



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ3.442.96.2023.OL
KND/97/23/DKZP

W odpowiedzi na pismo z dnia 16 stycznia 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w dniu 17 stycznia 2024 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w sprawie zawarcia przez zamawiającego - Gminę Stara Kamienica porozumienia z dnia 16 sierpnia 2021 r. na realizację zadania pn. *Przewóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Stara Kamienica, poprzez zakup biletów miesięcznych w okresie od 01.09.2021 r. do 30.06.2022 r.*, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 4 pkt 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605., dalej: „ustawa Pzp”), jak również art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 stycznia 2024 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.96.2023.OL.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

art. 4 pkt 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na zawarciu w dniu 16 sierpnia 2021 r. z

porozumienia na realizację zadania pn. *Przewóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Stara Kamienica, poprzez zakup biletów miesięcznych w okresie od 01.09.2021 r. do 30.06.2022 r.*, 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.

Pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wskazując, cyt.:

Jak słusznie zauważył kontrolujący, stosownie do treści art. 39 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. prawo oświatowe „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; nie przekracza odległości wymienionych w ust. 2 gmina może zorganizować bezpłatny transport, zapewniając opiekę w czasie przewozu”.

W uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że z tak sformułowanego zapisu wynika zatem wprost, iż gmina posiada wybór w zakresie tego w jaki sposób realizowała będzie obowiązek ustawowy. Gmina Stara Kamienica w latach 2018-2021 realizowała powyższy obowiązek poprzez organizację bezpłatnego transportu, a wykonawca tej usługi wyłaniany był w trybie przewidzianym ówczesnie obowiązującą ustawą z 2004 r. prawo zamówień publicznych. Przez kilka lat - z krótką przerwą - usługi dowozu dzieci świadczone były przez tego samego wykonawcę - _____, który wygrywał kolejno organizowane postępowania przetargowe. Przewoźnik ten wykonuje również na terenie Gminy, regularny transport komunikacją publiczną dla wszystkich mieszkańców Gminy.

Gmina była usatysfakcjonowana jakością świadczonych usług, nie wpływały skargi w tym zakresie. Gmina dokonała zatem analizy sposobu wypełniania powyższego obowiązku w latach poprzednich, obowiązującego rozkładu jazdy komunikacji publicznej, który w pełni wyczerpywał zapotrzebowanie dzieci na dojazd do i ze szkoły, i korzystając z przysługującego jej prawa, dokonała wyboru innej formy realizacji obowiązku ustawowego niż ten dotychczasowy tj. wybierając refundację kosztów biletów. Z tego względu w dniu 16 sierpnia 2021 r. Gmina Stara Kamienica zawarła stosowne porozumienie z _____ Firma ta świadczyła i nadal świadczy usługi transportu publicznego na terenie Gminy Stara Kamienica dla wszystkich mieszkańców i posiada stałe linie komunikacyjne. Porozumienie to nie jest umową o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie - wbrew stanowisku kontrolującego - Zamawiający nie miał obowiązku stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września prawo zamówień publicznych.

Wbrew stanowisku kontrolującego, w przedmiotowej sprawie realizowana była zasada wyrażona w art. 39 ust. 1 prawa oświatowego tj. refundacja kosztów zakupu biletów jakie ponosili rodzice na dowóz dzieci do szkół. Stosownie do treści § 5 porozumienia, Gmina szczegółowo opisała procedurę refundacji zakupu kosztów biletów. Ze względu na prośby rodziców refundacja ta dokonywana była na rzecz przewoźnika. Zamawiający podkreśla w tym miejscu, iż przepis art. 39

ust. 1 prawa oświatowego nie wskazuje wprost, iż „zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice” musi bezwzględnie nastąpić „do rąk” rodzica. Jak czytamy w § 5 to przewoźnik zawierał umowę z rodzicem w zakresie zakupu biletu miesięcznego dla dziecka. Poza tą umową, na kierowane do Wójta Gminy wnioski rodziców, którzy nie zawsze posiadali środki finansowe - szczególnie w przypadku posiadania kilkorga dzieci - na opłacenie biletu i oczekiwanie na ich otrzymanie „do rąk” przez Gminę, przyjęto zasadę, iż rodzice składają odrębny wniosek/deklarację, aby Gmina w ich imieniu opłaciła należności na rzecz przewoźnika.

