstwo eksploatujące nie więcej niż 23 pojazdy. W przypadku takiego przedsiębiorstwa progi mogą zostać podwyższone do średniej wartości rocznej szacowanej na nie więcej niż 2 mln EUR lub świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 600 000 kilometrów rocznie.

Określenie progów ustalonych w odniesieniu do MŚP w kategoriach liczby „pojazdów” wskazuje, że przepis ten sformułowany został z myślą o transporcie autobusowym, a nie transporcie tramwajem, metrem lub pociągiem. Próg 23 pojazdów należy interpretować w sposób zawężający, aby zapobiec nadużywaniu wyjątku przewidzianego w art. 5 ust. 4. W związku z tym pojęcie „pojazdy eksploatowane” należy interpretować jako odnoszące się do całkowitej liczby pojazdów eksploatowanych przez podmiot świadczący usługi w zakresie transportu publicznego, a nie do liczby pojazdów eksploatowanych w ramach usług objętych daną umową o świadczenie usług publicznych.

Jednakże ustawodawca krajowy może podjąć decyzję o zobowiązaniu właściwego organu do zastosowania w takich przypadkach zasady nakazującej, by zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych były udzielane w ramach sprawiedliwej, otwartej, przejrzystej i niedyskryminującej procedury przetargowej.

*2.3.4. Artykuł 5 ust. 4. Dopuszczalność obniżenia przez państwa członkowskie progów umożliwiających bezpośrednie udzielanie zamówień w przypadku umów o usługi transportowe w niewielkim wymiarze lub umów zawieranych z małymi i średnimi przedsiębiorstwami transportowymi*

W takim samym stopniu, w jakim art. 5 ust. 4 umożliwia państwom członkowskim (i) zobowiązanie właściwych organów do stosowania zasady nakazującej, by umowy o świadczenie usług publicznych były przyznawane w ramach sprawiedliwej, otwartej, przejrzystej i niedyskryminującej procedury przetargowej w przypadku umów o niewielkim wymiarze lub zawieranych z małymi i średnimi przedsiębiorstwami transportowymi, państwa członkowskie mogą również podjąć decyzję o (ii) obniżeniu progów określonych w tym przepisie w celu umożliwienia bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia takich umów lub (iii) stosowaniu progów określonych w art. 5 ust. 4 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

*2.3.5. Artykuł 5 ust. 6. Kolejowe usługi transportowe, które kwalifikują się do procedury bezpośredniego udzielania zamówień*

Zgodnie z art. 5 ust. 6 właściwe organy mogą bezpośrednio przyznawać zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego „z wyjątkiem innych rodzajów transportu szynowego, takich jak metro lub tramwaje”.

Udzielając osobie trzeciej zamówienia prowadzącego do zawarcia umów o świadczenie usług użyteczności publicznej, organ jest obowiązany przestrzegać ogólnych postanowień Traktatu, takich jak zasada przejrzystości i równego traktowania<sup>(1)</sup>. Bezpośrednie przyznawanie takich zamówień na mocy art. 5 ust. 6 musi więc być zgodne z tymi ustanowionymi w Traktacie zasadami. Z tych względów w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007, w szczególności w art. 7 ust. 2 i 3, zawarto wymóg, by właściwe organy publikowały określone informacje dotyczące udzielonych bezpośrednio zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego co najmniej jeden rok przed przyznaniem zamówienia oraz rok po jego przyznaniu.

Wyjątek od ogólnej zasady stosowania procedury przetargowej przy udzielaniu zamówień musi również być stosowany w sposób zawężający. Usług zastępujących transport kolejowy, jak na przykład transport autobusami i autokarami, do których świadczenia może być zobowiązany, na mocy umowy, podmiot świadczący usługi publiczne w wypadku zakłóceń połączeń kolejowych, nie można uznać za usługi w zakresie transportu kolejowego, a zatem nie wchodzi one w zakres art. 5 ust. 6. Konieczne jest zatem świadczenie takich usług zastępczych przy użyciu autobusów i autokarów w ramach umów podwykonawstwa, zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.

To, czy określone rodzaje miejskich i podmiejskich kolejowych systemów transportowych, takich jak S-Bahn (w Austrii, Niemczech i Danii) oraz RER (we Francji), lub środki transportu podobne do „innych rodzajów transportu szynowego” (na przykład metro lub tramwaje), takie jak systemy tramwajowo-kolejowe lub niektóre automatyczne systemy kolejowe eksploatowane w ramach systemów sterowania optycznego, mieszczą się w zakresie wyłączenia określonego w art. 5 ust. 6 odnośnie transportu kolejowego, należy oceniać osobno dla każdego przypadku, z zastosowaniem odpowiednich kryteriów. Wynik oceny zależeć będzie w szczególności od tego, czy systemy te mogą w normalnych warunkach działać wymiennie z konwencjonalnymi sieciami kolei ciężkiej lub czy wykorzystują one tę samą infrastrukturę co te sieci. Wprawdzie systemy tramwajowo-kolejowe korzystają z infrastruktury kolei ciężkiej, odznaczają się one jednak cechami szczególnymi, na podstawie których należy uznać je za „inny rodzaj transportu szynowego”.

*2.3.6. Zmiany umów o świadczenie usług publicznych*

Jeśli zachodzi potrzeba wprowadzenia zmian w umowie o świadczenie usług publicznych w trakcie jej obowiązywania, na przykład gdy w wyniku przedłużenia linii metra konieczne jest dostosowanie częstotliwości usług transportowych i związanej z tym wysokości rekompensaty, powstaje pytanie, czy właściwy organ powinien rozpocząć procedurę w celu udzielenia nowego zamówienia lub czy do odnośnej umowy można wprowadzić zmiany bez przeprowadzania takiej procedury.

