

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko  
Anna Chudzik  
Przemysław Dzierzędzki

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zawartych w piśmie z dnia 28 maja 2024 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Janowice Wielkie od wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 maja 2024 r., znak: DKZP.WK1.442.157.2023.MJ

w sprawie zawarcia przez zamawiającego - Gminę Janowice Wielkie porozumienia z dnia 11 sierpnia 2023 r. w przedmiocie realizacji zadania polegającego na zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicz w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich

wyraża opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 maja 2024 r. stwierdził następujące naruszenia:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej zostało ustalone, że Gmina Janowice Wielkie, dalej „Zamawiający” lub „Gmina” w dniu 11 sierpnia 2023 r., bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarła porozumienie z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze na realizację zadania, które polegało na zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej

do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicz w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich poprzez refundację biletów, dalej: „Porozumienie”.

Zgodnie z postanowieniami Porozumienia, Przewoźnik zobowiązał się do:

- realizacji na terenie Gminy Janowice Wielkie na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń, publicznej komunikacji zbiorowej, która w ramach ustalonych rozkładów jazdy jest w stanie w pełni zabezpieczyć potrzeby Gminy Janowice Wielkie w zakresie obowiązku zapewnienia bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do placówek wymienionych w ust. 1 (§ 1 ust. 2 Porozumienia),
- utrzymania istniejącej sieci publicznej komunikacji zbiorowej, o której mowa w § 1 Porozumienia w okresie od dnia 01.09.2023 r. do dnia 21.06.2024 r. oraz umożliwienia zakupu biletów miesięcznych z ulgą ustawową dla dzieci i młodzieży szkolnej lub biletów 30-dniowych bez ulgi ustawowej (§ 2 ust. 1 Porozumienia),
- zatrudnienia opiekunów i zapewnienia ich obecności w autobusach i pojazdach, którymi będą przewożone dzieci i młodzież szkolna (§ 2 ust. 3 Porozumienia),
- ustalania każdorazowo rozkładów jazdy oraz określenia trasy przejazdu obowiązujących w dniu nauki szkolnej oraz zobowiązał się dołożyć starań, aby ustalone przez niego rozkłady jazdy uwzględniały potrzeby uczniów w zakresie dojazdów do szkół i odwozu uczniów po zakończonych zajęciach szkolnych (§ 2 ust. 4 zd. 1 Porozumienia).

Natomiast Gmina Janowice Wielkie zobowiązała się do przedstawienia Przewoźnikowi, za pośrednictwem Dyrektorów placówek wymienionych w § 1 ust. 1 co miesiąc, nie później niż do przedostatniego dnia roboczego poprzedniego miesiąca, imiennej listy uczniów, którym Przewoźnik zobowiązuje się sprzedawać z ulgą ustawową bilety miesięczne, o których mowa w § 2 ust. 1 Porozumienia lub bilet 30-dniowy bez ulgi ustawowej (§ 3 ust. 1 Porozumienia). W treści Porozumienia zostały uregulowane również szczegóły ponoszenia przez Gminę kosztów zakupu biletów w związku z realizacją zadania.

§ 5 ust. 1 Porozumienia stanowił, że Przewoźnik zawiera z rodzicem umowę przewozu dzieci do placówek wymienionych w § 1 ust. 1 poprzez sprzedaż biletu miesięcznego z odroczoną płatnością, oraz Porozumienie w sprawie wyrażenia zgody rodzica na zwrot kosztów biletu bezpośrednio Przewoźnikowi.

Zgodnie z brzmieniem § 5 ust. 4 Porozumienia Gmina, na podstawie zgody rodziców w terminie 21 dni od daty wpływu faktury zawierającej wykaz sprzedanych biletów przekazuje środki pieniężne bezpośrednio Przewoźnikowi.

Zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych do Prezesa Urzędu wskazał, iż Porozumienie z przewoźnikiem Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o.o. faktycznie nie zostało podjęte w następstwie jednego z trybów przewidzianych w ustawie

Pzp, gdyż jego w ocenie dotyczy ono refundacji kosztów nabycia biletów w stosunku do rodziców, a Gmina jedynie ze względów technicznych występuje jako płatnik w stosunku do przewoźnika - zamiast rodziców, którzy w innej sytuacji prowadziliby rozliczenia z Gminą i przewoźnikiem. Powyższe rozwiązanie wynika wprost z pisemnych wniosków (deklaracji) rodziców. Zamawiający zaznaczył, że zapewnienie bezpłatnego transportu dzieciom i młodzieży do placówek oświatowych wynika z art. 39a ust. 3 i 4 ustawy Prawo oświatowe. Zgodnie z powyższym, obowiązkiem Gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu (czego Gmina nie realizuje) albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice (co właśnie występuje, gdyż dzieci dowożone są w ramach istniejącej linii komunikacji publicznej, kursującej na podstawie zezwolenia Wójta Gminy Janowice Wielkie nr 2/2022).