Podkreślić przy tym należy, iż w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych czy też zasady wyrażonej w art. 44 ustawy o finansach publicznych. Gmina w żaden sposób nie ograniczała rodziców w wyborze środka transportu czy przewoźnika, a co za tym idzie nie wprowadzała również ograniczenia kwotowego. Na terenie Gminy Stara Kamienica zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów osób w transporcie krajowym posiada również - od 2017 r. -

. Ponadto na terenie Gminy funkcjonuje również przewoźnik w postaci wykonujący przewozy w zakresie transportu publicznego organizowanego przez Powiat Karkonoski oraz

- obie posiadające zezwolenie na korzystanie z przystanków autobusowych. W rzeczywistości jednak tylko wykonuje faktyczny transport na trasach, które obejmują trasy dojazdowe dzieci z Gminy Stara Kamienica do tutejszych Szkół. Z tego też względu porozumienie z roku 2021 r. zawarte zostało akurat z tym przewoźnikiem. Brak było jednak jakichkolwiek ograniczeń, w tym, aby dzieci korzystały z innego transportu publicznego i w ten sposób pokonywały drogę z domu do szkoły i z powrotem, gdyby przewoźnik taki zgłosił się do Gminy chcąc również zawrzeć stosowne porozumienie w tym zakresie.

Reasumując powyższe, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem kontrolującego, iż Gmina naruszyła przepis art. 17 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych. Jak to już było podkreślane bowiem, ustawodawca pozostawił gminie wybór formy zapewnienia dzieciom bezpłatnego dowozu do szkół. Ponadto, co ma również zasadnicze znaczenie w niniejszej sprawie, przy zastosowaniu toku rozumowania kontrolującego, kwestie finansowe związane z wypełnieniem obowiązku, o którym mowa w art. 38 ust. 1 prawa oświatowego w postaci zwrotu kosztów zakupu biletów, pozostałyby dla gminy bez zmian. Niezależnie bowiem od tego czy zwrot środków kosztu zakupu biletu następowałby bezpośrednio do rąk rodzica czy też, na wyraźny wniosek rodziców, zwrot ten dokonywany był w imieniu rodziców na rzecz przewoźnika, wydatki jakie poniosła gmina na zakup biletów pozostałyby bez zmian.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis 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 2021 r. poz. 1082) przewiduje

dwie formy realizacji obowiązku gminy zapewnienia uczniom mieszkającym w określonej odległości od szkoły transportu i opieki w czasie przewozu z domu do szkoły i z powrotem. Pierwszą jest zapewnienie bezpośrednio przez gminę bezpłatnego transportu i opieki, a drugą, która może mieć zastosowanie wtedy, gdy dowożenie zapewniają rodzice - zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej.

Gmina 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 wskazującą w szczególności na sposób ustalenia trasy przejazdu, harmonogram przejazdu (rozkład jazdy), listę dzieci uprawnionych do bezpłatnego transportu.

Należy podkreślić, że 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, że to rodzicom przysługiwać będzie zwrot kosztów przejazdu dzieci środkami komunikacji publicznej, jako osobom zapewniającym ich dowożenie, bowiem to oni faktycznie finansują przejazd dziecka środkami komunikacji publicznej - poprzez zakup biletu. Natomiast z brzmienia powyższego przepisu nie wynika, aby prawo zwrotu kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej należało się podmiotowi, który to zadanie realizuje, tj. przewoźnikowi. Co istotne zwrot kosztów pociąga za sobą konieczność powiązania dokonania zwrotu z faktycznym dokonaniem zapłaty za przejazd. Dokonanie zwrotu w sposób opisany powyżej nie wymaga na żadnym etapie stosowania przepisów ustawy Pzp.

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 (w tym: zobowiązanie do zatrudnienia opiekunów i zapewnienia ich obecności w czasie przejazdu, rozkład jazdy i określenie trasy przejazdu, imienna lista uczniów, którym przewoźnik zobowiązuje się „sprzedać” bilety miesięczne) 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).

