CENTRUM USŁUG
WSPÓLNYCH W SZPROTAWIE

Szprotawa, 20.07.2020

Nr sprawy: CUW.271.1.2020

Do Wykonawców

Dotyczy: **Dowóz dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy Szprotawa w roku szkolnym 2020/2021 na podstawie zakupu biletów miesięcznych**

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych zwaną dalej „uPzp" informuje, iż wpłynęły zapytania od Wykonawców dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej „SIWZ". Zamawiający przekazuje treść zapytania wraz z odpowiedziami na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Pytanie nr 1

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, odpowiedniej ilości pojazdów (§ 1 ust.1 pkt 11, 12, 13, 14),
- ubezpieczenie pojazdów i przewożonych osób (§ 1 ust.1 pkt 13),
- ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej (§ 4 ust.1 tiret 2),
- zapewnienie w razie awarii zastępczego środka transportu w celu realizacji umowy (§ 4 ust.1 tiret 4),
- zapewnienie odpowiedniej liczby autobusów w celu realizacji umowy (§ 4 ust.1 tiret 3),
- zapewnienie autobusów na trasach IX i X dostosowanych do przewozu osób niepełnosprawnych poruszających się na wózkach inwalidzkich, (§ 1 ust.3.1),
- zapewnienie zatrudnienia kierujących pojazdami na podstawie umowy o pracę (SIWZ pkt 3,2).

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 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 **§ 1 ust.1 pkt 6** projektu umowy ***Zamawiający zastrzega możliwość ograniczenia zakresu usługi ustalonego w pkt. 3.1 SIWZ, a w konsekwencji również całkowitego wynagrodzenia określonego w umowie. Ograniczenie przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia nie stanowi niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wykonawcy nie przysługuje wówczas prawo do żądania wynagrodzenia za zaniechany zakres usług.***

Wyżej wskazany zapis projektu umowy wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego za ograniczenie zakresu wykonywanej usługi. Wykonawcy za nie wykonane usługi 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 niegraniczony 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 zrekompensowane 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 jakiejkolwiek pewności, co do zakresu i terminu realizacji umowy, a także w jednostronnym obciążeniu Wykonawcy karami umownymi w **§ 8 ust.2.** 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 postanowienie **§ 1 ust. 1 pkt 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 wprawdzie przewidział zmianę postanowień 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 pozostaje przy pierwotnych warunkach opisanych w SIWZ

Pytanie nr 2

W SIWZ pkt 3 „Przedmiot zamówienia" pkt 1.6 oraz w projekcie umowy, zapisali Państwo, że „w przypadku wystąpienia sytuacji, w której, w trakcie trwania danego miesiąca wprowadzone zostanie zdalne nauczanie Zamawiający zapłaci za usługę proporcjonalnie według ilości dni wykonywania usług stosując wyliczenie: kwota z umowy ÷ dni nauki szkolnej = stawka dzienna; stawka dzienna x ilość dni wykonywania usługi = kwota usługi w danym miesiącu"

Wprowadzenie takiego zapisu jest niezgodne z obowiązującymi przepisami, ponieważ w Ustawie z dnia 6 września 2001 o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 58 ze zm.) dokładnie został określony sposób prowadzenia przewozów w ramach przewozów regularnych (na podstawie biletów) i regularny specjalny (na podstawie kilometrów). Wykonawca, realizując przedmiot zamówienia ma obowiązek uzyskania i posiadania zezwolenia na realizację komunikacji regularnej lub regularnej specjalnej.

Zamawiający realizując swój obowiązek ustawowy polegający na dowożeniu dzieci do szkół na podstawie zakupu biletów miesięcznych, opiera się na przepisach Ustawy z dnia 20 czerwca 1992 o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego Art. 5a (Dz. U. z 2018 r. poz. 295 ze zm.). Zamawiający ma wiedzę, że część wynagrodzenia Wykonawcy stanowią dopłaty do biletów ulgowych wypłacane przez Urząd Marszałkowski. Połączenie dowozów dzieci na podstawie biletów miesięcznych z dowozami na podstawie przejechanych kilometrów nie jest możliwe ze względów prawnych oraz w żaden sposób nie daje Wykonawcy możliwości oszacowania zamówienia.

Zamawiający oczekuje, że w określonym przypadku Wykonawca nie będzie przestrzegał obowiązujących przepisów prawnych. Bilety muszą zostać wydrukowane przed rozpoczęciem miesiąca ich obowiązywania. Bilety są pagonami fiskalnymi, uwidocznionymi w kasach fiskalnych i w rozliczeniach w JPK z organami podatkowymi przez wystawione faktury.

Jakiego rodzaju komunikacji ostatecznie Państwo wymagają przy dowozach dzieci do szkół?

Odpowiedź:

Przedmiotem zamówienia jest dowóz dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy Szprotawa w roku szkolnym 2020/2021 na podstawie zakupu biletów miesięcznych w terminie od 01.09.2020 do 25.06.2021 - z wyłączeniem dni wolnych od zajęć (188 dni nauki szkolnej) oraz na zasadach przewidzianych w SWIZ i Umowie. Przedmiot umowy realizowany będzie w ramach przewozów regularnych (na podstawie biletów miesięcznych) w krajowym transporcie drogowym osób na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019r. , poz. 58 z późn. zm.).

Pytanie nr 3

Obecny stan prawny pozwalający na prowadzenie komunikacji na podstawie uzyskanych zezwoleń w oparciu o Ustawię z dnia 6 września 2001 o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 58 ze zm.) jest możliwy do 31 grudnia 2020.

Po tej dacie, zgodnie z Rozporządzeniem (WE) NR 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Jednostki Samorządu Terytorialnego odpowiedniego szczebla mają obowiązek przeprowadzania przetargów na komunikację, w Państwa przypadku, gminną, wydawania Zaświadczeń i jej finansowania.

Czy w obliczu funkcjonowania nowych przepisów, wydadzą Państwo Wykonawcy Zaświadczenia umożliwiające wykonywanie komunikacji Gminnej od 1 stycznia 2021 r.?

Czy będą Państwo finansowali tę komunikację gminną także rekompensując wartość udzielonych ulg przy sprzedaży biletów miesięcznych szkolnych?

Odpowiedź:

Dyrektor Centrum Usług Wspólnych nie jest osobą kompetentną do udzielenia odpowiedzi w tej sprawie.

Według właściwości stroną właściwą do udzielenia odpowiedzi na ww. pytanie jest Burmistrz Szprotawy.

DYREKTOR
CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
w Szprotawie
Dorota Grzeszczak