W kolejnych wyjaśnieniach Zamawiający podniósł, iż Gmina nie ustalała wartości usługi, ponieważ nie ma tu zastosowania zamówienie (usługa), a jedynie zwrot wydatków dla rodziców. Jeśli rodzice chcą sobie otrzymać zwrot wydatków za przejazd pociągiem, jest to również możliwe na podobnej zasadzie (pociąg kursuje na trasie Trzczańsko-Janowice Wielkie). Na terenie Gminy aktualnie nie obowiązuje zezwolenie na realizację przewozów autobusowych, wydane przez Wójta dla innych przedsiębiorstw niż Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o. o. Obowiązywało inne zezwolenie nr 1/2019 wydane dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Kamiennej Górze, obowiązujące do 31 grudnia 2023 r., jednak w roku szkolnym 2023/2024 żadne przewozy na trasie do szkoły/przedszkola nie były prowadzone. Aktualnie nie ma przewoźników funkcjonujących na trasie do szkoły/przedszkola i z powrotem.

Cena przewozu w dwie strony dla dziecka korzystającego z ulgi 49% wynosi 130 zł miesięcznie; jest ponoszona przez rodziców, którzy zwracają się do Gminy o zwrot kosztów. O liczbie dzieci korzystających w poszczególnych miesiącach Urząd Gminy dowiaduje się z faktur (wystawianych przez przewoźnika na podstawie cesji rodziców na rzecz przewoźnika) i jest to liczba zmienna w następujących po sobie miesiącach.

W oparciu o przekazane przez Zamawiającego faktury ustalono, iż z usług transportu zbiorowego powyższego przewoźnika w okresie od sierpnia 2023 r. do marca 2024 r. w zależności od miesiąca korzystało 1 - 25 przedszkolaków oraz 120 - 125 uczniów.

Koszt biletu miesięcznego ze zniżką wynosił 130 zł. W powyższym okresie sprzedanych zostało 199 biletów przedszkolnych i 985 biletów szkolnych.

Łączna wartość wydatków poniesionych przez Gminę w okresie od zawarcia porozumienia, tj. od dnia 11.08.2023 r. do 26.03.2024 r. na refundację kosztów biletów wynikająca z Porozumienia to 142 518,55 zł netto (153 920,00 zł brutto), jednakże koszty te będą wyższe, ponieważ realizacja zadania wynikającego z Porozumienia zakończy się dnia

21.06.2024 r.

Zgodnie z treścią art. 39 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 900), droga dziecka z domu do szkoły nie może przekraczać:

- 1) 3 km - w przypadku uczniów klas I-IV szkół podstawowych;
- 2) 4 km - w przypadku uczniów klas V-VIII szkół podstawowych.

Jeżeli droga dziecka z domu do szkoły, w której obwodzie dziecko mieszka przekracza odległości wymienione w ust. 2, obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu dziecka albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice, a do ukończenia przez dziecko 7 lat - także zwrot kosztów przejazdu opiekuna dziecka środkami komunikacji publicznej (art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe).

Z treści art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe wynika, że gmina może realizować obowiązek dowozu dzieci z domu do szkoły i z powrotem na dwa sposoby, tj. poprzez rzeczywiste zapewnienie bezpłatnego transportu dzieci i ich opieki w czasie przewozu albo poprzez zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice. Oba wymienione sposoby realizacji obowiązku gminy różnią się od siebie w istotny sposób. W przypadku zwrotu kosztów za przejazd dziecka, koszty te ponosi uprzednio rodzic dziecka, który dokonuje zakupu biletów umożliwiających przejazd dziecka środkami komunikacji publicznej z domu do szkoły i z powrotem. Gmina natomiast zwraca rodzicom dzieci faktycznie poniesione koszty przejazdu dziecka komunikacją publiczną na podstawie zakupionych biletów, jako dowodu ich poniesienia. Dokonanie zwrotu w sposób opisany powyżej nie wymaga na żadnym etapie stosowania przepisów ustawy Pzp. Natomiast gdy gmina zapewnia bezpłatny transport dziecka i jego opiekę w czasie przewozu (w drodze wyboru przewoźnika), wówczas rodzic dziecka nie ponosi jakichkolwiek kosztów przejazdu dziecka z domu do szkoły i z powrotem. W tym przypadku zastosowanie znajduje ustawa Pzp.