Trybunał Sprawiedliwości orzekł, iż w przypadku drobnych, innych niż istotne zmian udzielanie nowego zamówienia nie jest konieczne do zapewnienia zgodności z ogólnymi postanowieniami Traktatu, takimi jak

<sup>(1)</sup> Zob. na przykład motyw 20 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007: „W przypadku gdy organ publiczny postanawia powierzyć osobie trzeciej świadczenie usług użyteczności publicznej, wybór podmiotu świadczącego usługi publiczne musi następować zgodnie z prawem wspólnotowym w zakresie umów publicznych i koncesji, jak postanowiono w art. 43–49 Traktatu, jak również zgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania”.

przejrzystości i niedyskryminacja; wystarczająca jest zwykła zmiana umowy <sup>(1)</sup>. Zdaniem Trybunału, aby zapewnić przejrzystość procedur i równe traktowanie oferentów, wprowadzenie istotnych zmian w podstawowych postanowieniach umowy koncesji na usługi lub w zamówieniach objętych zakresem dyrektywy w sprawie zamówień publicznych wymaga w niektórych przypadkach udzielenia nowego zamówienia. Przypadek taki ma w szczególności miejsce, gdy zmiany takie charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

W związku z brakiem odnośnych przepisów w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007, zasady zawarte w przytoczonym powyżej orzecznictwie mają w pełni zastosowanie do zmian w objętych tym rozporządzeniem umowach o świadczenie usług publicznych. W celu ustalenia, jakie zmiany nie zaliczają się do istotnych, konieczna jest ocena każdego przypadku z osobna, w oparciu o obiektywne kryteria <sup>(2)</sup>.

#### 2.4. Rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych

W rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 określono zasady mające na celu zapobieganie przyznawaniu rekompensat w nadmiernej wysokości oraz zapewnienie zgodności z postanowieniami Traktatu. Zasady te odnoszą się również do pojęć rozsądnego zysku i premiowania poprawy wydajności, kwestii subsydiowania skrośnego działalności handlowej z rekompensat wypłaconych z tytułu wypełniania zobowiązań dotyczących świadczenia usług publicznych oraz kwestii niewystarczających rekompensat, a także do przeprowadzanych przez Komisję *ex ante* i *ex post* ocen zgodności rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych z obowiązującymi przepisami.

##### 2.4.1. Artykuł 4 ust. 1 oraz art. 5 ust. 3. Zapobieganie przyznawaniu nadmiernych rekompensat w przypadku zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych przyznanego w wyniku otwartej publicznej procedury przetargowej

W odróżnieniu od innych gałęzi gospodarki, przyznawanie rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych w sektorze transportu lądowego nie wchodzi w zakres art. 106 ust. 2 TFUE. Rekompensaty takie objęte są natomiast przepisem art. 93 TFUE. W związku z powyższym przepisy unijne dotyczące rekompensat z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym <sup>(3)</sup>, ustanowione w oparciu o art. 106 ust. 2 TFUE, nie mają zastosowania do transportu lądowego <sup>(4)</sup>.

W przypadku usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego jeśli rekompensata z tytułu świadczenia tych usług wypłacana jest zgodnie z przepisami rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, to uznaje się ją tym samym za zgodną z zasadami rynku wewnętrznego i zgodnie z art. 9 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia nie podlega ona obowiązkowi wcześniejszego informowania o planach jej przyznania, określone w art. 108 ust. 3 TFUE.

Założenie dotyczące takiej zgodności i zwolnienie z obowiązku wcześniejszego informowania nie uwzględnia faktu, że rekompensata wypłacana z tytułu świadczenia usług transportu publicznego może mieć charakter pomocy państwa. Aby nie zostać uznaną za pomoc państwa, rekompensata taka musi spełniać cztery warunki określone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Altmark* <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Wyrok z 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja przeciwko Francji*, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 44 i 46; wyrok z 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 34 oraz wyrok z 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG*, Zb.Orz. s. I-02815, pkt 37 i 38.

<sup>(2)</sup> Trybunał Sprawiedliwości podkreślił w wyroku w sprawie *Wall AG*, iż zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli możliwość takiej zmiany przewidziano w umowie, może w wyjątkowych przypadkach stanowić istotną zmianę jednego z zasadniczych postanowień umowy koncesyjnej, jeśli wybór jednego konkretnego podwykonawcy, ze względu na szczególne cechy danych usług, był czynnikiem decydującym przy zawieraniu umowy, przy czym w każdym przypadku ocena stanu faktycznego należy do sądu krajowego.

<sup>(3)</sup> W szczególności decyzja Komisji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwu zobowiązanemu do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz.U. L 7 z 11.1.2012, s. 3) i unijne ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (Dz.U. C 8 z 11.1.2012, s. 15).

<sup>(4)</sup> Jednakże rozporządzenie Komisji (UE) nr 360/2012 w sprawie stosowania art. 107 i 108 do pomocy de minimis przyznawanej przedsiębiorstwom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (Dz.U. L 114 z 26.4.2012, s. 8) ma zastosowanie do transportu lądowego.

<sup>(5)</sup> Wyrok z 2003 r. w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Zb.Orz. s. I-7747. Zob. w szczególności sekcja 3 komunikatu Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, (Dz.U. C 8 z 11.1.2012, s. 4).

Otwarta, przejrzysta i niedyskryminująca procedura przetargowa, w rozumieniu art. 5 ust. 3, prowadzi do ograniczenia do minimum wysokości rekompensaty ze środków publicznych, którą właściwe organy będą musiały wypłacić usługodawcy, aby uzyskać poziom usług publicznych wymagany w ramach przetargu, a tym samym zapobiega przyznawaniu nadmiernych rekompensat. W takim przypadku nie ma potrzeby stosowania szczegółowych zasad dotyczących rekompensaty określonych w załączniku.

W celu spełnienia wymagań określonych w art. 5 ust. 3 postępowania o udzielenie zamówienia muszą być przygotowane w taki sposób, aby stworzyć warunki skutecznej konkurencji. Szczegóły procedur przetargowych mogą różnić się między sobą zgodnie z art. 5 ust. 3), w którym dopuszczono na przykład możliwość prowadzenia w pewnym zakresie rokowań między właściwym organem a przedsiębiorstwami, które złożyły oferty w ramach procedury przetargowej. Jednakże rokowania takie muszą być sprawiedliwe i zgodne z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Na przykład procedura polegająca wyłącznie na rokowaniach, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jest sprzeczna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji określonymi w art. 5 ust. 3. W związku z tym taka procedura nie jest zgodna z art. 5 ust. 3. Podobnie procedura przetargowa skonstruowana tak, by ograniczyć liczbę potencjalnych oferentów bez stosownego uzasadnienia, nie spełnia wymogów ustanowionych w art. 5 ust. 3. W związku z tym właściwe organy powinny zachować szczególną ostrożność w obliczu wyraźnych sygnałów wskazujących na brak skutecznej konkurencji, szczególnie w przypadku gdy złożona została tylko jedna oferta. Takie sytuacje zwiększają również prawdopodobieństwo, że Komisja zwróci się o dostarczenie jej informacji na temat konkretnych okoliczności towarzyszących danej procedurze przetargowej.

