



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 14 września 2023 r.¹

Sprawa C-421/22

**SIA Dobeles autobusu parks,
AS CATA,
SIA VTU Valmiera,
SIA Jelgavas autobusu parks,
SIA Jēkabpils autobusu parks
przy udziale:
Iepirkumu uzraudzības birojs,
VSIA Autotransporta direkcija**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Augstākā tiesa (Senāts)
(sąd najwyższy, Łotwa)]

Odesłanie prejudycjalne – Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 – Usługa publiczna w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego – Umowa na czas określony dziesięciu lat – Obowiązek świadczenia usług publicznych – Parametry rekompensaty – Konkurencyjna procedura przetargowa

1. W sporze stanowiącym podstawę wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym kilku przedsiębiorców zaskarżyło specyfikację istotnych warunków zamówienia w ramach przetargu otwartego na zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego. Specyfikacja ta zdaniem przedsiębiorców nie zabezpiecza ich w należyty sposób przed możliwym wzrostem określonych kosztów (paliwa, wynagrodzeń i składek na ubezpieczenie społeczne) w okresie dziesięciu lat obowiązywania umowy.
2. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy rozporządzenie (WE) nr 1370/2007² dopuszcza istnienie „systemu rekompensat”, w ramach którego właściwy organ nie dokonuje okresowej indeksacji ceny umownej w oparciu o wzrost kosztów związanych ze świadczeniem usługi, na który oferent nie ma wpływu.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. 2007, L 315, s. 1). Wersją obecnie obowiązującą, mającą zastosowanie w niniejszej sprawie, jest wersja zmieniona rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z dnia 14 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego (Dz.U. 2016, L 354, s. 22).

3. Trybunał wypowiedział się w przedmiocie rekompensat za wykonywanie zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych w sektorze transportu³, lecz nie odniósł się w sposób wyraźny do rozpatrywanego obecnie zagadnienia.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Rozporządzenie nr 1370/2007

4. Znaczenie w niniejszej sprawie mają motywy 27 i 34.

5. Zgodnie z art. 1 („Cel i zakres stosowania”) ust. 1:

„1. 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”.

6. W art. 2a („Specyfikacje zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych”) ust. 2 wskazano:

„Specyfikacje zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i odnośne rekompensaty związane z wynikiem finansowym netto realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych muszą prowadzić do:

- a) osiągnięcia celów polityki transportu publicznego w sposób efektywny kosztowo; oraz
- b) stabilności finansowej świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, zgodnie z wymogami określonymi w polityce transportu publicznego w perspektywie długoterminowej”.

7. Zgodnie z art. 3 („Umowy o świadczenie usług publicznych oraz zasady ogólne”) ust. 1:

„W przypadku gdy właściwy organ podejmuje decyzję o przyznaniu wybranemu podmiotowi wyłącznego prawa lub rekompensaty, niezależnie od ich charakteru, w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, następuje to w ramach umowy o świadczenie usług publicznych”.

³ Ostatnio w wyroku z dnia 8 września 2022 r., AS Lux Express Estonia (C-614/20, EU:C:2022:641). W odniesieniu do wcześniej obowiązującego rozporządzenia 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 (Dz.U. 1969, L 156, s. 1) zob. wyroki: z dnia 27 listopada 1973 r., *Nederlandse Spoorwegen* (36/73, EU:C:1973:130), w sprawie transportu kolejowego; z dnia 24 lipca 2003 r., *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, EU:C:2003:415, zwany dalej „wyrokiem Altmark”); z dnia 7 maja 2009 r., *Antrop i in.* (C-504/07, EU:C:2009:290); z dnia 3 kwietnia 2014 r., *CTP* (od C-516/12 do C-518/12, EU:C:2014:220), w sprawie transportu autobusowego.

8. Artykuł 4 („Obowiązkowa treść umów o świadczenie usług publicznych oraz zasad ogólnych”) ust. 1 stanowi:

„Umowy o świadczenie usług publicznych oraz zasady ogólne:

- a) jasno określają zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych określone w niniejszym rozporządzeniu i wyszczególnione zgodnie z jego art. 2a, które ma wypełniać podmiot świadczący usługi publiczne, a także obszary geograficzne, których te zobowiązania dotyczą;
- b) określają uprzednio, w sposób obiektywny i przejrzysty:
 - (i) parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty; oraz
 - (ii) charakter i zakres wszelkich przyznanych praw wyłącznych, w sposób zapobiegający nadmiernemu poziomowi rekompensaty.

[...]”.

9. Stosownie do art. 6 („Rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych”) ust. 1:

„Każda rekompensata wynikająca z zasady ogólnej lub z umowy o świadczenie usług publicznych musi być zgodna z art. 4 [...]”.

B. Prawo krajowe

10. Zastosowanie w sprawie mają art. 10 ust. 1 i 3 oraz art. 11 ust. 1 Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums⁴, a także art. 2 ust. 1 i art. 56 Ministru kabineta 2015. gada 28. jūlija noteikumi Nr. 435 „Kārtība, kādā nosaka un kompensē ar sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanu saistītos zaudējumus un izdevumus un nosaka sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifu”⁵.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

11. Valsts SIA Autotransporta direkcija (zwana dalej „instytucją zamawiającą”) ogłosiła przetarg otwarty „w celu udzielenia koncesji na świadczenie usług publicznego transportu autobusowego w sieci tras o znaczeniu regionalnym”. Przewidziano w nim zawarcie z podmiotami świadczącymi usługi transportu publicznego umów o świadczenie usług publicznych na okres dziesięciu lat⁶.

⁴ Ustawa o usługach transportu publicznego.

⁵ Dekret rady ministrów nr 435 z dnia 28 lipca 2015 r. w sprawie postępowania w przedmiocie ustalania i rekompensowania strat i wydatków związanych ze świadczeniem usług transportu publicznego oraz ustalania cen tych usług.

⁶ Ogłoszenie o przetargu otrzymało numer referencyjny AD 2019/7. Postępowanie 2019/S 138-340153 zostało opublikowane w dodatku do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U. 2019, S 138, s. 1).

12. SIA Dobeles autobusu parks (zwana dalej „Dobeles”) oraz inni przedsiębiorcy⁷ zaskarżyli specyfikację istotnych warunków zamówienia, podnosząc, że przewiduje ona niezgodny z prawem mechanizm rekompensat z tytułu świadczenia usług transportu publicznego⁸. W szczególności twierdzili oni, że:

- oferta składana przez oferentów musi przewidywać cenę oferowanej usługi na okres kolejnych dziesięciu lat, przy czym (przyszła) umowa nie może zawierać odpowiedniej procedury zmiany tej ceny;
- jedyny zakładany sposób zmiany cen przewiduje indeksację, którą uważają za niewystarczającą: obejmuje ona jedynie trzy elementy (paliwo, wynagrodzenie za pracę oraz obowiązkowe krajowe składki na ubezpieczenie społeczne w przypadku zmian ustawowych), o ile osiągają one wahania przekraczające 5 % (paliwo) lub 8 % (koszty wynagrodzeń). Jeśli wzrost tych kosztów nie przekracza wskazanych progów, musi zostać pokryty przez podmiot świadczący usługę;
- indeksacja nie obejmuje pierwszych czterech lat świadczenia usług i nie przewidziano możliwości uzyskania rekompensaty z tytułu wzrostu kosztów w okresie ostatnich trzech lat świadczenia usługi.