Z treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynikało, iż Gmina wybrała formę zwrotu kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej poprzez refundację kosztów tychże biletów na rzecz rodziców. W kwestii zawartego Porozumienia wskazano, iż „w ocenie Gminy dotyczy ono refundacji kosztów nabycia biletów w stosunku do rodziców, a Gmina jedynie ze względów technicznych występuje jako płatnik w stosunku do przewoźnika - zamiast rodziców, którzy w innej sytuacji prowadziliby rozliczenia z Gminą i przewoźnikiem. Powyższe rozwiązanie wynika wprost z pisemnych wniosków (deklaracji) rodziców.”

Zamawiający zaznaczył, że zapewnienie bezpłatnego transportu dzieciom i młodzieży do placówek oświatowych wynika z art. 39a ust. 3 i 4 ustawy Prawo oświatowe. Zgodnie

z powyższym, obowiązkiem Gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu (czego Gmina nie realizuje) albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice (co właśnie występuje, gdyż dzieci dowożone są w ramach istniejącej linii komunikacji publicznej, kursującej na podstawie zezwolenia Wójta Gminy Janowice Wielkie nr 2/2022). Powyższe potwierdza również treść § 5 Porozumienia, gdzie szczegółowo zostały zapisane zasady rozliczania kosztów biletów przez rodziców.

Z analizy treści Porozumienia wynika jednakże, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy mamy do czynienia z zapewnieniem przez Gminę bezpłatnego transportu dzieci do szkół na terenie Gminy wraz z ich opieką w czasie przewozu. Wskazuje na to brzmienie § 1 ust. 2, § 2 ust. 1, 3 i 4, § 3 ust. 1 Porozumienia oraz fakt, że rozliczenie przedmiotowej usługi następuje pomiędzy Gminą a Przewoźnikiem, a rodzic dziecka nie ponosi żadnych kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej (§ 5 ust. 1 i 4 Porozumienia). Podkreślono, że zwrot przez Gminę kosztów biletu bezpośrednio Przewoźnikowi nie jest objęty dyspozycją art. 39 ust. 3 pkt 1) ustawy Prawo oświatowe. Zatem zawarcie Porozumienia obejmującego zwrot kosztów przejazdu uczniów bezpośrednio Przewoźnikowi (§ 5 ust. 4 Porozumienia) nie uprawniało Gminy do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp.

W podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że gmina realizować może bezpłatny transport uczniów wraz z opieką nad nimi przy pomocy wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Gmina zawiera z wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego, w której określone zostają w szczególności: sposób ustalenia trasy przejazdu, jego harmonogram, rozkład jazdy, listę dzieci uprawnionych do bezpłatnego transportu. W przypadku, gdy gmina zapewniła bezpłatny transport uczniów wraz z opieką nad nimi, przewidując w Porozumieniu zarówno ustalenie trasy przejazdu, imiennej listy uczniów, jak również rozliczenia usług z przewoźnikiem, a rodzice nie ponoszą żadnych kosztów przejazdu dziecka, to nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z drugą formą realizacji obowiązku gminy zapewnienia uczniom mieszkającym w określonej odległości od szkoły transportu, czyli zwrotu kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej.

W przypadku, gdy Gmina przekazuje, na podstawie zgody rodziców, środki pieniężne bezpośrednio przewoźnikowi, o czym stanowi § 5 ustęp 4 Porozumienia, stanowiące de facto, wynagrodzenie przewoźnika za wykonaną usługę, to w istocie mamy do czynienia z zapewnieniem przez gminę bezpłatnego transportu dzieci wraz z opieką.

Nie ulega wątpliwości, że podmioty, które zawarły Porozumienie to Gmina posiadająca status zamawiającego oraz podmiot świadczący usługi w zakresie publicznego transportu publicznego zbiorowego na terenie Gminy. Przedmiotem Porozumienia było nabycie przez

zamawiającego od wybranego wykonawcy usługi, którą wykonawca świadczył za wynagrodzeniem. Porozumienie w powyższym stanie faktycznym stanowiło zamówienie publiczne w rozumieniu art. 3 pkt 32 ustawy Pzp.

