

Szczecin, dnia 06 sierpnia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Rewal

REGON: 811684410
Ulica Mickiewicza 19, 72-344 Rewal
Numer telefonu: +48 91 38 49 011
Adres poczty elektronicznej: ug@rewal.pl

Odwołujący:

PKS w Szczecinie Sp. z o.o.

ul. Heyki 4, 70-631 Szczecin
NIP: 955-20-07-068, REGON: 812342924, KRS: 0000005317
Numer telefonu: +48 91 46 23 873
Adres poczty elektronicznej: przewozy@pks.szczecin.pl

Dotyczy postępowania pod nazwą: Wykonywanie usług przewozowych uczniów do szkół podstawowych na terenie Gminy Rewal w roku szkolnym 2021/2022.

Identyfikator postępowania: ocds-148610-42526486-ef9a-11eb-b885-f28f91688073

Numer ogłoszenia: 2021/BZP 00131246/01

Numer referencyjny: ZP.271.7.2021.TB

Odwołanie

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, PKS w Szczecinie Sp. z o.o., na podstawie z art. 515 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej "p.z.p.", wnoszę do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie z tytułu naruszenia przez Zamawiającego - Gminę Rewal - przy udzieleniu wyjaśnień do SWZ na podstawie art. 284 ust. 2 p.z.p. w postępowaniu o zamówienie publiczne na: „Wykonywanie usług przewozowych uczniów do szkół podstawowych na terenie Gminy Rewal w roku szkolnym 2021/2022” w piśmie z dnia 05 sierpnia 2021 r. (ZP.271.7.2021.TB) następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 16 pkt 2 p.z.p. przez brak wyjaśnienia rodzaju zamawianych przewozów w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym w obliczu sprzeczności zawartych w treści SWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczących stosowania „biletów miesięcznych” w przypadku zamówienia dotyczącego wykonywania usług przewozowych „w komunikacji zamkniętej”;
- 2) art. 16 pkt 2 p.z.p. przez brak wystarczającego wyjaśnienia pytań złożonych do treści SWZ, pominięcie istotnych wątpliwości i nie udzielenie odpowiedzi wprost na zadane pytania, co spowodowało, że podmioty zamierzające złożyć oferty wciąż nie mają pewności co do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 284 ust. 2 p.z.p. przez udzielenie wyjaśnień, które nie stanowią wyczerpującej, niepozostawiającej wątpliwości odpowiedzi na wnioski wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

- 1) powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu wyjaśnień co do treści SWZ w przedmiotowym postępowaniu tak, aby odpowiadały one wprost i wyczerpująco na pytania:

1. Dlaczego w SWZ w opisie przedmiotu zamówienia oraz przy wyliczaniu wysokości wynagrodzenia wykonawcy stosuje się „bilety miesięczne”, których ilość może być

zmienna, skoro z dalszej treści zamówienia oraz z części wyjaśnień Zamawiającego wynika, że od wykonawcy oczekuje się nieprzerwanego świadczenia usług przewozowych (stałych tras), niezależnie od liczby rzeczywiście przewożonych dzieci?

2. W jaki sposób wykonawca ma wyliczyć wynagrodzenie w celu złożenia oferty, jeżeli z jednej strony ma zapewnić ciągłość przewozów, niezależnie od ilości dzieci faktycznie z nich korzystających, a z drugiej strony rozliczenie ma następować na podstawie ilości faktycznie zakupionych biletów miesięcznych (jak w komunikacji publicznej)?

3. Czy zamawiane przewozy zgodnie z SWZ stanowią przewóz regularny specjalny w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym kierowany do określonej grupy osób i niedostępny w komunikacji publicznej? W takim przypadku, na jakiej podstawie Zamawiający stosuje w SWZ rozliczenie z wykonawcą na podstawie biletów miesięcznych? Czy według Zamawiającego w stosunku do takich biletów miesięcznych istnieje możliwość stosowania ulg ustawowych dla przewozów dzieci do szkół na podstawie ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego, a jeżeli tak, to na jakiej podstawie prawnej?

4. Jeżeli przewozy realizowane w ramach niniejszego zamówienia nie mają mieć charakteru „regularnych przewozów specjalnych” to jak należy je zakwalifikować na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym?

ewentualnie o:

- 1) usunięcie projektowanego postanowienia umownego dotyczącego wykonywania usług przewozowych uczniów do szkół podstawowych na terenie Gminy Rewal w roku szkolnym 2021/2022 „na podstawie biletów miesięcznych” i ustalenie, że wykonywanie zamawianych usług ma być realizowane „w ramach przewozu regularnego specjalnego”, a dodatkowo zmianę SWZ i zapisów projektowanej umowy tak, aby wypełniały one ustawowe przesłanki „regularnego przewozu specjalnego” oraz nie uzależniały wynagrodzenia wykonawców od rzeczywiście sprzedanych biletów miesięcznych szkolnych.

