

IZP.271.1.13.2023

**Wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia**

Dotyczy: Wyjaśnienie treści SWZ w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Rozprza w roku 2024”

Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Działając zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023 poz.1605) Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

W Rozdziale 4 SWZ na stronie 7, wskazano, że: Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany harmonogramu w zakresie tras, częstotliwości i terminów odbioru odpadów komunalnych w zależności od potrzeb Zamawiającego.

Prosimy o wskazanie okoliczności w jakich Zamawiający może żądać zmiany harmonogramu. Zmiany terminów odbioru i częstotliwości to zmiany istotne, które są ściśle związane z kosztami wykonania usługi, zatem nieograniczone i jednostronne zmiany w tym zakresie bez jednoczesnej zmiany stawki jednostkowej oznaczają jednostronną zmianę przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy. Konieczne jest zatem wskazanie okoliczności uzasadniających taką zmianę w celu wyceny ryzyk związanych z realizacją umowy.

Odpowiedź

Zamawiający może wprowadzić zmiany harmonogramu w zakresie tras i częstotliwości w przypadku wystąpienia zdarzeń uniemożliwiających wykonanie usługi zgodnie z harmonogramem, np. złych warunków pogodowych lub wykonywania remontów i robót budowlanych na drogach. Zmiany tras mogą nastąpić w przypadku zwiększenia liczby nieruchomości zamieszkałych objętych odbiorem odpadów. Na częstotliwość wykonywanych usług mogą mieć wpływ zmiany przepisów prawa pierwotnego i konieczność dostosowania do nich przepisów prawa miejscowego. Zmiany te mają charakter losowy i nie muszą one wystąpić.

Pytanie 2

W Rozdziale 4 SWZ na stronie 7 i 8, wskazano, że: W przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie wywiązuje się z obowiązku segregacji odpadów Wykonawca odbiera odpady, umieszcza na pokrywie pojemnika lub w skrzynce pocztowej informację dla właściciela nieruchomości o otrzymaniu ostrzeżenia za nieprzestrzeganie obowiązku segregowania odpadów.

Prosimy o potwierdzenie, że odbiór odpadów jako zmieszanych odbywać się będzie na najbliższym terminie przypadającym na odebranie tych odpadów dla danej

nieruchomości zgodnie z harmonogramem. Wykonawca nie może odebrać odpadów jako zmieszanych razem z odpadami gromadzonymi selektywnie.

Odpowiedź

Zgodnie z art. 6ka ust. 1 *ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane). Ustawodawca nie przewidział odrębnego terminu na odbiór nieprawidłowo posegregowanych odpadów. Nieodebranie odpadów w chwili stwierdzenia nieprawidłowości w segregacji można uznać za niedopełnienie obowiązku wskazanego w wyżej wymienionym artykule.

Pytanie 3

Zgodnie z Rozdziałem 8 pkt 2 ppkt 2) lit b) SWZ: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).

Prosimy o potwierdzenie, że chodzi o wpis w zakresie podmiotów transportujących odpady. Rejestr o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach obejmuje różne podmioty np. sklepy wprowadzające torby foliowe oraz zakłady naprawy pojazdów. Związek z przedmiotem zamówieni na natomiast wpis w zakresie podmiotów transportujących odpady.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż zakres wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach prowadzonego przez Marszałka województwa powinien być adekwatny do zakresu wykonywanej działalności związanej z przedmiotowym zamówieniem publicznym.

Pytanie 4

Zgodnie z § 3 ust. 7 Projektowanych postanowień umownych: W przypadku niedostarczenia dokumentów, o których mowa w ust. 6, Zamawiający zatrzyma z wynagrodzenia Wykonawcy, kwotę w wysokości równej należności podwykonawcy, do czasu ich otrzymania. Zamawiający uprawniony jest do potrącenia tej kwoty i przekazania jej podwykonawcy tytułem zapłaty.

Postanowienia takie wykraczają poza granice możliwej ingerencji zamawiającego w relacje między wykonawcą a podwykonawcą. Zamawiający nie jest solidarnie odpowiedzialny za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w zamówieniu, którego przedmiotem są usługi, dlatego nie ma podstawy prawnej do zatrzymywania wynagrodzenia wykonawcy i zapłaty podwykonawcy, gdyż nie łączą go z podwykonawcą żadne relacje prawne.