Kryteria wyboru ofert, w tym na przykład dotyczące jakości, ochrony środowiska i kwestii społecznych, powinny być ściśle związane z przedmiotem świadczonej usługi. Organ udzielający zamówienia ma prawo ustalić standardy jakości, które muszą zostać spełnione przez wszystkie podmioty gospodarcze, lub uwzględnić podczas podejmowania decyzji o udzieleniu zamówienia aspekty jakościowe związane z poszczególnymi ofertami.

Ponadto mogą zaistnieć okoliczności, w których postępowanie o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 5 ust. 3, nie stwarza warunków dla wystarczająco otwartej i rzeczywistej konkurencji. Sytuacja taka może zaistnieć na przykład z powodu złożoności lub zakresu usług, które mają być świadczone, lub w przypadku, gdy konieczna jest infrastruktura lub aktywa będące w posiadaniu określonego usługodawcy lub mające zostać zapewnione w celu realizacji odnośnych usług.

#### 2.4.2. Artykuł 6. Zapobieganie przyznawaniu nadmiernych rekompensat w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych

Bezpośrednie udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych zgodnie z art. 5 ust. 2, 4, 5 lub 6, bądź ustanawianie zasad ogólnych w rozumieniu art. 3 ust. 2 nie gwarantuje, iż poziom rekompensaty będzie ograniczony do minimum. Wynika to z faktu, że bezpośrednie udzielenie zamówienia nie jest wynikiem działania konkurencyjnych sił rynkowych, lecz bezpośrednich negocjacji pomiędzy właściwym organem a usługodawcą.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 w przypadku bezpośrednio udzielonego zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych lub w ramach zasad ogólnych rekompensata musi być zgodna z przepisami zawartymi w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 oraz w załączniku do tego rozporządzenia, co ma zapobiec przyznawaniu nadmiernej rekompensaty. W przedmiotowym załączniku wskazano na kontrolę *ex post* jako środek gwarantujący, że płatności z tytułu rekompensaty nie będą wyższe od rzeczywistych kosztów netto poniesionych w związku ze świadczeniem usługi publicznej w okresie obowiązywania umowy. Ponadto zdaniem Komisji regularne kontrole są co do zasady potrzebne w okresie obowiązywania umowy w celu wykrywania na wczesnym etapie sytuacji mogących prowadzić do przyznania nadmiernej rekompensaty oraz zapobiegania im. Odnosi się to w szczególności do umów długoterminowych.

Wysokość rekompensaty nie może przekroczyć wyniku finansowego netto osiągniętego w ramach realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych. Wynik ten obliczany jest w następujący sposób: koszty minus przychody wygenerowane w związku ze świadczeniem usług publicznych, minus potencjalne przychody wygenerowane przez efekty sieciowe, plus rozsądny zysk.

Po stronie kosztów uwzględnić można wszystkie koszty bezpośrednio związane ze świadczeniem usług publicznych (takie jak wynagrodzenia maszynistów, opłaty za prąd trakcyjny, utrzymanie taboru kolejowego, koszty ogólne (takie jak koszty zarządzania i administracji) i wynikające z umowy koszty przedsiębiorstw powiązanych). Jeżeli przedsiębiorstwo prowadzi także działalność, która wykracza poza zakres usług publicznych, stosowna część kosztów wspólnych, ponoszonych w ramach zarówno usług publicznych, jak i innych rodzajów działalności (np. koszty wynajmu biur, wynagrodzenia księgowych lub personelu administracyjnego), może również być uwzględniana obok bezpośrednich kosztów niezbędnych do wykonywania usług publicznych. W przypadku, gdy przedsiębiorstwo wykonuje kilka umów o świadczenie usług publicznych, koszty wspólne muszą zostać określone nie tylko w odniesieniu do umów o świadczenie usług

publicznych i innych rodzajów działalności, lecz również do poszczególnych umów o świadczenie usług publicznych. W celu określenia stosownej proporcji kosztów wspólnych, które należy uwzględnić w kosztach usług publicznych, jako punkt odniesienia można przyjąć ceny rynkowe, jakie trzeba zapłacić za korzystanie z odnośnych zasobów, jeżeli dane dotyczące takich cen są dostępne. W razie braku takich danych można w stosownych przypadkach zastosować inne metody.

Przychody bezpośrednio lub pośrednio związane ze świadczeniem usług publicznych, takie jak przychody ze sprzedaży biletów lub żywności i napojów, należy odliczyć od kosztów, o rekompensatę których ubiega się dany podmiot.

Świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych przez przedsiębiorstwo transportowe prowadzące również inną działalność komercyjną może przynieść pozytywne efekty sieciowe. Na przykład dzięki obsłudze pewnej sieci na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, która posiada połączenia z innymi trasami obsługiwanymi na zasadach rynkowych, podmiot może zwiększyć swoją bazę klientów. Komisja pozytywnie ocenia efekty sieciowe uzyskane dzięki planowym działaniom, jak na przykład efekty osiągnięte dzięki stosowaniu biletów wspólnych i zintegrowanych rozkładów jazdy, pod warunkiem że działania te przynoszą korzyści pasażerom. Komisja zdaje sobie również sprawę z praktycznych trudności związanych z oceną wartości tych potencjalnych efektów sieciowych. Niemniej jednak, zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, wszelkie tego rodzaju wymierne korzyści finansowe należy odjąć od kosztów, o rekompensatę których ubiega się dany podmiot.

