




Nasz znak: RSZ.271.1.9.2020

Żary, 26 czerwca 2020r.

PODANO DO PUBLICZNEJ
WIADOMOŚCI *Biz, To do opł*
Żary, dnia 26 CZE. 2020
Podpis 

WYKONAWCY

Dotyczy: ogłoszonego przetargu nieograniczonego pn: „*Dowóz uczniów do szkół podstawowych na terenie gminy Żary oraz dowóz uczniów niepełnosprawnych z terenu gminy Żary do szkół poza terenem gminy wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2020/2021*”.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) Zamawiający – **Gmina Żary** – na pytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wyjaśnia:

Pytania Zamawiającego:

Projekt umowy nakłada na Wykonawcę szereg rygorystycznych obowiązków, których wykonanie skutkuje ponoszeniem przez Wykonawcę wysokich kosztów. Są to m.in. następujące obowiązki:

- zapewnienie właściwej jakości usługi, a w tym należytego stanu technicznego pojazdów, regularności, punktualności, czystości pojazdów, dyspozycyjności (§ 2 ust.1 pkt 1),
- ubezpieczenie pojazdów i przewożonych osób (§ 2 ust.1 pkt 3),
- ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej (§ 2 ust.1 pkt 4),
- zapewnienie w razie awarii zastępczego środka transportu w celu realizacji umowy (§ 2 ust.1 pkt 5),
- zapewnienie odpowiedniej liczby autobusów w celu realizacji umowy (§ 2 ust.1 pkt 7),
- zapewnienie autobusów na trasach X i XI dostosowanych do przewozu osób niepełnosprawnych poruszających się na wózkach inwalidzkich, (§ 2 ust.8),

- zapewnienie opiekunów, ponoszenie odpowiedzialności za nich oraz sprawdzenie ich niekaralności w zakresie przestępstw na tle seksualnym (§ 2 ust.11-14 i ust.19-20),
- zapewnienie odpowiednich wymogów sanitarnych w przypadku epidemii lub pandemii (§ 2 ust.17),
- zapewnienie zatrudnienia kierujących pojazdami i opiekunów na podstawie umowy o pracę (§ 2 ust.21).

Koszty, które powstają po stronie Wykonawcy, w związku z realizacją wyżej wymienionych obowiązków, są kosztami „stałymi”, które ponoszone są, w długim okresie czasu. Wykonawca podejmując się wykonania zamówienia publicznego j.w. nie ma możliwości zrezygnowania z tych kosztów „z dnia na dzień”. Np. umowy ubezpieczenia zawierane są na 1 rok, spłata zakupionych autobusów lub płatności w ramach umów leasingu rozkładają się na kilka lat. Podobnie zatrudnienie kierujących pojazdami i opiekunów na podstawie umowy o pracę, powoduje, że rozwiązanie tych umów możliwe jest z zachowaniem okresów wypowiedzeń oraz związane jest z realizacją innych obowiązków Wykonawcy, jako pracodawcy, a w tym wypłata wynagrodzeń chorobowych, udzielenie urlopów wypoczynkowych, a w przypadku rozwiązania umów o pracę wypłatą odpraw, ekwiwalentów za urlop wypoczynkowy itp.

Przystępując do realizacji zamówienia publicznego i ponosząc tak wysokie koszty Wykonawca powinien mieć zagwarantowaną pewną stabilność zamówienia, tak co do jego zakresu, jak i czasu trwania. Jest to konieczne, aby Wykonawca podejmując decyzję, czy złożyć ofertę w tym postępowaniu, mógł oszacować swoje ryzyko związane z wykonywaniem tej umowy, jak i, aby mógł wycenić swoje usługi.

Realizacja przedmiotowego zamówienia publicznego w oparciu o umowę zawartą zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ obarczona byłaby dla Wykonawcy ogromnym ryzykiem. Postanowienia projektu umowy nie dają nawet możliwości, aby to ryzyko oszacować.

