

# Zaskarżalność czynności organizatora publicznego transportu zbiorowego w przewozach kolejowych szczebla wojewódzkiego – uwagi na kanwie orzeczenia II SA/Ke 329/15

Bartosz MAZUR<sup>1</sup>

## Streszczenie

Ogłaszanie zamiarów przez organizatorów publicznego transportu zbiorowego z odpowiednim wyprzedzeniem ma za zadanie umożliwienie podjęcia odpowiednich kroków przez uczestników rynku, właściwych dla obranego trybu przyznawania kontraktu. W przypadku wyboru trybu bezpośredniego dopuszczona została kontrola sądowa postępowania organizatora, jako wyraz promowania transparentnych, niedyskryminujących procedur rynkowych. W artykule opisano poszczególne etapy postępowania przygotowawczego organizatora, wskazując jednocześnie na to, że skarżąca strona musiała mierzyć się z obiektywną trudnością wskazania tego, co mogłoby być skarżone. Kolejne etapy były tak skonstruowane, że trudno było jednoznacznie wskazać zamiary organizatora.

**Słowa kluczowe:** zamówienie publiczne, organizator transportu publicznego, skarga sądowa

## 1. Wprowadzenie

Przewoźnicy kolejowi, zainteresowani potencjalnym pozyskaniem kontraktu służby publicznej, stoją w obliczu możliwości nadużywania przez organizatorów przewozów swojej pozycji rynkowej. Nadużycia te mogą dotyczyć przede wszystkim sfery niedostatecznej przejrzystości prowadzonych postępowań, co stawia w niekorzystnej sytuacji uczestników rynku.

Celem artykułu jest weryfikacja pozycji przewoźników kolejowych wobec organizatorów przewozów. Na podstawie analizowanego przypadku dowiedziono, że zawołość przepisów prawnych jest czynnikiem niesprzyjającym rozwojowi rynku kolejowego, ponieważ na etapie poprzedzającym umowę z przewoźnikiem, umożliwia organizatorowi przewozów dowolną interpretację swoich powinności. Dodatkowym celem artykułu jest umiejscowienie rozpatrywanego orzeczenia na tle innych orzeczeń w sprawach, w których uczestnicy rynku kolejowego skarżyli czynności organizatora przewozów.

W toku opracowania tematu zastosowano egzegezę orzeczenia II SA/Ke 329/15 [5] jako językowo-logiczną metodę badawczą. Na podstawie informacji zawartych w orzeczeniu sądowym [5], odtworzono ciąg czynności, podjętych przez organizatora przewo-

zów na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, zakończony zaskarżoną czynnością. Tym samym artykuł dotyczy przedumownej fazy działań organizatora publicznego transportu zbiorowego. Treści rozpatrywanego orzeczenia zostały poddane krytycznej analizie w świetle powszechnie obowiązujących aktów prawnych, przede wszystkim ustawy [9].

Istotność podjętego tematu wynika z dwóch przesłanek. Z jednej strony, opisane postępowanie unaczynia uniwersalną potrzebę traktowania przejrzystości postępowania i niedyskryminującego traktowania wszystkich zainteresowanych (i potencjalnie zainteresowanych) uczestników rynku, właściwą nie tylko dla organizacji transportu zbiorowego, ale dla całej aktywności sektora publicznego. Z drugiej strony ukazuje ono zawołość zapisów ustawowych, będące źródłem trudności interpretacyjnych nie tylko u podmiotów obrotu gospodarczego, lecz także w judykaturze.

## 2. Rynek kolejowych przewozów pasażerskich w Polsce

Podstawowe ramy prawne rynku kolejowych przewozów pasażerskich w Polsce są wyznaczane usta-

<sup>1</sup> Dr; Wyższa Szkoła Ekonomii i Informatyki w Krakowie, Zakład Zarządzania i Rachunkowości; e-mail: bmazur@wsei.edu.pl, mazur185@poczta.onet.pl.

wą o publicznym transporcie zbiorowym [9]. Stanowi ona fundament organizowania publicznego transportu zbiorowego i przenosi na grunt krajowy przepisy Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady [6]. Istotnym ogniwem w systemie organizacji publicznego transportu zbiorowego w Polsce są samorządy województw. Wykonują one zadania przewidziane dla organizatorów transportu, wymienione w [9], przede wszystkim w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich.