Zatem w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Gminy, że *w przedmiotowej sprawie realizowana była zasada wyrażona w art. 39 ust. 1 prawa oświatowego tj. refundacja kosztów zakupu biletów, jakie ponosili rodzice na dowóz dzieci do szkół.*

Odnosząc się do twierdzenia Zmawiającego, że *niezależnie bowiem od tego czy zwrot środków kosztu zakupu biletu następowalby bezpośrednio do rąk rodzica czy też, na wyraźny wniosek rodziców, zwrot ten dokonywany był w imieniu rodziców na rzecz przewoźnika, wydatki jakie*

poniosła gmina na zakup biletów pozostawałyby bez zmian, ponownie należy podkreślić, że art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe wyraźnie stanowi jedynie o zwrocie kosztu przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice. Dokonanie zwrotu, o którym mowa w art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo oświatowe nie wymaga na żadnym etapie stosowania przepisów ustawy Pzp. Natomiast, w przypadku gdy *Gmina Stara Kamienica przekazuje na podstawie zgody rodziców środki pieniężne bezpośrednio Przewoźnikowi (§ 5 ust. 4 Porozumienia)*, stanowiące wynagrodzenie Przewoźnika za wykonaną usługę, to w istocie mamy do czynienia z zapewnieniem przez Gminę bezpłatnego transportu dzieci do szkół na terenie Gminy wraz z ich opieką w czasie przewozu (§ 2 ust. 3 Porozumienia). Zatem w pierwszej sytuacji, wydatek Gminy stanowi zwrot rodzicom kosztów przejazdu dzieci środkami komunikacji publicznej, natomiast w drugim przypadku wydatek Gminy stanowi wynagrodzenie Przewoźnika za wykonaną usługę. Niewątpliwie podmioty zawierające Porozumienie w niniejszym stanie faktycznym sprawy posiadały status zamawiającego (gmina) oraz status wykonawcy (podmiot, który świadczy usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Stara Kamienica), a jego przedmiotem było nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy usług, które wykonawca świadczył za wynagrodzeniem. Zatem oceniane Porozumienie stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu art. 3 pkt 32) ustawy Pzp. Wobec braku przesłanek do zastosowania któregośkolwiek z wyłączeń, o których mowa w art. 11 ustawy Pzp, Gmina miała obowiązek stosowania ustawy Pzp w zakresie udzielanego zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przypadku kontroli zamówień publicznych prowadzonej przez Prezesa Urzędu stosowane jest tylko kryterium zgodności z przepisami ustawy Pzp, tj. kryterium legalności. Poza kompetencją Prezesa Urzędu jest weryfikacja zgodności lub zaniechań Gminy z innymi niż ustawa Pzp przepisami (istnienia lub braku podstawy prawnej przyjętego przez Gminę rozwiązania w świetle ustawy Prawo oświatowe). Ponadto Prezes Urzędu nie może kontrolować działań lub zaniechań zamawiającego pod kątem ich celowości, skuteczności, efektywności, gospodarności wydatkowania środków bądź jakichkolwiek innych aspektów.

Nadto bez wpływu na dokonaną w Informacji o wyniku kontroli z dnia 4 stycznia 2024 r. ocenę zawarcia przez Gminę przedmiotowego Porozumienia z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp pozostają przytoczone w zastrzeżeniach okoliczności, że *Gmina w żaden sposób nie ograniczała rodziców w wyborze środka transportu czy przewoźnika, a co za tym idzie nie wprowadzała również ograniczenia kwotowego.*

Mając powyższe na uwadze Zamawiający poprzez zawarcie w dniu 16 sierpnia 2021 r. z porozumienia na realizację zadania pn. *Przewóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Stara Kamienica, poprzez zakup biletów miesięcznych w okresie od 01.09.2021 r.*

do 30.06.2022 r., 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 12 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 1/24) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby 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 zawarcia przez zamawiającego - Gminę Stara Kamienica porozumienia z dnia 16 sierpnia 2021 r. na realizację zadania pn. *Przewóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Stara Kamienica, poprzez zakup biletów miesięcznych w okresie od 01.09.2021 r. do 30.06.2022 r.*

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 1/24).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 1/24).