#### 2.4.3. Artykuł 4 ust. 1 oraz załącznik. Pojęcie „rozsądnego zysku”

Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) koszty, które należy uwzględnić w umowie o świadczenie usług publicznych, mogą obejmować „odpowiedni zwrot z kapitału”. W załączniku określono, iż wysokość rekompensaty odnoszącej się do zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych nie może przekroczyć wyniku finansowego netto osiągniętego w ramach wykonywania tego zobowiązania, przy czym wynik ten oblicza się jako: koszty pomniejszone o przychody wygenerowane w związku ze świadczeniem usług publicznych, pomniejszone o potencjalne przychody wygenerowane przez efekty sieciowe, powiększone o „rozsądny zysk”.

Zgodnie z załącznikiem przez „rozsądny zysk» należy rozumieć stopę zwrotu z kapitału, która w danym państwie członkowskim uznawana jest za normalną dla tego sektora i w której uwzględniono ryzyko lub brak ryzyka ingerencji organu publicznego ponoszone przez podmiot świadczący usługi publiczne”. Brak jest jednak jakichkolwiek innych wytycznych dotyczących poprawnego określenia stopy „zwrotu z kapitału” czy „rozsądnego zysku”.

Wprawdzie komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym<sup>(1)</sup> (komunikat dotyczący usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym) oparty został na innej podstawie prawnej niż rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 i jego zakres nie obejmuje w związku z tym rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych w sektorze transportu lądowego, zawiera on jednak pewne wskazówki w odniesieniu do określania poziomu rozsądnego zysku, którymi właściwe organy mogą się kierować przy udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007<sup>(2)</sup>. W komunikacie tym wyjaśniono, że „jeśli dla danej usługi istnieje ogólnie przyjęte wynagrodzenie rynkowe, stanowi ono najlepszą wartość odniesienia przy ustalaniu rekompensaty w przypadku braku przetargu”<sup>(3)</sup>. Najlepszym źródłem takich wartości odniesienia byłyby umowy zawierane w tym samym sektorze działalności i państwie członkowskim oraz o podobnych parametrach. Poziom rozsądnego zysku musi zatem odpowiadać normalnym warunkom rynkowym i nie powinien wykraczać poza to, co jest konieczne, aby odzwierciedlić poziom ryzyka związanego ze świadczoną usługą.

Tego rodzaju wartości odniesienia nie zawsze jednak istnieją. W takim przypadku poziom rozsądnego zysku można ustalić, porównując marżę zysku, jakiej zażądałoby typowe dobrze zarządzane przedsiębiorstwo prowadzące działalność w tym samym sektorze z tytułu świadczenia przedmiotowej usługi<sup>(4)</sup>.

Standardowym sposobem obliczania stopy zwrotu z kapitału w ramach umowy o świadczenie usług publicznych jest uwzględnienie wewnętrznej stopy zwrotu (ang. IRR) osiągniętej przez przedsiębiorstwo z zainwestowanego kapitału w okresie realizacji projektu, to jest IRR z przepływów pieniężnych w ramach danej umowy. W tym celu można również wykorzystać wskaźniki stosowane w rachunkowości, takie jak stopa zwrotu z kapitału własnego (ang. ROE), stopa zwrotu z zaangażowanego kapitału (ang. ROCE) lub inne ogólnie przyjęte wskaźniki ekonomiczne odnoszące się do zysku z kapitału.

<sup>(1)</sup> Dz.U. C 8 z 11.1.2012, s. 4.

<sup>(2)</sup> Zob. w szczególności pkt 61 komunikatu dotyczącego usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

<sup>(3)</sup> Pkt 69 komunikatu dotyczącego usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

<sup>(4)</sup> W komunikacie dotyczącym usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zawarto dalsze wskazówki pozwalające ustalić, jakie przedsiębiorstwo należy uznać za „typowe dobrze zarządzane przedsiębiorstwo”. Zob. w szczególności pkt 70–76.

Należy jednak zauważyć, że wpływ na te wskaźniki mogą mieć metody rachunkowości stosowane przez przedsiębiorstwo, a same wskaźniki odzwierciedlają sytuację przedsiębiorstwa jedynie w danym roku. W takich przypadkach należy zatem zadbać o to, by praktyki księgowe przedsiębiorstwa odpowiadały długofalowej rzeczywistości gospodarczej, w jakiej wykonywana jest umowa o świadczenie usług publicznych. W związku z powyższym, o ile jest to wykonalne, poziom rozsądnego zysku należy każdorazowo szacować dla całego okresu obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych. Różnice w modelach ekonomicznych w odniesieniu do transportu kolejją, tramwajami, metrem i autobusami powinny również zostać uwzględnione. Na przykład podczas gdy transport kolejowy wymaga wysokich nakładów kapitału, transport autobusowy jest zazwyczaj bardziej uzależniony od kosztów zatrudnienia.

W każdym przypadku w celu ustalenia odpowiedniego poziomu rozsądnego zysku konieczne jest przeprowadzenie przez właściwy organ analizy uwzględniającej szczególne okoliczności każdej umowy o świadczenie usług publicznych. Organ ten musi m.in. wziąć pod uwagę szczególne cechy danego przedsiębiorstwa, standardowe wynagrodzenie rynkowe z tytułu świadczenia podobnych usług oraz poziom ryzyka związanego z każdą umową o świadczenie usług publicznych. Na przykład umowa o świadczenie usług publicznych zawierająca szczególne przepisy zabezpieczające poziom rekompensaty w przypadku nieprzewidzianych kosztów niesie ze sobą mniejsze ryzyko, niż umowa tego rodzaju, która nie przewiduje takich gwarancji. Zakładając, że pozostałe warunki są takie same, rozsądny zysk przewidziany w tej pierwszej umowie powinien być zatem niższy niż zysk przewidziany w tej drugiej.

Co do zasady zachęca się do ustalania takich metod rekompensowania, które premiuje poprawę wyników w zakresie wydajności<sup>(1)</sup>. Należy podkreślić, że systemy rekompensat, które przewidują jedynie pokrycie kosztów rzeczywistych w miarę ich występowania, dostarczają przedsiębiorstwu transportowemu niewielu bodźców do ograniczania kosztów lub zwiększania z biegiem czasu wydajności. Ich stosowanie należy zatem ograniczyć do przypadków, w których koszty są trudne do przewidzenia i przewoźnik potrzebuje wysokiego poziomu ochrony przed ich wahaniami.