Według stanu poprzedzającego wymienione orzeczenie, sytuacja na rynku kolejowych przewozów pasażerskich szczególnie w województwie w Polsce cechowała się wzrastającym znaczeniem nowych przewoźników przejmujących rynek od Przewozów Regionalnych. Zmiany dokonywały się bądź wskutek tworzenia własnych firm przewozowych (jak np. Koleje Dolnośląskie), bądź też w wyniku przetargu (województwo kujawsko-pomorskie). Uczestnicy rynku mogli spodziewać się dalszych zmian, zarówno w kierunku wdrażania przetargów przez kolejne regiony, jak i zamykania rynku przez tworzenie własnych podmiotów. Równocześnie jednak trwały różne działania związane ze spółką Przewozy Regionalne, związane z jej restrukturyzacją, dofinansowaniem, przekształceniami własnościowymi oraz realizacją przez nią przewozów dla poszczególnych województw. Ten stan niepewności strategicznej w naturalny sposób wyostrzał czujność poszczególnych podmiotów działających i chcących działać na rynku kolejowych przewozów pasażerskich. Podmioty rynkowe, zainteresowane pozyskaniem kontraktu na przewozy kolejowe w ramach wojewódzkich przewozów pasażerskich w trybie konkurencyjnym, szczególną uwagę kierowały na te województwa, które w swoich działaniach dopuszczały zastosowanie procedury przetargowej, a przynajmniej nie wykluczały jej zastosowania. Informacja ze strony organizatorów wojewódzkich przewozów pasażerskich, zgodnie z przepisami ustawy [9], powinna być podawana z odpowiednim wyprzedzeniem oraz, co ważne, zawierać przewidywany tryb zakontraktowania operatora.

Zamiary organizatora powinny być upubliczniane z odpowiednim wyprzedzeniem, przede wszystkim po to, aby uczestnicy rynku mogli się z nimi zapoznać i – w zależności od sytuacji i własnego interesu, podjąć ewentualne działania. Faza przedumowna, obejmująca czynności organizatora prowadzące finalnie do zawarcia kontraktu z przewoźnikiem kolejowym na obsługę połączeń, powinna cechować się transparentnym podejściem, w ramach którego wszyscy zainteresowani uczestnicy postępowania są traktowani w sposób niedyskryminujący.

### 3. Charakter zaskarżanej czynności

17 kwietnia 2015 roku, do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Kielcach, skierowano skargę

na czynność organizatora publicznego transportu zbiorowego, w związku z zamiarem bezpośredniego powierzenia wykonywania usług przewozowych o charakterze użyteczności publicznej. Ważnym aspektem sporu była klasyfikacja zaskarżonej czynności, gdyż każda ze stron sporu w inny sposób odnosiła się do przedmiotu sporu, t.j. czynności, która została zaskarżona.

W opinii strony skarżącej, czynność ta nosiła znamiona ogłoszenia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 [9]. W argumentacji strony na rzecz takiego traktowania skarżonej czynności jest fakt, że jest to pierwszy moment, w którym wypełnione zostały wszelkie wymogi związane z ogłoszeniem, o którym mowa w art. 23 ust. 1 [9], w szczególności zdaniem skarżącej jest to pierwszy moment, w którym organizator w sposób jednoznaczny wypełnił wymogi określone w art. 23 ust. 4 pkt 2 [9]. Strona skarżona przedstawiła stanowisko, wskazując że zaskarżonej czynności nie należy traktować w oderwaniu od wcześniejszych działań organizatora w zakresie ogłaszania swoich zamiarów.

Chociaż ocena czynności, będącej przedmiotem skargi, ma kluczowe znaczenie dla właściwego rozpatrzenia sprawy, to właśnie całość czynności organizatora rzuca istotne światło na to, w jaki sposób przepisy nie realizują swojej podstawowej funkcji, tj. ochrony rynku i wspierania zwiększonej transparentności.

### 4. Podobne sprawy

W zakresie czynności przedumownych, wywiezioną przed kieleckim sądem skargę można przyrównać do innych orzeczeń, w których sądy administracyjne badały działania organizatorów, prowadzące do bezpośredniego powierzenia wykonawstwa usług przewozowych o charakterze użyteczności publicznej (por. 2). Zestawienie skarg, obrazujące charakter skargi oraz rozstrzygnięcie sądu, ujęto w tablicy 1.

Tablica 1

Inne podobne spory z zakresu wojewódzkich przewozów kolejowych

Przedmiot skargi	Rozstrzygnięcie sądu (sygn. akt)	
	Odrzucenie skargi	Uchylenie czynności organizatora
Ogłoszenie o zamiarze powierzenia bezpośrednio (lub zmiana ogłoszenia)	–	II SA/GI 1267/12 II SA/GI 1269/12 II SA/Bd 992/15
Inna czynność organizatora	II SA/GI 1024/12 II SA/GI 1408/12 II SA/GI 1409/12	II SA/GI 1268/12

[Opracowanie własne].

Zestawienie to nie zawiera sprawy II SA/Ke 329/15 wobec wątpliwości, czy przedmiotem skargi było ogłoszenie (stanowisko skarżącej), czy też nie (stanowisko skarżonego organu). W większości podobnych przypadków orzecznictwo stoi na stanowisku niedopuszczalności skarżenia czynności organizatora innych, niż samo ogłoszenie. Jest to interpretacja błędna, bowiem ustawa nie ogranicza zakresu rzeczowego skarg do ogłoszeń, lecz jedynie warunkuje dopuszczalność skargi obranym trybem powierzenia, ograniczając jej dopuszczalność wyłącznie do trybu bezprzetargowego. Oto bowiem art. 59 ust. 1 [9] stanowi, że (...) *w przypadku ogłoszenia zamiaru bezpośrednio zawarcia umowy podmiotowi, który jest lub był zainteresowany zawarciem danej umowy (...) przysługuje prawo wniesienia skargi do sądu administracyjnego (...)*. Wskazany przepis nie stanowi natomiast w jakikolwiek sposób, jakoby wyłącznym przedmiotem skutecznej skargi miałyby być sama czynność ogłoszenia.

