Sygn. akt KIO 2754/23

POSTANOWIENIE

z dnia 25 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 września 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
18 września 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Śląskie

postanawia:

1.Odrzuca odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:.....

Sygn. akt KIO 2754/23

Uzasadnienie

Województwo Śląskie, zwane dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *„świadczenie usług publicznych w zakresie wykonywania kolejowych przewozów pasażerskich w okresie od 10 grudnia 2023 r. do 14 grudnia 2030 r.".* Numer referencyjny tego zamówienia to ZP-ZN.272.3.23.2023.EK.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 8 września 2023 r., pod numerem 2023/S 173-539529.

W dniu 18 września 2023 r. Odwołujący – wykonawca ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, zwany dalej także „wykonawcą ARRIVA", wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP",treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") sporządzonej i opublikowanej w ramach postępowania przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 220 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP i art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 10 grudnia 2023 r., który to termin jest jego zdaniem nierealny i niemożliwy do dotrzymania dla wszystkich wykonawców oprócz spółki Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Spółka Koleje Śląskie") – biorąc pod uwagę zakres obowiązków i wymagań nakładanych na wykonawców i czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług oraz możliwą długość postępowania przetargowego, ponadto przypada on w czasie biegu terminu związania ofertą, a dodatkowo określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową skutkuje niepewnością po stronie wykonawcy co do długości okresu mobilizacji (czasu potrzebnego na przygotowanie się do świadczenia usług, między datą zawarcia umowy, a rozpoczęciem świadczenia usług) – zarzut nr 1,

2) art. 99 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, art. 95 ustawy PZP

i art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z uprzywilejowaniem Spółki Koleje Śląskie, na skutek czego jest ona jedynym wykonawcą zdolnym przystąpić do realizacji zamówienia w terminie rozpoczęcia świadczenia usług – zarzut nr 2,

3) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, art. 17 ust. 1-2 ustawy PZP oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1, 10, 15, 20 i 23 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym i art. 4 ust. 1 lit. a) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1370/2007 poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako „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, w zakresie – zarzut nr 3:

a) niezbędnych do założenia potoków pasażerów,

b) braku danych o przychodach oraz zasadach ustalania taryf biletowych w toku realizacji umowy,

c) niejasnego określenia planowanej pracy eksploatacyjnej, w tym w podziale na poszczególne lata realizacji umowy, linie oraz zasad jej zmiany,

d) niejasnego i nierealnego określenia zasad waloryzacji,

4) art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 i 4 ustawy PZP, art. 436 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1, 10, 15, 20 i 23 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „k.c.") i art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy i / lub zależnych od Zamawiającego, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w postępowaniu i ograniczając konkurencję, w zakresie – zarzut nr 4:

a) ryzyka związanego z bardzo bliskim terminem rozpoczęcia świadczenia usług (niemożliwym do spełnienia przez żaden podmiot na rynku, a jedynie Spółkę Koleje Śląskie realizującą przewozy kolejowe na terenie Województwa Śląskiego),

b) ryzyk odnoszących się do wielkości potoków pasażerów i przychodów,

c) narzucenia wykonawcy rozkładu jazdy do końca roku 2024, podczas gdy rozkład jazdy w systemie planowania obecnie jest tak naprawdę opracowany i przedłożony przez Spółkę Koleje Śląskie, co uniemożliwia innemu operatorowi dotrzymania takiego Rozkładu jazdy,

d) brak możliwości pokrycia po stronie wykonawcy strat wynikających z niedoszacowania przychodów w niektórych latach świadczenia usług przez nadwyżki przychodów w innych latach,

5) art. 83 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5a Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1370/2007 przez brak sporządzenia analizy potrzeb i wymagań uwzględniającej rodzaj i wartość zamówienia, poprzedzonej ewentualnymi wstępnymi konsultacjami rynkowymi, w tym braku dokonania wymaganej przepisami tego rozporządzenia oceny skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do odpowiedniego taboru – zarzut nr 5,

6) art. 138 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 138 ust. 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy PZP poprzez obejście przepisów o minimalnym terminie składania ofert, z uwagi na nieopublikowanie z SWZ precyzyjnych informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty lub publikowanie ich w czasie późniejszym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu – zarzut nr 6.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 ustawy PZP w zw. z art. 137 ust. 7

ustawy 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, a także umożliwienia Zamawiającemu poprzedzenia kolejnego postępowania stosowną analizą potrzeb i wymagań oraz oceną dostępności taboru.

