

ZP.271.2.2020

Odpowiedzi i modyfikacja SIWZ

Na podstawie art. 38 ust. 2 oraz ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r.(t.j Dz. U. z 2019r. poz.1843 z późn. zm.) Zmawiający przekazuje treść złożonych pytań wraz z wyjaśnieniami oraz zmianami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowy; dotyczące postępowania przetargowego ZP.271.2.2020 na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Trąbki Wielkie od 01 kwietnia 2020r. do 31 marca 2021 r.”

Pytanie 1.

Pismem z dnia 17 lutego 2020 r. w toku udzielania odpowiedzi na pytanie Wykonawców, Zamawiający dokonał również zmiany treści Wzoru umowy w następujący sposób:

V. zmianę w § 10 ust.1,pkt 2) wzoru umowy:

Jest :

2) nie wywiązania się z obowiązków wskazanych w § 7 w wysokości odpowiadającej wartości 100% kary naliczonej Zamawiającemu przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska. Wysokość kar będzie naliczana po zakończeniu danego roku kalendarzowego, a w przypadku roku bieżącego po zakończeniu świadczenia usług za ten rok, w oparciu o sprawozdania kwartalne sporządzane wg Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 maja 2012 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi (Dz.U. z 2012 poz. 630)

Winno być:

2) 1% całkowitego wynagrodzenia brutto, określonego w punkcie 3 oferty Wykonawcy na podstawie półrocznych sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Wykonawcę i rocznych w ramach Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO). Kara będzie naliczona w przypadku nie dotrzymania wymaganych poziomów wskazanych w § 7 umowy , po analizie ww. sprawozdań za dany okres, tj w ciągu 2 miesięcy od ich otrzymania.

Obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych określony w przepisach odnoszony jest każdorazowo do okresów rocznych i w takich okresach oblicza się ewentualny brakujący poziom, który skutkuje naliczeniem kary. Tymczasem Zamawiający zmieniając § 10 ust. 1 pkt 2) Umowy odnosi karę do sprawozdań półrocznych i rocznych, wskazując, że: „Kara będzie naliczana (...) po analizie ww. sprawozdań za dany okres (...)”. Oznacza to, że nawet w przypadku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w okresie rocznym lecz nieosiągnięcie ich w jednym z półroczy skutkować będzie naliczeniem kary umownej w wysokości 1% wynagrodzenia. Kara taka jest zupełnie nieuzasadniona, z uwagi na to, że stanowi nic innego jak bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego. W przypadku osiągnięcia poziomów recyklingu w okresie rocznym, po stronie Zamawiającego nie powstają żadna szkoda, nie zostaną mu naliczone żadne kary, wymóg ustawowy jest spełniony, mimo tego Zamawiający przewiduje nałożenie dotkliwej kary.

Urząd Zamówień Publicznych wyjaśnia, że: *Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).*

Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywę kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Także Kodeks cywilny przewiduje instrumenty ochrony przed stosowaniem nadmiernych kar umownych (art. 5 KC – nadużycie prawa podmiotowego; art. 484 § 2 KC – możliwość żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana). Niestety w każdym przypadku wymaga to wystąpienia przeciwko zamawiającemu na drogę sądową, co utrudnia dalszą współpracę stron i naraża strony na koszty.

<https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf/file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf>

Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. Do kwestii tego, jaka jest funkcja kar umownych i w jakiej wysokości mogą być one kształtowane w projektach umów w sprawie zamówienia publicznego, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się z w wyroku z 6 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Wynika z niego, że rażąco wysoka kara umowna stanowi naruszenie przepisów prawa.

Powyższe odnosi się również do samej wysokości kary. Ewentualna szkoda Zamawiającego związana z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych jest możliwa do ustalenia, a sposób obliczania kary, która może zostać nałożona na Zamawiającego w tym jej wysokość jest ściśle określona w przepisach prawa. W związku z tym określenie kary na poziomie znacząco przewyższającym możliwą szkodę samo w sobie narusza zasady określania kar.

Co istotne sam fakt nieosiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych jest w dużej mierze niezależny od wykonawcy. Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego segregowania tych odpadów przed przewiezieniem ich do instalacji (art. 9e ust.1 pkt 2 u.p.c.g). W związku z tym możliwości podmiotu odbierającego odpady ograniczają się jedynie do wpływania na właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, w celu przekonania ich do segregowania odpadów i selektywnej ich zbiórki. Wykonawca nie ma absolutnie żadnego wpływu na poziom recyklingu i odzysku odpadów, które zostały przekazane instalacji. W związku, z tym nakładana kara jest w zasadzie karą przewidzianą na zasadzie ryzyka nie winy Wykonawcy, zatem jej wysokość, nie może przewyższać znacząco ewentualnej szkody. Wnosimy zatem o zmianę postanowień Wzoru umowy w tym zakresie poprzez odniesienie ww. kary do okresów rocznych i ustalenie jej wysokości na poziomie kary jaka może zostać nałożona na Zamawiającego (sposobu jej obliczenia do metody wynikającej z przepisów prawa). Wykonawca informuje, że pozostawienie kary na tym poziomie może spowodować nieuzasadnione i znaczne podwyższenie kosztów wykonywania usługi, zmuszając Wykonawców (niezależnie od tego, o jakiego Wykonawcę chodzi) do wkalkulowania opisanego wyżej ryzyka w cenę oferty, ze względu na ograniczony wpływ Wykonawcy na osiągnięte poziomy.

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje zapis w § 10 ust.1 pkt 2) wzoru umowy, poprzez jego wykreślenie.

I. Wykreślenie w § 10 ust.1, pkt 2) wzoru umowy:

Jest :

2) 1% całkowitego wynagrodzenia brutto, określonego w punkcie 3 oferty Wykonawcy na podstawie półrocznych sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Wykonawcę i rocznych w ramach Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO). Kara będzie naliczona w przypadku nie dotrzymania wymaganych poziomów wskazanych w § 7 umowy , po analizie ww. sprawozdań za dany okres, tj w ciągu 2 miesięcy od ich otrzymania.

Winno być:

~~2) 1% całkowitego wynagrodzenia brutto, określonego w punkcie 3 oferty Wykonawcy na podstawie półrocznych sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Wykonawcę i rocznych w ramach Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO). Kara będzie naliczona w przypadku nie dotrzymania wymaganych poziomów wskazanych w § 7 umowy , po analizie ww. sprawozdań za dany okres, tj w ciągu 2 miesięcy od ich otrzymania.~~

Pozostałe warunki pozostają bez zmian.

Wszystkie odpowiedzi, zmiany i modyfikacje SIWZ są wiążące dla Wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Z up. WÓJTA
ZASTĘPCA WÓJTA
Jan Wiczling