

## POSTANOWIENIE

z dnia 1 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Katarzyna Prowadzisz  
Katarzyna Poprawa  
Małgorzata Rakowska

Członkowie:

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w dniu 1 czerwca 2022 roku,  
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- w dniu 16 maja 2022 roku przez wykonawcę ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22),

- w dniu 16 maja 2022 roku przez wykonawcę POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Kujawsko - Pomorskie Urząd  
Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego, z siedzibą w Toruniu

postanawia:

1. Izba umarza postępowanie odwoławcze w sprawie z odwołania wykonawcy POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22) w zakresie zarzutu 2 litera e tj. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1370 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp ze względu na opisanie zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję, powodując brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty, co wyraża się określeniem przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej także: „SWZ”): (lit. e) braku danych o potokach pasażerskich.

2. Odrzuca odwołanie wykonawcy ARRIVA RP spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22).

Odrzuca odwołanie wykonawcy POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22).

3. Kosztami postępowania obciąża ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22) oraz POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22) i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22) oraz wykonawcę POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22) tytułem wpisu od odwołań.

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: .....

Sygn. akt: KIO 1304/22  
KIO 1305/22

#### UZASADNIENIE

Województwo Kujawsko- Pomorskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego

Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu (dalej: Zamawiający) prowadzi

postępowanie pod nazwą: Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r.

Postępowanie to Zamawiający prowadzi na podstawie Rozporządzenia (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

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się tej ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2022 r. o numerze; 20221S 087-236889.

Odwołujący ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22) wniósł 16 maja 2022 roku, działając na podstawie art. 513 pkt 3 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej „ustawa” lub „Pzp”), odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp o udzielenie zamówienia w przedmiocie świadczenia usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r., mimo że Zamawiający jest do tego zobowiązany ( w tym w zakresie środków ochrony prawnej).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o

publicznym transporcie zbiorowym (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1371 z późn. zm; dalej: „Uptz”) w zw. z art. 5 ust. 3 oraz art. 5 ust. 7 Rozporządzenia 1370 oraz art. 7 pkt 32

Pzp, art. 16 Pzp i 17 ust. 2 Pzp, art. 129 ust. 1 Pzp i art. 505 ust. 1 Pzp, przez pominięcie art. 19 ust. 1 pkt 1 Uptz oraz zaniechanie stosowania Pzp do udzielenia zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, pomimo że przepis ten ma zastosowanie do wyboru operatora, któremu organizator udzieli zamówienia na świadczenie usług w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych wojewódzkich przewozach pasażerskich,

- 2) art. 5 ust. 7 i art. 4 ust. 8 Rozporządzenia 1370 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 21 Pzp, art. 16 Pzp i 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 505 ust. 1 oraz 513 pkt 1-2 Pzp oraz art. 19 ust. 1 pkt 1 i art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.) przez błędne pouczenie, że do udzielenia zamówienia objętego Postępowaniem nie mają zastosowania przepisy o środkach ochrony prawnej uregulowane w Pzp oraz brak wskazania jakichkolwiek środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Województwu stosowania przepisów Pzp do postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania,

- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia poprzez wskazanie, że w Postępowaniu mają zastosowanie przepisy Pzp, a także usunięcie pouczeń, iż do Postępowania nie mają zastosowania przepisy działu IX Pzp o środkach ochrony prawnej oraz że przepisy Pzp mają zastosowanie jedynie w zakresie nieuregulowanym wprost w specyfikacji warunków zamówienia,

- 3) ewentualnie, nakazanie unieważnienia Postępowania,

Odwołujący POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO

1305/22) wniósł 16 maja 2022 roku odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 21 Pzp w związku z art. 505 ust. 1 Pzp oraz motywem 21 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 uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) NR 1191/69 i (EWG) Nr 1107/70, zwane dalej „Rozporządzeniem 1370”

(Dz.Urz.U.E.L Nr 315, str. 1) w zw. z art. 19 ust. 1 pkt 1, art. 22a, art. 23 ust. 1 pkt 1

przez błędne poinformowanie Wykonawców o braku przysługujących im środków

ochrony prawnej ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1371 z późn. zm.) zwana dalej „uPTZ”,