13. W dniu 11 listopada 2019 r. Iepirkumu uzraudzības biroja Iesniegumu izskatīšanas komisija (komisja ds. skarg urzędu nadzoru nad zamówieniami publicznymi, Łotwa) oddaliła odwołania wniesione przez skarżących.

14. Wszyscy skarżący wnieśli skargi sędowo-administracyjne do Administratīvā rajona tiesa (rejonowego sądu administracyjnego, Łotwa), które zostały oddalone w wyroku z dnia 29 maja 2019 r. Zdaniem tego sądu zgodnie z rozporządzeniem nr 1370/2007 i wytycznymi Komisji w zakresie jego wykładni⁹ państwo nie jest zobowiązane do pełnego pokrycia wszystkich kosztów podmiotów świadczących usługi transportu publicznego.

15. Kilku skarżących wniosło skargi kasacyjne od tego wyroku do Augstākā tiesa (Senāts) (sądu najwyższego, Łotwa), powołując się zasadniczo na te same argumenty, które zostały już przedstawione we wcześniejszym postępowaniu administracyjnym i sędowym.

16. Sąd ten, uwzględniając argumenty stron sporu, zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 1 ust. [1] akapit drugi, art. 2a ust. 2 i art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 [...] dopuszczają istnienie systemu rekompensat, który nie nakłada na właściwy organ zobowiązania do wypłaty pełnej rekompensaty na rzecz podmiotu świadczącego usługi transportu publicznego poprzez okresową indeksację ceny umownej (kwoty rekompensaty) każdego wzrostu kosztów związanych ze świadczeniem usługi, na który usługodawca nie ma wpływu i który w związku z tym nie eliminuje całkowicie ryzyka poniesienia przez usługodawcę strat, które nie mogą zostać zrekompensowane?”.

⁷ AS CATA, SIA VTU Valmiera, SIA Jelgavas autobusu parks i SIA Jēkabpils autobusu parks (zwane dalej, wraz z Dobeles, „skarżącymi”).

⁸ Instytucja zamawiająca wyjaśniła na rozprawie, że na przychód podmiotu świadczącego usługę składają się dwie pozycje: a) kwota zapłacona przez pasażerów przy zakupie biletu oraz b) rekompensata finansowa należna od państwa, odpowiadająca różnicy między ceną usługi zaproponowaną przez oferenta w jego ofercie a kwotą uzyskaną ze sprzedaży biletów pasażerom.

⁹ Komunikat Komisji w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego [(Dz.U. 2014, C 92, s. 1), zwany dalej „wytycznymi Komisji”]. Wytyczne te nie mają charakteru normatywnego.

III. Postępowanie przed Trybunałem

17. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 22 czerwca 2022 r.

18. Uwagi na piśmie przedstawili skarżący, rządy cypryjski i łotewski, jak również Komisja Europejska.

19. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 8 czerwca 2023 r., stawili się Dobeles, instytucja zamawiająca, rządy cypryjski i łotewski oraz Komisja.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

1. Uregulowanie mające zastosowanie

20. Sąd odsyłający stoi na stanowisku, że rozporządzenie nr 1370/2007 ma zastosowanie w postępowaniu głównym, oraz zmierza do uzyskania wykładni trzech jego przepisów:

- art. 1 ust. 1 akapit drugi, zgodnie z którym rozporządzenie to „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”;
- art. 2a ust. 2, w którym określono cele „[s]pecyfikacj[i] zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i odnośne rekompensaty związane z wynikiem finansowym netto realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych”;
- art. 3 ust. 2, który odnosi się do zobowiązań taryfowych określonych na podstawie zasad ogólnych „niezależnie od prawa właściwych organów do włączenia zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych polegającego na określeniu maksymalnych taryf do umów o świadczenie usług publicznych”¹⁰.

21. Zastosowanie rozporządzenia nr 1370/2007 będzie jednak uzależnione od charakteru umowy, której specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest przedmiotem sporu. Rozporządzenie to:

- odnosząc się do usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego, przewiduje sposoby interwencji w ogólnych systemach zamówień publicznych, takich jak regulowane przez dyrektywę 2014/24/UE¹¹ lub dyrektywę 2014/25/UE¹²;

¹⁰ W rzeczywistości, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

– zawiera szczególne zasady, których celem jest albo zastąpienie, albo uzupełnienie ogólnych zasad z dyrektywy 2014/24 lub dyrektywy 2014/25, w zależności od tego, czy mająca zastosowanie dyrektywa przewiduje zasady w dziedzinie regulowanej przez to rozporządzenie¹³.

22. Zgodnie z art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są co do zasady udzielane zgodnie z zasadami określonymi w tym rozporządzeniu.

23. Jednakże zamówienia na usługi lub zamówienia na usługi publiczne, o których mowa w dyrektywach 2014/24 i 2014/25, w odniesieniu do *usług publicznych w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego* są udzielane zgodnie z procedurami określonymi w tych dyrektywach, o ile zamówienia takie nie są udzielane w formie koncesji na usługi.

2. Zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych oraz charakter umowy

24. Wobec braku jasności w tej szczegółowej kwestii charakter spornej umowy omówiono na rozprawie. Dobeles, instytucja zamawiająca i rząd łotewski zgodziły się, że mamy do czynienia z umową o świadczenie usług publicznych, w ramach której jedynie oferent ponosi określone ryzyka, a nie z umową o udzielenie koncesji¹⁴.

25. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy to stanowisko jest prawidłowe. Czyniąc to, będzie on musiał w szczególności uwzględnić przeniesienie ryzyka związanego ze świadczeniem usług będących przedmiotem umowy.

26. Wszystkie strony zgadzają się również co do istnienia rzeczywistego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, którego wykonaniu ma służyć sporna umowa.

27. Po wyeliminowaniu tych wątpliwości skoncentruję się w swojej analizie na ramach prawnych przewidzianych w rozporządzeniu nr 1370/2007.

B. Rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych, świadczenie wzajemne wobec zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych

28. Rozporządzenie nr 1370/2007 definiuje „zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych” jako „wymóg określony lub ustalony przez właściwy organ, w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej w zakresie pasażerskiego transportu publicznego, 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”¹⁵.

¹³ Wyrok z dnia 20 września 2018 r., Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, pkt 49).