Zamawiającym, w rozumieniu art. 7 pkt 31 ustawy Pzp, realizującym usługę była Gmina Janowice Wielkie. Gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego, stosownie do treści art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm., w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia Porozumienia), należy do jednostek sektora finansów publicznych. Zatem zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, gmina posiada status zamawiającego publicznego, a więc podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych. Z kolei przepisy ustawy Pzp stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 zł, przez zamawiających publicznych (art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Łączna wartość wydatków poniesionych przez Gminę w okresie od zawarcia Porozumienia, tj. od 11.08.2023 r. do 22.04.2024 r. (dnia poinformowania Zamawiającego o podstawach do dalszego prowadzenia kontroli) wyniosła 142 518,55 zł netto (153 920,00 zł brutto), a zatem przekraczała kwotę 130 000 zł, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Usługa jest nadal wykonywana przez Przewoźnika, zatem wydatki z nią związane będą wzrastać. Ani przepisy ustawy Pzp, ani innych ustaw szczególnych nie zawierają wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp w zakresie usługi dowozu dzieci do szkół i z powrotem realizowanej poprzez zakup biletów miesięcznych przez Gminę bezpośrednio u Przewoźnika. Zatem Gmina Janowice Wielkie udzielając przedmiotowego zamówienia była zobowiązana do stosowania ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada wyrażona w ww. przepisie, przy uwzględnieniu zasady legalizmu działania zamawiającego, nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Stwierdzono, że Zamawiający poprzez zawarcie w dniu 11 sierpnia 2023 r. z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze Porozumienia na realizację zadania polegającego na zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicz w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, 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 Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 28 maja 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. W uzasadnieniu wskazał, iż wbrew stanowisku wyrażonemu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, porozumienie zawarte w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez Gminę Janowice Wielkie i PKS „TOUR” Sp. z o.o. z/s w Jeleniej Górze nie stanowiło udzielenia zamówienia publicznego. Przeciwno 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.).

Zamawiający zaakcentował, iż w § 5 ust. 1 porozumienia wprost wskazano, że zawarcie umowy przewozu nastąpi pomiędzy Przewoźnikiem (PKS „TOUR” Sp. z o.o.) a rodzicem dziecka, które korzystać będzie z przewozów. Samo zawarcie umowy nastąpić zaś miało poprzez nabycie przez rodzica biletu miesięcznego z odroczonym terminem płatności. 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 PKS „TOUR” Sp. z o.o. 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. 921<sup>1</sup> i następnego Kodeksu cywilnego) umów przewozu zawartych przez

rodziców dzieci, o ile umowy takie w ogóle zostałyby zawarte. 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.

W odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 11 czerwca 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu wskazał, że 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 nie zasługiwało na aprobatę. 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.

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 poniesienia.

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 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 PKS „Tour” Sp. z .o.o. 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. 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w podobnej sprawie nie miała wątpliwości, że zawarte przez Gminę z przewoźnikiem porozumienie (zasadniczo o tożsamy zapisach jak w kontrolowanej sprawie) stanowiło zamówienie publiczne w rozumieniu art. 3 pkt 32 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający poprzez zawarcie w dniu 11 sierpnia 2023 r. z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze Porozumienia na realizację zadania polegającego na zapewnieniu bezpłatnego transportu dzieci i młodzieży szkolnej do Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicz w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowicach Wielkich z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, 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.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego w wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przepis art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe przewiduje obowiązek gminy zapewnienia uczniom, których droga do szkoły przekracza odległości wskazane w art. 39 ust. 2 ustawy Prawo oświatowe (3 km – klasy I-IV szkół podstawowych oraz 4 km - klasy V-VIII szkół podstawowych) bądź bezpłatnego transportu i opieki bezpośrednio przez gminę bądź zwrotu kosztów przejazdu dziecka, w sytuacji gdy dowożenie zapewniają rodzice.