Linia orzecznicza, w ramach której jedynie ogłoszenia mogą podlegać skutecznej skardze sądowo-administracyjnej, pozostaje w opozycji do zawartego wprost przepisu ustawy [9]. W tym jednak zakresie nie wydaje się konieczna zmiana przepisów, ponieważ obecne ich brzmienie w dobry sposób oddaje potrzebny, szeroki zakres ochrony uczestników rynku, niewłaściwe jest jedynie jego sztuczne zawężanie przez sądy.

## 5. Cele ogłoszeń o zamiarach organizatorów

Rozpatrując dopuszczalność kontroli postępowania organizatorów przez sądy administracyjne, trzeba mieć na uwadze cele, które powinny spełniać odpowiednie zapisy aktów prawa. Wydaje się, że na etapie tworzenia zapisów Rozporządzenia [6] zamiarem prawodawcy europejskiego było zwiększenie transparentności postępowań i przejrzystości rynku. Równocześnie jednak przepisy te musiały uwzględniać stan zastały, odmiennie kształtujący się w poszczególnych państwach oraz gałęziach transportu. Finalnie wdrożone zapisy Rozporządzenia [6], a dalej – także ustawy [9], przewidują dwie podstawowe ścieżki postępowania na etapie organizowania publicznego transportu zbiorowego, t.j.:

- tryb rynkowy, wolnokonkurencyjny i niedyskryminujący,
- tryb bezpośredni, ograniczający konkurencję i dostępność dla potencjalnie zainteresowanych stron.

Znamienne jest, że w stosunku do obu ścieżek postępowania prawodawca unijny zachowuje rygor obowiązku zawiadomienia szeroko rozumianego rynku o swoich zamiarach. Obowiązek takiego zawiadomienia jest przewidziany w art. 7 ust. 2 [6] i obejmuje za-

równo tryb rynkowy, jak i tryb bezpośredni. Należy w tym miejscu zadać pytanie o cel takiej właśnie regulacji. Wydaje się, że choć przepis obejmuje oba reżimy kontraktowania, to dla obu przypadków realizuje odmiennie cele. Będące podstawowym trybem postępowanie bazujące na konkurencji, wymaga odpowiednio wcześniejszego zaanonsowania publicznego zamiarów organu publicznego, aby dzięki temu potencjalni zainteresowani mogli powziąć określone działania przygotowawcze do skutecznego uczestnictwa w planowanym przetargu.

Taka logika nie przystaje w żaden sposób do reżimu bezpośredniego powierzenia wykonywania usług publicznych. W odniesieniu do tej grupy działań cel jest zupełnie inny. Wydaje się, że zamiarem prawodawcy było udostępnienie narzędzi, dzięki którym podmioty rynkowe będą mogły kontrolować nie tyle prawidłowość przeprowadzania postępowania, co zasadność wyboru trybu powierzenia bezpośredniego. Nadrzędna zasada wspólnego rynku i swobody przepływu jest podstawą, na której opiera się Unia Europejska, bezpośredni tryb powierzenia kontraktów zaś jest jedynie wyjątkiem od tej zasady i dlatego należy zadbać o stosowne narzędzia kontroli, czy tryb ten nie jest nadużywany.

Wydaje się, że inkorporując, w art. 23 [9] zapisy prawa europejskiego, także na niwie krajowej, należy uwzględnić cele, jakim służą określone narzędzia – tu: w postaci obowiązku ogłaszania zamiarów przez organizatora publicznego transportu zbiorowego oraz zakresu dopuszczalności drogi skargowej. Jako że w zasadzie nastąpiło powtórzenie zapisów Rozporządzenia [6], także w stosunku do ogłoszeń w rozumieniu art. 23 [9] w całej rozciągłości odnoszą się powyższe uwagi dotyczące rozbieżności celów, jakim służy wyprzedzające ogłoszenie, w zależności od obranego trybu postępowania.

## 6. Przebieg fazy przygotowawczej w rozpatrywanej sprawie

Przedmiotem rozpatrywanej sprawy jest czynność organizatora datowana na 18.02.2015 r., należąca bez wątplenia do fazy przygotowawczej w działaniach organizatora publicznego transportu zbiorowego. Aby dobrze zrozumieć istotę sprawy, konieczne jest jednak zobrazowanie okoliczności, w jakich będące przedmiotem skargi zawiadomienie zostało wydane.