¹⁴ Instytucja zamawiająca potwierdziła, że dekret rady ministrów nr 435 z dnia 28 lipca 2015 r., który ma tu zastosowanie, różni się od tego, który został przeanalizowany przez Trybunał w wyroku z dnia 10 listopada 2011 r., Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), w celu wykluczenia zakwalifikowania spornej wówczas umowy jako „koncesji”. W przywołanej sprawie wybrany oferent nie ponosił całości lub przynajmniej znacznej części ryzyka operacyjnego.

¹⁵ Artykuł 2 lit. e) rozporządzenia nr 1370/2007.

29. Wyjaśniłem już w innym miejscu¹⁶, że rozporządzenie nr 1370/2007 wiąże świadczenie wzajemne z wykonywaniem zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, które stanowią obciążenie dla zainteresowanych przedsiębiorstw. Owo świadczenie wzajemne przybiera formę rekompensaty lub przyznania wyłącznego prawa¹⁷.

30. Pojęcie „rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych” wiąże korzyść, zwłaszcza finansową, z wykonywaniem zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, co obejmuje świadczenie usług pozbawionych charakteru handlowego.

31. Stanowi to gwarancję, że zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, gdy stanowią obciążenie, nie są wykonywane ze szkodą ekonomiczną dla podmiotów, które są zobowiązane do ich realizacji, a wreszcie ze szkodą dla samego świadczenia usługi. W takich przypadkach rekompensaty stanowiące świadczenie wzajemne wobec zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych „[...] muszą [...] być przyznane po to, by zapewnić świadczenie usług stanowiących usługi użyteczności publicznej w rozumieniu traktatu”¹⁸.

32. Rozporządzenie nr 1370/2007 nie przewiduje wreszcie, aby koszty wynikające z zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych były ponoszone wyłącznie przez podmioty świadczące usługi transportowe: w takim przypadku jest prawdopodobne, że żaden z nich nie zgodziłby się na świadczenie usługi, która sama w sobie pozbawiona jest charakteru handlowego.

1. Kwota rekompensaty

33. Przy obliczaniu rekompensaty (lub ustanawianiu mechanizmów i parametrów w tym celu)¹⁹ właściwy organ powinien dążyć zarówno do „osiągnięcia celów polityki transportu publicznego w sposób efektywny kosztowo”²⁰, jak i „stabilności finansowej świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, zgodnie z wymogami określonymi w polityce transportu publicznego w perspektywie długoterminowej”²¹.

34. Rozporządzenie nr 1370/2007 nie wymaga, aby rekompensata w pełni pokrywała koszt netto zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych. Poprzez odesłanie do wyroku Altmark poczynione w motywie 34 tego rozporządzenia przypomina ono, że – w celu wykluczenia, żeby rekompensaty związane ze świadczeniem usług publicznych nie stanowiły korzyści w rozumieniu art. 92 ust. 1 traktatu WE (obecnie art. 107 ust. 1) – owa rekompensata „nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia usług publicznych”²².

¹⁶ Opinia w sprawie Lux Express Estonia (C-614/20, EU:C:2022:180, pkt 38).

¹⁷ Artykuł 2 lit. f) rozporządzenia nr 1370/2007 definiuje je 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”.

¹⁸ Motyw 34 rozporządzenia nr 1370/2007.

¹⁹ Rozporządzenie nr 1370/2007 nie wskazuje żadnego systemu obliczania rekompensaty. W niniejszym sporze dyskusja dotyczy indeksacji cen, lecz jest to tylko jeden z możliwych modeli obliczania rekompensaty oraz ostatecznie przeciwdziałania ewentualnym negatywnym skutkom, jakie wykonywanie zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych może mieć dla wybranego oferenta.

²⁰ Artykuł 2a ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1370/2007. Zgodnie z załącznikiem rekompensata powinna być kształtowana w taki sposób, aby promować skuteczne zarządzanie usługą. Wskazówkę tę można rozumieć jako konkretny wyraz celu służącego efektywności.

²¹ Artykuł 2a ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007. Jaśniejsze sformułowanie zawiera motyw 11 rozporządzenia 2016/2338.

²² Wyrok Altmark, pkt 92 i sentencja.

35. W tym samym duchu art. 4 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1370/2007 wprowadza wymóg określenia, zarówno w umowach o świadczenie usług publicznych, jak i w zasadach ogólnych, warunków podziału kosztów związanych ze świadczeniem usługi. Wymóg ten zakłada, że właściwy organ nie ma obowiązku rekompensowania *wszystkich* kosztów ponoszonych przez podmiot świadczący usługę w wyniku przyjęcia zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej.

36. Otrzymanie jedynie częściowej rekompensaty kosztów związanych z zobowiązaniem z tytułu świadczenia usługi publicznej stanowi ryzyko dla podmiotu świadczącego usługę. W przypadku gdy taka rekompensata jest związana z zasadą ogólną lub zamówieniem udzielonym bezpośrednio, właściwy organ musi wziąć ją pod uwagę przy obliczaniu rozsądnego zysku związanego z wykonywaniem zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej²³.

37. Ponadto rekompensata związana z zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych w sektorze transportu lądowego nie powinna być *nadmierna*. Zapobieganie nadmiernej rekompensacie ma podwójną rację bytu: z jednej strony pozwala uniknąć dotacji, które stanowiłyby pomoc państwa; z drugiej strony prowadzi do poprawy jakości i efektywności usługi.

38. Do tego ostatniego celu odnoszą się motyw 27 i pkt 7 załącznika²⁴ oraz, szerzej, przywołany wyżej art. 2a ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1370/2007, wprowadzony rozporządzeniem 2016/2338.

39. Rozporządzenie nr 1370/2007 nie zawiera wskazówek w zakresie sposobu promowania skutecznego zarządzania usługami transportowymi przy wykorzystaniu rekompensat²⁵: właściwe organy dysponują pewnym zakresem swobody²⁶.

40. Komisja przestrzega w swoich wytycznych przed systemami rekompensat, które zapewniają „jedynie pokrycie kosztów rzeczywistych w miarę ich występowania” (to jest następstwo), ponieważ „dostarczają przedsiębiorstwu transportowemu niewielu bodźców do ograniczania kosztów lub zwiększania z biegiem czasu wydajności”²⁷.

41. Z tego punktu widzenia rekompensata w kwocie poniżej kosztów netto zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej może służyć jako bodziec do skutecznego zarządzania przez podmiot świadczący usługi publiczne poprzez zachęcanie go do ograniczenia kosztów, nad którymi sprawuje kontrolę.

²³ W pkt 6 załącznika do rozporządzenia nr 1370/2007 zdefiniowano rozsądny zysk jako „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”.