Natomiast na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści SWZ, w tym treści projektowanych postanowień umowy, w następujący sposób:

a) w zakresie zarzutów nr 1, 2, 4a i 4c – przez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego przynajmniej 24 miesięcy od podpisania umowy,

b) w zakresie zarzutów nr 3a, 3b, 3c i 4b – przez przekazanie niezbędnych informacji o potokach pasażerów, przychodach oraz innych danych niezbędnych do skalkulowania wynagrodzenia,

c) w zakresie zarzutu nr 3b – przez precyzyjne określenie zasad ustalania taryf biletowych w toku realizacji umowy,

d) w zakresie zarzutu nr 3d – przez precyzyjne określenie planowanej pracy eksploatacyjnej w podziale na poszczególne lata realizacji umowy, linie oraz zasad jej zmiany,

e) w zakresie zarzutów nr 3e i 4d – przez precyzyjne określenie zasad zmiany rozkładu jazdy w toku realizacji umowy, w tym nałożenie wymogu uzyskania zgody wykonawcy na zaproponowany rozkład jazdy na kolejny rok,

f) w zakresie zarzutu nr 5 – przez nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia i udostępnienia wykonawcom analizy potrzeb i wymagań oraz oceny dostępności taboru kolejowego,

g) w zakresie zarzutu nr 6 – poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 30 dni od daty udostępnienia wymaganych informacji i dokumentów oraz wyjaśnienia okoliczności wskazanych w odwołaniu względnie w inny sposób zapewniający zgodność z przepisami ustawy PZP powołanymi w odwołaniu oraz eliminujący naruszenia w nim opisane.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przywołanych i przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego – na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zastosowanie przepisów ustawy PZP do postępowania prowadzonego przez Województwo Śląskie Odwołujący wskazał, że to sam Zamawiający zlecając opublikowanie Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ewidentnie przewidział prowadzenie postępowania przetargowego na podstawie przepisów ustawy PZP. Wykonawca ARRIVA RP podał, że wpkt VI.4.1 Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym organu odpowiedzialnego za środki ochrony prawnej wskazano *„Prezes Krajowej Izby Odwoławczej”.* Natomiast w pkt VI.4.3 Ogłoszenia dotyczącym składania odwołań zastrzeżono, iż *„W niniejszym postępowaniu, Wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, określone w Dziale IX ustawy Pzp”.* Jednocześnie w rozdziale II pkt 1 SWZ odnośnie trybu udzielenia zamówienia, Zamawiający wskazał, że: *„Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) zwaną dalej ustawą Pzp, do udzielenia zamówień w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego nie stosuje się ustawy Pzp, jednakże w celu zachowania wymaganej konkurencyjności przy wyłonieniu operatora, postępowanie zostanie przeprowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp zawarte w Dziale II Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, natomiast z wyłączeniem przepisów ustawy Pzp zawartych w Dziale IX Środki ochrony prawnej”.* Zdaniem Odwołującego powyższe wyłączenie przepisów dotyczących środków ochrony prawnej nie ma żadnych podstaw prawnych, a w konsekwencji nie wywiera skutków prawnych, ponieważ to nie w mocy Zamawiającego leży wyłączenie stosowania powszechnie i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Według Odwołującego regulacja Działu IX ustawy PZP ma powszechnie obowiązujący charakter, natomiast środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom zawsze i w ramach każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zgodnie z art. 505 w zw. z art. 1 i art. 513 ustawy PZP. Odwołujący uważa, że

przepisy ustawy PZP, w tym przepisy dotyczące środków ochrony prawnej, wymuszają swoje zastosowanie do każdego zamówienia, które podlega regulacji tej ustawy i dlatego nie jest możliwe ich wyłączanie, ani wybiórcze stosowanie, według woli i decyzji instytucji zamawiających.