Z analizy dokumentów udostępnionych w Biuletynie Informacji Publicznej województwa świętokrzyskiego [3, 10], można odtworzyć przebieg fazy przygotowawczej, przynajmniej w zakresie czynności organizatora, jakie poprzedzały wydanie dokumentu będącego przedmiotem skargi. I tak pierwotne ogłoszenie

o zamiarze organizowania przewozów (bez sprecyzowanego trybu) zostało opublikowane 8 listopada 2013 roku, zatem na 2 lata, jeden miesiąc i 5 dni przed oczekiwanym rozpoczęciem świadczenia usług. Ogłoszenie to było skorygowane 28 lutego 2014 roku (3 miesiące i 20 dni od pierwotnego ogłoszenia), przy czym korekta nie odnosiła się do materii sprawy. Kolejna zmiana ogłoszenia nastąpiła w dniu 16 grudnia 2014 roku, zatem w okresie 362 dni przed oczekiwanym rozpoczęciem świadczenia usług [3]. Dokument (określony przez organizatora jako „zawiadomienie”) będący przedmiotem skargi, został opatrzony datą 18.02.2015 r. i opublikowany w BIP następnego dnia [10]. Poszczególne czynności zaprezentowano chronologicznie na rysunku 1.

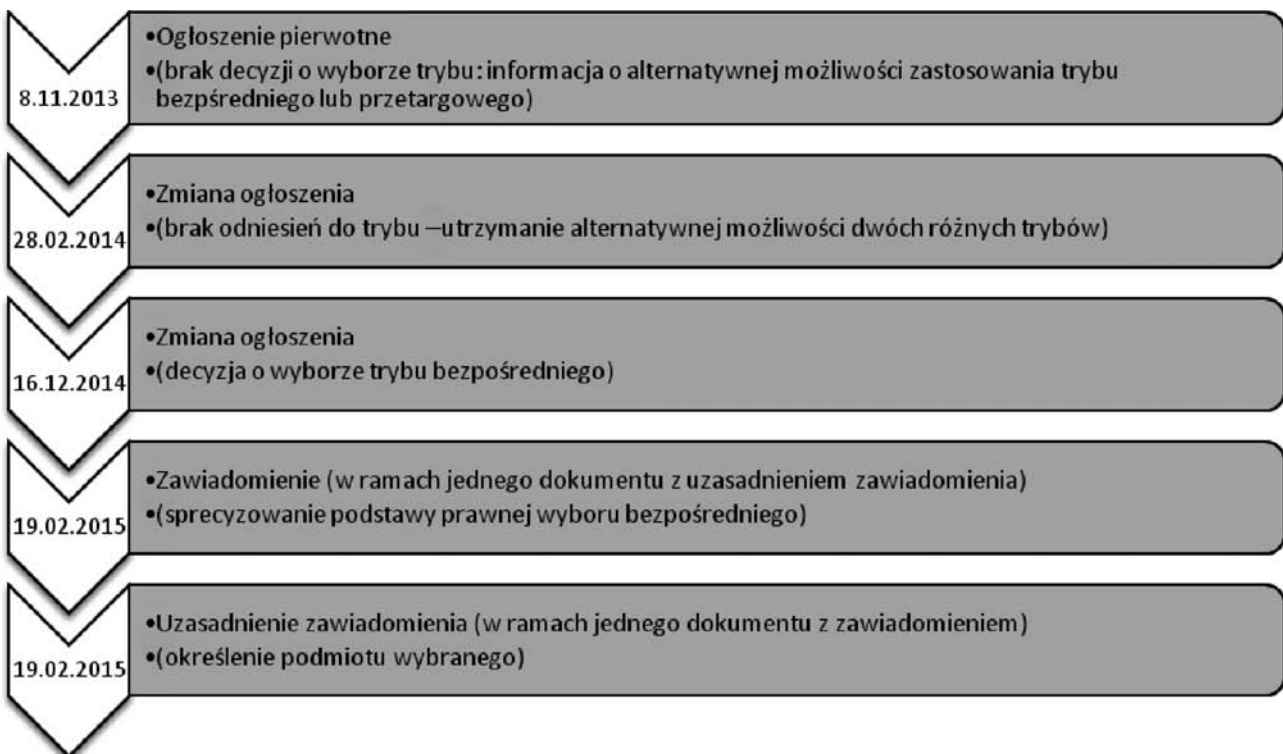
Ideowy podział ostatniej, skarżonej czynności na zawiadomienie i uzasadnienie zawiadomienia jest podyktowany tym, że przywołana w tym dokumencie podstawa prawna nie zawiera informacji, które same w sobie stanowiłyby podstawę występowania do sądu ze skargą. Dodatkowo, w rozpatrywanej sprawie należy zauważyć, że zawarty w treści uzasadnienia wywód nie odnosi się do przywołanej w zawiadomieniu podstawy prawnej.

Na podstawie przytoczonych dokumentów jest możliwe prześledzenie całego toku postępowania oraz sformułowanie próbnej odpowiedzi określającej, w którym momencie podmiot zainteresowany pozy-

skaniem kontraktu z organizatorem, staje się uprawniony do skutecznego skarżenia czynności organizatora. Ponadto, sprawa skłania do refleksji na temat oczekiwanych i możliwych konsekwencji skutecznej skargi, dotyczącej postępowania związanego ze świadczeniem na rzecz pasażerów usług przewozowych o charakterze użyteczności publicznej, na podstawie kontraktu z organizatorem transportu (tu: samorządem województwa).