- 2) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp i art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1370 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp ze względu na opisanie zamówienia w

sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję, powodując brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty, co

wyraża się określeniem przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej także: „SWZ”):

- a) obowiązku przyjęcia przez Wykonawcę nowego taboru Organizatora bez wskazania parametrów pozwalających dokonać kalkulacji oferty z uwzględnieniem nowego taboru lub alternatywnie — nie wskazuje mechanizmu aktualizacji projekcji finansowej w umowie, w oparciu o fakt przyjęcia przez operatora nowego taboru przez Operatora przewozów również poza granicami województwa kujawsko — pomorskiego,
  - b) braku niezbędnej do dokonania wyceny informacji odnośnie taboru Organizatora,
  - c) braku informacji w zakresie planowanych obiegów składów pociągów oraz tabel prezentujących rozkład jazdy,
  - d) braku prawidłowego rozkładu jazdy oraz jednoznacznych zasad tworzenia i aktualizacji rozkładów,
  - e) braku danych o potokach pasażerskich,
  - f) niewłaściwych zasad ustalania parametrów Rekompensaty, prowadzących do strat po stronie Wykonawcy (Operatora) przy realizacji zamówienia — co stanowi także naruszenie art. 436 pkt 2 Pzp oraz art. 4 ust. 2 lit b) (i) rozporządzenia (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 (dalej: „Rozporządzenie 1370/2007”),
  - g) niedokładnego i niepełnego zakresu ubezpieczenia taboru;
- 3) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), dlatego że Zamawiający wprowadził do wzoru umowy — Załącznika nr 7 do SWZ postanowienia naruszające zasad proporcjonalności, zagrażające ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy (Operatora); wymagane informacje nie są potrzebne do realizacji rozliczenia zamówienia;
- 4) art. 43 1 Pzp, art. 433 pkt 1-3 Pzp, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”), art. 353(1) 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, 10, 11, 15, 17, 19 i 20 Uptz, poprzez ukształtowanie treści 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 lub za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w konsekwencji zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, ograniczając konkurencję, w następującym zakresie:
- a) ryzyka wykonawcy związanego z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ, o których mowa w pkt 1.2) petitum, w tym ryzyka przychodowego, taboru, rozkładu jazdy, ryzyka kosztowego, niejednoznacznych i jednostronnych zapisów dotyczących kar umownych,
  - b) ryzyka wykonawcy związanego z brakiem danych dotyczących warunków korzystania ze środków transportu organizatora;
  - c) ryzyka wykonawcy związanych z określeniem zasad Rekompensaty, co stanowi także naruszenie art. 433 pkt 3 PZP,
  - d) ryzyka związanego z zasadami waloryzacji Rekompensaty,
  - e) ryzyka wykonawcy osiągnięcia zaplanowanych przychodów wobec braku możliwości wpływu na Taryfę, której kształt jest całkowicie zależny od decyzji Zamawiającego,

f) ryzyka nadmiernych kar umownych z powodu nieprecyzyjnego określenia obowiązków Wykonawcy;

5) naruszenia art. 439 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 353(1) kc, art. 8 ust. 1 Pzp art. 16 pkt 1,

2 i 3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp oraz art. 433 pkt 3 Pzp, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, poprzez nieprawidłowe ustalenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia („Waloryzacja Stawki Rekompensaty na pociągokilometr”), z uwzględnieniem indeksacji stawki za pockm w oparciu o „wskaźnik wzrostu cen energii elektrycznej” wyliczany na podstawie średniej kwartalnej ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym ogłaszanej przez Prezesa Regulacji Urzędu Energetyki, także doprecyzowanie pozostałych wskaźników określonych w ust. 1 Załącznika nr 14 do umowy.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie Postępowania na podstawie art. 256 Pzp w zw. z art. 137 ust. 7 Pzp z uwagi na wystąpienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie Postępowania jest nieuzasadnione, polegających na konieczności dokonania daleko idących zmian w treści SWZ, w tym projektowanych postanowień Umowy, w celu

umożliwiania wykonawcom odpowiedniego przygotowania i złożenia ofert, a następnie wykonanie zamówienia;

ewentualnie:

2) zmianę wadliwych prawnie, nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień SWZ w zakresie warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SWZ i załącznikach do niej) poprzez wprowadzenie zmian wskazanych w treści uzasadnienia;

3) wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia co podyktowane jest skalą i zakresem zarzutów ze względu na konieczność dokonania istotnych zmian w dokumentach zamówienia.

a ponadto o:

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołujący ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22) złożył Pismo procesowe Odwołującego z wnioskami dowodowymi z dnia 31 czerwca 2022 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła:

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Zgodnie z dokumentem Karta Postępowania:

Postępowanie: ID 608271

Nazwa postępowania: Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w

okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r.

Numer postępowania: ZW-I.272.24.2022

Osoba prowadząca: (.....)

Oddział: -

Data opublikowania postępowania: 2022-05-04 15:44:00

Data zakończenia zbierania ofert: 2022-06-08 10:00:00

Data otwarcia ofert: 2022-06-08 10:10:00

Tryb postępowania: Przetarg nieograniczony

Rodzaj postępowania: Usługi

Status: Przyjmowanie ofert / wniosków

Wymagania i specyfikacja

Szanowni Państwo,

w załącznikach do postępowania zamieszczono ogłoszenie, SWZ oraz pozostałą dokumentację związaną z przedmiotem zamówienia.

#### TRYB POSTĘPOWANIA:

na podstawie Rozporządzenia (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

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się tej ustawy.

Jednak w celu zachowania zasad przejrzystości i konkurencyjności Zamawiający do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w zakresie nie uregulowanym wprost niniejszą Specyfikacją Warunków Zamówienia stosować będzie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” właściwe dla trybu przetargu nieograniczonego o którym mowa w art. 132 tej ustawy.

Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Pod linkiem dostępna jest Instrukcja składania ofert/wniosków dla Wykonawców.

W ogłoszeniu o zamówieniu podano:

Sekcja IV: Procedura

(...)

IV. 3 Informacje dodatkowe:

#### TRYB POSTĘPOWANIA:

na podstawie Rozporządzenia (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

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednak w celu zachowania zasad przejrzystości i konkurencyjności Zamawiający do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w zakresie nie uregulowanym wprost

Specyfikacją Warunków Zamówienia stosować będzie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” właściwe dla trybu przetargu nieograniczonego o którym mowa w art. 132 tej ustawy.

Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

#### VI.4) Procedury odwoławcze

##### VI.4.1) Organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze

Oficjalna nazwa: Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.  
Miejscowość: Nie dotyczy

Państwo: Polska

##### VI.4.3) Składanie odwołań

Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań:

Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

##### VI.4.4) Źródło, gdzie można uzyskać informacje na temat składania odwołań

Oficjalna nazwa: Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.  
Miejscowość: Nie dotyczy

Państwo: Polska

Zamawiający utworzył dokument Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z załącznikami i podał:

#### SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

zwana dalej (SWZ)

Sprawa nr: ZW-I.272.24.2022

Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r.

#### TRYB POSTĘPOWANIA:

na podstawie Rozporządzenia (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

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się tej ustawy.

Jednak w celu zachowania zasad przejrzystości i konkurencyjności Zamawiający do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w zakresie nie uregulowanym wprost niniejszą Specyfikacją Warunków Zamówienia stosować będzie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” właściwe dla trybu przetargu nieograniczonego o którym mowa w art. 132 tej ustawy.

Do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy Działu IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w celu dotarcia do jak najszerszego kręgu Wykonawców przesyła ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w celu publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieści w dniu publikacji tego ogłoszenia jego treść wraz z całą dokumentacją przedmiotowego postępowania na stronie

W SWZ podano:

## I. INFORMACJE OGÓLNE

1. Województwo Kujawsko-Pomorskie z siedzibą w Toruniu, zwane dalej „Zamawiającym” zaprasza do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r., z uwzględnieniem wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ” oraz w jej załącznikach.
2. Do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się przepisy ustawy Pzp. Jednak w celu zachowania zasad przejrzystości i konkurencyjności Zamawiający do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w zakresie nie uregulowanym wprost niniejszą Specyfikacją Warunków Zamówienia stosować będzie przepisy ustawy Pzp właściwe dla trybu przetargu nieograniczonego o którym mowa w art. 132 tej ustawy.
3. Wartość zamówienia przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.
4. Zgodnie z art. 139 Pzp Zamawiający zastrzega sobie możliwość, że może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.
5. Do obsługi komunikacji w formie elektronicznej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami oraz składania ofert, dedykowana jest Platforma zakupowa - adres profilu nabywcy:
6. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.
7. Do spraw nieuregulowanych w niniejszej SWZ mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