Prosimy o wykreślenie ww. postanowień, przypominając, że KIO za niedopuszczalne uznaje ingerowanie przez zamawiającego w zakresie wykraczającym poza gwarancyjną rolę zamawiającego za zapłatę podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej (wyrok KIO z dnia 15.06.2015 r. KIO 1139/15). Zamawiający nie ma ustawowych uprawnień, aby w ograniczać wykonawcę w kontraktach ze swoimi

podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w korzystaniu z zasady swobody umów, w zakresie szerszym niż to wynika wprost z przepisów ustawy PZP (Wyrok KIO z dnia 08.11.2016 r., KIO 1978/16).

Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowień zawartych w § 3 ust. 6 i 7 *Projektowanych postanowień umowy*.

Pytanie 5

Zgodnie z § 7 ust. 1-3 *Projektowanych postanowień umownych*:

1. Zamawiający może rozwiązać umowę, jeżeli poweźmie wiadomość o tym, że:

1) wszczęte zostało postępowanie upadłościowe Wykonawcy,

Zgodnie z art. 83 ustawy Prawo upadłościowe: Postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne. Prosimy o wykreślenie ww. postanowienia.

2. Rozwiązanie umowy przez Zamawiającego może nastąpić również, jeżeli Wykonawca:

1) nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 01.01.2024 r.,

Prosimy o wyjaśnienie jak Zamawiający oceni, że Wykonawca nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 01.01.2024 r., zważywszy, że 01.01.2024 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy.

3) pomimo pisemnego wezwania nie wykonuje przedmiotu umowy zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.

Prosimy o wyjaśnienie co należy rozumieć pod pojęciem „istotny sposób narusza zobowiązania umowne” oraz o wyjaśnienie, kiedy zamawiający ma prawo wezwać do należytego wykonania umowy. Konieczność doprecyzowania tych kwestii wynika z konieczności określenia podstaw odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania. Nie każde drobne naruszenie postanowień umowy np. brak pojedynczego odbioru odpadów może być podstawą rozwiązania umowy.

3. Ponadto jeżeli Wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy wadliwie albo sprzecznie z umową, Zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonywania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu. Zamawiający może rozwiązać umowę i powierzyć dalsze wykonanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy.

Podobnie w przypadku tzw. wykonania zastępczego konieczne jest jednoznaczne określenie okoliczności uzasadniających zastosowanie tego rozwiązania, nie każde pojedyncze naruszenie może być powodem zlecenie wykonania prac innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy.

Odpowiedź

1. Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowień zawartych w § 7 ust. 1 pkt 1 *Projektowanych postanowień umowy*.

2. Zgodnie z § 2 *Projektowanych postanowień umowy* termin realizacji umowy został ustalony od dnia 01.01.2024 r. do dnia 31.12.2024 r. z wyjątkiem czynności wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w worki do selektywnej zbiórki odpadów

komunalnych oraz dostarczenia mieszkańcom harmonogramu odbioru odpadów, dla których Zamawiający wyznaczył termin od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2023 r. Jak wynika z powyższego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany został do czynności, które na dzień 01.01.2024 r. powinny już zostać zrealizowane. Mają one bezpośredni wpływ na możliwość realizacji odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości. Zapisy § 7 ust. 2 mają za zadanie dyscyplinować Wykonawcę do rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia w określonych w umowie terminach.

2.3 i 3. Zamawiający na każdą czynność niewykonania przedmiotu umowy lub wykonania niezgodnego z zapisami umowy ma prawo wezwać Wykonawcę do zmiany sposobu wykonania umowy. Co do zasady umowa stanowi zestaw warunków, do których przestrzegania zobowiązują się strony. Istotne naruszenie umowy a więc naruszenie jej kluczowych postanowień oraz brak reakcji ze strony Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego w określonym terminie może skutkować rozwiązaniem umowy. Ewentualny spór w tym zakresie rozstrzygnięty zostanie przez Sąd.

Pytanie 6

Zgodnie z § 11 ust. 1 Projektowanych postanowień umownych: Zamawiającemu przysługują od Wykonawcy kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach:
a) 0,3 % szacowanego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 3 za każdy dzień zwłoki:

- w wyposażeniu każdego miejsca gromadzenia odpadów w niezbędne worki do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych określone w SWZ,
- w dostarczeniu mieszkańcom uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu odbioru odpadów, nie więcej niż 10% szacowanego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 3;

Zważywszy, że wartość zamówienia została oszacowana jako wartość powyżej progów unijnych oznacza, to, że wynosi ona minimum 957 524,00 zł netto zatem min. 1 034 126,00 zł brutto.

0,3% od tej kwoty to 3 102,00 zł. Oznacza to, że kara za każdy jeden dzień zwłoki w wyposażeniu mieszkańców w worek o wartości maksymalnie kilku złotych lub dostarczenie harmonogramu, który będzie dostępny publicznie wynosi minimum 3102 zł, jest ona zatem rażąco wygórowana. Wnosimy zatem o jej obniżenie do kary oznaczonej kwotowo wynoszącej 20 zł.

Odpowiedź

Zamawiający nie przychylił się do wniosku o obniżenie kary umownej określonej w § 11 ust. 1 lit. a *Projektowanych postanowień umowy*.

Pytanie 7

Zgodnie z § 11 ust. 5 Projektowanych postanowień umownych: 5. Wykonawca zobowiązuje się na wezwanie Zamawiającego do zapłaty na jego rzecz równowartości kwoty kary przewidzianej przepisami prawa, za brak osiągnięcia poziomów recyklingu i odzysku wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji, w odniesieniu do ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy.

Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy PZP (wyrażonym w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP): „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 wykonawcę¹. 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”.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 691):

pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia – rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania;

pkt 23) recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych.

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach komunalnych to odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyodrębnić kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych ok. 12-14 %. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych.

W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530). Rozporządzenie w sprawie recyklingu weszło w życie w dniu 4 września 2021 r.

Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin, a w konsekwencji dla wykonawcy (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych,

Zgodnie z Rozporządzeniem :

§ 3. 1. Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się zgodnie ze wzorem:

$$P = Mr / Mw \times 100\%$$

gdzie:

P – oznacza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr – oznacza łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg,

Mw – oznacza łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażoną w Mg.

2. Do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, zalicza się:

1) odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06;

2) odpady powstałe z przetworzenia odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1.

3. Do łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „Mw”, zalicza się odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06.

4. Grupy oraz kody odpadów są określane zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

5. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

6. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy.

7. Masę bioodpadów stanowiących odpady komunalne posegregowanych i poddanych recyklingowi u źródła, obliczoną zgodnie z art. 4 ust. 3 decyzji 2019/1004, uwzględnia się zarówno w łącznej masie odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, jak i w łącznej masie wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „Mw”

Dodatkowo określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami.

- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu.

- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”.

- Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”.

Oznacza to, że zasadniczym czynnikiem w osiąganiu poziomów recyklingu jest należyte segregowanie odpadów „u źródła” i wybór instalacji do, której zostaną przekazane odpady. W zakresie wpływu na segregację u źródła, wykonawca, które składa ofertę nie ma żadnego wpływu na korygowanie zachowań mieszkańców, w tym zakresie. Sposób postępowania w razie nieprawidłowej segregacji został opisany niejednoznacznie o czym mowa wyżej. Co więcej, wykonawca składający ofertę.

W związku z tym wnosimy o wykreślenie kary określonej wyżej jako sprzecznej z art. 433 pkt 2 ustawy PZP.