## 7. Ogłoszenie pierwotne

Paradoks opisywanej sytuacji najpełniej uwidacznia się w fakcie, że pierwotne ogłoszenie organizatora z jednej strony nosiło znamiona wadliwości, a z drugiej – w praktyce wydaje się być niezaskarżalne w trybie przepisów ustawy [9]. Pierwotne ogłoszenie, zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej, przewidywało możliwość skorzystania przez organizatora jednego z dwóch alternatywnych trybów powierzenia świadczenia usług, t.j. trybu konkurencyjnego lub trybu bezpośredniego. Istotne jest w tym momencie to, że zgodnie z art. 23 ust. 4 pkt 2 [9] ogłoszenie powinno zawierać „określenie przewidywanego trybu udzielenia zamówienia”. Intencja tego przepisu, wynikająca z celów, jakim służą ogłoszenia, nakazuje organizatorom możliwie precyzyjne wskazanie trybu,



Rys. 1. Kolejność wydarzeń poprzedzających skargę sądową na czynności organizatora publicznego transportu zbiorowego w zakresie wojewódzkich przewozów kolejowych [opracowanie własne]



nie zaś – powielanie możliwych alternatyw, dopuszczalnych ustawą. Wydaje się, że jeśli organizator nie podjął jeszcze decyzji dotyczącej trybu powierzenia, wówczas powinien wstrzymać się z publikowaniem ogłoszenia.

Tego rodzaju działanie (ogłoszenie) nie jest jedynie wypełnieniem obowiązków organu władzy publicznej, lecz realizuje określone funkcje w otoczeniu gospodarczym. Umożliwia potencjalnie zainteresowanym podmiotom zorientować się, że w określonej przyszłości mogą się pojawić szanse na pozyskanie kontraktu na wykonywanie określonych przewozów. Ogłoszenie, które zostało opublikowane w listopadzie 2013 roku, z ponad dwuletnim wyprzedzeniem w stosunku do momentu rozpoczęcia świadczenia usług, bez wątplenia sygnalizowało (lub co najmniej nie wykluczało), że być może wystąpi możliwość, w której każdy zainteresowany podmiot, według jednokowych kryteriów, będzie mógł konkurować z organizatorem o kontrakt. Nie można tedy wywieść, jakoby jakikolwiek podmiot mógł skutecznie skarżyć procedurę, bowiem żaden podmiot nie był w sposób nieuzasadniony apriorycznie wykluczony na tym etapie.

## 8. Zmiana ogłoszenia

Punktem zwrotnym procedury na etapie przygotowawczym jest druga zmiana ogłoszenia, co nastąpiło 16.12.2014 roku. Z tą datą organizator sprecyzował, że powierzenie obsługi sieci komunikacyjnej przezeń organizowanej, nastąpi w trybie bezpośrednim, t.j. bezprzetargowym. W opinii sądu właśnie to ogłoszenie (ta „czynność” – zmiana ogłoszenia, czy też raczej ogłoszenie o treści zmienionej) podlegałoby skutecznemu zaskarżeniu. Zgodnie z argumentacją sądu, od tej daty zainteresowane podmioty mogły poznać informację na temat tego, że organizator przewiduje bezpośredni tryb powierzenia kontraktu, toteż od tej daty winien być liczony termin dopuszczalności postępowania skargowego. Także sąd kasacyjny [4] podzielił opinię, że pierwszą czynnością, która przesądzała o dopuszczalności wdrożenia postępowania skargowego, była zmiana treści pierwotnego ogłoszenia, opublikowana 16.12.2014 roku.

Warto zwrócić uwagę, że wykorzystanie procedury bezpośredniego kontraktowania przewozów nie oznacza eliminacji (jakiegoś) konkretnego podmiotu, uprawnionego w następstwie wyboru takiej procedury do skargi sądowo-administracyjnej. Jak dowodzi P. Bogdanowicz [1], procedura wyprzedzającego ogłaszania zamiarów przez organizatora publicznego transportu zbiorowego, ujęta w Rozporządzeniu 1370/2007, jest wyrazem nadania przymiotu znaczenia unijnego w stosunku do całości rynku kolejowego. Zadaniem ogłaszania jest zatem umożliwie-

nie potencjalnie zainteresowanym podmiotom (w domyśle – mającym siedzibę na terenie innego państwa członkowskiego) poinformowanie strony ogłaszającej o swoim zainteresowaniu pozyskaniem kontraktu. Skoro zatem ten przepis został przeniesiony do prawa krajowego, zamysłem było umożliwienie stosownej reakcji podmiotom rynku krajowego.