Uzasadnienie

Wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w trybie art. 284 ust. 2 p.z.p. w dniu 05 sierpnia 2021 r. należy uznać za nieprecyzyjne i niewystarczające w myśl powołanego artykułu ustawy.

Zgodnie z wyrokiem SA w Gdańsku z 9.04.2019 r., V ACa 41/18, LEX nr 2698115: „obowiązek wyjaśnienia treści specyfikacji należy uznać za spełniony, jeśli zamawiający udzieli wykonawcy wyczerpującej, niepozostawiającej wątpliwości odpowiedzi, zaś udzielenie wyjaśnień, które nie stanowią wyczerpującej, niepozostawiającej wątpliwości odpowiedzi na wniosek wykonawcy nie może być traktowane jako wykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 38 ust. 1 (obecnie: art. 284 ust. 2 - *przyp. aut.*) przywołanej ustawy, a udzielone odpowiedzi są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień SIWZ, a nadto niejednoznaczność zapisów w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców”.

W doktrynie przedmiotu wskazuje się nadto, iż: „Celem wprowadzenia instytucji obowiązkowych wyjaśnień przez zamawiającego stworzonych przez niego dokumentów zamówienia jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego (por. wyrok SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, LEX nr 2019505, i orzecznictwo w nim przywołane). Ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość (np. kalkulację cenową), wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w danym zapisie specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie, tak aby wykonawca, mając pełną wiedzę o danym zagadnieniu, mógł prawidłowo przygotować konkurencyjną ofertę.” - W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 284.

Wbrew powyższemu obowiązkowi, wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w żaden sposób nie doprecyzowały ani nie uszczegółowiły przedmiotu zamówienia. Zamawiający powielił jedynie zapisy z SWZ, które właśnie w ocenie Odwołującego się są niejasne, wewnętrznie sprzeczne oraz naruszają ustawę. W takiej treści wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego nie realizują obowiązku z art. 284 ust. 2 p.z.p.

Jednocześnie wskazane postępowanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 16 ust. 2 p.z.p., który nakazuje zamawiającym przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzieleniu zamówienia w sposób przejrzysty. Dokumenty udostępnione przez Zamawiającego (w tym przede wszystkim planowana treść umowy) oraz SWZ obciążone są podnoszonymi przez Odwołującego się wadliwościami, których nie usunęły wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego w dniu 05 sierpnia 2021 r.

Do rzeczonych wadliwości i sprzeczności w treści SWZ zaliczyć należy przede wszystkim zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia biletów miesięcznych do rozliczania przewozów, przy jednoczesnym wskazaniu, że transport ma być realizowany w komunikacji zamkniętej (realizowane przez dedykowane kursy autobusowe przeznaczone wyłącznie do przewozu uczniów do szkół).

Wskazać w tym miejscu natomiast należy, że Odwołujący się dąży do wyjaśnienia znaczenia terminu „usługi przewozowe w komunikacji zamkniętej”. Odpowiedź Zamawiającego z dnia 05 sierpnia 2021 r. nie wyjaśniła jednak wątpliwości w tym zakresie. Do tej pory niepewnym jest bowiem, czy zamawiane przewozy zgodnie z SWZ należy traktować jako „przewóz regularny specjalny” w myśl ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 919 z późn. zm.), czy też nie.

Zgodnie z komentarzem do ww. ustawy, „Przewóz regularny specjalny stanowi szczególny rodzaj przewozu regularnego osób. Zasadniczą cechą wyróżniającą przewóz regularny specjalny od przewozu regularnego jest jego **niepubliczny charakter**. Przewóz regularny specjalny nie jest ogólnodostępny i dotyczy określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób. Jak słusznie stwierdził WSA w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 6 czerwca 2006 r., VI SA/Wa 228/06, Wspólnota 2007, nr 8, s. 31: usługi polegające na przewozie określonej kategorii pasażerów w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, przy założeniu, że pasażerowie są zabierani na z góry określonych przystankach i dowożeni na z góry określone przystanki, za ustaloną opłatą, uważa się za specjalne usługi regularne. Za przewozy regularne specjalne należy uznać dla przykładu przewozy pracownicze czy przewozy uczniów do szkół, choć w przypadku tych ostatnich z uwagi na zmiany w rozkładzie jazdy powodowane zmianami w planach lekcji może pojawiać się odmienne stanowisko, odmawiające przewozom „szkolnym” cechy przewozu regularnego, a zatem i regularnego specjalnego.