Odpowiedź

Projektowane postanowienia umowy w § 11 ust. 5 wskazują, iż Wykonawca zobowiązuje się na wezwanie Zamawiającego do zapłaty na jego rzecz równowartości kary przewidzianej przepisami prawa, za brak osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu i odzysku oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji, jedynie w odniesieniu do ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę. Zamawiający nie wymaga zatem od Wykonawcy zapewnienia osiągnięcia przez gminę odpowiednich poziomów wskazanych w art. 3b i 3c *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach*, a jedynie osiągnięcia tych poziomów w odniesieniu do ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę. Nieosiągnięcie wskazanych poziomów przez gminę nie będzie równoznaczne z nałożeniem kary umownej na Wykonawcę. Poziomy recyklingu, odzysku i ograniczenia składowania, jakie osiąga Wykonawca, są jedynie składową poziomów osiąganych przez gminę. Zatem kara umowna może być nałożona jedynie w przypadku nieosiągnięcia tych poziomów w stosunku do ilości odpadów odebranych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, które to stanowi istotny element gospodarowania odpadami przez gminę i ma znaczący wpływ na możliwość osiągnięcia przez gminę poziomów, o których mowa w art. 3b i 3c ustawy. Powyższe dyscyplinuje Wykonawcę do monitorowania ciężącego na właścicielach nieruchomości obowiązku segregowania odpadów komunalnych, zgodnie z zapisami rozdziału 4 SWZ stanowiącej integralną część umowy. Ponadto należy zauważyć, iż zgodnie § 6 pkt 15 *Projektowanych postanowień umowy* to Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia akcji promującej selektywne zbieranie odpadów w ilości wskazanej w formularzu ofertowym. Działania te mają na celu zwiększenie

świadomości społecznej na temat wagi selektywnego zbierania odpadów, a co za tym idzie wpływają na osiągnięcie odpowiednich poziomów odzysku, recyklingu i ograniczenia składowania odpadów. Działania informacyjne prowadzone przez Wykonawcę mają zatem bezpośredni wpływ na zachowanie właścicieli nieruchomości w zakresie prawidłowego segregowania odpadów. Podsumowując powyższe Zamawiający nie przychyliła się do wniosku o wykreślenie kary umownej wskazanej w § 11 ust. 5 *Projektowanych postanowień umowy*.

Pytanie 8

W Uchwale z dnia 25 czerwca 2020 r. nr XVI/30/2020 Rady Gminy Rozprza wyszczególniono zbiórkę odpadów wielkogabarytowych oraz popiołu, czego Zamawiający nie uwzględnił w treści SWZ.

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, czy zakres zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie wskazanych frakcji, a jeśli tak, o podanie szacunkowych tonaży na rok 2024.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż nie zamierza uwzględniać w niniejszym zamówieniu frakcji odpadów innych, niż wskazane w rozdziale 4 SWZ. Odpady niewymienione w SWZ są zbierane w prowadzonym przez gminę punkcie selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) i nie są objęte przedmiotem zamówienia.

Pytanie 9.

Zamawiający w Załączniku nr 7 Projektowane postanowienia *umowy* w §10 wskazuje, że:

„Wykonawca odpowiada za szkody wyrządzone przez siebie i podwykonawców w związku z wykonywaniem umowy i obejmujące odpowiedzialność cywilną Wykonawcy w czasie realizacji umowy. Wykonawca zobowiązany jest posiadać przez cały czas trwania niniejszej umowy ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.”

Zamawiający w powyższym zapisie nie określił wysokości ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej, jakie Wykonawca powinien posiadać przez cały okres realizacji trwania umowy. Prosimy o doprecyzowanie wymagań stawianych względem Wykonawcy.

Odpowiedź

Zamawiający nie ustala wymagań co do wysokości ubezpieczenia. Powinno ono być adekwatne do rozmiaru prowadzonej działalności gospodarczej i ewentualnych szkód, które mogą powstać w ramach prowadzonej działalności.

Pytanie 10.

W odniesieniu do §6 ust. 11) 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 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 recyklingu osiąmane 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 recyklingu. 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 postanowień umowy tj. § 6 ust. 11) 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 35% dla 2023 r. i 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 § 11 ust. 5 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia § 11 ust. 5 Projektu umowy są sprzeczne z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia **więcej niż całością** ryzyk 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. 3531 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 § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, **gdyż 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 wnoszę o usunięcie jako niezgodnych z art. 433 pkt 2 ustawy pzp postanowień umowy zawartych w §6 ust. 11 §11 ust 5.