W przypadku, gdy gmina powyższy obowiązek realizować będzie poprzez zapewnienie uczniom bezpłatnego transportu wraz z opieką nad nimi wybierając przewoźnika, zawiera z nim umowę, w której określone zostają w szczególności: sposób ustalenia trasy przejazdu, jego harmonogram, rozkład jazdy, listę dzieci uprawnionych do bezpłatnego transportu, sposób rozliczenia z przewoźnikiem. Wówczas rodzice dzieci nie ponoszą jakichkolwiek kosztów przejazdu dziecka do szkoły i z powrotem.

Powyższe oznacza, że w tym przypadku gmina zobowiązana jest stosować przepisy ustawy Pzp.

Jeśli gmina zdecyduje się na zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, w wypadku gdy dowożenie zapewnią rodzice, to wówczas zgodnie z brzmieniem art. 39 ust. 3 ustawy Prawo oświatowe, zwrot kosztów przejazdu przysługiwać będzie rodzicom, a nie przewoźnikowi, czyli podmiotowi, który realizuje przewóz. Warunkiem zwrotu kosztów przejazdu musi być fakt ich rzeczywistego poniesienia.

W powyższym przypadku nie stosuje się przepisów ustawy Pzp.

Z postanowień Porozumienia z 11 sierpnia 2023 r. wynika, że Zamawiający zapewniał uczniom oraz przedszkolakom bezpłatny transport oraz opiekę nad nimi (§ 2 ust. 3 Porozumienia), ustalenie przez przewoźnika trasy przejazdu (§ 1 ust. 2 Porozumienia), dostarczenie Przewoźnikowi imiennej listy przewożonych dzieci (§ 3 ust. 1 Porozumienia), rozliczenie usług z przewoźnikiem (§ 5 ust. 4, 5 oraz 6 Porozumienia), natomiast rodzice nie ponosili z tytułu przejazdu dzieci do szkoły i z powrotem żadnych kosztów.

A zatem, bez wątplenia mamy tu do czynienia z zapewnieniem przez Gminę bezpłatnego transportu dzieci wraz z opieką na nimi, a nie refundacją kosztu zakupu biletów, jaki rodzice ponosili za dowóz dzieci do szkoły i przedszkola.

Rozliczenie kosztów przewozu dzieci odbywało się pomiędzy Gminą a Przewoźnikiem.

A zatem wbrew twierdzeniu Zamawiającego, istotą Porozumienia z 11 sierpnia 2023 r. nie było jedynie uregulowanie technicznych aspektów rozliczenia umów przewozu zawartych przez rodziców dzieci.

Ponadto przepis art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe, przewiduje zwrot kosztu przejazdu dziecka, jeśli dowożenie dzieci zapewniają rodzice, a nie gmina.

A zatem przedmiotem Porozumienia było nabycie przez Zamawiającego od wykonawcy, wybranego przez Zamawiającego usługi – przewóz uczniów i przedszkolaków do szkoły i przedszkola i z powrotem za wynagrodzeniem.

Wobec powyższego, Gmina jako jednostka samorządu terytorialnego, stosownie do treści art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm., w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia Porozumienia), należy do jednostek sektora finansów publicznych, na podstawie art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, która posiada status zamawiającego publicznego, czyli jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych.

Ponieważ łączna wartość wydatków poniesionych przez Gminę w okresie od zawarcia Porozumienia, tj. od 11.08.2023 r. do 22.04.2024 r. (dnia poinformowania Zamawiającego o podstawach do dalszego prowadzenia kontroli) wyniosła 142 518,55 zł netto, czyli 153 920,00 zł brutto, przekraczała zatem kwotę 130 000 zł, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przepisy ustawy Pzp lub innych ustaw nie przewidują wyłączeń zastosowania przepisów Pzp w stosunku do usługi dowozu dzieci do szkół i z powrotem realizowanej poprzez zakup biletów miesięcznych przez Gminę bezpośrednio u Przewoźnika, Gmina Janowice Wielkie udzielając zamówienia była zobowiązana do stosowania ustawy Pzp.

Zamawiający zawierając w dniu 11 sierpnia 2023 r. z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej „Tour” Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze Porozumienie na realizację zadania polegającego na zapewnieniu bezpłatnego dowozu dzieci i przedszkolaków do

Szkoły Podstawowej im. W. Rutkiewicz w Janowicach Wielkich i Przedszkola Publicznego „Kolorowa Kraina” w Janowcach Wielkich z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp naruszył art. 4 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją było również naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że stanowisko Prezesa Urzędu w powyższym zakresie jest prawidłowe.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca: .....

.....

.....