## II. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030 r., z uwzględnieniem wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ” oraz w jej załącznikach w szczególności wzorem umowy i Opiszem Przedmiotu Zamówienia stanowiącymi załączniki do niniejszej SWZ.

(.)

## XXI. INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIEMUSZĄ ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia po spełnieniu obowiązku

informacyjnego, o którym mowa w rozdziale XX. W związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, o których mowa w Dziale IX Środki ochrony prawnej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, do zawarcia umowy w sprawie zamówienia nie mają zastosowania terminy, o których mowa w art. 264 ustawy Pzp.

(.)

## XXIII. POUCZENIE O ŚRODKACH OCHRONY PRAWNEJ PRZYSŁUGUJĄCYCH WYKONAWCY

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, o których mowa w Dziale IX „Środki ochrony prawnej” ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie z odwołania wykonawcy POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22) w zakresie zarzutu 2 litera e tj. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1370 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp ze względu na opisanie zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję, powodując brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty, co wyraża się określeniem

przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej także: „SWZ”): (lit. e) danych o potokach pasażerskich, bowiem wykonawca ten na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu przedmiotowego zarzutu odwołania.

Izba stwierdziła, że złożone odwołania przez wykonawcę ARRIVA RP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1304/22), jak również wykonawcę POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1305/22) z wyłączeniem zarzutu 2 lit. e (zarzut wycofany) podlegają (każde) odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 1 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”) ponieważ przepisów ustawy nie stosuje się do zamówienia, którego przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego kolejną.

Przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego jest Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 11 grudnia 2022 r. do 14 grudnia 2030.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy - przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub

konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego kolejną lub metrem. W Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka (Prezesa UZP) oraz M. Winiarza (Warszawa 2021 r., str. 117) jednoznacznie zostało wskazane, że Pzp nie ma jednak zastosowania do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejną lub metrem na podst. art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Pogląd reprezentowany przez UZP dostrzegalny jest również w innym piśmiennictwie: Usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego kolejną lub metrem. Komentowany przepis porządkuje wzajemne relacje pomiędzy PZP a PublTranspZbU oraz rozp. Nr W ślad zadyrektywywprowadzono wyłączenie spod obowiązku stosowania PZP w przypadku zamówień na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego kolejną lub metrem. Jak wskazano w motywie 27 preambuły dyrektywy należy wyraźnie zaznaczyć, że niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do zamówień publicznych na usługi publicznego transportu pasażerskiego kolejną lub metrem; udzielanie takich zamówień powinno nadal podlegać temu rozporządzeniu. W zakresie, w jakim rozp. Nrpozwala 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 kolejną 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 znajdują 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. w zw. z ust. 1 PublTranspZbU). Obecnie, zgodnie z PublTranspZbU, postępowanie prowadzone w trybie PZP jest jedną z możliwych ścieżek wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego, przy czym PublTranspZbU zawiera szereg dodatkowych szczególnych własnych regulacji i zasad. Mając na uwadze zakres pojęciowy PublTranspZbU, wskazać należy, że komentowane wyłączenie dotyczy wyłączenie zawierania umów na usługi publiczne w zakresie transportu zbiorowego obejmującego transport pasażerski kolejną lub metrem, a zatem umów zawieranych pomiędzy organizatorem publicznego transportu zbiorowego a operatorem publicznego transportu zbiorowego. (Tak: red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak; Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2022 rok, wyd. 3 komentarza do art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy)

Wymaga w tym miejscu podania, co nie ulega żadnej wątpliwości, że przedmiotem postępowania jakie prowadzi Zamawiający są usługi publiczne w zakresie publicznego pasażerskiego transportu zbiorowego przewozów kolejowych na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, a zatem usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy, co nie było sporne między stronami.