²⁴ W odniesieniu do zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, których albo się nie zamawia, albo zamawia się je, lecz nie w drodze przetargu. Prawodawca stoi na stanowisku, do którego odniósł się poniżej, że procedura przetargu otwartego w naturalny sposób prowadzi do nienadmiernej rekompensaty.

²⁵ Komunikat Komisji – Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (2011) (Dz.U. 2012, C 8, s. 15), pkt 40 i 41, wskazuje, tytułem przykładu, dwie metody: ustalenie z góry stałego poziomu rekompensaty, który przewiduje i uwzględnia przyrost wydajności, jakiego przedsiębiorstwo może oczekiwać w okresie obowiązywania aktu powierzenia; bądź określenie celów w zakresie wydajności w akcie powierzenia i uzależnienie poziomu rekompensaty od stopnia osiągnięcia wspomnianych celów. Podobne procedury pojawiły się w zmienionym wniosku dotyczącym rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie działań państw członkowskich dotyczących zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych oraz udzielania zamówień publicznych na usługi w zakresie kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej transportu pasażerskiego (przedstawionym przez Komisję na podstawie art. 250 ust. 2 traktatu WE). [COM(2002) 107 wersja ostateczna], załącznik, pkt 6.

²⁶ Organy powinny utrzymywać zachęty na rozsądnym poziomie, unikając sytuacji, w której podmiot świadczący usługę zachowuje nieproporcjonalną przewagę w zakresie wydajności; oraz dbać o to, by takie zachęty nie działały na szkodę wysokiego poziomu jakości usług. Wskazówki te zostały przedstawione w pkt 2.4.5 wytycznych Komisji; wynikałyby one również z systemowej i celowościowej wykładni rozporządzenia nr 1370/2007.

²⁷ Wytyczne Komisji, pkt 2.4.3.

42. W trakcie prac przygotowawczych nad rozporządzeniem 2016/2338 zgłoszono poprawki mające na celu zakazanie „niedoborów [nadmiernie niskiej]” rekompensaty lub rekompensaty „mniejsz[ej] od wartości kwoty koniecznej do pokrycia wyniku finansowego netto uzyskanego jako rezultat kosztów i przychodów, które powstały podczas realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych”²⁸. Poprawki te spotkały się z wyraźnym sprzeciwem Rady jako niezgodne z ogólnym podejściem²⁹, ponieważ przenosiły całość ryzyka na instytucje zamawiające i nie pozwalały na wprowadzanie zachęt mających na celu efektywność zarządzania usługą³⁰.

2. Odpowiednia rekompensata?

43. Rozporządzenie nr 1370/2007 w żadnym ze swoich przepisów nie zawiera sformułowania odnoszącego się dosłownie do „odpowiedniej”, „właściwej” lub „wystarczającej” rekompensaty³¹. Odniesienie do tych pojęć pojawia się w preambule i, pośrednio, w załączniku.

44. W tekście rozporządzenia przyjętym w 2007 r. motyw 27 po przypomnieniu, że rekompensata nie może być nadmierna, wskazuje, że „[w] przypadku gdy właściwe organy planują udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych z pominięciem procedury przetargowej, powinny one również przestrzegać szczegółowych zasad, zapewniających by kwota rekompensaty była odpowiednia [...]”.

45. W treści rozporządzenia można również zauważyć obawę o niedostateczną rekompensatę, chociaż jest ona, jako taka, zawarta jedynie w postaci wzmianki w załączniku w odniesieniu do wpływu, jaki wykonanie zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej może mieć na inną działalność podmiotu lub na obsługiwane przez niego sieci³².

46. Wytyczne Komisji przypominają, że „odpowiednia” rekompensata jest konieczna, aby środki własne podmiotu wykonującego zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych nie uległy uszczupleniu w perspektywie długoterminowej, ponieważ w innym przypadku uniemożliwiłoby mu to skuteczną realizację jego zobowiązań wynikających z umowy oraz utrzymanie świadczenia przewozów pasażerskich o określonym standardzie³³.

²⁸ Projekt rezolucji ustawodawczej Parlamentu Europejskiego z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego [COM(2013) 0028 – C7-0024/2013–2013/0028(COD)], dokument A7-0034/2014 z dnia 16 stycznia 2014 r., poprawki 10 i 40.

²⁹ Odzwierciedlone w dokumencie 12777/15 z dnia 12 października 2015 r. Sekretariatu Generalnego Rady skierowanym do delegacji.

³⁰ Zobacz sprawozdanie Sekretariatu Generalnego Rady dla Coreper, dokument 13146/15 z dnia 4 grudnia 2015 r., wiersz 112; oraz dokument 5159/16, add. 1, z dnia 15 stycznia 2016 r., wiersz 112. Przypominam, że również bezpośredni zakaz „niewystarczającej” rekompensaty, który został zaproponowany w pracach przygotowawczych nad pierwszą wersją rozporządzenia, nie został wprowadzony: przyczyny tego niepowodzenia są różne i niekoniecznie wiążą się z zachętą do wydajności. Zobacz przypis 31.

³¹ Projekt rezolucji ustawodawczej Parlamentu Europejskiego w sprawie wspólnego stanowiska Rady mającego na celu przyjęcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 [13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD)], dokument A6-0131/2007 z dnia 4 kwietnia 2007 r., poprawki 6, 14 i 18, zmienił wspólne stanowisko poprzez wymóg, aby rekompensata nie była ani nadmierna, ani niewystarczająca. Delegacje państw członkowskich były podzielone zarówno co do tego, czy uwzględnić ten wymóg (w szczególności dla niektórych delegacji zapobieganie zaniżaniu rekompensat nie było celem rozporządzenia), jak i co do tego, gdzie i jak to zrobić: zob. sprawozdanie Sekretariatu Generalnego Rady dla Coreper, dokument 7974/07 z dnia 2 kwietnia 2007 r., dotyczące tych poprawek. Ostatecznie nie zostały one włączone do tekstu.

³² Załącznik, pkt 3. Przestrzega się zarówno przed nadmierną rekompensatą, jak i „brakiem rekompensaty” oraz wzywa, aby przy obliczaniu wyniku finansowego netto zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych uwzględnić „wyrażone ilościowo wyniki finansowe dla danych sieci obsługiwanych przez podmiot”.

³³ Wytyczne Komisji, pkt 2.4.8.

47. Komisja dodaje, że niewłaściwa rekompensata wiąże się również z ryzykiem zmniejszenia liczby ofert składanych w postępowaniu przetargowym mającym na celu udzielenie zamówienia publicznego na usługi³⁴.

48. W swoim wniosku dotyczącym zmiany rozporządzenia nr 1370/2007 Komisja wyraźnie podkreśliła konieczność zapewnienia stabilności finansowania transportu publicznego³⁵.

