

Warszawa, 22 grudnia 2022 r.

**Szanowny Pan
Rafała Weber
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Infrastruktury**

Heavenly Peace Ministries,

Pozwalam sobie przesłać uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym oraz niektórych innych ustaw (UD18) wyrażając przy okazji żal, że nie trafił on oficjalnie do konsultacji do największego związku zrzeszającego przedstawicieli transportu szynowego.

1. Podstawowa zmiana to dostosowanie systemu ulg ustawowych – finansowanych z budżetu - poza publiczny transport zbiorowy będący usługą publiczną (użyteczności publicznej, oparty na umowie PSC) do sytuacji jaka powstanie w wyniku zmiany ustroju transportu publicznego zbiorowego na drogach. Po wielokrotnym odraczaniu, 1 stycznia 2023 mają wejść w życie zmiany, w wyniku których doszłoby do braku obowiązku stosowania przez przewoźników komercyjnych i równoczesnej refundacji dla nich przez budżet ulg ustawowych w ptz autobusowym realizowanym poza PSC. Skasowanie refundacji ulg ustawowych poza PSC będzie szkodliwe, niepotrzebnie pogorszy warunki wykonywania ptz bez dotacji (poza PSC), gdyż na takich liniach nie byłoby ulg ustawowych i ich refundacji, a więc popyt byłby mniejszy. Przy mniejszej liczbie pasażerów cześć linii okazałby się nierentowna i albo konieczne byłoby zwiększanie dotacji PSC, albo redukcja liczby połączeń.

2. Od 1 stycznia 2023 a raczej po czasie określonym przepisami przejściowymi zanika system potwierdzenia zgłoszenia wykonywania ptz autobusowego. Można ten obowiązek traktować jako ograniczenie wolności gospodarczej, jednak z drugiej strony koegzystencja pomiędzy dotowanym PSC i całkowicie swobodnym transportem prywatnym jest obarczona ryzykiem tzw. „cherry picking”, „wybierania rodzynek”, czyli niekontrolowanej konkurencji odbierającej przewoźnikom PSC pasażerów w okresach i na trasach najlepiej frekwentowanych. Konieczne jest wtedy wyższe dotowanie PSC przez organizatora transportu. W transporcie kolejowym problem ten rozwiązano poprzez konieczność uzyskiwania decyzji UTK o przyznaniu przewoźnikowi otwartego lub ograniczonego dostępu poprzedzone badaniem wpływu tej usługi na ekonomiczne uwarunkowania przewozów PSC. Warunkiem pozytywnej decyzji jest pewność, że nowe usługi nie zakłócą istotnie usług świadczonych w ramach PSC i nie zmuszą organizatora do zwiększenia dotacji. Tak więc na tej infrastrukturze kolejowej, gdzie przewoźnicy mają zapewnione prawo dostępu na mocy ustawy o transporcie kolejowym, warunkiem jego realizacji jest albo umowa PSC albo decyzja UTK.

3. Wprowadzone w nowelizacji rozwiązania zmierzają do uzyskania podobnej sytuacji w transporcie autobusowym publicznym (są przewozy regularne innego rodzaju i ich to nie dotyczy) – musi być albo PSC albo zezwolenie organu samorządowego. Podstawowa zmiana wprowadzona została już dawno w ustawie o transporcie drogowym, tyle że była ona wielokrotnie odraczana, a jej ubocznym skutkiem mogłoby być wyłączenie autobusów spoza PSC z systemu ulg ustawowych. Ustawa o uprawnieniu do ulg stanowi:

Art. 1. 1. Ustawa reguluje uprawnienia do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego w regularnych przewozach osób, wykonywanych przez **uprawnionych przewoźników kolejowych i autobusowych.**

2. Przepisów ustawy **nie stosuje się do komunikacji miejskiej.**

Z powyższego nie wynika o jakie uprawnienia i którą definicję przewoźnika kolejowego chodzi (ptz art. 6 czy ptz art. 4 i uotk)), ale po nowelizacji zapisany zakres ustawy będzie się różnił od obecnego w zakresie autobusów:

Art. 1a. ust. 4. Ilekroć w ustawie jest mowa o: ... **3a)** środkach publicznego transportu zbiorowego - należy przez to rozumieć środki transportu wykorzystywane w transporcie kolejowym lub drogowym, ~~w przewozie o charakterze użyteczności publicznej, o którym mowa w przepisach ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2136 i 2371);~~

4. W ustawie o ptz definicja przewoźnika kolejowego nie zmienia się w wyniku nowelizacji. W kwestii przewozów kolejowych zachowany jest więc status quo, co nie oznacza, że jest on w pełni jednoznaczny. Ustawa o ulgach nie wprowadza swojej definicji przewoźnika. Podobnie prawo przewozowe regulujące prawa i obowiązki przewoźników – zwłaszcza względem pasażerów i nadawców ładunków w przewozach drogowych, kolejowych i żeglugi śródlądowej – nie wprowadza swojej definicji. Natomiast w ustawie o ptz mamy otwarty i nie nowelizowany art. 6.

Art. 6, ust. 1 Publiczny transport zbiorowy może być wykonywany przez **operatora publicznego transportu zbiorowego**, zwanego dalej "operatorem" lub **przewoźnika spełniających warunki do podejmowania i wykonywania działalności w zakresie przewozu osób** określone odpowiednio w:

- 1) ustawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (Dz. U. z 2022 r. poz. 515);
- 2) ustawie z dnia 21 grudnia 2000 r. o żegludze śródlądowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1863 oraz z 2021 r. poz. 2490);
- 3) ustawie z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym;
- 4) **ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym;**
- 5) ustawie z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r. poz. 24 i 974);

6) ustawie z dnia 18 września 2001 r. - Kodeks morski (Dz. U. z 2018 r. poz. 2175).
...

Ustawa o transporcie kolejowym reguluje tryb licencjonowania przewoźników, ale krąg przewoźników jest bardzo szeroki.

Art. 4 pkt. 9 uotk: przewoźnik kolejowy - przedsiębiorca uprawniony do wykonywania przewozów kolejowych, w tym przedsiębiorca świadczący wyłącznie usługę trakcyjną, na podstawie licencji i jednolitego certyfikatu bezpieczeństwa, lub przedsiębiorca uprawniony do wykonywania przewozów kolejowych na podstawie świadectwa bezpieczeństwa;

Natomiast art.4 ustawy o ptz w brzmieniu sprzed nowelizacji i w brzmieniu po nowelizacji zawęża pojęcie przewoźnika do przewoźnika drogowego oraz kolejowego działającego na sieci kolejowej do której stosuje się bez ograniczeń ustawę o tk.

Art. 4, ust. 1 pkt. 11): przewoźnik - przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób na podstawie ~~/potwierdzenia zgłoszenia przewozu//~~, **zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym/**, a w transporcie kolejowym - przewoźnik kolejowy wykonujący przewóz osób na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych albo decyzji o przyznaniu otwartego dostępu albo decyzji o przyznaniu ograniczonego dostępu, o których mowa w art. 29c ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 oraz z 2022 r. poz. 727);

Jeżeli więc art. 4 ust. 1 pkt. 11 oraz art. 5 są ważniejsze od art. 6 ust. 1 to następuje wyłączenie spod pojęcia „przewoźnik” tych przedsiębiorców kolejowych, którzy wykonują przewozy pasażerskie na infrastrukturze nie objętej w pełni przepisami uotk. W myśl art. 3 uotk cała ustawa lub jej Rozdział 6 regulujący kwestie dostępu nie dotyczy tramwajów, transportu linowego lub linowo terenowego, infrastruktury prywatnej i przewoźników wykonujących na niej przewozy, kolei wąskotorowych i metra. Zatem definicja przewoźnika kolejowego z art. 4 nie obejmuje tych podmiotów. Takie określenie przewoźnika kolejowego jest odmienne od stosowanego w uotk. Jeżeli ważniejszy jest art. 6 ust. 1 to z pkt. 4) wynika, że przewoźnikiem jest przewoźnik kolejowy w rozumieniu uotk, zgodnie z art. 4 pkt. 9) a więc każdy przedsiębiorca uprawniony do wykonywania przewozów kolejowych pasażerskich.