Zgodnie z § 3 ust.3 projektu umowy ***Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie czy skrócenie okresu realizacji umowy lub ograniczenie ilości dni realizowania usługi spowodowane siłą wyższą czy też czasowym zawieszeniem lub ograniczeniem w działalności jednostek oświaty np. z powodu ogłoszonej epidemii czy pandemii lub innych przyczyn nieznanych na dzień ogłaszania zamówienia.***

Jednocześnie § 4 ust. 1 projektu umowy stanowi, że ***wynagrodzenie za wykonanie usługi przewozu uczniów wraz ze sprawowaniem opieki realizowane jest przez rozliczenie***

kilometrów realizowanych w ramach umowy, które potwierdzone będzie przez dyrektorów szkół zgodnie z § 4 ust.7.

Wyżej wskazany zapis projektu umowy wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego za ograniczenie zakresu wykonywanej usługi. Wykonawcy za nie wykonane usługi (kilometry) nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.

Tego rodzaju zapisy umowne pozostają w sprzeczności z Ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej PZP, na co zwracała uwagę w swoich wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza (KIO), i tak:

- w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1372/15, KIO wskazała, że:
„2. Wykonawca wycenia ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.
3. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty.”
- w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. KIO 2177/14, KIO natomiast wskazała, że:
„4. Zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych.”

Powyższe postanowienia projektu umowy wyłączają również odpowiedzialność Zamawiającego za ograniczenie czasu trwania umowy (opóźnienie, skrócenie, ograniczenie ilości dni). Takie postanowienia również nie są zgodne z PZP.

W wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. KIO 2177/14, KIO wskazała, że: *„Umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane.”*

W projekcie umowy zwraca uwagę jaskrawa nierównowaga stron umowy (Zamawiający - Wykonawca). Objawia się ona, jak to zostało już wyżej wskazane, w obciążeniu Wykonawcy wieloma obowiązkami i koniecznością poniesienia nakładów finansowych, i organizacyjnych, przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek pewności, co do zakresu i terminu realizacji umowy, a także w jednostronnym obciążeniu Wykonawcy karami umownymi w § 5 ust.3. Takie kształtowanie przez Zamawiających treści umów w postępowaniach o zamówienia publiczne była wielokrotnie negatywnie oceniane przez KIO:

- wyrok z dnia 30 października 2017 r., KIO 2163/17: „1. Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.). 2. Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający - wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c., zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.”;
- wyrok z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO 664/17: „1. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.”;
- wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., KIO 2177/14: „1. Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. 2. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.”

Wątpliwości budzi również postanowienie § 6 projektu umowy, gdyż pozostawia niepewność, co do czasu trwania umowy, o czym była mowa wyżej. Treść tego postanowienia niezgodna jest z art. 144 ust.1 pkt 1 PZP, który stanowi, że *zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.*

Zamawiający w projekcie umowy wprowadził zmianę postanowień umowy co do terminu realizacji umowy w formie aneksu. Postanowienie to jest jednak niejednoznaczne i nie określa zakresu, w szczególności możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a także charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje zmiany zapisów w projekcie umowy.

Brzmienie §3 ust. 3 oraz §4 ust. 1 podyktowane jest koniecznością dbałości o dysponowanie środkami publicznymi w sposób gospodarny, oszczędny i adekwatny do oczekiwanych efektów. Ryzyko dalszego trwania epidemii wymusza konieczność zrezygnowania lub ograniczenia wydatków, które nie są realizowane lub, które nie muszą być realizowane z uwagi na trwającą epidemię lub inne okoliczności wymienione w przytoczonym paragrafie.

Brzmienie §5 ust. 3 jest zapisem standardowym, stosowanym przez Zamawiającego od lat. Przepisy prawa dopuszczają możliwość określenia kar umownych kwotowo.

Brzmienie §6 zastrzega możliwości zmian umowy w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia w formie aneksu do Umowy. Zmiana umowy w formie aneksu zakłada złożenie zgodnych oświadczeń woli, gdyż aneks również jest umową. Nie jest to jednostronna czynność Zamawiającego. Wynagrodzenie Wykonawcy powiązane jest bezpośrednio z ilością zrealizowanych kilometrów, a nie okresem trwania umowy.

WÓJF GMINY
Leszek Mrozek