

POSTANOWIENIE
z dnia 21 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Przemysław Dzierzędzki
Członkowie:	Anna Chudzik Anna Kurowska
Protokolant:	Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Arriva RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arriva RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu** na rzecz wykonawcy **Arriva RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu, zwane dalej „zamawiającym”, określiło w SWZ, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich pasażerskich przewozów kolejowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2021 r., 2021/S 252-670601.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu wykonawca Arriva RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 7 stycznia 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz 20 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1,2, 10-11, 15, 17-18 i 20 Uptz ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym („Uptz”), poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty:
 - a) braku danych o potokach pasażerskich,
 - b) braku wystarczających danych o przychodach,
 - c) braku jasnych zasad zmiany taryfy przewozowej (opłat za przejazd),
 - d) braku okresu przejściowego na wyposażenie pojazdów w toalety i udogodnienia dla niepełnosprawnych,
 - e) braku jednoznacznych zasad honorowania oraz wzajemnej sprzedaży biletów z innymi przewoźnikami oraz Miastem Poznań,
 - f) braku informacji o planowanych przez zamawiającego okolicznościach uniemożliwiających wykonanie przewozu i wymagających od wykonawcy zapewnienia przewozów zastępczych,
 - g) braku jasno określonych zasad wyliczania rekompensaty finansowej,- a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, zgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i efektywności, co w konsekwencji uniemożliwia poprawne sporządzenie i kalkulację oferty w postępowaniu;

2. art. 431 Pzp, art. 433 pkt 1-4 Pzp, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”), art. 353¹ kc, w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp a także w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1,2, 10-11, 15, 17-18 i 20 Uptz, poprzez ukształtowanie treści dokumentów zamówienia, SWZ, w zakresie projektowanych postanowień umowy, w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, w tym za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w konsekwencji zniechęcając wykonawców do składania ofert w postępowaniu oraz ograniczając konkurencję, w następującym zakresie:

- a) ryzyko wykonawcy związanych z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ, o których mowa w pkt II.1. petitum,
- b) ryzyka związanego z możliwością ograniczenia zleconej rocznej pracy eksploatacyjnej,
- c) ryzyka związanego z brakiem autoryzacji wniosku o przydzielenie zdolności przepustowej,
- d) ryzyka związanego z terminem rozpoczęcia świadczenia usług i brakiem okresu przygotowania do realizacji zamówienia,
- e) ryzyka braku stabilności zamówienia i szerokich przesłanek przedterminowego zakończenia Umowy i ryzyka związanego z zakończeniem umowy w części,
- f) ryzyko związanych z zasadami waloryzacji stawki za pociągokilometr,
- g) ryzyka wykonawcy osiągnięcia zaplanowanych przychodów (ryzyko przychodowe oraz kosztowe) wobec braku wystarczających danych (wskazanych w pkt 1 powyżej), braku efektywnego wpływu operatora na taryfę oraz rozkład jazdy a także wobec konieczności honorowania biletów innych przewoźników oraz Miasta Poznań,
- h) ryzyka w zakresie konieczności uzgodnienia zasad honorowania biletów i wzajemnej sprzedaży z innymi przewoźnikami oraz Miastem Poznań,
- i) ryzyka związanego z wyłączeniem możliwości wstrzymania realizacji przewozów bez zgody organizatora – w jakimkolwiek przypadku, nawet z winy organizatora i/lub w przypadku braku uiszczania płatności przez organizatora,
- j) ryzyko ponoszenia kosztów gotowości do świadczenia Przewozów niewykonanych z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez Wykonawcę,

3. art. 439 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp oraz art. 433 pkt 3 Pzp, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji w sposób:

- a) niejednoznaczny i nieprecyzyjny, w tym przewidując mechanizm negocjacji zasad waloryzacji stawki za pociągokilometr w niejasnym zakresie niezależnie od jej oparcia o