Odwołujący podał również, że podstawy wyłączenia stosowania przepisów ustawy nie może stanowić art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, według którego przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, tego typu wyłączenie stanowiłoby o konieczności wyłączenia stosowania wszystkich przepisów ustawy PZP a nie tylko przepisów o środkach ochrony prawnej, a po drugie konieczność stosowania przepisów ustawy PZP w pełnej rozciągłości – w tym przepisów gwarantujących ochronę prawną wykonawców – w odniesieniu do przetargów na usługi przewozów kolejowych wynika z przepisu art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, który wprost stanowi o wyborze operatora publicznego transportu zbiorowego w trybie ustawy PZP i jako taki winien być kwalifikowany jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów ustawy PZP. Przepis ten ma również zastosowanie do wyboru operatora, któremu organizator publicznego transportu zbiorowego udzieli zamówienia na świadczenie usług w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych wojewódzkich przewozach pasażerskich, a więc usług objętych przedmiotowym postępowaniem. Odwołujący podniósł również, że postulat stosowania przepisów ustawy PZP do zamówień tego rodzaju, zwłaszcza przepisów dotyczących środków ochrony prawnej, znajduje oparcie w przepisach europejskich, m. in. w art. 5 ust. 7 Rozporządzenia nr 2007/1370 i art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, wymagających ustanowienia sprawnego, efektywnego i spójnego systemu środków ochrony prawnej w zakresie kontroli poprawności udzielania zamówień na usługi publiczne. Art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym według opinii Odwołującego ma charakter regulacji szczególnej (lex specialis) wobec art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a spójna wykładnia obu tych przepisów polega na tym, że ustawa PZP nie ma zastosowania do wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego w kolejach, chyba że obowiązek jego stosowania w konkretnym przypadku wynika z przepisów szczególnych – w tym przypadku z ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym. Odwołujący zauważył, że gdyby brak było przepisu art. 11. ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, to wybór operatora publicznego transportu zbiorowego w pasażerskich przewozach kolejowych, ze względu na definicję zamówienia publicznego, praktycznie zawsze (tj. przy wartości zamówień powyżej progów stosowania przepisów o zamówieniach) musiałby być dokonywany z zastosowaniem procedury konkurencyjnej, co nie byłoby zgodne z Rozporządzeniem nr 2007/1370, które w określonych sytuacjach dopuszcza powierzenie bezpośrednie, bezkonkurencyjne, np. w przypadku umów, których średnia wartość roczna szacowana jest na mniej niż 7 500 000 euro, czyli kwotę znacznie przekraczającą próg zastosowania ustawy PZP. Przepis art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP stanowi zatem ogólnie o tym, że o trybie powierzenia usług pasażerskiego transportu zbiorowego w kolejach decydują przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, a te z kolei dopuszczają wybór pomiędzy bezpośrednim powierzeniem zamówienia (bez konkurencji) a zastosowaniem przepisów ustawy PZP albo koncesji, w zależności od wystąpienia i spełnienia konkretnych przesłanek. Wobec tego zdaniem Odwołującego art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym w zw. z art. 11. ust. 1 pkt 10 ustawy PZP należy rozumieć w ten sposób, że do wyboru operatora pasażerskich przewozów kolejowych znajdują zastosowanie przepisy ustawy PZP, jeśli wybór operatora ma miejsce w ramach procedury konkurencyjnej, o której mowa w art. 5 ust. 3 Rozporządzenia nr 2007/1370, a powierzenie spełnia definicję zamówienia publicznego, natomiast w pozostałych przypadkach przepisy ustawy PZP nie mają zastosowania (bezpośrednie powierzenie lub powierzenie mające charakter umowy koncesji na usługi).

