

Zamawiający
Gmina Jarostaw

Do wszystkich Wykonawców

Odpowiedź na wniosek

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Jarostaw w roku 2025”.

Wniosek:

cyt.:

„(...) działając na podstawie art. 135 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Tj. Dz.U. 2023 poz. 1605) (dalej Ustawa pzp), zwraca się z prośbą o zmianę zapisów w przedmiotowym postępowaniu w poniżej wskazanych kwestiach poprzez ich wykreślenie: 1. W zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i kar przewidzianych w zapisach: Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ): Załącznik nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” (SOPZ) pkt 7 ust 4 oraz Załącznik nr 7 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) § 7 ust 6 ; PPU § 12 ust 5. Zamawiający przewidział w PPU (§ 12 ust 5), nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych, co w odniesieniu do ww. postępowania oznacza wymagania osiągnięcia poziomu 55% w 2025 roku pomimo, iż spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe i nie zależy tylko i wyłącznie od Wykonawcy jak wykazano poniżej. Odnosząc się do powyższego, należy zwrócić uwagę na fakt, że Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania, ale i na sposób segregacji odpadów przez mieszkańców. Wreszcie Wykonawca nie ma możliwość oddziaływania na mieszkańców w sposób jaki może robić to Gmina np. poprzez nakładanie kar lub podwyższanie stawki za odbiór odpadów od tych osób, które do zasad obowiązujących na terenie Gminy nie stosują się.

Z doświadczeń wnoszącego wniosek wynika, że strumień przekazywanych odpadów jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problem (zupełnie niezależnym od potencjalnego wykonawcy, a więc przez niego nie zawinionym), który finalnie determinuje już na wstępie wysokość uzyskiwanych poziomów odzysku, a w konsekwencji uniemożliwia jego osiągnięcie z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Osiągnięcie poziomów recyklingu – co pragniemy raz jeszcze podkreślić - zależy więc od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość – co jest okolicznością znaną także Zamawiającemu - znajduje się poza kontrolą Wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. W kontekście więc próby nakładania kar umownych za takie okoliczności nie można aspektu tego pominąć i należy kwestię powyższą ująć w pytaniach i wniosku o zmianę SWZ do Zamawiającego. Do najważniejszych z nich zalicza się przede wszystkim: 1) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli - które wszystkie są zależne od Gminy; 2) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia 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), przez którego zapisy recykerzy zmuszeni są wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi; 3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recykerów; 4) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.

5) braku „władztwa administracyjnego” i instrumentów ustawowych po stronie Wykonawcy – przypisanych m.in. ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - Zamawiającemu Mając na uwadze powyższe raz jeszcze pragniemy zauważyć, iż możliwość uzyskania określonych w dokumentacji przetargowej poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona co do zasady od szeregu czynników – w większości niezależnych od Wykonawcy.

W tym miejscu wskazać trzeba na kwestie podnoszoną w orzecznictwie m.in. niemożność naliczenia kary umownej w przypadku braku winy wielokrotnie prezentował Sąd Najwyższy, np. w wyroku z 20 marca 1968 r., sygn. akt II CR 419/67 wskazując : „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”.

W nowszym wyroku z 27 września 2013 r., w sprawie sygn. akt I CSK 748/12 Sąd Najwyższy zauważył: „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanka dochodzenia zapłaty kary umownej jest winą dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa”. Wyrok powyższy potwierdza ugruntowaną obecnie już linię orzecniczą Sądu Najwyższego (patrz wyrok z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, wyrok z 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 180/10, wyrok z 11 stycznia 2008 r., sygn. akt V CSK 362/07, wyrok z 21 września 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07, wyrok z 11 marca 2004 r., sygn. akt V CSK 369/03, wyrok z 11 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, wyrok z 27 czerwca 2003 r., sygn. akt IV CKN 300/01). W podobnym tonie wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z orzecznictwem której „Kara umowna nie może prowadzić bowiem do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający nie może przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia”. Pragniemy zwrócić uwagę, iż cytaty powyższy pochodzi z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r. o sygn. KIO 102/24, która oceniając odwołanie na postanowienia SWZ i umowy, stwierdziła dodatkowo, 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”. Warto więc dostrzec, iż Wykonawca nie ma w ogóle lub ma ograniczony wpływ na:

- ilość przekazywanych odpadów zmieszanych przez mieszkańców (20 03 01), które stanowią ponad 52% wszelkich frakcji wykazanych w Załączniku nr 1 do SWZ (ilość odpadów komunalnych odebranych w roku 2023) a w formularzu oferty Zamawiający prognozuje ich ilość w 2025 r. na poziomie ponad 54%. Tym samym ilość odpadów tej frakcji nie tylko nie maleje ale przeciwnie rośnie, co w największej mierze spowodowane jest działaniem mieszkańców, ale także brakiem należytego „uszczelniania” systemu przez Zamawiającego. Jak można dostrzec więc już tylko ten element jest niezależny od Wykonawcy przez niego niezawiniony. - poziomy recyklingu – co jest okolicznością doskonale znaną Zamawiającemu - można osiągnąć zasadniczo z odpadów zbieranych selektywnie: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła, bioodpadów - a ten strumień jest niewystarczający, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego (łączna ilość odpadów segregowanych papier, szkło, tworzywa, BIO zgodnie z podanymi przez Państwa w Zał. 1 za 2023 r. to 1 172,68 Mg co stanowi 42% ogólnej masy odpadów komunalnych . Wliczając w to również odpady wielkogabarytowe łączna ilość odpadów

jakie można poddać procesowi odzysku, wynosi 1 313,46 Mg co stanowi jedynie 47% (w prognozie na 2025 Zamawiający wskazuje 1 250 Mg co stanowi 45%) wszystkich odpadów komunalnych wskazanych w SWZ przez Zamawiającego do odbioru z terenu Gminy Jarosław. Należy zwrócić uwagę, iż poddanie procesowi odzysku nie jest równoznaczne z uzyskaniem odzysku z uwagi na to, iż każdy odpad segregowany odbierany od Mieszkańców posiada w swej morfologii nawet do kilkudziesięcioprocentowy udział „balastu” czyli rodzaju odpadów nie nadających się do recyklingu. - fakt, iż w roku 2025, zacznie obowiązywać w Polsce „system kaucyjny”, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj opadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi. W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane więc odpłatnie do sklepów (ze zwrotem kaucji), co niewątpliwie przyczyni się do popularności systemu „kaucyjnego”, ale i zmniejszy dostępność Wykonawców do ww. odpadów (zabraknie ich w workach segregowanych odbieranych od właścicieli nieruchomości w ramach prowadzonego Zamówienia). Na okoliczność powyższą również Wykonawca nie ma wpływu, a zmniejszy to realnie szanse osiągnięcia przez niego poziomów odzysku. - stosownie do postanowień ustawy o utrzymanie czystości i porządku w Gminach - co do zasady prerogatywy w obszarze kontrolowania mieszkańców Gminy i zasad przestrzegania przepisów w obszarze „selektywnego” zbierania odpadów obciążają Zamawiającego. Podobnie to Gmina zobligowana jest do przeprowadzania akcji edukacyjnych, planowania i zarządzania systemem odbioru i zagospodarowania odpadów, ona również wydaje stosowne akty prawa miejscowego (regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy). Zamawiający sprawuje wreszcie 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.), co w sposób efektywny może przełożyć się na zwiększenie poziomu odpadów odbieranych „selektywnie”. Należy także zauważyć, iż przyczynienie się Zamawiającego do powstania okoliczności mogących wpływać na naliczenie ewentualnych kar umownych (z uwagi na brak osiągnięcia poziomów odzysku) wpływać będzie – w przypadku sporu pomiędzy Stronami - na obniżenie kary. Również pominięcie przez Zamawiającego aktualnie artykułowanych postulatów, uwag i zgłaszanych zagadnień, Wykonawca potraktuje – w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych w omawianym zakresie – jako zaniechanie Gminy, która posiadając stosowną wiedzę i będąc poinformowaną o stosownych konsekwencjach braku zmiany zapisów PPU i SWZ m.in. przez Wykonawcę przyczyni się do sytuacji w której będzie chciała nałożyć karę umowną i Wykonawcę ukarać. Reasumując, aktualne zapisy wzoru PPU załączonej do SWZ postępowania w sposób nieuprawniony przenoszą – za nieosiągnięcie wymaganych „poziomów odzysku” odpowiedzialność tylko i wyłącznie na Wykonawcę – podczas gdy jak wskazano, szereg okoliczności jest od niego całkowicie niezależnych, a jak sam Zamawiający wskazał procent odpadów „zmieszanych” oraz pozostałych nie podlegających procesowi odzysku przewidzianych do odbioru od mieszkańców kształtuje się na poziomie ponad 67% tak więc odpady które można poddać procesowi recyklingu stanowiąc mają wg. samego Zamawiającego jedynie około 45-47%, co świadczy także, iż zadanie osiągnięcia poziomów wymaganych prawem na samym omawianym Zamówieniu jest niemożliwe i zupełnie niezależne od Wykonawcy o czym Zamawiający w czasie ogłaszania postępowania wiedział. Tym samym umowa tak ukształtowana i z takimi zapisami – na co uwagę także pragnie zwrócić wnioskodawca - traktowana może być jako umowa „o świadczenie niemożliwe”. Zobowiązanie o świadczenie, którego nie można wykonać, jest niecelowe, a zatem nieważne. Powyższa myśl znalazła odzwierciedlenie w sformułowanej zasadzie prawa *impossibilium nulla obligatio est* (łac. „nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych”) przeniesionej aktualnie do polskiego porządku prawnego w art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Dlatego wymaganie przez Państwa osiągnięcia przez Wykonawcę „poziomów odzysku” w świetle przedstawionych danych – przez samego Zamawiającego – potraktować należy jako taką umowę. Wykonawca składa wniosek powyższy także z ostrożności, albowiem od „profesjonalisty” w ujęciu art. 355 par 1 i 2 ustawy kodeksu cywilny – a takim podmiotem jest wnioskodawca - wymagana

