

IZP.271.1.9.2024

**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”

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.2024 poz.1320) Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1:

W Rozdziale 4 SWZ „Częstotliwość i zasady odbioru i wywozu odpadów 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 oznacza 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 „Kontrola odpadów” SWZ na stronie 8. wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia kontroli pojemników i worków wystawionych przed nieruchomością. W przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie wywiązuje się z obowiązku segregacji odpadów Wykonawca odbiera odpady jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym właściciela nieruchomości.

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:

Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej określił frakcje i ilości odpadów, których dotyczy zamówienie, jednak nie są one zgodne z frakcjami i ilościami odpadów wskazanymi w Uchwale nr XVI/30/2020 w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Rozprza, m.in. nie zostały uwzględnione takie frakcje, jak: odpady wielkogabarytowe, opony, popiół w systemie tzw. „wystawek”. Wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający zamierza uwzględnić powyższe frakcje w niniejszym zamówieniu oraz dokona ewentualnej modyfikacji zapisów SWZ w tym zakresie?

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 4:

W Rozdziale 4 wskazano, że:

Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie:

- instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenia z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości do odzysku,
- instalacji do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych,

do których będzie przekazywał odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości.

Podobne postanowienia zawarto w treści umowy.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4.

Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania nie są instalacjami komunalnymi.

Prosimy o zmianę ww. postanowienia, poprzez wskazanie, że odpady należy przekazać do instalacji komunalnej.

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Burmistrz w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów. Natomiast zgodnie z art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, Marszałek województwa w Biuletynie Informacji Publicznej prowadzi listę funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6. Przytoczony art. 35 ust 6 określa, iż:

Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki,

o której mowa w [art. 207](#) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w [art. 143](#) tej ustawy, zapewniająca:

1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub

2) (uchylony)

3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Przytoczony powyżej artykuł jasno wskazuje, że instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów są instalacjami komunalnymi. Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę zapisów SWZ.

Pytanie 5:

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 6:

Zgodnie z § 7 ust. 2-3 Projektowanych postanowień umownych:

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

1) nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 01.01.2025 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. Zgodnie z § 2 *Projektowanych postanowień umowy* termin realizacji umowy został ustalony od dnia 01.01.2025 r. do dnia 31.12.2025 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 31.12.2024 r. Jak wynika z powyższego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany został do czynności, które na dzień 01.01.2025 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 7:

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 8:

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 osiągnięciu 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.

Zwracamy uwagę na najnowsze orzecznictwo KIO, gdzie Izba w wyroku KIO z dnia 31.01.2024, KIO 102/24, uznała, że: 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 Odwołującego przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 1 pkt 1 KPA, 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.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności, tj. brak wpływu wykonawcy na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na wymagania recyklerów i sposób kwalifikacji odpadów jako poddanych recyklingowi, czy wreszcie na przewidywany sposób działania systemu kaucyjnego i jego skutki oraz możliwość uniknięcia kary związanej z osiągnięciem poziomów recyklingu przez Zamawiającego, ale brak takiej możliwości po stronie wykonawcy, należy stwierdzić, że ryzyka nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu nie zostały w niniejszym postępowaniu właściwie rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę. W świetle bowiem ww. okoliczności nie jest uzasadnione, aby kara umowna w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na Zamawiającego obciążała w całości wykonawcę. Jest to sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC), jak i z zasadą swobody umów (art. 3531 KC).

Zwracamy też uwagę, że wraz z wejściem w życie systemu kaucyjnego znaczna częśći odpadów nadających się do recyklingu odpłynie ze strumienia odbieranego przez wykonawcę. Odpady te zostaną poddane recyklingowi, ale wykonawca nie wliczy ich do poziomów, które osiągnie. Jednocześnie wykonawca nie ma żadnego wpływu na sam system czyli na to np. gdzie odpady zostaną przekazane do recyklomatu, jeśli nastąpi to w sąsiedniej gminie (mieszkaniec robiąc zakupy w ulubionym supermarkecie położonym administracyjnie poza gminą wrzuci odpady do tamtejszego recyklomatu) wówczas odpad taki zostanie poddany recyklingowi na konto innej gminy przez co poziom w gminie Rozprza może być niższy. Takich czynników które są poza kontrolą wykonawcy jest więcej, dlatego kara jaką przewiduje zamawiającym nie jest karą za działania czy zaniechania wykonawcy ale przerzuceniem wszystkich ryzyk gminy związanych z poziomami recyklingu na wykonawcę. Ryzyka te obejmują jednak czynniki niezwiązane z przedmiotem zamówienia (system kaucyjny, sposób segregacji itp.).