Na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zgodnie z regulacją art. 528 ustawy odrzucenie odwołania, to poza skierowaniem do merytorycznego rozpoznania odwołania lub umorzeniem z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania lub wycofanie odwołania, sposób zakończenia procedowania odwoławczego. Katalog przesłanek odrzucenia odwołania jest katalogiem zamkniętym oraz bezwzględnie obowiązującym Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: Izba). Izba związana jest przesłankami odrzucenia odwołania. Także Sąd Zamówień Publicznych rozpoznający skargę bada, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania (zob. art. 588 ust. 3 Pzp).

Na podstawie pkt 1 art. 528 Izba obowiązana jest do odrzucenia odwołania w przypadku, gdy w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, co podlega badaniu Izby z urzędu. Przepis ten jednoznacznie określa, że w okolicznościach w jakich nie ma zastosowania ustawa odwołanie podlega odrzuceniu. Oznacza to, że jeżeli ustawy nie stosuje się w danych okolicznościach do danego postępowania, to nie ma możliwości wniesić skutecznego odwołania do Izby. Tym samym odwołanie, aby mogło zostać wniesione skutecznie i nie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy może zostać wniesione w postępowaniu, w którym mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadkach, gdy postępowanie prowadzone jest z wyłączeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak w rozpoznawanym przypadku, przesłanka ta stanowi bezwzględny obowiązek odrzucenia odwołania. Przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 1 będzie miała zastosowanie, gdy w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy bowiem np.: gdy ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje takie wyłączenie, gdy postępowanie prowadzone jest w oparciu o inne regulacje z innych przepisów prawa, gdy postępowanie prowadzone jest w oparciu o wewnętrzne obowiązujące w danym podmiocie regulacje prowadzenia procedur.

Izba podziela również w pełni argumentację jaka została przedstawiona w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 51/22 z dnia 21 stycznia 2022 roku, tj. „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 kolejją lub metrem. Jak wynika z powołanego przepisu dyrektywy, jej przepisów nie stosuje się m.in. do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejją. 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 kolejją 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 kolejją 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 kolejją 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 miało 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. (...) 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. (.). 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 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.

W ocenie Izby uzasadnienie stanowiska Izby w rozpoznawanej sprawie, (również w sprawie sygn. akt KIO 51/22) potwierdza także stanowisko Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w piśmie z dnia 13 kwietnia 2022 roku podpisanym przez Dyrektora Departamentu Prawnego B. A., skierowanym do Zamawiającego w odpowiedzi na pismo z dnia 18 marca 2022 roku dotyczące interpretacji przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych w zakresie dotyczącym wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego wojewódzkich pasażerskich przewozów kolejowych. W prezentowanym przez UZP stanowisku podano, że:

„Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Przepis ten stanowi transpozycję na grunt prawa

krajowego treści art. 10 lit. i) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65, ze zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE” oraz art. 21 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, ze zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/25/UE”, przewidujących wyłączenie obowiązku stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych w odniesieniu do usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu koleją lub metrem.

W motywie 27 dyrektywy 2014/24/UE oraz w motywie 35 dyrektywy 2014/25/UE wskazano, iż w celu doprecyzowania relacji między dyrektywami a rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007, dyrektywy nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem; udzielanie takich zamówień powinno nadal podlegać temu rozporządzeniu. Prawodawca unijny zaznaczył również, że 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 kolejją lub metrem będą udzielane w trybie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie ze swoimi ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.

Przywołane motywy dyrektyw odwołują się do aktu prawnego o podstawowym znaczeniu dla przewozów kolejowych, jakim jest 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 z dnia 23 października 2007 r. (Dz.Urz.EE.L Nr 315, str. 1, z późn. zm.), zwane dalej „rozporządzeniem nr 1370/2007”. Jednocześnie, przewozy osób w transporcie kolejowym stanowią jeden z rodzajów transportu zbiorowego realizowanego na podstawie ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2021 r., poz. 1371 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o ptz”, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia nr 1370/2007 (art. 1 ust. 1 ustawy o ptz, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o ptz). Zgodnie z art. 19 ustawy o ptz, 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 (bezpośrednie zawarcie umowy). Zakres przedmiotowy tego przepisu odnosi się do różnych