- określony w załączniku nr 4 do umowy („Zasady obliczania Rekompensaty Finansowej i stosowania Waloryzacji) Roczny Wskaźnik Waloryzacji,
- b) nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, tj. bez uwzględnienia wzrostu opłat za dostęp do infrastruktury kolejowej i usługowej, na który wykonawca nie ma wpływu,
 - c) nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, tj. bez uwzględnienia zmian ceny oleju napędowego, w przypadku korzystania przez wykonawcę do realizacji usługi z pojazdów o napędzie spalinowym a nie elektrycznym,
 - d) skrajnie nieproporcjonalny i niekorzystny dla Wykonawcy, poprzez ustanowienie bardzo wysokiego Minimalnego Roczno Wskaźnika Waloryzacji (1%) w skali roku,
 - e) nieadekwatny i nieproporcjonalny, poprzez odniesienie wskaźników Waloryzacji do nieadekwatnych okresów, nieuwzględniających zmian tych wskaźników we właściwym okresie przed rozpoczęciem danego okresu rozliczeniowego.
4. art. 436 pkt. 3 Pzp poprzez nieobjęcie wszystkich przewidzianych w Umowie kar umownych (tj. z wyłączeniem kary umownej przewidzianej na wypadek rozwiązania Umowy) obligatoryjnym postanowieniem statuującym łączną wysokość kar umownych, których dochodzić może Zamawiający.
5. art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 220 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 16 ust. 1-3 Pzp, poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 13 marca 2022 r. który to termin jest nierealny do dotrzymania biorąc pod uwagę obecną, niejednoznaczną treść SWZ oraz czas potrzebny na przygotowanie do świadczenia usług, a ponadto przypadający w czasie biegu terminu związana ofertą oraz dyskryminujący wykonawców, którzy nie świadczą usług dla Zamawiającego,
6. art. 134 ust. 1 pkt 4, pkt 14 i pkt 17 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 436 pkt 2 Pzp oraz art. 4 ust. 2 lit b) Rozporządzenia 1370/2007, poprzez opisanie sposobu przygotowania oferty, sposobu obliczenia ceny oraz warunków zapłaty wynagrodzenia w sposób niezrozumiały, niejednoznaczny, nieprawidłowy oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu na jasnych, przejrzystych oraz uczciwych warunkach, z uwagi na:
- a) niejasny sposób obliczania ceny, poprzez zastosowanie nieprawidłowych lub niepełnych definicji pojęć stosowanych przy określaniu sposobu obliczania ceny, takich jak Rekompensata za Pociągokilometr, Stawka za Pociągokilometr, Rekompensata Finansowa; Przychody i Przychody na Pociągokilometr,
 - b) brak efektywnego wpływu wykonawcy na wysokość opłat za przejazd (a przez to na osiągnięte przychody) oraz brak wskazania szczegółowych zasad (przesłanek) zmiany opłat za przejazd przez zamawiającego, pomimo ryzyka nieosiągnięcia zakładanego poziomu przychodów po stronie wykonawcy,

- c) niejasne zasady określania i wprowadzania planów finansowych na kolejne okresy rozliczeniowe, w szczególności brak odniesienia do wartości wskazywanych w formularzu ofertowym oraz brak konieczności uwzględnienia w toku ich sporządzania zastrzeżeń Wykonawcy, który ponosi ryzyko ich realizacji;
7. art. 134 ust. 1 pkt 18) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2 Pzp, art. 240 ust. 1 Pzp oraz art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez wadliwe określenie kryterium oceny ofert (podkryterium 1.2 – przychód) polegające na przyjęciu wzoru dla punktacji, który przyznaje największą ilość punktów ofercie z najniższym oferowanym przychodem;
8. art. 138 ust. 1 w zw. z art. 138 ust. 2 i 4 Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 Pzp, poprzez obejście przepisów o minimalnym terminie składania ofert, z uwagi na nieopublikowanie z SWZ precyzyjnych informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści dokumentów zamówienia - SWZ (oraz odpowiednio treści ogłoszenia), w tym treści projektowanych postanowień Umowy, w sposób wskazany w odwołaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Art. 528 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.*

Przesłanka odrzucenia odwołania z powodu, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy zachodzi wtedy, kiedy analizowana procedura nie jest regulowana przez Pzp. Dotyczy to np. przetargów uregulowanych w wewnętrznych regulaminach instytucji zamawiających. Przesłanka znajduje zastosowanie także wtedy, gdy mamy do czynienia z przetargami prowadzonymi na podstawie Kodeksu cywilnego, oraz procedurami regulowanymi przepisami innych aktów prawnych.