jest „należyta staranność” (podobne reguły – co należy podkreślić - odnosi się do Zamawiającego) przejawiająca się także w tym, że winien okoliczności powyższe zasygnalizować Zamawiającemu, a ten winien je rozważyć i zbadać czy oczekiwane zapisy SWZ i SOPZ są „możliwe do osiągnięcia” przez Wykonawcę. Powyższe ma znaczenie m.in. na możliwość nałożenia kar umownych, ich miarkowania itp. Równocześnie Wykonawca zwraca uwagę, iż multiplikowanie przez Zamawiającego kar umownych i obciążanie ryzykiem finansowym Wykonawcy – pozornie zwalniające Gminę z odpowiedzialności finansowej - wpływać musi, co oczywiste na zawyżenie składanej oferty Wykonawcy, albowiem każdy profesjonalista uwzględni w cenie swych ofert ryzyka, kary umowne (w tym tą omawianą. Z uwagi na kwestie powyższe wniosek Wykonawcy wydaje się jak najbardziej zasadny, uzasadniony, a Wykonawca wnioskuje jak na wstępie, wnosząc do Zamawiającego by pochylił się nad przedstawioną argumentacją.”.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapis projektowanych postanowień umownych wskazując, że w przytoczonym wyroku KIO w Warszawie (z dnia 31 stycznia 2024 r. o sygn. KIO 102/24) wskazuje także, cyt.: „W świetle bowiem ww. okoliczności nie jest uzasadnione, aby kara umowna w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na Zamawiającego obciążała w całości wykonawcę. (...) 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.”.

Przenosząc powyższe Zamawiający nie „przerzucą” całość ewentualnie nałożonej kary w decyzji administracyjnej, a jedynie część.

Po drugie rolą Zamawiającego nie jest ustosunkowywanie się do rozważań Wykonawcy, tym bardziej z uwagi na brak skorzystania z środków odwoławczych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych.