

Wodzierady, dn. 06.06.2024

**Wykonawcy  
biorący udział w postępowaniu  
o udzielenie zamówienia publicznego**

**Dotyczy: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Wodzierady w okresie od 01.07.2024r. do 30.06.2025r.”.**

**Znak sprawy: IZP.271.8.2024**

---

Zamawiający informuje, że zgodnie z ustawą z 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz 1605 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp, Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1:

W odniesieniu do postanowień § 6 wzoru umowy wskazujemy, że Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji Postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na Wykonawcę pełną odpowiedzialność jaką Zamawiający może ponieść za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ramach Umowy. **W ocenie Wykonawcy Zamawiający dokonał kształtując w ten sposób postanowienia SWZ obciążenia Wykonawcy w rzeczywistości wyższą niż ustawowo przypisaną Gminie odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu.** Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 431 ustawy pzp. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie **nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę**”. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy

wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

**W tym miejscu pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza wyroku KIO z dnia 6 lutego 2024 r. w sprawie o sygnaturze KIO 102/24 oraz w sprawach pod sygnaturą KIO 324/23 z 20 listopada 2023 r. i KIO 3176/23 z 21 listopada 2023 r., uznała, że: „Reasumując, w świetle poczynionych wyżej ustaleń Izba stwierdziła, że Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę”.**

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Po pierwsze, zgodnie z obecnie przewidywanymi zasadami funkcjonowania systemu kaucyjnego odpady objęte tym systemem Zamawiający będzie mógł wliczyć sobie do poziomu recyklingu, podczas gdy wykonawca nie będzie miał takiej możliwości. To powoduje, że w przypadku Zamawiającego ryzyko nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, a w efekcie — bycia obciążonym karą pieniężną, jest znacznie mniejsze niż w przypadku wykonawcy. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przez Wykonawcę przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a., Zamawiający może też ubiegać się o zawieszenie, a następnie umorzenie kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu lub o odstąpienie od jej nałożenia, a tym samym może uniknąć tej kary, jeżeli ziszczą się przesłanki zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawę naliczenia kary umownej wykonawcy.

W tym miejscu wskazać należy na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina – tu Zamawiający, a na jakie nie ma najmniejszego wpływu Wykonawca. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający

jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, następnie zgodnie z art. 4 u.c.p.g. rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. To Zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.). Wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania.

Skoro to Zamawiający posiada opisane powyżej instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów, które bezpośrednio przekładają się na realizację poziomu recyklingu, to dlaczego Wykonawca obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie.

Wykonawca może jedynie dołożyć należytej staranności w celu osiągnięcia tych poziomów a polegać to może na skierowaniu odpadów do możliwie najnowocześniejszych instalacji.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recykling osiągnane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3%. Kluczowy, jak pokazuje powyższy przykład, jest wpływ dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recykling. Ponieważ odpady zmieszane, jako frakcja, stanowią ponad połowę strumienia odpadów, to możliwość wysortowania z odpadów zmieszanych – odpadów, które można oddać do recyklera, stanowi o istocie problemu przy uzyskaniu ustalonych poziomów recyklingu. Słaba jakość i niska ilość odpadów „u źródła” ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast Wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji Zamawiającego (system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów.

Abstrahując już od faktu, iż Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy

wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników czy też wliczenia surowców odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, które aktualnie nie są objęte systemem gminnym, a wytwarzają znaczącą ilość wartościowych surowców. Dodatkowo należy wskazać, iż ilość odpadów przekazana do recyklingu przez pozostałe podmioty z terenu gminy (zbiórki w szkołach, podczas festynów, skupy itp.) jest nieznana Wykonawcy, aczkolwiek jest zdecydowanie znacząca w osiągnięciu wymaganego ustawowo poziomu recyklingu.

W związku z powyższym na mocy kwestionowanych w tym pytaniu postanowienia umowy tj. § 6 wzoru umowy ryzyko zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganego poziomu recyklingu obciąża jedynie Wykonawcę pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu objętego przedmiotem zamówienia, posiadania najnowocześniejszych instalacji i sortowni, Wykonawca może nie osiągnąć ustalonego na poziomie 45% dla roku 2024 poziomu recyklingu i następnych, w kolejnych latach, a skoro tak, to Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy i co więcej nie ma związku z działaniem Wykonawcy. Bowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu – a wykonanie usługi odbioru, i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ponadto takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikającą z art. 431 ustawy pzp. W konsekwencji – ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w §6 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia § 6 projektu umowy są sprzeczne z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia **więcej niż całością** ryzyka związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną Zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza wskazane przepisy prawa.

Wykonawca podkreśla, że w związku z faktem posiadania przez Zamawiającego szeregu opisanych powyżej narzędzi zmierzających do egzekwowania od mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów i odpowiednim brakiem takich narzędzi po stronie Wykonawcy, konieczne jest wykreślenie obowiązku zapłaty kary umownej z postanowień umowy. Zgodnie z art. 354 k.c. oraz zgodnie z art. 431 ustawy pzp

- dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wierzycielem w tym przypadku jest oczywiście Zamawiający a dłużnikiem Wykonawca. **W tym wypadku Zamawiający (gmina) przenosi na Wykonawcę swój obowiązek (osiągnięcia poziomu recyklingu), jednak nie mogąc przenieść na Wykonawcę przysługujących tylko Zamawiającemu narzędzi do wyegzekwowania realizacji obowiązku. Skoro zatem Wykonawca zobowiązany ma być do osiągnięcia poziomu recyklingu, to Zamawiający jako jedyny władny do użycia narzędzi do wyegzekwowania jego osiągnięcia ponosi odpowiedzialność za zrealizowanie tego obowiązku w granicach wynikających z możliwości realnego wpływu na podwyższenie osiągnięcia poziomu recyklingu w wyniku maksymalnego użycia narzędzi przysługujących tylko Zamawiającemu do ich osiągnięcia, bowiem tylko Zamawiający ma możliwość podejmowania działań w jakie wyposażył go ustawodawca, zmierzających do realizacji ustalonych poziomów recyklingu.**

Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w sposób dokonany przez Zamawiającego, wobec powyższego stanowi o naruszeniu przez niego swobody kontraktowej z art. 353<sup>1</sup> k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 354 k.c., art. 473, art. 471 i art. 483 k.c. Skoro od współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, to pełna odpowiedzialność za ich osiągnięcie nie może spoczywać na Wykonawcy. Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18 ustaliła, że: „Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) **Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych**, opisanych w § 14 wzoru umowy, **gdź**

w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego

**przewinienia ze strony wykonawcy**". Ewidentnie w omawianym przypadku zachodzi sytuacja, gdy ustanowione w SWZ kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są zbyt wysokie i nieproporcjonalne do stopnia odpowiedzialności jaki można przypisać Wykonawcy w związku z tym, że to Zamawiający ma w gestii w zasadzie pełnię narzędzi do stymulowania ich osiągnięcia. Nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych starań istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn zaniechania przez Zamawiającego czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie świadomości dot. sposobu i wagi dla środowiska segregowania odpadów, może dojść do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i to Wykonawca – pomimo braku jakiegokolwiek wpływu na tę sytuację – wobec obecnego brzmienia SWZ ponosi wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej. Dlatego w tym miejscu Wykonawca przywołuje Wyrok Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18, zgodnie z którym: „art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie.

**Mając powyższe na uwadze wnosimy o:**

- 1) udzielenie wyjaśnień czy Zamawiający podczas ustalania treści postanowień § 6 wzoru umowy wziął pod uwagę wskazane powyżej okoliczności,**
- 2) jednocześnie wnoszę o usunięcie jako niezgodnych z art. 433 pkt 2 ustawy pzp postanowień umowy zawartych w §11 ust. 4 wzoru umowy**

- 3) oraz o zmianę postanowień § 6 wzoru umowy w taki sposób, aby Wykonawca miał obowiązek dołożyć należytej staranności odpowiedniej do realnych możliwości wynikających z przedmiotu umowy do osiągnięcia ustalonych poziomów recyklingu.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w zakresie zapytania:

Ad. 1 i 3.

Formułując brzmienie paragrafu 6 Zamawiający wziął pod uwagę obowiązujące przepisy, dotychczasowe doświadczenie przy realizacji Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w Gminach, a także uwarunkowania realizacji usługi na naszym terenie. Zlecając wykonanie umowy w procedurze zamówień publicznych Zamawiający wyraża przekonanie, że do przetargu przystąpi podmiot profesjonalny, znający uregulowania prawne związane z odbiorem odpadów, a także zawsze dokładający należytej staranności przy wykonywaniu umowy.

Ad. 2.