W konkluzji wykonawcy ARRIVA RP zwrócił jeszcze uwagę na dokonaną przepisami ustawy z dnia 16 czerwca 2023 r. nowelizację ustawy PZP, która wejdzie w życie w dniu 28 września 2023 r., tj. uchylenie art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP na mocy art. 13 ustawy nowelizującej, gdzie według uzasadnienia rządowego projektu nowelizacji ustawy zmiana ta ma jedynie charakter porządkujący i służy usunięciu nieuzasadnionych wątpliwości, co do tego, *czy „możliwe jest stosowanie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych do procedowania przez organizatora publicznego transportu zbiorowego konkursowego wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym i metrze”.* W uzasadnieniu wskazano, że: *„Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem "ogólne przepisy dotyczące zamówień publicznych", o których mowa w motywie 27 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 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.)*[…] *Zmiana ta wyeliminuje z polskiego porządku prawnego pozorną niespójność ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym i ustawy z*

dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych". Według cytowanego uzasadnienia rządowego projektu ustawy, w opinii Odwołującego, rzeczona niespójność przepisów nie istniała, a stosowanie przepisów ustawy PZP do organizacji kolejowego transportu zbiorowego nie było i nie jest wcale wykluczone również w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego. Wobec tego Odwołujący wniósł o zastosowanie przepisów ustawy PZP do przedmiotowego postępowania i uznanie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W rozdziale II pkt 1 SWZ Zamawiający podał, że zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) do udzielenia zamówień w zakresie pasażerskiego transportu kolejowego nie stosuje się ustawy PZP, jednakże w celu zachowania wymaganej konkurencyjności przy wyłonieniu operatora, postępowanie zostanie przeprowadzone w oparciu o przepisy ustawy PZP zawarte w Dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne", natomiast z wyłączeniem przepisów ustawy PZP zawartych w Dziale IX „Środki ochrony prawnej".

Zgodnie z regulacją art. 528 pkt 1 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że
w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Art. 529 ust. 1 ustawy PZP stanowi zaś, że Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Odwołanie może zostać zatem odrzucone na posiedzeniu niejawnym na podstawie regulacji art. 528 pkt 1 ustawy PZP, gdy konkretna procedura udzielania zamówienia nie jest normowana przez przepisy ustawy PZP albo wtedy, gdy dotyczy ono przetargu prowadzonego według przepisów Kodeksu cywilnego lub innego podobnego postępowania zmierzającego do wyboru oferty, które uregulowano w innych aktach prawnych. W świetle art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP przepisów tej ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Zgodnie natomiast z rozdziałem III ust. 1 SWZ przedmiotem tego zamówienia jest świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na obszarze Województwa Śląskiego przez wyłonionego operatora w okresie od dnia 10 grudnia 2023 r. do dnia 14 grudnia 2030 r. Nie budzi zatem wątpliwości, że chodzi o usługę publiczną, o której mowa w art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