Również W. Szydło [7] akcentuje konieczność rozpatrywania procedur powierzenia bezpośredniego w ścisłym związku z regułami traktatowymi. Tym samym nawet decydując się na powierzenie bezpośrednie, organizator powinien stosować wynikające z przepisów ogólnych możliwości dopuszczania jak najszerzego grona podmiotów potencjalnie zainteresowanych kontraktem. W tym świetle, powołanie się na art. 22 ust. 1 [9] przez organizatora publicznego transportu zbiorowego nie wyklucza (jeszcze) żadnego podmiotu z udziału w postępowaniu o kontrakt przewozowy. Należy podkreślić, że stanowisko sądu dotyczące ewentualnej zaskarżalności czynności z 16.12.2014 r., polegającej na zmianie ogłoszenia przez eliminację trybu bezprzetargowego nie precyzuje, czy skuteczność takiej skargi miałyby się zasadzać na kwestii samego wyboru trybu, czy też bazować na fakcie niedopuszczalności zmian w okresie krótszym niż rok od planowanego rozpoczęcia świadczenia usług.

## 9. Charakter prawny zawiadomienia

Faktycznym przedmiotem skargi w sprawie było zawiadomienie z dnia 18.02.2015 r. Wywód skarżącej oparł się o logikę, zgodnie z którą zawiadomienie w istocie było pierwszym ogłoszeniem, w którym jednoznacznie określono tryb bezprzetargowy powierzenia przewozów. Wydaje się, że argumentacja strony skarżącej, nakazująca traktować zawiadomienie jako ogłoszenie jest błędna. Choć całość postępowania przedumownego budzi istotne wątpliwości, to niewiązanie zawiadomienia z wcześniejszymi działaniami skarżonego organu byłoby sprzeczne z logiką. Trudno jest mówić o tym, że strona skarżąca nie wiązała zawiadomienia z wcześniejszymi działaniami organizatora, skoro – jak wynika z sądowego orzeczenia – informowała o chęci świadczenia przewozów na jego rzecz, a w szczególności skierowała pod adresem organizatora pismo datowane na 29.12.2014 roku.

Równocześnie jednak dopiero w wyniku czynności organizatora z 18.02.2015 r. skarżąca strona mogła poznać wiedzę na temat tego, że na etapie przedumownym została wyeliminowana z możliwości pozyskania kontraktu. W świetle przytoczonych opinii P. Bogdanowicza i W. Szydło zmiana ogłoszenia, która nastąpiła w grudniu 2014 roku, mogła zostać potraktowana przez skarżącą stronę jako chęć przeprowadzenia procedury, która nie eliminowałaby aprio-

rycznie żadnego podmiotu, przy uwzględnieniu ogólnych reguł traktatowych, aczkolwiek z wykorzystaniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 [9].

W tym świetle należy podnieść fakt, że strona skarżąca prawidłowo i logicznie zareagowała na zmianę ogłoszenia, jaka nastąpiła 16.12.2014 roku. Wobec ogłoszenia przez organizatora chęci realizacji przewozów w drodze powierzenia bezpośredniego, naturalnym odruchem było poinformowanie go o chęci i gotowości świadczenia usług przewozowych – co nastąpiło 29.12.2014 roku. Na tym etapie skarżąca strona nie mogła powziąć wiedzy na temat tego, że powierzenie nastąpi na rzecz operatora wewnętrznego (w zmienionym ogłoszeniu wskazano jedynie art. 22 ust. 1, bez wskazania, że chodzi o przepis punkt 2), zatem mogła potraktować tego rodzaju ogłoszenia jako swoiste zaproszenie do składania ofert lub przynajmniej zaproszenia do informowania o zainteresowaniu świadczeniem usług.

Wydaje się przy tym, że argumentacja strony skarżącej, nakazująca traktować zawiadomienie jako ogłoszenie jest błędna i naciągana. Trudno jest mówić o tym, że organizator ogłasza nowe zamiary bez wyraźnego odniesienia się do poprzednich czynności podejmowanych w odniesieniu do przewozów kolejowych. Znamienne przy tym jest, że skarżąc czynność zawiadomienia jako „nowego ogłoszenia”, strona skarżąca nie zgłosiła zarzutu, iż owo „nowe ogłoszenie” nie zawiera elementów wymaganych prawem dla ogłoszenia, przede wszystkim w zakresie linii komunikacyjnych, zgodnie z art. 23 ust. 4 pkt 3 [9].

Wobec braku zgody stron postępowania co do klasyfikacji dokumentu z 18.02.2015 r., można pokusić się o autorskie wskazanie, czym owa czynność mogła być. Zawarte treści odpowiadają zapisom zawartym w art. 7 ust. 4 Rozporządzenia [6]. Przepis ten wymaga od organizatora uzasadnienia decyzji o bezpośrednim udzieleniu zamówienia na wniosek zainteresowanej strony. Jako, że omawiana czynność zawierała takie uzasadnienie można uznać, że była ona takim właśnie uzasadnieniem, choć poczynionym z własnej inicjatywy organu, a nie – na wniosek strony. Nadto, uzasadnienie miało charakter publiczny, a nie było adresowane do konkretnego podmiotu wnioskującego o jego wydanie.