Art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że *przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem.*

Nie ulegało wątpliwości, że przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego są usługi publiczne w zakresie wojewódzkich pasażerskich przewozów kolejowych, a zatem usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, co nie było sporne między stronami.

W pierwszej kolejności dostrzec należało, że zgodnie z art. 10 lit. i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), *Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem.* Jak wynika z powołanego przepisu dyrektywy, jej przepisów nie stosuje się m.in. do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją. Powody omawianego wyłączenia prawodawca unijny przedstawił w motywie 27 dyrektywy, w którym wskazał: *Należy pamiętać, że art. 5 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007 10) wyraźnie stanowi, że dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE mają odpowiednio zastosowanie do zamówień na świadczenie usług oraz zamówień publicznych na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego, natomiast rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 ma zastosowanie do koncesji na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego. Ponadto należy pamiętać, że rozporządzenie to wciąż ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi oraz koncesji na usługi publicznego pasażerskiego transportu kolejowego lub metra. Aby doprecyzować relacje między niniejszą dyrektywą a rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007, należy wyraźnie zaznaczyć, że niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do zamówień publicznych na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem; udzielanie takich zamówień powinno nadal podlegać temu rozporządzeniu. W zakresie, w jakim rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 pozwala na odstępstwa w prawie krajowym od przepisów określonych w tym rozporządzeniu, państwa członkowskie powinny mieć możliwość dalszego zawierania w swoim prawie krajowym przepisów, zgodnie z którymi zamówienia publiczne na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem będą udzielane w trybie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie ze swoimi ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.*

Nie powinno ulegać wątpliwości, że ustawa Prawo zamówień publicznych jest „ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych”, o których mowa w motywie 27 dyrektywy klasycznej. Jak wynikało z powyższego, aby do usług publicznego transportu pasażerskiego koleją stosować ogólne, krajowe przepisy zamówień publicznych, konieczne było istnienie w prawie krajowym regulacji przewidujących taki obowiązek. W tej sytuacji należało prześledzić właściwe regulacje krajowe w tym zakresie. Stosownymi regulacjami krajowymi okazały się ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1371 i poz. 2445) oraz ustawa Pzp. Jak wynikało z art. 1 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, określa ona *zasady organizacji i funkcjonowania regularnego przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym realizowanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w strefie transgranicznej, w*

transporcie drogowym, kolejowym, innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim oraz w żegludze śródlądowej. Ustawa ta obejmuje zatem swym zakresem nie tylko usługi publicznego transportu pasażerskiego w transporcie kolejowym, ale także usługi przewozu osób w transporcie drogowym, liniowym, linowo-terenowym, morskim oraz w żegludze śródlądowej. Jak wynikało zaś z art. 19 ww. ustawy *organizator dokonuje wyboru operatora w trybie:*

1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z późn. zm.)* albo

2) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o *umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2021 r. poz. 541)* albo

3) art. 22 ust. 1,

przy czym art. 22 ust. 1 tej ustawy reguluje możliwość bezpośredniego zawarcia umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w ściśle określonych przypadkach.

Z kolei ustawa Pzp, w art. 11 ust. 1 pkt 10 przewiduje, że jej przepisów nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę przepisy obydwu regulacji jedyny wniosek, jaki można z nich wyprowadzić aby uznać, że są ze sobą spójne był taki, że do wyboru operatora w publicznym transporcie zbiorowym można generalnie zastosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak wynika z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Jednakże z mocy wyraźnego wyłączenia zawartego w art. 11 ust. 1 pkt 10 samej ustawy Pzp, taka możliwość nie istnieje w jednym przypadku, a mianowicie co do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem.

Po pierwsze, jak wskazano wcześniej, ustawa o publicznym transporcie zbiorowym reguluje szereg usług publicznego transportu zbiorowego, a nie tylko transport kolejowy, zaś przepis art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp, zawiera wyłączenie stosowania Pzp tylko do jednej kategorii tych usług, a mianowicie transportu kolejowego. Z tego powodu należało uznać, że przepis art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp jest przepisem szczególnym, który ustanawia wyjątek od art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, będącego przepisem ogólniejszym.

Po drugie, dokonując analizy relacji obydwu regulacji należało również wziąć pod uwagę, że przepis art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp jest przepisem późniejszym wobec art. 19 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. W tej sytuacji istotne znaczenie dla prawidłowego odczytania normy prawnej wynikającej z obu regulacji posiadały reguły wykładni historycznej. Na uwagę zasługiwał w szczególności fakt, że art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wszedł w życie, jak sama ustawa Pzp, 1 stycznia 2020 r. W poprzedniej ustawie Prawo zamówień

publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), przy tożsamym brzmieniu art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy PTZ, brak było analogicznego wyłączenia. W tej sytuacji należało przyjąć, że zabieg ustawodawcy krajowego, który wprowadził w 2020 r. omawiane wyłączenie, był zamierzony a jego celem było wyłączenie obowiązku stosowania Pzp w odniesieniu do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Innymi słowy należało dojść do wniosku, że Polska nie skorzystała z możliwości ustanowienia w prawie krajowym obowiązku udzielania tych zamówień w trybie ogólnych przepisów o zamówieniach publicznych, do jakich zalicza się ustawa Pzp. W szczególności za całkowicie niezrozumiałe należało uznać stanowisko przeciwne, że ustawę Pzp stosuje się do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem z mocy ustawy odrębnej, w sytuacji gdy sama ustawa Pzp wyraźnie stanowi, że jest dokładnie odwrotnie.

Dla rozstrzygnięcia analizowanej sprawy znaczenie miały także reguły wykładni prokonstytucyjnej. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, *Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe*. Na uwagę zasługiwał fakt, że w przepisie tym ustrojodawca nie wymienił Krajowej Izby Odwoławczej. Wobec powyższego przepisy dotyczące właściwości rzeczowej Krajowej Izby Odwoławczej, jako stanowiące wyjątek od konstytucyjnej zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, nie mogły być interpretowane rozszerzająco. Wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie należało rozstrzygnąć na rzecz konstytucyjnej zasady wynikającej z przywołanego wyżej przepisu Konstytucji RP.

Wbrew stanowisku odwołującego wyrażonemu w piśmie z dnia 20 stycznia 2022 r., brak możliwości merytorycznego rozpoznania odwołania przez Izbę w analizowanej sprawie nie pozostawał w sprzeczności z przepisami 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 oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Rozporządzenie to przewidywało wprawdzie w art. 5 ust. 3, że *Właściwe organy, które zlecają świadczenie usług osobie trzeciej niebędącej podmiotem wewnętrznym, udzielają zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w drodze przetargu, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 4, 5 i 6. Procedura przetargowa jest otwarta dla każdego podmiotu, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Po złożeniu ofert i ewentualnej preselekcji procedura ta może obejmować rokowania, zgodnie ze wspomnianymi zasadami, w celu określenia elementów najbardziej dostosowanych do specyfiki lub złożoności potrzeb*.

Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, zasadniczy sposób udzielenia zamówienia na usługi pasażerskiego transportu kolejowego w drodze przetargu nie oznaczał konieczności zastosowania ogólnych, krajowych przepisów o zamówieniach publicznych. Z przepisu art. 5 ust. 1 tego samego rozporządzenia wynikało bowiem, że jedynie w przypadku zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, obowiązkowo stosuje się procedury przewidziane w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Powyższe pozostawało także spójne z przywołanym już wcześniej motywem 27 dyrektywy klasycznej.