Przytoczony zapis umowy nie dotyczy kar umownych. Kwestia kar umownych związanych z nieosiągnięciem ustalonych poziomów recyklingu uregulowana została w par. 6 ust.1 pkt 4 Umowy. Uważna analiza tego zapisu pozwala stwierdzić, że Zamawiający nie obciąża karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, mianowicie określono górną granicę kary umownej w wysokości 10 000 zł

Pytanie 2:

Zamawiający w treści Załącznika nr 1 do SWZ – SOPZ w pkt 4. określił ilość odpadów komunalnych przeznaczonych do odbioru, transportu i zagospodarowania w trakcie realizacji zamówienia, między innymi z PSZOK: **popiół w ilości 1,00 Mg/rok**, natomiast w treści Załącznika nr 3 do SWZ Formularz ofertowy w tabeli dla PSZOK, Zamawiający nie uwzględnił wyżej wspomnianej pozycji, co za tym idzie całkowita suma wszystkich odpadów różni się pomiędzy Formularzem ofertowym, a SOPZ różni się o brakującą 1,00 Mg. Wnosimy o ujednoczenie zapisów.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, że załącznik nr 3 do SWZ został ujednolicony do załącznika nr 1 do SWZ.

Formularz ofertowy został poprawiony w następujący sposób:

**Cena oferty brutto: .....zł**

(słownie złotych:

.....)w tym

podatek VAT.

Powyższa cena obejmuje cały zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej - składowymi zaoferowanej ceny są:

<b>Wyszczególnienie odpadów</b>	<b>Szacunkowa – przewidywana ilość odpadów do odebrania w Mg/12 miesięcy</b>	<b>Cena odbioru i zagospodarowania odpadów w odniesieniu do roku zł netto/Mg</b>	<b>VAT</b>	<b>Razem</b>
odpady zmieszane	550,00			
odpady ulegające biodegradacji oraz zielone	80,00			
papier i tektura	4,600			
opakowania wielomateriałowe, metale, tworzywa sztuczne typu PET	230,00			
szkło	70,00			
popiół	36,00			
tekstylia i odzież używana	1,00			
Odpady wielkogabarytowe	75,00			
opony	17,91			
Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny ( 200135*, 200136)	7,70			
PSZOK:				
Papier/tektura	1,0			
Szkło	1,00			
Papier	1,0			
Popiół	1,0			
Chemikalia	0,250			
Metale, tworzywa sztuczne	0,700			
Zużyty sprzęt elektroniczny	0,300			
Świetlówki	0,125			
Opony	0,250			



Odpady wielkogabarytowe	5,44			
Odpady rozbiórkowo-budowlane	30,00			
Odpady ulegające biodegradacji	1,800			
Odbiór i zagospodarowanie odpadów higienicznych (odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek)	0,005			
RAZEM	1114,08			

Informacja do punktacji:

Termin płatności faktury: ..... dni (należy wpisać zgodnie z rozdziałem III ust. 4 pkt 3 ppkt 2 SWZ!!!)

### Pytanie 3:

Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SWZ – SOPZ w pkt 3. Sprawozdawczość ppkt. 3) określił, że:

- 3) Wykonawca jest zobowiązany do rzetelnego sporządzania i dostarczania zamawiającemu **sprawozdań półrocznych, zgodnie z art. 9n ust. 1-3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach**. Sprawozdania powinny być sporządzane zgodnie z obowiązującymi przepisami, na obowiązujących drukach za II półrocze 2024 roku do 31 stycznia 2025 roku,

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa tj. art. 9n. ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U.2024.399 z dnia 18 marca 2024 r.)

Art. 9n. [Sprawozdania przedstawiane przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości]

**1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania rocznych sprawozdań**

Wnosimy z powyższym wnosimy o zmianę modyfikację zapisów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, iż w załączniku nr 1 do SWZ skreśla w rozdziale III pkt 3 ppkt 3 i 5.

Pytanie 4:

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do SWZ – Istotne postanowienia umowy w §5 ust. 1 pkt 1c), określił, że wymaga:

- 1) sporządzanie i przekazywanie Zamawiającemu, **co miesiąc** nie później niż 10 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę:

(...)

- c) oświadczenie Wykonawcy potwierdzające masę odpadów poddanych **w danym miesiącu** odzyskowi lub recyklingowi w podziale na podmioty realizujące recykling lub odzysk;

Wnosimy o modyfikację zapisów bowiem zgodnie z Ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, podmioty (instalacje) zagospodarowujące odpady komunalne przekazują informację o odzysku bądź recyklingu dostawcom 2 razy w roku – w styczniu i w lipcu, wobec powyższego wymagane jest nadmierne i niemożliwe do spełnienia.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, iż załącznik nr 2 do SWZ - Istotne postanowienia umowy w punkcie

- a) §5 ust.1 pkt.1b zostaje skreślony,
- b) §5 ust.1 pkt.1c otrzymuje brzmienie jako nowy §5 ust. 1 pkt 1 b) „Informację o odpadach, które poddał procesowi przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub odzysku innymi metodami lub przekazał w tym celu innemu posiadaczowi odpadów w terminie do 15 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy”.

Z poważaniem  
Wójt Gminy Wodzierady  
/-/ Łukasz Kukieta