5. Brak jest przepisu wskazującego spośród jakich podmiotów ma być wybrany operator PSC, ale wszystko wskazuje na to, że może to być dowolny przewoźnik kolejowy a także żeglugowy i drogowy. Naszym zdaniem może to być statek rzeczny lub morski, kolej wąskotorowa, linowa, lub inna do której nie jest stosowany rozdział 6 uotk o udostępnianiu infrastruktury. Nie mamy wykładni potwierdzającej lub zaprzeczającej tej tezie.

6. Wyłączenie stosowania trybu koncesji jako formy udzielania zamówienia na PSC poprzez nowelizację art. 19 uoptz ma skutki które może ocenić wyłącznie specjalista od zamówień publicznych. Nie podejmuję się też oceny na ile wprowadzenie stosowania wprost Rozporządzenia UE 1370/2007 z pomocniczym stosowaniem prawa zamówień publicznych może wprowadzać zagrożenia. Ograniczenia możliwości rezygnacji z przetargu o których mowa w tym Rozporządzeniu – do których Polska zobowiązała się przy okazji restrukturyzacji Polregio - są regulowane w art. 22a który nie jest nowelizowany.

7. W naszej ocenie projektowane brzmienie art. 19 ust 1 i ust 4, zgodnie z którym organizator dokonuje wyboru operatora na usługi transporcie publicznym w przewozach kolejowych w trybie art. 5 ust 3 rozporządzenia 1370/2007 a w zakresie nie uregulowanym w tym przepisie stosuje odpowiednio przepisy dotyczące trybów przetargowych określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, rodzi szereg wątpliwości prawnych, tak dotyczących samej wykładni projektowanego przepisu jak i dotyczących wywiązania się z zobowiązań nałożonych na Państwo polskie w zakresie wymogów stawianych procedurom przetargowym na świadczenie usług w transporcie publicznym.

W pierwszej kolejności zwracamy uwagę, że projektowane brzmienie art. 19 ust 4 (w tym m.in. wobec jednoczesnego pozostawienia art. 22a UPTZ w niezmienionym brzmieniu), rodzi pytanie, w jakim zakresie organizator ma „odpowiednio” stosować przepisy PZP (w szczególności, czy tylko przepisy Działu II Rozdział III, czy też może jeszcze inne, jakie?).

Przepis art. 19 ust 4 w projektowanym brzmieniu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że **poza zakresem „odpowiedniego stosowania” przez Organizatora pozostaną przepisy Działu IX „Środki ochrony prawnej” ustawy Prawo zamówień publicznych.** To zaś jest kluczowe dla spełnienia wymogu wynikającego z art. 5 ust 3 Rozporządzenia 1370, dotyczącego udzielenia zamówienia w procedurze otwartej dla każdego podmiotu, sprawiedliwej i zgodnej z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. W zakresie środków prawnych Rozporządzenie 1370/2007 nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia, by podjęte przez organizatora decyzje mogły być szybko i skutecznie skontrolowane na żądania każdej osoby, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia, i która doznała szkody lub której grozi szkoda. Dodatkowo zgodnie z motywem 21 preambuły do Rozporządzenia 1370/2007, kontrola prawidłowości działań organizatora musi być skuteczna w stopniu porównywalnym do dyrektyw odwoławczych 89/665/EWG i 92/13/EWG.