Jak stwierdził WSA w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r., VI SA/Wa 1934/05, LEX nr 206581: dowożenie do szkoły grup uczniów wsiadających do autobusu o ustalonej godzinie, na określonych przystankach, usytuowanych na ustalonej trasie, a następnie odwożenie uczniów ze szkoły o określonej godzinie, do miejscowości zamieszkania położonych przy określonej trasie i wysadzanie ich na ustalonych przystankach posiada wszystkie cechy przewozu regularnego specjalnego. Podobnie uznał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 16 października 2006 r., VI SA/Wa 1473/06, LEX nr 298219, wskazując, że przesłanką do uznania przewozów uczniów do szkół za przewozy regularne specjalne jest fakt wykonywania tych przewozów w dni nauki szkolnej regularnie w godzinach rannych oraz popołudniowych, zaś pasażerowie to określona grupa uczniów wymienionych na liście przekazanej przewoźnikowi przez szkołę. Fakt zmienności rozkładu jazdy, jego zróżnicowania w zależności od potrzeb użytkowników nie ma wpływu na zaliczenie przewozów do przewozów regularnych specjalnych (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2006 r., VI SA/Wa 1301/06, LEX nr 255815).”

Jednakże w orzecznictwie znajduje się też stanowiska zgoła odmienne, albowiem zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z 10.11.2010 r., VI SA/Wa 1460/10, LEX nr 759593:

„cechą charakterystyczną przewozów regularnych specjalnych jest w istocie dominująca pozycja przewoźnika w stosunku do podmiotów korzystających z tej usługi. Przewoźnik w takich sytuacjach ustala cennik, godziny odjazdów, miejsca w których usytuowane są przystanki. Natomiast potencjalny klient jest, co do zasady związany tymi ustaleniami. **Mówiąc najogólniej, dyspozycyjność przewoźnika w stosunku do podmiotu zlecającego wykonywanie usługi,**

oznaczająca możliwość zmiany, w zależności od potrzeb, ustalonych wcześniej zasad, niejako wyklucza możliwość przyjęcia, że w danym przypadku chodzi o przewóz regularny (por. wyrok NSA z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. akt II GSK 535/08). Nie można co prawda z góry wykluczyć, że dowożenie dzieci do szkół może przybrać postać przewozów regularnych specjalnych, ale wystąpi to wówczas, gdy spełnione zostaną podstawowe przesłanki w tym zakresie. A zatem organ, oceniając kontrolowany przewóz, powinien wziąć pod uwagę istotne dla rozstrzygnięcia dowody zebrane w sprawie. Na uwagę zasługują w szczególności postanowienia umowy zawartej między skarżącą, a Gminą (...), zgodnie z którymi strony ustaliły możliwość zmiany tras z uwagi na potrzeby szkół. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają również wyjaśnienia skarżącej złożone w trakcie trwania postępowania administracyjnego oraz pismo dyrektora szkoły wyjaśniające specyfikę przewozów objętych umową, z których wynikało, iż godziny przywożenia i odwożenia dzieci są zmienne i uzależnione od potrzeb.”

Wskazać natomiast należy, że zgodnie z § 3 ust. 1 projektowanej umowy - załącznika do SWZ - „Zamawiający może dokonać zmian postanowień umowy w zakresie zmiany organizacji i tras dowozu w sytuacjach zmian organizacji pracy szkoły oraz zmian organizacyjnych dotyczących uczniów. **W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany do zmiany organizacji i tras dowozu**”. Wskazany zapis w projektowanej umowie, zgodnie z orzeczeniem WSA w Warszawie powołanym powyżej, powoduje, że przewóz realizowany w ramach niniejszego zamówienia nie mógłby zostać zaliczony do regularnych przewozów specjalnych. Powyższe oznacza, że niejawnym jest wciąż, jak należy zakwalifikować usługi przewozowe opisane przez Zamawiającego na gruncie ustawy o transporcie drogowym. W przedmiotowej ustawie brak jest natomiast definicji „komunikacji zamkniętej”, którą posługuje się Zamawiający.