## **10. Wątpliwości związane z możliwością skutecznego skarżenia czynności organizatora**

Stopień zagmatwania sprawy rodzi pytanie o możliwość skutecznej obrony swoich interesów przez potencjalnie zainteresowanych uczestników rynku kolejowego. Jeśli istotnie traktować zawiadomienie wystosowa-

ne 18.02.2015 r., jako czynność opisaną w art. 7 ust. 4 rozporządzenia [6] to istotnie, zawiadomienie takie nie powinno podlegać możliwości skarżenia (jako czynność), ponieważ ma wyłącznie informacyjny charakter. W tym miejscu należy wrócić do zmiany ogłoszenia z 16.12.2014 roku, w którym organizator po raz pierwszy poinformował o chęci wykorzystania instytucji powierzenia bezpośredniego w kontraktowaniu usług kolejowych. Kluczowe dla istoty sprawy jest to, w jaki sposób zostało potraktowane stanowisko skarżącej strony z 29.12.2014 roku, w którym informowała ona o gotowości i chęci świadczenia usług na sieci komunikacyjnej organizatora. Jako że całość procedury przedumownej podlega rygorom postępowania administracyjnego, tedy obowiązkiem organizatora było rozpatrzenie przedmiotowego pisma w duchu art. 7 [8], przede wszystkim w zakresie dokładności w podejmowanych działaniach. Brak repliki ze strony organizatora mógłby zatem być przesłanką wniesienia ponaglenia w związku z przewlekłością postępowania lub bezczynnością organu.

Symptomatycznym jest w tym momencie fakt ogłoszenia przez organizatora zamiaru powierzenia bezpośredniego w publikatorze unijnym dopiero 27.02.2015 r. Czynność ta – choćby z racji niedochowania rocznego wyprzedzenia względem momentu świadczenia usług – wydaje się skutecznie zaskarżalna, choć trudno wyrokować, w jaki sposób skuteczna skarga ogłoszenia w publikatorze unijnym mogłaby wpłynąć na sytuację, w której organizator podjął już decyzję o przyznaniu bezpośredniego kontraktu i wskazał podmiot wybrany, o czym zawiadomił jeszcze przed publikacją w zasięgu unijnym.

Należy dodatkowo poddać w wątpliwość, czy organizator w trakcie procedowania przedumownego dochował należytej staranności prowadzonych działań. W myśl pierwotnego ogłoszenia, postępowanie o udzielenie zamówienia (niezależnie od trybu) powinno rozpocząć się nie wcześniej niż rok po ogłoszeniu – zatem nie wcześniej niż 8 listopada 2014 roku. Tymczasem podpisanie w październiku 2014 roku porozumienia (przywołanego w zawiadomieniu) świadczy o tym, że określone kroki zostały podjęte przez organizatora przed upływem okresu wskazanego w pierwotnym ogłoszeniu. Rodzi też wątpliwości fakt, że zmiana ogłoszenia, będąca następstwem październikowego porozumienia, nastąpiła dopiero w połowie grudnia 2014 roku – trudno tu mówić o działaniach niezwłocznych i cechujących się pogłębianiem zaufania do instytucji publicznych. Trudno jednak oczekiwać skarżenia podpisania porozumienia przez organizatora w październiku 2014 roku – w świetle treści ogłoszenia pierwotnego, gdzie podano roczny okres, po którym podejmowane będą działania zmierzające do zamówienia. Rozumowanie, że porozumienie nie jest czynnością w sprawie związanej z ogłoszeniem pierwotnym nie jest pozbawione podstaw.

## 11. Wnioski

Sprawa orzeczenia II SA/Ke 329/15 wpisuje się w pewien kanon orzeczeń sądów administracyjnych, odrzucających skargi na czynności organizatorów inne niż samo ogłoszenie zamiaru bezpośredniego powierzenia kontraktu. Jakkolwiek przesłanki odrzucania nie są prawidłowe (ustawa nie ogranicza możliwości skarżenia tylko do samych ogłoszeń), to w opisanym przypadku postępowanie organizatora cechowało się bardzo dużą zawilnością i rozciągnięciem w czasie. Z drugiej strony także skarżąca strona oparła swoją argumentację o dość specyficzną logikę, bardzo trudną do obrony. Widać wyraźnie, że uczestnicy rynku zainteresowani pozyskaniem kontraktu nie są w należyty sposób chronieni – obowiązki organizatorów związane z publikowaniem informacji o ich zamiarach nie są w sposób jednoznaczny określone, a zapisy ustawy [9] nie przystają do praktyki gospodarczej rynku przewozów pasażerskich. Także następne działania organizatora mogą w istotny sposób wpływać na ograniczenie możliwości działań podmiotów rynkowych i konserwować sytuację lokalnego rynku w stopniu większym aniżeli było to zamysłem prawodawców.

Równocześnie obostrzenia sprawiają, że wywieńczenie skutecznej skargi jest nadmiernie utrudnione – trudno jest bowiem wskazać konkretny moment i konkretną czynność, która sama w sobie mogłaby być przedmiotem skargi, bowiem dopiero cały ciąg działań w ramach fazy przygotowawczej unaocznia działania, które ograniczają rynek w nadmierny sposób. W kontekście przyjęcia IV pakietu kolejowego, nastawionego na zwiększanie oddziaływania sił rynkowych na kolei pasażerskiej, tym więcej uwagi poświęcić należy rzeczywistej przejrzystości procedur – rozumianych jako określony, całościowy proces – prowadzących do wyboru operatora przewozów kolejowych.

