



MOŻLIWOŚCI PRAWNE ZMIANY UMÓW O ŚWIADCZENIE USŁUG PUBLICZNYCH ZAWARTYCH W TRYBACH BAGATELNYCH I NADZWYCZAJNYCH I ZWIĘKSZENIA REKOMPENSATY Z TYM ZWIĄZANEJ

Marcin Maciocha – Radca Prawny MDS Kancelaria (grupa Refunda)

www.freepik.com

Autor analizuje możliwość otrzymania przez operatora publicznego transportu zbiorowego, działającego na podstawie umowy zawartej w trybie bezpośrednim, dodatkowych środków pieniężnych od organizatora tytułem rekompensaty w rozumieniu przepisów rozporządzenia (WE) 1370/2007 dotyczącego usług publicznych, jak również możliwość prawną zmiany takiej umowy.

Jednym z powszechnie stosowanych trybów (choć de facto będącym trybem w intencji ustawodawcy nadzwyczajnym) w zawieraniu krótkich (do 2 lat) umów o świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego jest tryb określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4) ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (dalej: UPTZ), czyli tzw. zamówienia bagatelne (pkt 1) lub nadzwyczajne (pkt 4). Należy jednakże pamiętać, że oba ww. tryby jako niekonkurencyjne skutkują bezpośrednim udzieleniem zamówienia, co w konsekwencji aktualizuje kwestię wypłaty/kontroli/weryfikacji rekompensaty – w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r.

dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (dalej: Rozporządzenie 1370/2007) operatorom funkcjonującym w ramach obu ww. trybów.

Rekompensata

Rozporządzenie 1370/2007 przewiduje jako jedną z form zapewnienia publicznego transportu zbiorowego możliwość powierzenia usług publicznych z pominięciem procedur przetargowych przedsiębiorcy, który spełniać będzie warunki określone w jego przepisach. Opisane w Rozporządzeniu 1370/2007 zasady obejmują w szczególności sposób wyznaczania maksymalnej rekompensaty dla operatora, któremu

udzielono zamówienia z pominięciem procedur przetargowych. Kwestię tę reguluje załącznik nr 1 do Rozporządzenia 1370/2007. Zgodnie z legalną **definicją „Rekompensata – oznacza każdą korzyść, zwłaszcza finansową, przyznaną bezpośrednio lub pośrednio przez Organizatora z funduszy publicznych w okresie realizacji zobowiązania wynikającego z Umowy lub powiązaną z tym okresem”**.

Zgodnie z przepisami Rozporządzenia 1370/2007 rekompensata ma zapewniać finansowanie wyłącznej działalności będącej przedmiotem powierzonych usług (w tym wypadku PTZ). Przy wyliczaniu wartości rekompensaty konieczne jest jednocześnie uwzględnienie ogólnych zasad dot. pomocy publicznej, w szczególności dotyczących finansowania ze źródeł publicznych działalności powierzonej. Mechanizm rekompensaty ma w założeniu prowadzić do uzupełniania ubytku (pogorszenia) finansowego, powstałego w wyniku świadczenia przez podmiot usług publicznych, w stosunku do sytuacji, gdyby podmiot taki usług publicznych nie świadczył. Określenie wysokości rekompensaty sprowadza się do wyceny, na ile pogorszyła się sytuacja podmiotu świadczącego usługi publiczne w stosunku do warunków, w których podmiot ten usług tych nie świadczy.

Wynagradzanie podmiotu w formule pokrywania kosztów wykonywania powierzonego stanowi więc de facto pomoc publiczną. Za pomoc państwa (w rozumieniu art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 115 z 9.05.2008 r.) uznaje się te korzyści, które są przyznane przedsiębiorstwom bezpośrednio lub pośrednio z zasobów państwowych (publicznych), przy czym zasoby państwowe są tożsame z zasobami jednostek samorządu terytorialnego. Pomoc państwa może przybierać różnorakie formy, np. dotacji, ulgi podatkowej itp. Pomoc publiczna jako czynność zakłócająca konkurencję na jednolitym rynku jest niedozwolona, jednakże w wielu wypadkach ustawodawca unijny ustalił wyjątki od tej zasady.

Ustawodawca europejski uznał, przyjmując przepisy Rozporządzenia 1370/2007, że usługi publiczne w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego spełniają przesłanki do tego, by można było takiej działalności udzielać wsparcia finansowego, ponieważ stanowią usługi w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG). Z punktu widzenia zasad określonych przepisami Rozporządzenia 1370/2007 rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbę-

nej do pokrycia kosztów netto wynikających z wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, z uwzględnieniem rozsądnego zysku, tak aby nie dopuścić do nieuzasadnionego naruszenia konkurencji. Koszty netto można obliczyć jako różnicę między kosztami poniesionymi na wykonywanie UOIG a przychodem uzyskanym w wyniku świadczenia takiej usługi albo – alternatywnie – jako różnicę pomiędzy kosztami netto dla przedsiębiorstwa prowadzącego działalność i podlegającego obowiązkowi świadczenia usługi publicznej a kosztami netto lub zyskiem tego samego przedsiębiorstwa prowadzącego działalność bez obowiązku świadczenia usługi publicznej.

„Rozsądny zysk” jest stopą zwrotu z kapitału, której wymagałoby typowe przedsiębiorstwo podczas podejmowania decyzji, czy świadczyć UOIG przez cały okres powierzenia, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka. Poziom ryzyka zależy od danego sektora, rodzaju usług oraz cech charakterystycznych mechanizmu rozliczania rekompensaty. Należy przy tym zaznaczyć, że rozsądny zysk nie może być utożsamiany z wynikiem finansowym (zyskiem bilansowym) i stanowi odrębną od niego kategorię ekonomiczną. Kompensata przewyższająca kwotę konieczną do pokrycia kosztów (z uwzględnieniem rozsądnego zysku) poniesionych przez dane przedsiębiorstwo wykonujące usługę stanowi pomoc państwa niezgodną z rynkiem wewnętrznym i powinna zostać zwrócona temu podmiotowi publicznemu, który jej udzielił.