#### 2.4.4. Artykuł 4 ust. 1 i 2 oraz załącznik. Zapobieganie wykorzystywaniu rekompensaty otrzymanej z tytułu świadczenia usług publicznych do skrośnego subsydiowania działalności komercyjnej

W przypadku gdy podmiot świadczący usługi publiczne prowadzi również działalność komercyjną, należy zadbać o to, by rekompensata ze środków publicznych, którą otrzymuje, nie była wykorzystywana do umocnienia jego pozycji konkurencyjnej w odniesieniu do działalności komercyjnej tego podmiotu. W tym względzie w załączniku określono przepisy mające na celu zapobieganie subsydiowaniu skrośnemu działalności komercyjnej z wykorzystaniem przychodów z działalności związanej ze świadczeniem usług publicznych. Przepisy te zasadniczo nakładają wymóg wprowadzenia rozdzielności rachunkowej między tymi dwoma rodzajami działalności (działalności polegającej na świadczeniu usług publicznych i działalności komercyjnej) oraz stosowania rzetelnej metody alokacji kosztów odzwierciedlającej rzeczywiste koszty świadczenia usługi publicznej.

W art. 4 ust. 1 i 2 oraz w przepisach określonych w załączniku wprowadzono wymóg prawidłowego przyporządkowywania kosztów i przychodów związanych ze świadczeniem usług w ramach każdego zamówienia na świadczenie usług publicznych udzielonego przedsiębiorstwu transportowemu oraz kosztów i przychodów związanych z działalnością komercyjną do jednego z tych dwóch rodzajów działalności. Ma to na celu skuteczne monitorowanie rekompensat publicznych i ewentualnego subsydiowania skrośnego między tymi dwoma rodzajami działalności. W tym względzie kluczowe znaczenie ma właściwy mechanizm podziału kosztów i odpowiednie środki służące rozdzieleniu działalności prowadzonej w celu realizacji zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych i działalności komercyjnej. Na przykład jeżeli środki transportu (takie jak tabor kolejowy lub autobusy) lub inne aktywa, lub usługi konieczne do wykonania zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych (takie jak biura, personel lub stacje) są wykorzystywane do prowadzenia zarówno działalności związanej ze świadczeniem usług publicznych, jak i działalności komercyjnej, koszty związane z każdym z tych elementów muszą być proporcjonalnie przyporządkowane do tych dwóch rodzajów działalności według względnej wagi, jaką mają w ramach całokształtu usług transportowych świadczonych przez przedsiębiorstwo transportowe.

Jeżeli na przykład w ramach usługi publicznej i działalności komercyjnej wykonywanej przez to samo przedsiębiorstwo korzystano z usług na stacjach, lecz pełne koszty tych usług przyporządkowano wyłącznie działalności związanej ze świadczeniem usług publicznych, stanowiłoby to subsydiowanie skrośne, które jest niezgodne z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007. Dyrektywa 2012/34/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego<sup>(2)</sup> określa również szczególne obowiązki dotyczące rozdziału rachunkowości przedsiębiorstw kolejowych.

<sup>(1)</sup> Zob. w szczególności pkt 7 załącznika do przedmiotowego rozporządzenia.

<sup>(2)</sup> Dz.U. L 343 z 14.12.2012, s. 32. Zob. art. 6 dotyczący rozdziału rachunkowości przedsiębiorstw kolejowych i zarządców infrastruktury kolejowej.



Każda umowa o świadczenie usług publicznych powinna zawierać szczegółowe ustalenia dotyczące rekompensaty oraz dla każdej takiej umowy powinny istnieć konkretne zapisy księgowe. Innymi słowy, jeżeli to samo przedsiębiorstwo zawarło kilka umów o świadczenie usług publicznych, w księgach rachunkowych przedsiębiorstw transportowych należy wskazać, która rekompensata odpowiada której umowie o świadczenie usług publicznych. Na pisemny wniosek Komisji przedmiotowe księgi rachunkowe muszą zostać jej udostępnione zgodnie z art. 6 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

#### 2.4.5. Artykuł 4 ust. 1. Ustalenie systemów rekompensat promujących zwiększanie wydajności

Zgodnie z motywem 27 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia lub w ramach zasad ogólnych parametry rekompensaty należy określić w taki sposób, aby kwota rekompensaty była odpowiednia i odzwierciedlała „starania o efektywność i jakość usług”. Oznacza to, że właściwe organy powinny za pomocą odpowiedniej metody rekompensowania zachęcać usługodawców do podnoszenia wydajności poprzez świadczenie usług na wymaganym poziomie i o wymaganej jakości przy wykorzystaniu jak najmniejszych zasobów.

Przepisy dotyczące rekompensaty ustanowione w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 zostawiają właściwym organom pewną swobodę przy opracowaniu odnośnych form premiowania do systemów rekompensat na użytek podmiotów świadczących usługi publiczne. W każdym przypadku właściwe organy są zobowiązane „promować utrzymanie lub rozwój systemu skutecznego zarządzania podmiotu świadczącego usługi publiczne, który to system może zostać poddany obiektywniej ocenie” (pkt 7 załącznika). Oznacza to, że system rekompensat musi zostać ustalony w taki sposób, aby zapewniał z biegiem czasu przynajmniej pewną poprawę wydajności.

Premiowanie poprawy wyników w zakresie wydajności powinno jednak być proporcjonalne i mieścić się w rozsądnych granicach, biorąc pod uwagę trudności w realizacji celów w zakresie wydajności. Spełnienie tego warunku można na przykład zapewnić poprzez zrównoważony podział wszelkich korzyści związanych z poprawą wyników w zakresie wydajności między podmiotem świadczącym usługi publiczne, organami publicznymi lub użytkownikami. W każdym przypadku należy ustanowić mechanizm zapewniający, że przedsiębiorstwo nie będzie mogło zachować dla siebie wyższych niż oczekiwane korzyści związanych ze zwiększeniem wydajności. Ponadto parametry takich systemów premiowania poprawy wyników w zakresie wydajności muszą zostać w pełni i szczegółowo określone w umowie o świadczenie usług publicznych.

