



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ1.442.157.2023.MJ
KND/157/23/DKZP

Wójt Gminy Janowice Wielkie
ul. Kolejowa 2
58 – 520 Janowice Wielkie

w odpowiedzi na pismo z dnia 28 maja 2024 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, (dalej „Prezes Urzędu”) w sprawie zawarcia przez Gminę Janowice Wielkie porozumienia z dnia 11 sierpnia 2023 r. na realizację zadania polegającego na *zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicza w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich*, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 4 pkt 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1, jak również art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* przekazanej przy piśmie z dnia 14 maja 2024 r. znak: DKZP.WKZ1.442.157.2023.MJ.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów: art. 4 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na zawarciu w dniu 11 sierpnia 2023 r. z

porozumienia na realizację zadania polegającego na *zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicza w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich*, dalej „Porozumienie” z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach podniósł, iż przedstawione w *Informacji o wyniku kontroli* stanowisko należy ocenić jako błędne. Zamawiający w uzasadnieniu zastrzeżeń wskazał, iż cyt.:

Wbrew stanowisku wyrażonemu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, porozumienie zawarte w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez Gminę Janowice Wielkie i

nie stanowiło udzielenia zamówienia publicznego. Przeciwnie takiej tezie UZP przemawia przede wszystkim treść wspomnianego porozumienia i jej zestawienie z regulacjami zawartymi w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (tj. Dz.U. z 2020 r., poz. 8 ze zm.).

Przede wszystkim zaakcentować należy, iż w §5 ust. 1 porozumienia wprost wskazano, że **zawarcie umowy przewozu nastąpi pomiędzy Przewoźnikiem a rodzicem dziecka**, które korzystać będzie z przewozów. Samo zawarcie umowy nastąpić zaś miało poprzez nabycie przez rodzica biletu miesięcznego z odroczonym terminem płatności. Dodać w tym miejscu trzeba, że opisana w porozumieniu formuła zawarcia umowy poprzez nabycie biletu została przez ustawodawcę wprost przewidziana jako jeden ze sposobów zawarcia umowy przewozu w art. 16 ust. 1 Prawa przewozowego („Umowę przewozu zawiera się przez nabycie biletu na przejazd przed rozpoczęciem podróży(...).

Zamawiający dodał, iż w świetle powyższych uwag staje się oczywistym, iż samo porozumienie nie kreowało po stronie **obowiązku świadczenia na rzecz Gminy** jakichkolwiek usług przewozowych, jak również nie kreowało po stronie Gminy obowiązku zapłaty za takowe usługi. Samo zawarcie ewentualnych umów przewozu było bowiem uzależnione wyłącznie od woli rodziców, którzy zdecydują się na dowożenie swoich dzieci do szkoły lub przedszkola wybranymi środkami komunikacji publicznej (na podobnej zasadzie Gmina może pokrywać koszt przewozu innymi istniejącymi na rynku środkami komunikacji publicznej). Zamawiający w uzasadnieniu zastrzeżeń podkreślił również, iż przy tak ukształtowanych regulacjach porozumienia brak jest podstaw dla przyjęcia, iż stanowi ono zamówienie w rozumieniu określonym przez ustawodawcę w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do zamieszczonej w przytoczonym uregulowaniu definicji legalnej, przez zamówienie na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć należy „umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”. Istotą omawianego porozumienia z 11 sierpnia 2023 r. było bowiem jedynie **uregulowanie technicznych aspektów rozliczenia** (na zasadach zbliżonych do instytucji przekazu unormowanej w art. 921¹ i następnego Kodeksu cywilnego) umów przewozu zawartych przez rodziców dzieci, o ile umowy takie w ogóle zostałyby zawarte. Co więcej mechanizm taki znalazłby zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy rodzice dzieci korzystających z przewozów komunikacją publiczną zawarliby „Porozumienie w sprawie wyrażenia zgody rodzica na zwrot kosztu biletu bezpośrednio Przewoźnikowi”, o którym mowa w §5 ust. 1 porozumienia z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Taki model postępowania jest od lat praktykowany przez przedsiębiorstwa komunikacyjne w stosunku do wielu okolicznych gmin i podlegał niejednokrotnie kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu, przy czym nie były wnoszone zastrzeżenia do wybranego modelu realizacji zadania publicznego. Również przewoźnik świadczący usługi na rzecz kontrolowanego świadczy usługi wedle takiego samego modelu dla kilku gmin i to od wielu lat.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności, należy stwierdzić, iż nie zasługuje na aprobatę stanowisko wnoszącego zastrzeżenia, iż Porozumienie z dnia 11 sierpnia 2023 r. nie stanowiło udzielenia zamówienia publicznego, a Gmina realizowała dowóz dzieci poprzez refundację kosztu zakupu biletów, jaki rodzice ponosili za dowóz dzieci do szkoły i przedszkola i z powrotem.