Wydaje się, że wymienione orzeczenie w pewien sposób przyczyniło się do wzrostu świadomości prawnej uczestników rynku kolejowych przewozów pasażerskich, w tym przede wszystkim po stronie organizatorów w zakresie bardziej poprawnego formułowania zamiarów na etapie przedumownym. Jakkolwiek podstawową potrzebą w zakresie rozpatrywania skarg przewoźników kolejowych jest zaniechanie przez sądy niezrozumiałego ograniczania zasadności skarg wyłącznie do skarżenia ogłoszeń, dużym ułatwieniem dla przedsiębiorców kolejowych byłoby dopuszczenie do możliwości skarżenia czynności organizatora nie tylko wówczas, gdy organizator zamierza powierzyć kontrakt w trybie pozarynkowym, ale także w sytuacji, gdy taki tryb nie jest wykluczony z dalszego postępowania. Dopuszczalność skargi powinna obejmować wszystkie czynności organizatora publicznego transportu zbiorowego w sytuacji

pozarynkowego wyboru operatora, w tym także bezczynność organizatora skutkującą powstaniem sytuacji, w której uczestnicy rynku na rok przed rozpoczęciem świadczenia przewozów nie są poinformowani o przewidywanym trybie.

Naprzeciw potrzebom większej ochrony przewoźników kolejowych, zainteresowanych wykonywaniem usług kontraktowanych przez organizatorów kolejowych przewozów pasażerskich, wychodzi wprowadzony częściowo w 2020 roku przepis, art. 23a ustawy [9]. W przepisie tym ujęto uprawnienie podmiotu potencjalnie dotkniętego szkodą w wyniku decyzji organizatora wojewódzkich pasażerskich przewozów kolejowych o zastosowaniu procedur pozarynkowych do uzyskania opinii Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie zgodności działań organizatora z prawem unijnym i krajowym. Ochrona ta pozostaje jednak zbyt mała (brak określenia prawnego znaczenia opinii Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego), nadto rozproszenie kierunków możliwej interwencji przewoźników kolejowych (sądy administracyjne oraz Prezes Urzędu Transportu Kolejowego) nie sprzyja skuteczności ich działań.

## Literatura

1. Bogdanowicz P.: *Co ma znaczenie (unijne)? I jakie? Rozważania w świetle art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 2014, nr 7(3), s. 57-67.
2. Mazur B.: *Roszczenia i skargi wobec organizatorów kolejowego publicznego transportu zbiorowego ze strony operatorów przewozów kolejowych*, W: Rynek kolejowy – prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania, pod red. M. Pawełczyka, Wydawnictwo Polskie Fundacji Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Ius Publicum, Warszawa 2017, s. 47-74.
3. Ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych w zakresie wykonywania wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich na terenie województwa świętokrzyskiego, publikacja z dnia 8.11.2013, zm. 28.02.2014, 16.12.2014 i 05.01.2015, Biuletyn Informacji Publicznej Województwa Świętokrzyskiego, URL: <http://bip.sejmik.kielce.pl/579-ogloszenia/3526-ogloszenie-o-zamiarze-przeprowadzenia-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-na-swadczenie-uslug-publicznych-w-zakresie-wykonywania-wojewodzkih-kolejowych-przewozow-pasazerskich-na-terenie-wojewodztwa-swietokrzyskiego.html> [dostęp 29.04.2021 r.].
4. Postanowienie NSA z dnia 8.10.2015 r., sygn. akt II GSK 2267/15, Centralna Baza Orzeczeń Sądów

- Administracyjnych, URL: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E8E715C25C> [dostęp 02.05.2021 r.].
5. Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 21.05.2015 r., sygn. akt II SA/Ke 329/15, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, URL: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5F2E5D2768> [dostęp 02.05.2021 r.].
  6. Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 roku dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Dz.Urz. UE L nr 315 z 3.12.2007, ze zm.
  7. Szydło W.: *Bezpośrednie zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu kolejowego i jej sądowa kontrola*, Przegląd Komunikacyjny, 2015 nr 1, s. 6–9.
  8. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. 2021 poz. 735.
  9. Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym, Dz.U. 2020, poz. 1944 ze zm.
  10. Zawiadomienie Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z dnia 18 lutego 2015 r. o trybie wyłonienia Operatora świadczącego usługi w transporcie kolejowym, publikacja z dnia 19.02.2015 (materiał zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Województwa Świętokrzyskiego pod adresem URL: <http://bip.sejmik.kielce.pl/57-9-ogloszenia/4264-zawiadomienie-marszalka-województwa-swietokrzyskiego-z-dnia-18-lutego-2015-r-o-trybie-wyłonienia-operatora-swiadczonego-uslugi-w-transporcie-kolejowym.html> [dostęp 29.04.2021 r.].