49. Obawa ta jest widoczna w tekście rozporządzenia nr 1370/2007 zmienionym rozporządzeniem 2016/2338. Artykuł 2a ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi, że rekompensata służy między innymi „stabilności finansowej świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, zgodnie z wymogami określonymi w polityce transportu publicznego w perspektywie długoterminowej”.

50. Motyw 11 rozporządzenia 2016/2338 wiąże stabilność finansową z obowiązkiem rekompensowania w „odpowiedni” sposób wykonywania przez podmioty świadczące usługi publiczne zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych.

51. Dokonanie oceny, czy dana rekompensata jest odpowiednia, w znaczeniu wskazanym powyżej, stanowi część kryterium proporcjonalności³⁶, które zgodnie z art. 2a ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 muszą spełnić specyfikacje zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych w zakresie usług transportu pasażerskiego.

52. Rekompensata musi zatem umożliwiać podmiotowi wykonującemu zobowiązanie z tytułu świadczenia usługi publicznej prawidłowe spełnienie świadczenia. Z powodów, które przedstawiłem powyżej, nie oznacza to jednak, że kwota rekompensaty musi być identyczna z kosztem finansowym netto wykonania danego zobowiązania.

3. Koszty (pozycje kosztów) podlegające rekompensacie

53. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 umowy o świadczenie usług publicznych muszą przewidywać zasady podziału kosztów związanych ze świadczeniem usług transportowych³⁷.

54. Do powyższych kosztów w przepisie tym ten zaliczono, w sposób niewyczerpujący, koszty personelu, energii, opłaty za użytkowanie infrastruktury, koszty utrzymania i napraw pojazdów przeznaczonych do transportu publicznego, taboru oraz instalacji niezbędnych do świadczenia usług transportu pasażerskiego, koszty stałe oraz odpowiedni zwrot z kapitału własnego.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych kolejowych przewozów pasażerskich, COM(2013) 28 final, motyw 5 oraz art. 2a ust. 4. Badania i konsultacje, które dotyczyły tego tekstu, koncentrowały się na transporcie kolejowym, który jest również głównym przedmiotem zmiany rozporządzenia nr 1370/2007. Jednakże ze względu na brzmienie wniosku jego zakres w tym względzie ma charakter ogólny.

³⁶ Zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych jako interwencja na rynku musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, tak jak rozumie ją prawo Unii: musi być uzasadnione, odpowiednie do osiągnięcia założonego celu i nie może wykroczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia.

³⁷ Ten sam obowiązek obejmuje *zasady ogólne*, które nie są przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W przedmiocie tego pojęcia zob. przypis 41.

55. Pierwsze wnioski dotyczące rozporządzenia wymagały, aby podmiot świadczący usługę ponosił co najmniej „koszt świadczenia usług będących przedmiotem umowy o świadczenie usług publicznych, w tym w szczególności koszty personelu, energii oraz utrzymania i naprawy pojazdów i taboru”³⁸.

56. Rozporządzenie nr 1370/2007 nie wprowadza natomiast obowiązku przypisania określonych kosztów jednej lub drugiej stronie; nie wymaga zatem rekompensowania określonych kosztów³⁹. Właściwy organ korzysta w tym zakresie z elastyczności⁴⁰.

4. Wniosek częściowy

57. Rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych, w rozumieniu rozporządzenia nr 1370/2007, jest rekompensatą, która ze względu na swoją kwotę nie przysparza korzyści finansowej mogącej być uznana za pomoc państwa. Kwota ta musi również odzwierciedlać równowagę między celem, jakim jest skuteczne zarządzanie usługą transportową, a stabilnością finansową świadczenia tej usługi w perspektywie długoterminowej.

58. Rekompensata niższa niż koszt netto wykonania zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej nie stanowi naruszenia rozporządzenia nr 1370/2007. Przeniesienie ryzyka na usługodawcę nie jest samo w sobie sprzeczne z tym rozporządzeniem.

59. Właściwemu organowi przysługuje szerokie uznanie przy podejmowaniu decyzji, z którymi kosztami wiąże kwotę rekompensaty, a tym samym jakie konkretnie ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę.

C. Rekompensata i konkurencyjne procedury przetargowe

60. Na rozprawie rozważano, jaki wpływ na wysokość rekompensaty może mieć okoliczność, że udzielenie zamówienia zostało poprzedzone konkurencyjną procedurą przetargową (jak miało to miejsce w niniejszej sprawie).

³⁸ Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie działań państw członkowskich dotyczących wymogów świadczenia usług publicznych oraz udzielania zamówień publicznych na usługi w dziedzinie pasażerskiego transportu kolejowego, drogowego i w żegludze śródlądowej [COM(2000) 7 wersja ostateczna], art. 6 lit. b); wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie działań państw członkowskich dotyczących zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i udzielania zamówień publicznych na usługi w dziedzinie pasażerskiego transportu kolejowego, drogowego i żegludgi śródlądowej (przedstawiony przez Komisję na mocy art. 250 ust. 2 traktatu WE) [COM(2002) 107 wersja ostateczna], art. 6 lit. b).

³⁹ Przepis, który nie pozwala na elastyczność w podziale kosztów, może okazać się niewykonalny, jak ostrzegł Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w swojej opinii w sprawie „wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie działań państw członkowskich dotyczących wymogów świadczenia usług publicznych oraz udzielania zamówień publicznych na usługi w dziedzinie pasażerskiego transportu kolejowego, drogowego i żegludgi śródlądowej” (Dz.U. 2001, C 221, s. 31), pkt 5.1.1.

⁴⁰ Inny przykład tej elastyczności można znaleźć w art. 2a ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 1370/2007, który zezwala właściwemu organowi na łączenie usług pokrywających koszty z usługami niepokrywającymi kosztów.

61. W celu nałożenia zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych rozporządzenie nr 1370/2007 przewiduje dwa rodzaje narzędzi prawnych: umowy o świadczenie usług publicznych i zasady ogólne⁴¹. Te pierwsze powinny być co do zasady stosowane, gdy przewiduje się rekompensatę⁴². Wyjątkowo, w przypadku zobowiązań związanych z maksymalnymi taryfami, możliwe jest ich jednostronne narzucenie za pomocą zasad ogólnych⁴³.

62. Zgodnie z art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007 instytucje zamawiające mają możliwość zastosowania trybu bezpośredniego udzielenia zamówienia (podmiotowi wewnętrznemu lub, pod określonymi warunkami, osobie trzeciej) lub konkurencyjnej procedury przetargowej. Poziom szczegółowości przepisów rozporządzenia nr 1370/2007 dotyczących metody obliczania świadczenia wzajemnego różni się w zależności od trybu udzielenia zamówienia.

63. Rozporządzenie to zawiera pewne wspólne wskazówki. Artykuł 6, zatytułowany „[r]ekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych”, przewiduje w ust. 1 zdanie pierwsze, że rekompensaty muszą być zgodne z art. 4 rozporządzenia nr 1370/2007⁴⁴.