Powyższe kwestie wymagają niewątpliwie doprecyzowania przed złożeniem ofert przez wykonawców.

Co więcej, ewentualne zakwalifikowanie przewozu jako niepublicznego (czyli regularnego specjalnego) wyłączałoby zastosowanie ulg ustawowych na podstawie art. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego. Natomiast Zamawiający z SWZ i stanowiącej jego załącznik umowie posługuje się terminem „biletów miesięcznych”, co rodzi pytanie o relacje wskazanego pojęcia względem treści art. 5 ust 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 295). Powyższe również powinno zostać ujęte w wyjaśnieniach Zamawiającego zgodnie z treścią zapytań. Odwołujący nie potrafi bowiem na podstawie dostępnych informacji zawartych w SWZ oraz w wyjaśnieniach Zamawiającego zdefiniować terminu „biletów miesięcznych”, co ma jednoznaczny wpływ na ustalenie warunków zamówienia i zastosowanie względem tych biletów ewentualnych ulg ustawowych.

Na koniec podnieść należy, że w zapytaniach do SWZ poproszono o sprecyzowanie sposobu wyliczenia wartości świadczonej usługi: czy ma być to stała zryczałtowana kwota czy według ilości przewożonych dzieci. Zamawiający także i w tym przypadku ograniczył się do odwołania do treści umowy, która w ocenie Odwołującego problemu tego nie rozstrzyga.

Czym innym jest bowiem planowanie wynagrodzenia w ofercie na z góry określone, stałe trasy, niezależne od ilości przewożonych ostatecznie dzieci, a czym innym kalkulacje które zakładać powinny ilość (i zmienność) przewożonych do szkół dzieci, a tym samym - wykupionych przez nich biletów.

Powyższa argumentacja w całości popiera zarzuty wniesione przez Odwołującego na wstępie i potwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Termin wniesienia odwołania wynika z art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p., ponieważ zgodnie ze stanowiskiem doktryny, „Przepisy ust. 3 znajdują więc zastosowanie m.in. do ustalenia terminu wniesienia odwołania wobec zmian ogłoszenia wszczynającego postępowanie (ogłoszenie o sprostowaniu), treści wyjaśnień lub zmian dokumentów zamówienia, zaniechania udostępnienia protokołu z postępowania.” - M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 515.

Zamawiającego opublikował natomiast swoje wyjaśnienia na stronie internetowej [w dniu 05 sierpnia 2021 r.](#)

Odwołujący posiada uprawnienie do wniesienia niniejszego odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 p.z.p., jest wykonawcą, albowiem oferuje na rynku świadczenie usług objętych zamówieniem. Tym samym, jako podmiot zainteresowany zamówieniem i przygotowujący się do złożenia oferty, posiada interes prawny w wyjaśnieniu treści SWZ i w złożeniu niniejszego odwołania.

Odwołujący może ponadto ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku braku wyjaśnienia sprzeczności i niejasności zawartych w SWZ złożenie oferty i uczestnictwo w przedmiotowym zamówieniu publicznym może się okazać niemożliwe, albo treść oferty Odwołującego się może zostać uznana za niezgodną z treścią SWZ przez Zamawiającego.

Mając na względzie powyższą argumentację, niniejsze odwołanie należy uznać za całkowicie zasadne.

Ponadto wskazać należy, że dobrą praktyką, zgodną z art. 16 p.z.p. byłoby kolejne wydłużenie przez Zamawiającego terminu na składanie ofert przez wykonawców o przynajmniej kilka dni po udzieleniu uzupełniających wyjaśnień, albowiem nie sposób uznać, że poprzednie złożone przez Zamawiającego wyjaśnienia rzeczywiście przyczyniły się do poprawy zrozumienia SWZ przez zainteresowane podmioty. Jednocześnie wyznaczenie przez Zamawiającego terminu składania ofert na dzień 09 sierpnia 2021 r. w dniu 05 sierpnia 2021 r. faktycznie uniemożliwiło wykonawcom skorzystanie z uprawnienia z art. 284 ust. 2 p.z.p. W konsekwencji w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien, działając w celu sanowania swojego naruszenia polegającego na niezgodnym z ustawą udzieleniu wyjaśnień do SWZ, udzielić wyjaśnień w ustawowym terminie, a dodatkowo wydłużyć termin składania ofert, aby zapewnić sprawiedliwe i przejrzyste warunki dla wszystkich zainteresowanych.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu w kwocie 7.500,00 zł,
2. potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis z KRS Odwołującego.