Sposób rozumienia przepisów art. 5 ust. 3 rozporządzenia nr 1370/2007 przedstawiono również w Komunikacie 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). *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. Jak wynikało jednoznacznie i wyraźnie z ww. komunikatu, państwa członkowskie, w celu wypełnienia wymogów z art. 5 ust. 3 rozporządzenia, jedynie mogą, ale nie muszą stosować w odniesieniu do rozpatrywanych przetargów szczegółowe przepisy proceduralne wynikające z dyrektyw zamówieniowych.*

Dodatkowo odwołujący wskazał w piśmie procesowym z 20 stycznia 2022 r., że ewentualne odrzucenie odwołania przez Izbę miałyby być sprzeczne z art. 5 ust. 7 rozporządzenia, który stanowił, że *Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, by decyzje podjęte zgodnie z ust. 2–6 mogły być szybko i skutecznie skontrolowane na żądanie każdej osoby, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która doznała szkody lub której grozi szkoda w wyniku zarzucanego naruszenia, ze względu na naruszenie przez takie decyzje prawa wspólnotowego lub przepisów krajowych, które wprowadzają je w życie*. Stanowisko to nie zasługiwało na aprobatę. Brak możliwości skutecznego wniesienia odwołania do Izby wobec dokumentów zamówienia nie oznaczał jeszcze, że wykonawca pozbawiony został środków ochrony prawnej, o których mowa w przywołanym przepisie rozporządzenia. W sytuacji gdy do analizowanego postępowania znajdowały zastosowanie przepisy ustawy o PTZ, przepisy

rozporządzenia 1370/2007 oraz kodeksu cywilnego o przetargach, istniała możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie nieważności czynności prawnej czy powództwa o roszczenie odszkodowawcze. Do dyspozycji wykonawcy pozostawały także przepisy dotyczące postępowania zabezpieczającego.

Wyrażony przez Izbę pogląd prawny o konieczności odrzucenia odwołania w tego rodzaju postępowaniach prezentowany jest także w piśmiennictwie. *Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Zasady organizacji i funkcjonowania regularnego przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym realizowanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w strefie transgranicznej, w transporcie drogowym, kolejowym, innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim oraz w żegludze śródlądowej określa ustawa o publicznym transporcie zbiorowym. Wybór operatora następuje zgodnie z art. 19 tej ustawy. Organizator dokonuje tego wyboru w trybie Pzp albo ustawy o umowie koncesji, albo określonym w art. 22 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Pzp nie ma jednak zastosowania do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem na podst. art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 117).*

Usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Komentowany przepis porządkuje wzajemne relacje pomiędzy PZP a PublTranspZbU oraz rozp. Nr 1370/2007. W ślad za art. 10 lit. 1 dyrektywy 2014/24/UE wprowadzono wyłączenie spod obowiązku stosowania PZP w przypadku zamówień na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Jak wskazano w motywie 27 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, należy wyraźnie zaznaczyć, że niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do zamówień publicznych na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem; udzielanie takich zamówień powinno nadal podlegać temu rozporządzeniu. W zakresie, w jakim rozp. Nr 1370/2007 pozwala na odstępstwa w prawie krajowym od przepisów określonych w tym rozporządzeniu, państwa członkowskie powinny mieć możliwość dalszego zawierania w swoim prawie krajowym przepisów, zgodnie z którymi zamówienia publiczne na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem będą udzielane w trybie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie ze swoimi ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że przepisy PZP nie znajdą w ogóle zastosowania do ww. usług. Zwrócić należy uwagę, że jeszcze przed wejściem w życie PZP PublTranspZbU pozwalała w niektórych przypadkach na zawieranie umów świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego bez stosowania PZP (por. art. 22 ust. 9 w zw. z ust. 1 Publ-TranspZbU). Obecnie, zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 PublTranspZbU, postępowanie prowadzone w trybie PZP jest jedną z

możliwych ścieżek wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego, przy czym PublTransp-ZbU zawiera szereg dodatkowych szczególnych własnych regulacji i zasad.

Mając na uwadze zakres pojęciowy PublTranspZbU, wskazać należy, że komentowane wyłączenie dotyczy wyłącznie zawierania umów na usługi publiczne w zakresie transportu zbiorowego obejmującego transport pasażerski koleją lub metrem, a zatem umów zawieranych pomiędzy organizatorem publicznego transportu zbiorowego a operatorem publicznego transportu zbiorowego (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2021, Wydanie 2).