64. W odniesieniu do metody obliczania rekompensaty związanej z zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych rozporządzenie nr 1370/2007 ma zastosowanie tylko wtedy, gdy owo zobowiązanie jest nakładane w drodze zasady ogólnej lub w ramach umowy zawieranej w trybie bezpośredniego udzielenia zamówienia.

65. Innymi słowy, rozporządzenie nr 1370/2007 nie zawiera szczegółowych przepisów mających zastosowanie do metody obliczania rekompensaty, gdy umowa jest zawierana w trybie konkurencyjnej procedury przetargowej. Moim zdaniem brak ten wynika z faktu, że prawodawca ufa w większą zdatność procedur przetargowych, jako takich, do pogodzenia ze sobą sprzecznych interesów.

66. W tego rodzaju przetargach instytucje zamawiające mogą swobodnie decydować, o tym, czy włączać do specyfikacji istotnych warunków zamówienia systemy przeglądu cen w oparciu o formuły indeksacyjne lub im podobne. Jak stwierdził Trybunał⁴⁵ w odniesieniu do przepisów krajowych, które nie przewidywały okresowego przeglądu cen umownych *po* udzieleniu zamówienia, prawo Unii⁴⁶ nie stoi na przeszkodzie takim przepisom.

⁴¹ Zdefiniowane odpowiednio w art. 2 lit i) i l) rozporządzenia nr 1370/2007. Przez *umowę o świadczenie usług publicznych* rozumie się „porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne”. Z kolei *zasada ogólna* oznacza „środek mający zastosowanie w sposób niedyskryminacyjny do wszystkich usług publicznych tego samego rodzaju w zakresie transportu pasażerskiego na danym obszarze geograficznym”.

⁴² Artykuł 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007: „W przypadku gdy właściwy organ podejmuje decyzję o przyznaniu wybranemu podmiotowi wyłącznego prawa lub rekompensaty, niezależnie od ich charakteru, w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, następuje to w ramach umowy o świadczenie usług publicznych”.

⁴³ Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007: „W drodze odstępstwa od ust. 1 zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, które mają na celu określenie taryf maksymalnych dla wszystkich lub niektórych kategorii pasażerów, mogą także stanowić przedmiot zasad ogólnych. [...]”.

⁴⁴ Zgodnie z tym przepisem wszelkie umowy o świadczenie usług publicznych, jak również wszelkie zasady ogólne: „[...] b) określają uprzednio, w sposób obiektywny i przejrzysty: (i) parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty; oraz (ii) charakter i zakres wszelkich przyznanych praw wyłącznych, w sposób zapobiegający nadmiernemu poziomowi rekompensaty. [...] c) określają zasady podziału kosztów związanych ze świadczeniem usług [...]”.

⁴⁵ Wyrok z dnia 19 kwietnia 2018 r., Consorzio Italian Management i Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264, pkt 29–31).

⁴⁶ Chodziło wówczas o dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1), zmienioną rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. (Dz.U. 2011, L 319, s. 43), jak również zasady ogólne, na których jest ona oparta. Obecnie dyrektywa 2014/24 odnosi się w motywie 111 do indeksacji jako możliwości: „Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. [...] Następnie należy doprecyzować, że wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen [...]”. Motywy o tej samej treści znajdują się w dyrektywach 2014/23 i 2014/25.

67. W pkt 2.4.1 wytycznych Komisji podkreślono, że „[o]twarta, przejrzysta i niedyskryminująca procedura przetargowa, w rozumieniu art. 5 ust. 3 [rozporządzenia nr 1370/2007], 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”.

68. Procedury przetargowe o udzielenie zamówienia są tym samym uważane za właściwe systemy udzielania zamówień na świadczenie usług publicznych, na najlepszych warunkach jakościowych i cenowych oraz odpowiedniemu przedsiębiorcy. W takiej sytuacji ingerencja regulatora okazuje się mniej konieczna.

69. Wytyczne Komisji potwierdzają powyższą koncepcję: wzajemne oddziaływanie konkurencyjnych sił rynkowych umożliwia ustalenie rekompensaty zmniejszonej do minimum⁴⁷, aby instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający mogły wybrać ofertę, która przedstawia najniższy koszt dla społeczności (lub ofertę, która stanowi najbardziej efektywną opcję pod względem ceny i jakości)⁴⁸.

70. Przekonanie zawarte w rozporządzeniu nr 1370/2007, że procedura przetargowa pozwala na automatyczne dostosowanie świadczenia wzajemnego, nie jest związane wyłącznie z wymogiem, aby rekompensata nie była *nadmierna*. Konkurencyjna procedura przetargowa jest również przedstawiana jako właściwa do ustalenia *odpowiedniej* rekompensaty w celu zapewnienia długoterminowej stabilności finansowej usług publicznego transportu pasażerskiego, zgodnie z wymogami określonymi w polityce transportu publicznego⁴⁹.

71. Powyższe stanowisko opiera się jednak na założeniu, że konstrukcja przetargu umożliwia rzeczywistą i skuteczną konkurencję, zarówno pod względem procedury, jak i treści umowy:

- rozporządzenie nr 1370/2007 zawiera niewiele szczegółowych informacji w odniesieniu do procedury przetargowej⁵⁰. Wytyczne Komisji przemawiają za stosowaniem szczegółowych przepisów dyrektyw w sprawie zamówień publicznych⁵¹.
- w odniesieniu do treści umowy o świadczenie usług publicznych w art. 4 rozporządzenia nr 1370/2007 wskazano minimum informacji, które należy uwzględnić. Uważam, że w celu

⁴⁷ Wytyczne Komisji, pkt 2.4.2. Kolejny dowód, że przetarg działa jako element autonomicznego ustalenia rekompensaty, poprzez grę podaży i popytu, znajduje się w pkt 2.4.3, gdzie w odniesieniu do pojęcia rozsądnego zysku Komisja odnosi się do założenia, że „dla danej usługi istnieje ogólnie przyjęte wynagrodzenie rynkowe”, ponieważ „stanowi ono najlepszą wartość odniesienia przy ustalaniu rekompensaty w przypadku braku przetargu”.

⁴⁸ Kryterium „najniższego kosztu dla społeczności” nie pojawia się w rozporządzeniu nr 1370/2007. W wyroku Altmark użyto go w pkt 93, lecz nie w sentencji. Zgodnie z komunikatem Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym [Dz.U. 2012, C 8, s. 4 (komunikat w sprawie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym)] kryterium to należy interpretować w ten sposób, że umożliwia ono wybór oferty o najniższej cenie lub oferującej najlepszy stosunek jakości do ceny. Chociaż wytyczne te odnoszą się do art. 106 TFUE, nie widzę przeciwwskazań, aby zastosować je w tym zakresie do art. 93 TFUE.