Wymóg właściwej ochrony prawnej zamówień, do których stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jest realizowany przez różnego rodzaju środki przysługujące wykonawcom na etapie przed zawarciem umowy, w szczególności odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej oraz prawo żądania skontrołowania orzeczenia KIO przez sąd powszechny. Ze względu na krótki termin na wniesienie środka wniesienia oraz krótki termin rozpoznania i w szczególności automatyczny okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy, środki ochrony prawnej wynikające z przepisów Prawa zamówień publicznych spełniają warunek skuteczności i szybkości. Nie bez znaczenia dla oceny skuteczności i szybkości pozostaje również fakt dysponowania doświadczeniem i znajomością specyfiki

rynku zamówień publicznych przez Krajową Izbę Odwoławczą zdobytymi przez lata praktyki orzeczniczej w tej specyficznej dziedzinie.

Godzi się podkreślić, że o wprowadzeniu do prawa zamówień publicznych „dedykowanych” dla kontroli naruszeń w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, środków ochrony prawnej i zapewniających ochronę przed naruszeniami przed zawarciem umowy, zdecydował fakt, że środki dostępne na zasadach ogólnych nie są ani skuteczne ani szybkie, szczególnie w obszarze kontroli naruszeń na etapie przedkontraktowym.

Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym nie zawiera (poza art. 59, który jednak dotyczy tylko prawa do skargi w przypadku ogłoszenia zamiaru bezpośredniego zawarcia umowy) żadnych uregulowań odnośnie środków ochrony prawnej. Takich uregulowań (poza ogólnymi wytycznymi j.w.) nie zawiera też naturalnie rozporządzenie 1370/2007. Wykonawcom pozostają więc środki „na zasadach ogólnych”, które jak zostało wskazane wyżej nie spełniają wymogu skuteczności.

Biorąc pod uwagę ogromne wartości przedmiotu zamówienia na usługi transportu publicznego w przewozach kolejowych, a tym samym niebagatelną wartość środków publicznych wydatkowanych w związku z takim zamówieniami, nasuwa się oczywiste pytanie, jakie racjonalne przesłanki mogą przemawiać, za wyłączeniem tychże zamówień spod działania dedykowanych dla zamówień publicznych środków ochrony prawnej i skierowania ich w reżim tradycyjnych sposobów egzekwowania prawa. Nie sposób też nie wspomnieć, że jak pokazała choćby treść pytań do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przewozy kolejowe organizowanym niedawno przez Marszałka Województwa Pomorskiego, w zakresie właśnie ochrony prawnej i treść udzielonych wyjaśnień¹, w tej sprawie panuje kompletny brak rozeznania i niepewność tak po stronie wykonawców jak i po stronie organizatorów:

¹ <https://platformazakupowa.pl/transakcja/679803>

14. Dot. pouczenia o środkach ochrony prawnej (rozdział XXII pkt 5 Ogłoszenia o przetargu)

Zamawiający wskazuje, w rozdziale XXII że:

„5. Wykonawcom, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Kodeks cywilny, przysługuje skarga do sądu powszechnego.”

- (1) Prosimy o wyjaśnienie jaki konkretnie środek ochrony prawnej, służący Wykonawcy Zamawiający ma na myśli mówiąc o „skardze do sądu powszechnego”, gdyż Wykonawcy nie jest znany powołany w pkt XXII pkt 5 Ogłoszenia środek w postaci „skargi do sądu powszechnego”.
- (2) Prosimy także o wyjaśnienie, czy środek ten w okolicznościach wskazanych przez Zamawiającego, przysługuje na każde zaniechanie czynności Zamawiającego w postępowaniu lub czynność Zamawiającego w postępowaniu, również wobec zamieszczonego przez Zamawiającego Ogłoszenia o przetargu i na projektowane postanowienia umowy.
- (3) Wobec wskazania jako podstawy prowadzonego postępowania art. 70(1) Kc w zw z Rozporządzeniem 1370/2007 prosimy o potwierdzenie, że wskazany przez Zamawiającego środek prawny przysługuje zarówno w przypadku naruszenia przepisów kodeksu cywilnego jak i przepisów Rozporządzenia 1370/2007