W ocenie Izby wywodzenie przez Odwołującego konieczności stosowania przepisów ustawy PZP do przetargówna usługi przewozów kolejowych z przepisu art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy
z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym i traktowanie tego przepisu jako normy szczególnej względem art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP jest nieuzasadnione. Należy zauważyć, że ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym stanowi akt prawa o charakterze ogólnym. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawa ta określa zasady organizacji i funkcjonowania regularnego przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym realizowanego na terytorium Polski oraz w strefie transgranicznej, w transporcie drogowym, kolejowym, innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim oraz
w żegludze śródlądowej. Operatora w publicznym transporcie zbiorowym można więc co do zasady wybrać przy zastosowaniu przepisów ustawy PZP zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, ale ze względu na wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP nie dotyczy to usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Skoro zatem art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zawiera wyłączenie w stosunku tylko do jednej z kategorii usług transportowych objętych ustawą z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, to nie powinno budzić wątpliwości, że to przepis z ustawy PZP w tym zakresie trzeba uznać za uregulowanie szczególne. Nie można też tracić z pola widzenia tego, że ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r.
o publicznym transporcie zbiorowym weszła do polskiego porządku prawnego wcześniej aniżeli ustawa PZP z 2019 r., tj. w dniu 1 marca 2011 r. Natomiast ustawa PZP z 2019 r. obowiązuje od dnia 1 stycznia 2021 r. Co warte podkreślenia, norma z art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP nie miała swojego odpowiednika w uprzednio obowiązującej ustawie PZP
z 2004 r. i przy takim samym brzmieniu art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r.
o publicznym transporcie zbiorowym brak było analogicznego wyłączenia stosowania przepisów ustawy PZP. Izba podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Izby z dnia 21 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 51/22, że taki zabieg ustawodawcy krajowego, który wprowadził w 2021 r. omawiane wyłączenie, był zamierzony a jego celem było wyłączenie obowiązku stosowania ustawy PZP w odniesieniu do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem i że polski ustawodawca nie skorzystał z możliwości ustanowienia w prawie krajowym obowiązku udzielania tych zamówień w trybie ogólnych przepisów o zamówieniach publicznych, do jakich zalicza się ustawa PZP.

Jednocześnie, jak trafnie zauważa Odwołujący w swoim piśmie zatytułowanym „odwołaniem", przepis wyłączający

stosowanie przepisów ustawy PZP do postępowań
w sprawie usług publicznych z zakresu transportu pasażerskiego koleją zniknie z ustawy PZP dopiero w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 16 czerwca 2023 r. o zmianie ustawy
o publicznym transporcie zbiorowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1720), zwanej dalej „ustawą nowelizującą", tj. w dniu 28 września 2023 r., gdzie właśnie art. 13 tejże ustawy przewiduje uchylenie art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Jednakże wykonawca ARRIVA RP pomija w swoim „odwołaniu", że równocześnie art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej wyraźnie stwierdza, że do postępowań w sprawie konkursów i zamówień, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem – wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej stosuje się przepisy dotychczasowe. Skoro zatem Zamawiający wszczął procedurę przetargową w dniu 8 września 2023 r., czyli na 20 dni przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, to do takich postępowań należy stosować przepisy dotychczasowe, w tym przepis art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zawierający normę prawną wyłączającą stosowanie przepisów ustawy PZP w stosunku do zamówień, których przedmiotem są usługi publiczne
w zakresie transportu pasażerskiego koleją. Gdyby zatem miało być tak, jak wywodzi
w „odwołaniu" wykonawca ARRIVA RP, że już na bazie obecnie obowiązujących przepisów prawa należy stosować przepisy Prawa zamówień publicznych do postępowań przetargowych na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją, w tym przepisy o środkach ochrony prawnej, a w konsekwencji dopuszczać możliwość rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań od decyzji instytucji zamawiających w takich postępowaniach, to przecież racjonalny ustawodawca nie nakazywałby stosowania przepisów dotychczas obowiązujących do postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej z dnia 16 czerwca 2023 r. W takiej sytuacji norma intertemporalna z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej byłaby zupełnie zbędna, skoro – jak wywodzi w swoim piśmie Odwołujący – niezależnie od samego uchylenia art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP i tak należałoby stosować przepisy ustawy PZP, niezależnie od tego, kiedy tak naprawdę postępowanie przetargowe zostało wszczęte. Taka wykładnia przepisów prawa byłaby nie tylko sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, który wprost zabrania stosowania przepisów ustawy PZP do postępowań
w sprawie zamówień, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją, ale też nie można byłoby jej pogodzić z intencjami ustawodawcy dekodowanymi z uzasadnienia rządowego projektu ustawy nowelizującej (Druk sejmowy nr 3277 z dnia 19 maja 2023 r.), gdzie autor projektu ustawy zmieniającej nie wspomina w jego uzasadnieniu ani o sprzeczności, ani o niespójności art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, lecz wspomina tylko o „pozornej niespójności" tych dwóch przepisów.

Co więcej, Izba postanawiając o odrzuceniu odwołania w niniejszej sprawie z uwagi na brak zastosowania przepisów ustawy PZP miała również na względzie opinię wyrażoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2023 r. na temat wyeliminowania z polskiego porządku prawnego przepisu art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP na mocy art. 13 rządowego projektu ustawy (Druk sejmowy nr 3277 z dnia 19 maja 2023 r.). Prezes Urzędu wyrażając swoje stanowisko w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o transporcie zbiorowym oraz niektórych innych ustaw zaopiniował, że: *„Projekt w art. 13 dokonuje zmiany przepisów z zakresu zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem „W ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 1812, 1933 i 2185 oraz z 2023 r. poz. 412 i 825) wart. 11 w ust. 1 uchyla się pkt 10". Powyższa zmiana w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych ma na celu zapewnienie stosowania przepisów tej ustawy do zamówień, których przedmiotem są usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Jak wynika z uzasadnienia do powyższego projektu ustawy „(...) zmiana ta przesądzi również o kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach odwołań od decyzji co do wyboru operatora publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym – o co wnosiła Komisja Europejska w związku ze sprawozdaniem Polski z realizacji w 2021 r. decyzji Komisji (UE) 2021/1885 z dnia 20 kwietnia 2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.43127 – 2018/C (ex 2015/NN) (ex 2015/N) wdrożonej przez Polskę na rzecz Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. (notyfikowanej jako dokument nr C(2021) 855) (Dz. Urz. UE L 386 z 29.10.2021, str. 1) oraz w sprawie EU-Pilot- EUP(2022)10363. (...)"Zaproponowane przez projektodawcę rozwiązanie mieści się w zakresie dozwolonym przepisami: 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 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) oraz 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 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.). Jak bowiem wskazano w motywie 27 dyrektywy 2014/24/UE oraz odpowiednio w motywie 35 dyrektywy 2014/25/UE: „(...)W zakresie, w jakim 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".

Z powyższej opinii Prezesa Urzędu, która podziela zapatrywania projektodawcy zawarte
w uzasadnieniu Druku sejmowego nr 3277 z dnia 19 maja 2023 r. i która znajduje również aprobatę Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie, jednoznacznie wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza stanie się właściwa do rozpoznawania odwołań w sprawach dotyczących przetargów na zamówienia publiczne z zakresu usług publicznego transportu pasażerskiego koleją dopiero z chwilą wejścia w życie nowelizacji ustawy PZP, mocą której art. 11 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zostanie usunięty z ustawy, oraz dopiero w odniesieniu do czynności i zaniechań instytucji zamawiających w postępowaniach przetargowych wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej. Dlatego choć Zamawiający bez jednoznacznego i wyraźnego obowiązku prawnego wszczął procedurę przetargową w sprawie udzielenia zamówienia na *„świadczenie usług publicznych w zakresie wykonywania kolejowych przewozów pasażerskich w okresie od 10 grudnia 2023 r. do 14 grudnia 2030 r."*
i stosuje do niej przepisy ustawy PZP (za wyjątkiem przepisów o środkach ochrony prawnej), to w świetle regulacji ustawy PZP zarówno według stanu prawnego na dzień 8 września 2023 r. (data publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), jak i na dzień 18 września 2023 r. (data wniesienia „odwołania" do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), jak również na dzień 25 września 2023 r. (data wydania postanowienia przez Krajową Izbę Odwoławczą) wyłączone jest stosowanie przepisów ustawy PZP w sprawach zamówień publicznych na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją.

Dlatego wobec ustalenia, że w niniejszej sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy PZP, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzi wynikająca z art. 528 pkt 1 ustawy PZP przesłanka formalna uniemożliwiająca merytoryczne rozpoznania odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574-576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia 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).

Przewodniczący:.....