⁴⁹ Odnoszę się do motywu 11 rozporządzenia 2016/2338: „W przypadku zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, które nie są udzielane na podstawie konkurencyjnej procedury przetargowej, spełnienie zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych przez podmioty świadczące usługi publiczne powinno być odpowiednio rekompensowane [...]”. Podkreślenie moje.

⁵⁰ Zgodnie z art. 5 ust. 3 rozporządzenia nr 1370/2007 procedura musi być „otwarta dla wszystkich podmiotów, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji”. Motyw 9 odnosi się również do zasady proporcjonalności. Procedura udzielania zamówień musi być zgodna z zasadami TFUE, niezależnie od tego, czy są one wymienione w dokumentacji przetargowej.

⁵¹ Punkt 2.3.2.

zapewnienia przejrzystości informacje te należy zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

72. Przedsiębiorcy, którzy posiadają takie informacje, mogą zdecydować, czy chcą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego; jeśli to zrobią, mogą przygotować ofertę, która uwzględni w cenie wszystkie istotne czynniki⁵².

73. Kwota rekompensaty – lub mechanizm i parametry jej ustalania – z pewnością zalicza się do tych istotnych elementów. Jeśli zostanie ona obliczona zbyt nisko, może zniechęcić potencjalnych oferentów lub ograniczyć ich liczbę, co stanowiłoby naruszenie art. 5 ust. 3 rozporządzenia nr 1370/2007⁵³.

74. Instytucja zamawiająca powinna zatem unikać włączania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia takich parametrów rekompensaty, które czyniąc obowiązek świadczenia usługi publicznej zbyt uciążliwym – bez obiektywnego uzasadnienia – dla potencjalnych usługodawców, zniechęcałyby ich do udziału w procedurze przetargowej. W takim przypadku procedura nie spełniałaby swojego podstawowego celu, jakim jest umożliwienie wyboru najkorzystniejszej oferty (w celu wykonania zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej).

75. Ustalenie, czy istnieje brak równowagi między świadczeniami i czy jest on uzasadniony, wymaga indywidualnego zbadania każdego przypadku w świetle celów, które rozporządzenie nr 1370/2007 realizuje poprzez rekompensatę.

D. Zastosowanie w niniejszym sporze

76. W swoim postanowieniu sąd odsyłający przedstawił argumenty przemawiające za roszczeniem skarżących i przeciw niemu. Do tych pierwszych zalicza następujące:

- wybrany model i instrumenty jego wdrożenia zobowiązują oferentów, przy ustalaniu ceny usługi, do podejmowania nadmiernego ryzyka do tego stopnia, że można uznać, iż państwo faktycznie uchyla się od obowiązku odpowiedniej rekompensaty kosztów związanych ze świadczeniem usługi transportu publicznego;
- nie jest możliwe precyzyjne przewidzenie w perspektywie dziesięciu lat, jakie będą ceny źródeł energii (paliw) i średnie wynagrodzenia w tym sektorze lub składki na krajowy system ubezpieczeń społecznych. W takim systemie rekompensat, w którym zgodnie z postanowieniami umowy ceny mogą być przeliczane jedynie w odstępach kilkuletnich i tylko dla niektórych pozycji kosztów, istnieje ryzyko, że wzrost kosztów spowodowany niedokładnymi prognozami spowoduje straty dla podmiotu świadczącego usługę, nawet w przypadku efektywnej działalności gospodarczej.

77. Jako argumenty przeciw roszczeniu skarżących sąd odsyłający wymienia:

- w wytycznych Komisji położono nacisk na zapewnienie jakości i efektywności świadczonych usług. Właściwe organy muszą znaleźć model, który zapewni wysoką jakość usług,

⁵² Mogą również, jeśli uznają to za stosowne, podjąć działania w celu zabezpieczenia się przed zmianami na rynku (np. zawrzeć umowę ubezpieczenia od przyszłych podwyżek cen produktów i usług, z których muszą korzystać).

⁵³ W przypadku gdy przedmiotem umowy jest zobowiązanie z tytułu świadczenia usługi publicznej, nadmierny brak równowagi w zakresie odpowiednich zobowiązań umownych – na korzyść instytucji zamawiającej – może ograniczać konkurencję, ponieważ podmioty gospodarcze z zasady nie będą chciały ponosić strat.

a jednocześnie skłoni podmioty świadczące usługi do poprawy jakości świadczonych usług. Zawarte w rozporządzeniu nr 1370/2007 przepisy dotyczące rekompensat pozostawiają właściwym organom pewien zakres uznania;

- ogłoszenie o procedurze przetargowej otwartej jest częścią wdrażania rozwoju krajowych usług transportu publicznego na Łotwie. Państwo to zdecydowało, że przy projektowaniu jednolitej sieci tras autobusowych o takich samych wymaganiach w zakresie jakości, począwszy od 2021 r. rekompensata z tytułu świadczenia tych usług będzie ustalana w ramach modelu umownego, który zostanie oparty na różnicy między ceną proponowaną przez przewoźnika w otwartej procedurze przetargowej a przychodami z tytułu świadczenia usług transportu publicznego⁵⁴;
- oferentom nie zabrania się uwzględniania przy obliczaniu ceny zawartej w ofercie kosztów ryzyka, które podejmują przy ustalaniu określonej ceny w danym okresie. Nie wymaga się zatem od nich dokładnego prognozowania na następne dziesięć lat kosztów, które stanowią część ceny zawartej w ofercie, lecz zachęca się ich do rozważenia, jaką ceną należy przedstawić w ofercie w świetle zmieniających się warunków ekonomicznych i prowadzenia działalności gospodarczej;
- istnieje jednak możliwość, że zastrzeżenia dotyczące ryzyka nie wykluczają całkowicie sytuacji, że proponowany system rekompensat nie pokryje wszystkich strat poniesionych przez podmiot świadczący usługę w trakcie wykonywania umowy. W przypadku przetargu możliwe jest, że oferenci, licząc na udzielenie im zamówienia, niechętnie będą proponować taką cenę umowną, która mogłaby temu ryzyku zapobiec. W rezultacie należy obawiać się, że dostępność lub jakość usług zostanie ograniczona.

78. Ze swej strony w związku z powyższymi spostrzeżeniami uważam, że właściwe organy nie mają obowiązku ustanawiania na korzyść podmiotu świadczącego usługi transportu publicznego mechanizmów *pełnej* indeksacji kosztów uwzględnionych przy ustalaniu ceny umownej.

79. Rozporządzenie nr 1370/2007 nie wymaga bowiem, aby umowa o świadczenie usług zawierała klauzule indeksacji *pełnej*, które działają jako „ubezpieczenie” od wzrostu kosztów paliwa, wynagrodzeń lub składek na ubezpieczenie społeczne. Instytucja zamawiająca może w ramach przysługującego jej zakresu uznania przewidzieć indeksację w ujęciu częściowym, jedynie dla wskazanych okresów i tylko wtedy, gdy wzrost kosztów przekracza określony pułap⁵⁵.