Premiowanie świadczenia usług publicznych w bardziej wydajny sposób nie powinno jednak stanowić przeszkody w świadczeniu usług wysokiej jakości. W kontekście rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 wydajność należy rozumieć jako związek między jakością lub poziomem usług publicznych a zasobami wykorzystywanymi do świadczenia tych usług. Sposób premiowania poprawy wyników w zakresie wydajności powinien zatem koncentrować się zarówno na ograniczaniu kosztów, jak i na podnoszeniu jakości lub poziomu usługi.

#### 2.4.6. Artykuł 6 ust. 1. Okoliczności prowadzące do kontroli ze strony Komisji w celu ustalenia, czy system rekompensat jest zgodny z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007

Rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych wypłacana zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 jest zwolniona z określonego w art. 108 ust. 3 TFUE wymogu zgłaszania pomocy państwa przed jej udzieleniem. Państwo członkowskie może się jednak zwrócić do Komisji o ocenę systemu rekompensat przez wzgląd na pewność prawa, jeżeli istnieją wątpliwości, czy system ten jest zgodny z rozporządzeniem. Komisja może również dokonać oceny systemu rekompensat na podstawie skargi lub w ramach kontroli z urzędu, jeżeli dotrą do niej informacje potwierdzające niezgodność tego systemu z przepisami dotyczącymi rekompensat ustanowionymi w rozporządzeniu.

#### 2.4.7. Artykuł 6 ust. 1. Różnice między kontrolą *ex ante* i *ex post* przeprowadzaną przez Komisję w odniesieniu do systemów rekompensat

Główna różnica między przeprowadzanymi przez Komisję kontrolami *ex ante* i *ex post* w odniesieniu do systemów rekompensat wiąże się z momentem, w którym Komisja ocenia taki system, a nie wykorzystywaną w tych kontrolach metodą służącą ustaleniu, czy przyznano nadmierną rekompensatę.

Oceniając *ex ante*, czy system rekompensat zapobiega przyznawaniu nadmiernych rekompensat, na przykład w wyniku zgłoszenia, Komisja bada między innymi poszczególne parametry rekompensaty. W szczególności zwraca ona uwagę na kategorie kosztów uwzględnianych przy obliczaniu rekompensaty, jak również na proponowany poziom rozsądnego zysku. Ponadto Komisja ocenia, czy zapewniono wprowadzenie odpowiedniego mechanizmu gwarantującego, że w przypadku, gdy przychody z tytułu świadczenia usług publicznych w okresie obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych są wyższe niż przewidywano, podmiot świadczący te usługi nie ma prawa zatrzymywać nadmiernej rekompensaty, wykraczającej poza rzeczywiste koszty netto, rozsądną marżę zysku czy jakiegokolwiek przewidziane w umowie premie przyznawane za poprawę wyników w zakresie wydajności.

Umowa o świadczenie usług publicznych musi zasadniczo także zawierać ustalenia przewidujące regularne kontrole w trakcie okresu jej obowiązywania w celu wykrywania na wczesnym etapie sytuacji mogących prowadzić do przyznania nadmiernej rekompensaty oraz zapobiegania im, w szczególności w przypadku umów długoterminowych. Właściwe organy są zobowiązane do sprawdzenia przestrzegania warunków umowy o świadczenie usług publicznych w trakcie całego okresu jej obowiązywania. Opracowanie odpowiednich narzędzi informatycznych może pomóc w przeprowadzaniu tych kontroli w znormalizowany sposób. Nadmierny poziom rekompensaty należy oceniać odrębnie dla każdej umowy o świadczenie usług publicznych, aby uniknąć uśrednienia nadmiernych zysków z jednego rodzaju usług publicznych poprzez ich łączenie z wynikami uzyskanymi z szeregu innych umów tego rodzaju.

W przypadku kontroli *ex post*, oceny tego, czy wysokość otrzymanej rekompensaty przewyższa wynik finansowy netto z tytułu usługi publicznej określony w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, można dokonać w oparciu o dane na temat rzeczywistych przychodów finansowych i kosztów, ponieważ systemy rekompensat zostały już wdrożone. Metoda kontroli nie ulega jednak zmianie: wysokość rekompensaty nie powinna przewyższać wysokości rekompensaty przysługującej przedsiębiorstwu na podstawie parametrów określonych z góry w umowie, nawet jeśli kwota ta nie wystarcza na pokrycie rzeczywistych kosztów netto.

#### *2.4.8. Artykuł 1 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1. Zapewnienie wypłacania przez właściwe organy podmiotom świadczącym usługi publiczne „odpowiedniej” rekompensaty za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych*

Zgodnie z art. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 „celem niniejszego rozporządzenia jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa wspólnotowego, właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych. W tym celu niniejsze rozporządzenie określa warunki, na podstawie których właściwe organy, nakładając zobowiązania do świadczenia usług publicznych lub zawierając umowy dotyczące wykonywania tych zobowiązań, rekompensują podmiotom świadczącym usługi publiczne poniesione koszty lub przyznają wyłączne prawa w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia wspomnianych usług”. Ponadto zgodnie z pkt 7 załącznika do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 „metoda rekompensowania musi promować utrzymanie lub rozwój [...] usług transportu pasażerskiego odpowiednio wysokiej jakości”.

Oznacza to, że przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 mają na celu nie tylko zapobieganie wszelkim ewentualnym nadmiernym rekompensatom za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, lecz również zapewnienie finansowej stabilności oferowanych usług publicznych określonych w stosownej umowie, aby osiągnąć i utrzymać wysoki poziom jakości tych usług. Za realizację zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych powinna przysługiwać zatem odpowiednia rekompensata, aby w trakcie realizacji umowy o świadczenie usług publicznych środki własne podmiotu świadczącego te usługi nie uległy uszczupleniu w długoterminowej perspektywie, uniemożliwiając mu skuteczną realizację jego zobowiązań wynikających z umowy oraz utrzymanie świadczenia przewozów pasażerskich o wysokim standardzie, zgodnie z pkt 7 załącznika do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Niezależnie od sytuacji, nie wypłacając odpowiedniej rekompensaty, właściwy organ może doprowadzić do tego, że zmniejszeniu ulegnie liczba ofert składanych w odpowiedzi na zaproszenie do udziału w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych, podmiot świadczący usługi stanie w obliczu poważnych trudności finansowych w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi publiczne lub pogorszeniu ulegnie ogólny poziom i jakość usług publicznych świadczonych w okresie obowiązywania umowy.