Odpowiedź

Wskazane w § 6 pkt 11 *Projektowanych postanowień umowy* obowiązki Wykonawcy dotyczące osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku odbieranych odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów przekazywanych do składowania odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wymaga zatem od Wykonawcy zapewnienia osiągnięcia przez gminę odpowiednich poziomów wskazanych w art. 3b i 3c *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach*, a jedynie osiągnięcia tych poziomów w odniesieniu do ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę. Realizacja przedmiotu zamówienia stanowi istotny element gospodarowania odpadami przez gminę i ma znaczący wpływ na możliwość osiągnięcia przez gminę poziomów, o których mowa w art. 3b i 3c ustawy.

Projektowane postanowienia umowy w § 11 ust. 5 wskazują, iż Wykonawca zobowiązuje się na wezwanie Zamawiającego do zapłaty na jego rzecz równowartości kary przewidzianej przepisami prawa, za brak osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu i odzysku oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji, jedynie w odniesieniu do ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę. Nieosiągnięcie wskazanych poziomów przez gminę nie będzie równoznaczne z nałożeniem kary umownej na Wykonawcę. Poziomy recyklingu, odzysku i ograniczenia składowania, jakie osiąga Wykonawca, są jedynie składową poziomów osiąganą przez gminę. Zatem kara umowna może być nałożona jedynie w przypadku nieosiągnięcia poziomów wskazanych w art. 3b i 3c *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* w stosunku do ilości odpadów odebranych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe dyscyplinuje Wykonawcę do monitorowania ciężącego na właścicielach nieruchomości obowiązku segregowania odpadów komunalnych, zgodnie z zapisami rozdziału 4 SWZ stanowiącej integralną część umowy. Ponadto należy zauważyć, iż zgodnie § 6 pkt 15 *Projektowanych postanowień umowy* to Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia akcji promującej selektywne zbieranie odpadów w ilości wskazanej w formularzu ofertowym. Działania te mają na celu zwiększenie świadomości społecznej na temat wagi selektywnego zbierania odpadów, a co za tym idzie wpływają na osiągnięcie odpowiednich poziomów odzysku, recyklingu i ograniczenia składowania odpadów. Działania informacyjne prowadzone przez Wykonawcę mają zatem bezpośredni wpływ na zachowanie właścicieli nieruchomości w zakresie prawidłowego segregowania odpadów. Podsumowując powyższe Podsumowując powyższe Zamawiający nie przychylił się do wniosku o usunięcie § 6 pkt 11 i § 11 ust. 5 *Projektowanych postanowień umowy*.

Pytanie 11.

Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej określił frakcje i ilości odpadów, których dotyczy zamówienie, jednak nie są zgodne z frakcjami i ilościami odpadów wskazanymi w Uchwale nr XVI/29/2020 w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i

porządku na terenie gminy Rozprza, m.in. nie zostały wymienione takie frakcje jak: gabaryty oraz opony. Wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający zamierza uwzględnić powyższe frakcje w niniejszym zamówieniu oraz dokona ewentualnej modyfikacji zapisów.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż nie zamierza uwzględniać w niniejszym zamówieniu frakcji odpadów innych, niż wskazane w rozdziale 4 SWZ. Odpady niewymienione w SWZ są zbierane w prowadzonym przez gminę punkcie selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) i nie są objęte przedmiotem zamówienia.

Pytanie 12.

Zamawiający w treści Załącznika nr 7 Projektowane postanowienia umowy określił, że Wykonawca zobowiązany jest m.in. do:

6) (...) zapewnienia Zamawiającemu dostępu do systemu monitorowania pojazdów oraz czujników monitorujących wyładunek odpadów;

Wnosimy o potwierdzenie, czy jako czujniki monitorujące można zakwalifikować kamery tylnie w śmieciarce obrazujące tył pojazdu?

Odpowiedź

Zgodnie z rozdziałem 4 SWZ wszystkie pojazdy do świadczenia usługi w ramach realizacji niniejszego zamówienia muszą spełniać wymagania wynikające z *rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*, tj. muszą być wyposażone m.in. w czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów. Jeśli zatem tylne kamery w pojeździe spełniają wymóg zapisu wskazanych w rozporządzeniu danych, to można je uznać za czujniki monitorujące.

Załącznik - Projektowane postanowienia umowy uwzględniające udzielone wyjaśnienia treści SWZ.