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż przez skargę do sądu powszechnego w rozumieniu rozdziału XXII pkt 5 Ogłoszenia o przetargu, na gruncie obowiązujących w państwie polskim przepisów procedury cywilnej, Zamawiający ma na myśli wszelkie dopuszczalne prawnie powództwa, w tym przede wszystkim powództwo o odszkodowanie, z tytułu działań lub zaniechań Zamawiającego w toku prowadzonego przetargu, z powodu których Wykonawca mógł lub może ponieść szkodę. Przy czym przez działania lub zaniechania w toku prowadzonego przetargu należy rozumieć wszelkie działania lub zaniechania naruszające zarówno przepisy kodeksu cywilnego, jak i Rozporządzenia 1370/2007, z powodu których Wykonawca mógł lub może ponieść szkodę, w tym wobec Ogłoszenia o przetargu i na projektowane postanowienia umowy.

Wyłączenie sektora kolejowego spod Dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE (na co zwraca się uwagę w uzasadnieniu do projektu), wcale nie oznacza zakazu przejścia regulacji krajowych opartych na rozwiązaniach z tym dyrektyw. Ustawodawca krajowy nie ma jedynie obowiązku implementacji postanowień ww. Dyrektyw w przypadku zamówień w tym sektorze. Może jednak zobowiązać zamawiających do stosowanie przepisów krajowych, które implementują Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE.

W sytuacji, gdy brak jest szczegółowych i kompleksowych uregulowań (włączając system dedykowanych środków ochrony prawnej) w przepisach ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, takie rozwiązanie wydaje się najbardziej słuszne i logiczne.

Reasumując, wnioskujemy o taką zmianę (doprecyzowanie) przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, która wyeliminuje wątpliwości co do obowiązku stosowania do wyporu operatora w publicznym transporcie w przewozach kolejowych przepisów Prawa zamówień publicznych przy zachowaniu pierwszeństwa rozwiązań szczególnych z rozporządzenia nr 1370/2007.

Proponowana zmiana w tym zakresie nie tylko nie eliminuje tych wątpliwości ale jeszcze je pogłębia a dodatkowo (przede wszystkim z uwagi na szeroko uargumentowaną kwestię dotyczącą ochrony prawnej) stwarza szereg ryzyk takich jak naruszenie prawa Unii Europejskiej (Rozporządzenia 1370/2007), zobowiązań Polski względem Unii (w tym wynikających z Decyzji Komisji Europejskiej z 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.); potencjalna niezgodność rekompensat z zasadami pomocy publicznej, nieracjonalność wydatków publicznych, niepewność prawna po stronie organizatorów i operatorów, brak realnej konkurencji w zakresie działalności polegającej na świadczeniu usług publicznych w pasażerskich przewozach kolejowych.

8. Zwracamy uwagę na całkowity brak precyzji w nowym przepisie art. 56 ust. 10 o cenach biletów, które powinny być określone proporcjonalnie do kosztów. Jest to przepis zupełnie niejasny o nieokreślonej dyspozycji i konsekwencjach. W PSC jest zasada rozsądnego zysku, w przewozach komercyjnych ceny są wolne, ale można przyjąć, że przewoźnicy nie będą ustanawiali cen zbyt wysokich, wobec silnej konkurencji transportu indywidualnego.

9. Pozytywną zmianą jest dopisanie do zadań organizatora ptz innego niż związek metropolitalny możliwości „... ustanowienie zintegrowanego systemu taryfowo-biletowego obowiązującego w jego granicach...” i narzucenia go organizatorom niższego rzędu. (art.8 i art. 15b). Związki metropolitalne mają obowiązek ustanowienia takiego systemu (art. 15a). Wskazana jest konsultacja z samorządami co do szczegółowej treści przepisu, aby nie okazał się martwy.

Adrian Furgalski

PRZEWODNICZĄCY ZARZĄDU
FORUM KOLEJOWE
RAILWAY BUSINESS FORUM

Adrian Furgalski