## **2.5. Publikacja i przejrzystość**

Wytyczne interpretacyjne zawarte w niniejszym rozdziale dotyczą ciężącego na właściwych organach obowiązku publikacji rocznych sprawozdań na temat wchodzących w zakres ich odpowiedzialności umów o świadczenie usług publicznych, jak również obowiązku zapewnienia przez te organy przejrzystości w odniesieniu do udzielania zamówień prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych, zarówno przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia, jak i po jej zakończeniu.

#### *2.5.1. Artykuł 7 ust. 1. Obowiązki z zakresu publikacji spoczywające na właściwych organach w odniesieniu do ich rocznych sprawozdań na temat umów o świadczenie usług publicznych, za które są odpowiedzialne*

W art. 7 ust. 1 ustanowiono wymóg, by każdy właściwy organ publikował raz w roku sprawozdanie zbiorcze na temat zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, za które jest odpowiedzialny, wybranych podmiotów świadczących usługi publiczne, jak również rekompensat i wyłącznych praw, które wspomniane podmioty świadczące usługi publiczne otrzymują w zamian. Sprawozdanie to wprowadza rozróżnienie między transportem autobusowym i transportem szynowym, pozwala na monitorowanie i ocenę wyników funkcjonowania, jakości i finansowania sieci transportu publicznego oraz, w stosownych przypadkach, informuje o rodzaju i zakresie wszelkich udzielonych praw wyłącznych.

W interpretacji Komisji termin „sprawozdanie zbiorcze” oznacza, że właściwy organ powinien opublikować szczegółowe sprawozdanie na temat wszystkich zamówień, które doprowadziły do zawarcia przez niego umów o świadczenie usług publicznych, podając osobno dane na temat każdej z tych umów. Sprawozdanie to powinno więc obejmować, oprócz kwot ogółem, informacje odnoszące się do poszczególnych umów, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony uzasadnionych interesów handlowych podmiotów będących stronami tych umów.

Podmioty świadczące usługi transportu publicznego muszą dostarczyć właściwemu organowi wszelkich informacji i danych, by umożliwić mu wypełnienie obowiązków z zakresu publikacji.

Aby osiągnąć cel przyświecający temu przepisowi, a mianowicie umożliwić monitorowanie i ocenę sieci transportu publicznego w konstruktywny sposób, co pozwoli na przeprowadzenie porównań z innymi sieciami transportu publicznego w przejrzysty i ustrukturyzowany sposób, Komisja zachęca państwa członkowskie i ich organy do dobrowolnego zapewniania łatwego dostępu do tych informacji oraz umożliwiania dokonywania użytecznych porównań. Ułatwienia te mogą na przykład polegać na publikacji informacji na centralnej stronie internetowej, np. stronie internetowej stowarzyszenia właściwych organów lub stronie internetowej ministerstwa transportu. Informacje i dane powinny być ponadto przygotowywane w metodycznie spójny sposób i prezentowane w powszechnych jednostkach miary.

#### 2.5.2. Artykuł 7 ust. 2 i 3. *Możliwości realizacji przez właściwe organy ich obowiązków z zakresu publikacji informacji na temat umów o świadczenie usług publicznych na podstawie art. 7 ust. 2 i 3*

Na właściwych organach spoczywają na podstawie art. 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 określone obowiązki dotyczące publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* informacji o planowanym udzieleniu zamówienia na usługi publiczne (i o zawartych w wyniku takiego zamówienia umowach o świadczenie tych usług).

Zgodnie z art. 7 ust. 2 najpóźniej rok przed publikacją zaproszenia do składania ofert lub bezpośrednim udzieleniem zamówienia na usługi publiczne właściwe organy publikują w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* określone informacje na temat planowanego zamówienia.

Artykuł 7 ust. 3 stanowi, że w okresie jednego roku od bezpośredniego udzielenia zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego właściwy organ publikuje określone informacje na temat udzielonego zamówienia.

Służby Komisji opracowały wzory formularzy i procedury umożliwiające właściwym organom spełnienie tych wymogów w zakresie publikacji. Dzięki możliwości ponownego wykorzystania danych wspomniane formularze i procedura publikacji powinny również umożliwić właściwym organom – jeśli się na to zdecydują – wykorzystanie efektu synergii przy okazji publikacji ogłoszenia o procedurze przetargowej dotyczącej usług zgodnie z art. 5 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Formularze opracowano tak, aby spełnić następujące wymagania:

- umożliwienie organom łatwego dostępu do aplikacji internetowej, ułatwienie poruszania się po aplikacji internetowej oraz zapewnienie zrozumiałości i jasności odpowiednich informacji;
- dokonanie wyraźnego rozróżnienia między wymogami w zakresie publikacji na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 a odnośnymi wymogami na podstawie dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE;
- pozyskanie informacji, których poziom szczegółowości nie jest postrzegany jako uciążliwy i dzięki temu może zostać zaakceptowany przez organy;
- zadbanie o przydatność publikowanych informacji do opracowywania użytecznych danych statystycznych dotyczących procedury udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, a w konsekwencji danych statystycznych dotyczących skutecznego wykonania rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

W 2013 r. Urząd Publikacji udostępnił procedurę publikacji internetowej w systemie „eNotices” <sup>(1)</sup>. Procedura ta opiera się na wykorzystaniu wspomnianych wzorów formularzy w celu publikacji stosownych informacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, zgodnie z art. 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Publikacja informacji dotyczących przyznaných bezpośrednio zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego zgodnie z art. 7 ust. 3 w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ma charakter dobrowolny.