usług publicznych wyszczególnionych w art. 1 ust. 1 ustawy o ptz - w transporcie drogowym, innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim oraz w żegludze śródlądowej - zaś odnośnie transportu kolejowego winien być interpretowany z uwzględnieniem normy wynikającej z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że ustawa Pzp zawiera w głównej mierze przepisy o charakterze proceduralnym, które stanowią ramy prawne pozwalające na zaspokojenie różnorodnych potrzeb zamawiających. Organizując dane postępowanie o udzielenie zamówienia, zamawiający wypełnia te ramy konkretnymi normami materialnoprawnymi z obszaru właściwego dla świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia i następnie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp pełnią funkcję instrumentalną w stosunku do prawa materialnego, w oparciu o które zamawiający zmierza do osiągnięcia pożądanego celu, dlatego też należy przyjąć, że stanowią przepisy szczególne w stosunku do przepisów regulujących materię właściwą dla danego przedmiotu zamówienia.

Z tego względu zasadniczo do wyboru operatora w publicznym transporcie zbiorowym zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp, co wynika z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o ptz, z tym że w związku z wyłączeniem z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, nakaz ten nie dotyczy

usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejją. Ustawodawca krajowy nie skorzystał bowiem z przewidzianej w motywie 27 dyrektywy 2014/24/UE oraz w motywie 35 dyrektywy 2015/25/UE możliwości zawarcia w prawie krajowym przepisów, zgodnie z którymi zamówienia publiczne na usługi publicznego transportu pasażerskiego kolejją byłyby udzielane w trybie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z krajowymi ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych. Fakultatywny charakter ustanowienia przez państwa członkowskie obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dla usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejją wynika również z Komunikatu 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).

Ponadto, z przepisu art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 wyraźnie wynika, 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. Powyższa regulacja w pełni koreluje Urząd Zamówień Publicznych, ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa, z przywołanymi motywami dyrektyw, a także z art. 10 lit. i) dyrektywy 2014/24/UE oraz z art. 21 lit. g) dyrektywy 2014/25/UE. Z art. 5 ust. 3 ww. rozporządzenia wynika, że każdy właściwy organ, który zleca świadczenie usług stronie trzeciej innej niż podmiot wewnętrzny, udziela zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie

usług publicznych na podstawie konkurencyjnej procedury przetargowej (...). Procedura konkurencyjna musi być otwarta dla wszystkich podmiotów, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Przepis ten zawiera istotną wskazówkę interpretacyjną, zgodnie z którą procedury udzielania zamówień publicznych dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego transportu pasażerskiego muszą być opracowane w taki sposób, aby stwarzać warunki skutecznej konkurencji. Realizację zasady konkurencyjności i przejrzystości w tym przedmiocie stanowią wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące umowy o świadczenie usług publicznych oraz ogłoszenie informacyjne w celu udzielenia zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych, publikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej<sup>1</sup>.

Z powyższego wynika, że prawodawca unijny wyraźnie rozróżnił zamówienia udzielane na podstawie ww. dyrektyw od zamówień udzielanych w trybie procedury konkurencyjnej na podstawie rozporządzenia 1370/2007. Przy czym rozporządzenie to charakteryzuje bezpośrednie obowiązywanie i bezpośrednia stosowalność, w tym także w kontekście regulacji art. 22b ustawy o ptz oraz art. 28pb ust. 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2021 r., poz. 1984 ze zm.)."

Izba mając na uwadze powyższe, będąc związana regulacjami ustawowymi

obowiązana była do odrzucenia odwołań sygn. akt KIO 1304/22 oraz sygn. akt 1305/22

na podstawie art. 528 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Wydane przez Izbę orzeczenie - postanowienie w tej sprawie odwoławczej odnosi się jedynie do podstaw formalnoprawnych w zakresie oceny skuteczności przesłanek odrzucenia odwołania i nie ma w żadnym zakresie charakteru merytorycznego

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Posiedzenie takie to również posiedzenie z udziałem stron postępowania odwoławczego.

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, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....