80. Powtarzam, że nie istnieje obowiązek zapewnienia całkowitej rekompensaty każdego wzrostu kosztów związanych ze świadczeniem usługi. W konsekwencji krajowy system umów o świadczenie usług transportu publicznego zawieranych w trybie przetargu otwartego, który

⁵⁴ Satiksmes ministrijas informatīvais ziņojums „Par reģionālās nozīmes sabiedriskā transporta pakalpojumu attīstību 2021.–2030. gadam” (dokument informacyjny ministerstwa transportu „W przedmiocie rozwoju usług transportu publicznego o znaczeniu regionalnym w latach 2021–2030”), dostępny w <http://tap.mk.gov.lv/mk/tap/?pid=40473219>. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia będąca przedmiotem sporu została opublikowana w 2019 r.; na rozprawie instytucja zamawiająca i rząd łotewski wyjaśniły, że już wtedy możliwe było zastosowanie nowego modelu finansowania (opisanego w tym dokumencie informacyjnym) do zamówień, które miały być realizowane od 2021 r. Do sądu odsyłającego należy rozstrzygnięcie, czy specyfikacja istotnych warunków zamówienia z 2019 r. podlegała nowemu, czy staremu systemowi.

⁵⁵ Zobacz pkt 66 niniejszej opinii.

w przeciwieństwie do systemu obowiązującego uprzednio na Łotwie⁵⁶ nie eliminuje całkowicie ryzyka poniesienia strat przez podmiot świadczący usługę, jest zgodny z rozporządzeniem nr 1370/2007.

81. Nie można wykluczyć, że w ramach tego modelu mogą mieć miejsce sytuacje, kiedy ryzyko ponosi podmiot świadczący usługę. W ujęciu abstrakcyjnym model ten jest jednak zgodny z rozporządzeniem nr 1370/2007, zezwalającym na rekompensatę, która nie jest całkowita, pod warunkiem że służy ona jako zachęta zapewniająca efektywność usługi.

82. Na pytanie, czy taki model zobowiązuje oferentów do podejmowania nadmiernego ryzyka przy ustalaniu ceny usługi, należy odpowiedzieć, po pierwsze, że udział w przetargu nie jest obowiązkowy, a oferenci muszą rozważyć, czy są zainteresowani złożeniem oferty⁵⁷.

83. Po drugie, jak wyjaśniłem powyżej, dysponując odpowiednimi informacjami, oferenci tworzą swoje oferty, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy, w tym przyszły wzrost kosztów mających wpływ na usługę i odpowiadającą im premię z tytułu ryzyka. Będą oni musieli sporządzić na dany okres prognozę kosztów mających wpływ na cenę usługi, w tym tych, na których zmiany (w górę lub w dół) nie mają żadnego wpływu.

84. Niewątpliwie taka ocena w zakresie przyszłych kosztów będzie również dotyczyć tych kosztów, których wzrost nie zależy od podmiotów świadczących usługę, to jest kosztów, które nie są bezpośrednio związane z „operacyjną (nie)efektywnością przewoźnika”⁵⁸. Powtarzam jednak, że rozporządzenie nr 1370/2007 nie zobowiązuje do ustalania rekompensaty z tytułu określonych kosztów. Jeśli w wyniku wzrostu kosztów rekompensata stanie się niższa niż koszty obliczone przez podmiot świadczący usługę, powinien on szukać oszczędności w tych pozycjach kosztów, na które ma wpływ.

85. Powyższe rozważania nie uniemożliwiają sądowi odsyłającemu, w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i leżących u jej podstaw obliczeń ekonomicznych), dokonania oceny ich ewentualnych skutków odstraszających w ogólnych ramach oferty⁵⁹. Analiza ta może doprowadzić sąd odsyłający do stwierdzenia, że rekompensata za zobowiązanie z tytułu świadczenia usługi publicznej, ze względu na jej oczywistą nieadekwatność, w sposób nieuzasadniony ogranicza dostępność lub jakość usługi bądź sztucznie ogranicza liczbę oferentów.

86. Trybunał nie powinien zastępować sądu odsyłającego w dokonywaniu oceny, czy treść spornej specyfikacji istotnych warunków zamówienia była pod tym względem wadliwa i w rezultacie nie pozwalała na wybór najkorzystniejszej oferty. Wszystko wskazuje na to, że nie miało to miejsca w niniejszej sprawie (udział w procedurze przetargowej faktycznie wzięło kilku oferentów, którzy swobodnie sformułowali swoje oferty), lecz, powtarzam, jest to kwestia, którą jest w stanie wyjaśnić jedynie sąd odsyłający.

⁵⁶ Postanowienie odsyłające, pkt 13: „Zmiana ta związana jest z faktem, że poprzednio usługodawcy działali głównie na zasadach wolnych od ryzyka, ponieważ państwo rekompensowało wszystkie koszty (wzrost cen, spadek popytu). Aby jednak zapewnić bardziej efektywne wykorzystanie środków publicznych, należy zadbać o to, aby przede wszystkim sami dostawcy usług transportowych byli zainteresowani osiągnięciem celów komercyjnych”. Jak wskazałem w przypisie 54, sąd odsyłający powinien rozstrzygnąć, czy kontrola sądowna specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi zostać przeprowadzona w świetle kryteriów normatywnych obowiązujących przed 2021 r., czy też po tej dacie.

⁵⁷ Na rozprawie zarówno Dobeles, jak i instytucja zamawiająca oraz rząd łotewski potwierdziły udział kilku oferentów (m.in. skarżących) w procedurze przetargowej, w której specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zaskarżona.

⁵⁸ Takie sformułowanie zostało użyte przez Dobeles w pkt 11 jej uwag na piśmie.

⁵⁹ W istocie to sama instytucja zamawiająca w obliczu takich okoliczności jak brak ofert, pojedyncza oferta lub powszechne proponowanie ofert, które nie odpowiadają założeniom, powinna rozważyć, czy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są w praktyce niemożliwe do zaakceptowania.

V. Wnioski

87. W świetle powyższego proponuję Trybunałowi, aby na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Augstākā tiesa (Senāts) (sąd najwyższy, Łotwa) odpowiedział następująco:

Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, zmienione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z dnia 14 grudnia 2016 r.,

należy interpretować w ten sposób, że:

dopuszczalne jest, aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia w drodze otwartej procedury przetargowej o udzielenie zamówienia prowadzącej do zawarcia umowy o świadczenie usług autobusowego transportu pasażerskiego nie zawierała, w zamian za zobowiązanie z tytułu świadczenia usługi publicznej, warunku przewidującego okresową indeksację wszystkich kosztów, w tym kosztów pozostających poza kontrolą wspomnianego podmiotu świadczącego usługę.