<sup>(1)</sup> <http://simap.europa.eu/enotices/changeLanguage.do?language=PL>

**2.5.3. Artykuł 7 ust. 4. Prawo zainteresowanych stron do wystąpienia o udzielenie informacji na temat zamówień na usługi publiczne, które mają być udzielone bezpośrednio, przed faktyczną datą przyznania zamówienia**

Zgodnie z art. 7 ust. 4 na wniosek zainteresowanej strony właściwy organ przekazuje jej uzasadnienie decyzji o bezpośrednim udzieleniu zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych. W motywie 30 stwierdzono, że „zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielane bezpośrednio powinny podlegać wymogowi zwiększonej przejrzystości”. Zdanie to należy odczytywać w związku z motywem 29, z którego wynika konieczność publikacji informacji o zamiarze udzielenia zamówienia prowadzącego do zawarcia odnośnej umowy w celu umożliwienia potencjalnym podmiotom świadczącym usługi publiczne odpowiedniej odpowiedzi na to ogłoszenie. Właściwy organ musi określić zamiar bezpośredniego udzielenia zamówienia na rok przed jego udzieleniem, ponieważ informacja ta musi zostać opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* (art. 7 ust. 2, w szczególności lit. b)). W ten sposób zainteresowane strony otrzymują możliwość sformułowania pytań na długo przed udzieleniem zamówienia, które nastąpi najwcześniej w rok po publikacji. W celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej informacji będącej przedmiotem wniosku, o którym mowa w art. 7 ust. 4, powinny zostać dostarczone bez zbędnej zwłoki.

Zapewnienie większej przejrzystości zamówień odnosi się z definicji również do postępowania o udzielenie zamówienia. Wymóg zapewnienia większej przejrzystości przewidziany w motywie 30 oznacza zatem nie tylko konieczność zapewnienia przejrzystości po udzieleniu zamówienia, ale dotyczy również postępowania przed faktycznym udzieleniem zamówienia danemu podmiotowi świadczącemu usługi transportu publicznego.

## 2.6. Przepisy przejściowe

Niniejszy rozdział zawiera wytyczne interpretacyjne dotyczące niektórych aspektów przepisów w zakresie uzgodnień przejściowych w odniesieniu do zamówień udzielonych przed wejściem w życie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 oraz podczas okresu przejściowego od 2009 r. do grudnia 2019 r.

**2.6.1. Artykuł 8 ust. 2. Zakres stosowania okresu przejściowego, który rozpoczął się w dniu 3 grudnia 2009 r. i będzie trwał 10 lat**

Zgodnie z art. 8 ust. 2, bez uszczerbku dla ust. 3 tego artykułu, „zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego i drogowego powinny być udzielane zgodnie z art. 5 od dnia 3 grudnia 2019 r.”. W okresie przejściowym państwa członkowskie podejmują środki mające na celu stopniowe dostosowanie się do przepisów art. 5 w celu uniknięcia poważnych problemów strukturalnych, zwłaszcza związanych ze zdolnością przewozową.

Przepis art. 8 ust. 2 odnosi się do całego art. 5. Komisja jest jednak zdania, że w tym kontekście odniesienie to ma zastosowanie wyłącznie do art. 5 ust. 3 dotyczącego obowiązku stosowania otwartych, przejrzystych, niedyskryminujących i sprawiedliwych procedur przy udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. Jak stwierdzono w motywie 31, celem przepisów przejściowych jest danie właściwym organom i podmiotom świadczącym usługi publiczne wystarczającej ilości czasu na dostosowanie się do przepisów rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Nałożony na państwa członkowskie obowiązek stopniowego osiągnięcia zgodności z przepisami art. 5 należy uznać za racjonalny tylko wówczas, gdy dotyczy obowiązku stosowania otwartych, przejrzystych, niedyskryminujących i sprawiedliwych procedur przy udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. Pozbawione sensu byłoby „stopniowe” stosowanie przez państwa członkowskie pojęcia „podmiotu wewnętrznego” czy też wyjątków określonych w art. 5 ust. 4, 5 i 6 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, które wprowadzają mniej rygorystyczne przepisy niż ogólne postanowienia Traktatu i odnośne orzecznictwo. Nie wydaje się również logiczne, by prawodawca chciał odroczyć termin rozpoczęcia pełnego stosowania art. 5 ust. 7 dotyczącego gwarancji proceduralnych i kontroli sądowej do dnia 3 grudnia 2019 r.

**2.6.2. Artykuł 8 ust. 2. Obowiązki państw członkowskich podczas okresu przejściowego do dnia 2 grudnia 2019 r.**

Zgodnie z art. 8 ust. 2 w okresie sześciu miesięcy od upływu pierwszej połowy okresu przejściowego (do dnia 3 maja 2015 r.) „państwa członkowskie przekazują Komisji sprawozdanie z postępów, ze szczególnym uwzględnieniem wdrażania stopniowego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych zgodnie z art. 5”. Z przepisu tego wyraźnie wynika, że państwa członkowskie nie mogą czekać do dnia 2 grudnia 2019 r. z podjęciem działań zmierzających do uzyskania zgodności z zasadami ogólnymi mającymi na celu zapewnienie stosowania przy udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych procedur przetargowych, które są otwarte dla każdego podmiotu oraz przeprowadzane w sposób sprawiedliwy, przejrzysty i niedyskryminujący. Państwa członkowskie powinny podjąć odpowiednie działania w celu stopniowego osiągnięcia pełnej zgodności z tym wymogiem w okresie przejściowym, aby uniknąć sytuacji, w której dostępna zdolność przewozowa na rynku usług transportu publicznego nie pozwoli w zadowalającym zakresie podmiotom świadczącym usługi transportowe na udział w postępowaniach przetargowych ogłaszanych pod koniec okresu przejściowego.

2.6.3. *Artykuł 8 ust. 3. Znaczenie sformułowania „czas określony porównywalny z okresami obowiązywania określonymi w art. 4”*

Zgodnie z art. 8 ust. 3 lit. d) zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielone „po dniu 26 lipca 2000 r., a przed dniem 3 grudnia 2009 r. na podstawie procedury innej niż procedura przetargowa zapewniająca uczciwą konkurencję [...] mogą obowiązywać aż do ich wygaśnięcia, o ile zawarte są na czas określony porównywalny z okresami obowiązywania określonymi w art. 4”.

Komisja reprezentuje pogląd, że sformułowanie „porównywalny z okresami obowiązywania określonymi w art. 4” należy interpretować w sposób zawężający, aby zapewnić podejmowanie przez państwa członkowskie działań prowadzących do osiągnięcia celów rozporządzenia, począwszy od daty jego wejścia w życie w dniu 3 grudnia 2009 r. Zdaniem Komisji logika nakazuje uznać, że okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych powinien być zbliżony do okresów wskazanych w art. 4.

---