W przypadku, gdy przedsiębiorstwo prowadzi działalność zarówno wchodzącą w zakres UOIG, jak i wykraczającą poza ten zakres, w wewnętrznych księgach przedsiębiorstwa należy wykazać osobno koszty i wpływy związane z UOIG oraz koszty i wpływy związane z innymi usługami, jak również kryteria, według których przypisuje się koszty i przychody do danej działalności. Koszty związane z każdą działalnością wykraczającą poza zakres UOIG obejmują wszystkie koszty bezpośrednio, odpowiedni wkład we wspólne koszty stałe i właściwy zwrot z kapitału. W odniesieniu do tych kosztów nie przyznaje się żadnej rekompensaty.

Reasumując, należy wskazać, że jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych w zakresie PTZ została zawarta w oparciu o przepisy UPTZ i Rozporządzenia 1370/2007 poza procedurami konkurencyjnymi, to przysporzenia otrzymywane w jej wykonaniu przez operatora w istocie stanowią rekompensatę od chwili jej zawarcia. Skoro tak, to nie istnieje

ją przeszkody prawne dla możliwości formalnego zwiększenia kwoty rekompensaty, jednakże w granicach i na zasadach określonych przepisami Rozporządzenia 1370/2007.

Możliwość zmiany umowy i jej zakres

W 2020 r. ale także w roku bieżącym wielu operatorów wskazuje na konieczność pokrycia kosztów, a w konsekwencji zmiany wysokości wynagrodzenia wynikającego także z umów bagatelnych lub nadzwyczajnych, a w istocie z punktu widzenia Rozporządzenia 1370/2007 będącego rekompensatą.

W konsekwencji jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych w zakresie PTZ zawarta jest w trybie bezpośrednim (także w trybach bagatelnych oraz nadzwyczajnych), to w zasadzie wszelkie płatności otrzymywane przez operatora stanowią rekompensatę (niezależnie od tego, jak są nazywane w samej umowie) i winny być uwzględniane w rachunku rekompensaty. Przepisy Rozporządzenia 1370/2007, jak również przepisy UPTZ nie wprowadzają żadnego wyjątkowego katalogu przyczyn zmian umów zawartych w trybach bezpośrednich. Tym samym należy wskazać, iż aby podwyższyć operatorowi kwoty wynikające z zawartej umowy i doprowadzić do wypłaty zwiększonej rekompensaty – należy konsekwentnie stosować przepisy Rozporządzenia 1370/2007 oraz idące za nimi przepisy UPTZ dot. rekompensat.

Tym samym niezbędne jest dochowanie następującego minimalnego standardu wynikającego z art. 4 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 Rozporządzenia 1370/2007:

- należy określić w aneksie do umowy parametry dla obliczania, weryfikacji i rozliczania rekompensaty, innymi słowy należy wprowadzić do umowy (o ile umowa takich nie posiada) postanowienia dot. rozliczania rekompensaty do metodyki jej wyznaczania oraz kontroli;
- należy zapewnić, aby rekompensata nie mogła przekroczyć kwoty niezbędnej do pokrycia wyniku finansowego netto w odniesieniu do kosztów poniesionych i przychodów osiągniętych podczas realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z tym przychodów uzyskanych przez podmiot świadczący usługi publiczne oraz rozsądnego zysku;
- należy określić zasady podziału kosztów związanych ze świadczeniem usług, które mogą

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

- należy przed podpisaniem aneksu dokonać kalkulacji rekompensaty, aby zweryfikować, czy operator nie otrzyma rekompensaty nadmiernej, jak i czy rozsądny zysk mieści się w górnym limicie, przy czym należy podkreślić, że istniejąca praktyka, w przypadku umów bagatelnych i nadzwyczajnych, że wystarczające są same dokumenty przekazane przez operatora, nie jest prawidłowa, albowiem dokumenty same w sobie nie stanowią takiej kalkulacji i nie mogą być jedyną podstawą do zwiększenia kwot wynikających z zawartej w trybie bezpośrednim umowy.

Oczywiście jako dodatkową przesłankę dla wprowadzenia zmian można powołać się na przepis art. 15 r ust. 4 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, jednakże mając na uwadze sam tryb zawarcia umów (bezpośredni bagatelny lub nadzwyczajny) ta podstawa prawna jest wtórna wobec uregulowań zawartych w przepisach Rozporządzenia 1370/2007 oraz UPTZ.

Podsumowując, można wskazać, że operator PTZ posiadający umowę zawartą w trybach bagatelnych lub nadzwyczajnych może otrzymać dodatkowe środki pieniężne od swojego organizatora tytułem rekompensaty w rozumieniu przepisów Rozporządzenia 1370/2007. Powyższe wynika z faktu, że skoro umowa została zawarta w trybach bezpośrednich, to do jej zmiany także należy stosować przepisy Rozporządzenia 1370/2007 oraz UPTZ dot. zamówień bezpośrednich. W konsekwencji obligatoryjnym elementem takiej zmiany umowy w zakresie wypłaty rekompensaty musi być wprowadzenie odpowiednich zmian do jej treści (w zakresie rozliczania rekompensaty), w tym w szczególności sporządzenie kalkulacji rekompensaty w oparciu o dane źródłowe operatora, tak aby nie przekroczyła ona górnych limitów określanych przepisami Rozporządzenia 1370/2007. ■