Przypomnieć należy, iż bez wątplenia art. 39 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 39 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 737), przewiduje dwie formy realizacji ciężącego na gminie obowiązku zapewnienia uczniom mieszkającym w określonej odległości od szkoły transportu i opieki w czasie przewozu z domu do szkoły i z powrotem. Pierwsza forma polega na zapewnieniu bezpośrednio przez gminę bezpłatnego transportu i opieki, natomiast drugą formą jest zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, gdy dowożenie zapewniają rodzice. Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż pierwsza z powyższych form wiąże się z zastosowaniem przez gminę przepisów ustawy Pzp. Gmina wówczas może realizować bezpłatny transport uczniów oraz opiekę w czasie ich przewozu przy pomocy własnego środka transportu i personelu albo przy pomocy wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, z którym zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego wskazując w szczególności na sposób ustalenia trasy przejazdu, harmonogram przejazdu (rozkład jazdy), listę dzieci uprawnionych do bezpłatnego transportu.

Podkreślić natomiast należy, iż art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe wyraźnie stanowi o zwrocie kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice. Prawidłowa wykładnia powyższego przepisu prowadzi do konkluzji, iż to rodzicom przysługiwać będzie zwrot kosztów przejazdu dzieci środkami komunikacji publicznej, jako osobom zapewniającym ich dowożenie, bowiem to rodzice - poprzez zakup biletów - faktycznie finansują przejazd dziecka środkami komunikacji publicznej. Zwrot kosztów przejazdu nie będzie więc przysługiwać przewoźnikowi, czyli podmiotowi który przewóz realizuje. Warunkiem zwrotu kosztów przejazdu musi być fakt ich rzeczywistego poniesienia¹.

Należy zwrócić uwagę, iż w stanie faktycznym sprawy Gmina zapewniła bezpłatny transport dzieci i młodzieży szkolnej wraz z opieką nad nimi (§ 2 ust. 3 Porozumienia), przewidując w Porozumieniu zarówno ustalenie trasy przejazdu (§ 1 ust. 2 Porozumienia), imienną listę dzieci, którym przewoźnik zobowiązuje się „sprzedać” bilety miesięczne (§ 3 ust. 1 Porozumienia), jak również rozliczenie usług z przewoźnikiem (§ 5 ust. 4, 5, 6 Porozumienia), natomiast rodzice nie ponosili żadnych kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej. W takiej sytuacji nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający przyjął

¹ Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. sygn. akt KIO/KD 1/24.

drugą formę realizacji obowiązku Gminy zapewnienia dzieciom mieszkającym w określonej odległości od szkoły (przedszkola) transportu, czyli zwrotu kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej. W stanie faktycznym niniejszej sprawy mamy natomiast do czynienia z zapewnieniem przez Gminę bezpłatnego transportu dzieci wraz z opieką. Wobec powyższego nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, iż Gmina realizowała dowóz dzieci poprzez refundację zwrotu zakupu biletów, jaki rodzice ponosili za dowóz dzieci do szkoły i przedszkola, ponieważ rozliczenie kosztów przejazdu następowało pomiędzy Gminą a Przewoźnikiem.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem wnoszącego zastrzeżenia, iż Porozumienie *nie kreowało po stronie przewoźnika obowiązku świadczenia na rzecz Gminy jakichkolwiek usług przewozowych, jak również nie kreowało po stronie Gminy obowiązku zapłaty za takowe usługi.* W świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, należy podkreślić, iż bezsprzecznie przedmiotem Porozumienia było nabycie przez Zamawiającego od wybranego Wykonawcy usługi (transportu dzieci wraz z opieką), którą świadczył on za wynagrodzeniem. Podkreślić należy, iż niewątpliwie, w przypadku gdy Gmina (podmiot posiadający status zamawiającego) przekazuje, na podstawie zgody rodziców, środki pieniężne bezpośrednio przewoźnikowi (podmiotowi świadczącemu usługi w zakresie transportu publicznego zbiorowego na terenie Gminy), co wybrzmiewa wprost z § 5 ust. 4 Porozumienia, stanowią one de facto, wynagrodzenie Przewoźnika za wykonaną usługę. Nadmienić należy, iż bez wpływu na powyższe pozostaje podniesiona przez Zamawiającego argumentacja w zakresie zestawienia treści Porozumienia z regulacjami zawartymi w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz 8 ze zm.). Z powyższym względów nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż istotą Porozumienia było wyłącznie *uregulowanie technicznych aspektów rozliczenia umów przewozu zawartych przez rodziców dzieci, o ile umowy takie zostałyby zawarte.*

W tym miejscu należy wskazać, iż w podobnej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nie miała wątpliwości, że zawarte przez Gminę z przewoźnikiem porozumienie (zasadniczo o tożsamy zapis jak w kontrolowanej sprawie) stanowiło zamówienie publiczne w rozumieniu art. 3 pkt 32 ustawy Pzp².

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, iż Zamawiający poprzez zawarcie w dniu 11 sierpnia 2023 r. z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej Porozumienia na realizację zadania polegającego na *zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicza w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich* z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, naruszenie przez naruszył art. 4 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszył art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

² Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. sygn. akt KIO/KD 1/24.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 19 czerwca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 11/24) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 14 maja 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w sprawie zawarcie przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2023 r. z

Porozumienia na realizację zadania polegającego na *zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicza w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich.*

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 11/24).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 11/24).