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby pozostawał fakt, że zamawiający w pkt XXXI.4. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zawarł błędne pouczenie, jakoby wykonawcy przysługiwało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający w pkt II. 1 SWZ niezgodnie z rzeczywistością wskazał także, że *postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 129 ust. 2 w związku z art. 132 - 139 ustawy Pzp*. Dodatkowo zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu niezgodnie z prawdą zaznaczył, jakby zamówienie podlegało dyrektywie klasycznej nr 2014/24/UE (por. str. 1 ogłoszenia o zamówieniu). Jednakże, jak powszechnie i jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, błędne pouczenie nie oznacza, że Izba może zignorować obligatoryjny przepis art. 528 pkt 1 ustawy Pzp nakazujący jej odrzucić odwołanie w sprawie, w której nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp. O tym, czy w sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp decyduje bowiem ustawodawca, a nie zamawiający. Czynność prawna zamawiającego, jaką jest sporządzenie dokumentów zamówienia, nie może uchylić bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Pogląd prawny wyrażony przez Izbę prezentowany jest także w piśmiennictwie. *Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp. Odwołanie można zatem wnieść tylko w sprawie, w której Pzp ma zastosowanie (jeżeli Pzp się nie stosuje, nie jest możliwe skuteczne wniesienie odwołania).* Błędne pouczenie w powyższym zakresie, przejawiające się we wskazaniu, że odwołanie w danej sprawie przysługuje, podczas gdy w rzeczywistości w świetle przepisów Pzp nie przysługuje, nie powoduje, że odwołanie zostanie przez KIO rozpoznane (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 1338).

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby w analizowanej sprawie pozostawał fakt, że Izba w szeregu wyroków dotyczących usług publicznych w pasażerskim transporcie kolejowych, wydawanych na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., nie odrzucała takich odwołań. Dostrzeżenia wymagało, że orzeczenia te wydano na tle całkowicie odmiennego stanu prawnego. Jak to już bowiem wyjaśniono wcześniej,

poprzednia ustawa Pzp z 2004 r. nie zawierała analogicznego wyłączenia do tego, które pojawiło się w art. 11 ust. 1 pkt 10 obecnej ustawy Pzp.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby w analizowanej sprawie pozostawał również fakt, że Izba w wyroku z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 2864/21, KIO 2872/21 wydała rozstrzygnięcie o charakterze merytorycznym i nie odrzuciła odwołania dotyczącego innego postępowania, którego przedmiotem było *świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 12 grudnia 2021 r. do 14 grudnia 2030 r.* W treści tego orzeczenia znalazło się jedynie krótkie uzasadnienie zgodnie z którym, *Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania o sygn. akt: KIO 2864/21 oraz odwołania o sygn. akt: KIO 2872/21 na podstawie art. 528 ustawy PZP* (por. ww. wyrok, załącznik do pisma procesowego odwołującego z 20 stycznia 2022 r.). Skład orzekający Izby w tej sprawie nie był w stanie podjąć merytorycznej polemiki z treścią przywołanego rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należało stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.*

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 1 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 10, art. 553 zd. 2 i art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Biorąc pod uwagę, że przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do kosztów postępowania przewidują odpowiedzialność stron za wynik postępowania (art. 575 ustawy Pzp), Izba

stwierdziła, że zasadne jest obciążenie tymi kosztami zamawiającego. W ocenie Izby za wynik niniejszego postępowania, którym jest odrzucenie odwołania, pełną odpowiedzialność ponosi zamawiający, to bowiem czynności zamawiającego wprowadziły wykonawcę w błąd co do stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wszczął postępowanie przetargowe bezzasadnie wskazując w dokumentach zamówienia, iż prowadzi je na podstawie przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający niezgodnie z prawdą poinformował wykonawców o prawie wniesienia odwołania do Prezesa Izby. Tym samym to decyzje i działania zamawiającego spowodowały, że zostało wniesione odwołanie, które nie mogło zostać merytorycznie rozpoznane przez Izbę. Z tego powodu obciążenie kosztami postępowania odwołującego stanowiłoby pokrzywdzenie wykonawcy z powodu błędów popełnionych przez zamawiającego. W związku z powyższym zamawiającego obciążono kosztami postępowania, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, działając na podstawie art. 575 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....