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 osiąganymi 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 9:

Zgodnie z § 14 ust. 6 PPU: Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 3 na następujących zasadach:

a) zmiana wynagrodzenia może nastąpić w przypadku zmiany cen przyjęcia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych i/lub zmiany cen przyjęcia selektywnie zebranych odpadów do

instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów o więcej niż 10 % w stosunku do cen obowiązujących na dzień złożenia oferty przez Wykonawcę;

uwaga: w przypadku posiadania przez Wykonawcę własnych instalacji, o których mowa powyżej nie będzie możliwości występowania o zmianę wynagrodzenia;

Zmiana cen przyjęcia odpadów do instalacji wynika ze wzrostu kosztów pracy instalacji. Założenie, że wykonawca, który korzysta z własnej instalacji nie może skorzystać z waloryzacji stanowi jawne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Taki wykonawca musi wliczyć ryzyko wzrostu kosztów do ceny oferty, przez co jest mniej konkurencyjny, podczas gdy wykonawca, który korzysta z zewnętrznej instalacji może liczyć na zwaloryzowanie wynagrodzenia. Prosimy o wykreślenie podkreślonego fragmentu

b) w przypadku wystąpienia zmiany cen przyjęcia do instalacji poszczególnych frakcji odpadów oraz w przypadku oddawania przez Wykonawcę odpadów do kilku instalacji, pod uwagę będzie brany procent wzrostu cen wynikający z różnicy między średnią arytmetyczną cen przyjęcia odpadów po zmianie a średnią arytmetyczną cen przyjęcia odpadów w dniu złożenia oferty; zmiana wynagrodzenia będzie możliwa, jeśli procent wzrostu wyniesie powyżej 10 %;

Również ten element jest zupełnie niezrozumiały. Jakie stawki będą brane pod uwagę, jeśli ceny jednostkowe to w przypadku wzrostu cen wszystkich frakcji, przy czym w najwyższym stopniu tych odbieranych najczęściej liczenie średniej nie oddaje rzeczywistego wzrostu kosztów.

c) przy wyliczaniu zmiany wynagrodzenia, w przypadkach wskazanych w lit. a oraz b uwzględniona zostanie nadwyżka wzrostu cen ponad poziom 10 %;

Prosimy również o wprowadzenie klauzul opierających się o wzrost kosztów paliwa, który jest istotnym elementem składowym kosztów i może oznaczać wzrost kosztów nawet przy braku wzrostu kosztów samego zagospodarowania o 10%.

Odpowiedź:

- a) Wykonawca przygotowując się do składania ofert powinien w należyty sposób dokonać kalkulacji cen przedstawionych w złożonej przez siebie ofercie, między innymi powinien wziąć pod uwagę ryzyko związane ze wzrostem kosztów prowadzonej przez siebie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W przypadku prowadzenia własnej instalacji do przetwarzania i/lub odzysku i unieszkodliwiania odpadów wzrost kosztów prowadzonej instalacji powinien zostać wzięty pod uwagę przy kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca oddający odpady do instalacji prowadzonej przez podmioty trzecie musi ponieść wszystkie koszty w kalkulowane w cenę przyjęcia odpadów, łącznie z zyskiem przewidzianym przez te podmioty i nie ma wpływu na wysokość tej ceny. Wprowadzone w § 14 ust. 6 PPU wyłączenie wykonawców prowadzących własne

instalacje z możliwości skorzystania z waloryzacji wynagrodzenia, ma na celu ograniczenie możliwości sztucznego zawyżania cen przetwarzania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów dla uzyskania korzystniejszego wynagrodzenia.

- b) Zgodnie z art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia, między innymi poprzez wskazanie podstawy, w szczególności wykazu rodzajów kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Zamawiający uzależnił możliwość zmiany wynagrodzenia od kosztu, jakim jest cena przyjęcia odpadów w instalacji komunalnej. Należy zaznaczyć, iż w formularzu oferty Wykonawca nie wskazuje ceny odbioru poszczególnych frakcji odpadów ale cenę uśrednioną. Zatem zasadnym jest waloryzacja wynagrodzenia uzależniona od średniej arytmetycznej wzrostu cen przyjęcia odpadów.
- c) Koszt przyjęcia odpadów do instalacji komunalnej, jest tym rodzajem kosztów, który ma bezpośrednie przełożenie na cenę ofertową odbioru i zagospodarowania jednej tony odpadów i stanowi jedną z największych składowych tej ceny. Ilość paliwa napędowego zużywanego podczas wykonania przedmiotu zamówienia może być różna, w zależności od np. sprzętu jakim dysponuje wykonawca, czy pokonywanej trasy. Trudno zatem o dokładne określenie udziału kosztu paliwa w jednostkowej cenie ofertowej. Zamawiający postanowił pozostać przy klauzuli waloryzacyjnej odnoszącej się do zmian cen przyjęcia odpadów w instalacji komunalnej.

Pytanie 10:

W odniesieniu do postanowień **§6 pkt. 11 oraz §11 pkt 5** 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. Taka regulacja kar umownych musi zostać zmieniona, ponieważ jest niezgodna z przepisami ustawy pzp oraz aktualnie zapadającymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego Wykonawca wnosi o usunięcie postanowień **§6 pkt. 11 oraz §11 pkt 5** wzoru umowy, podając ku temu następujące uzasadnienie:

Mając na uwadze Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r. w sprawie o sygnaturze KIO 102/24, Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazuje, że nie jest prawidłowe takie ukształtowanie postanowień SWZ, aby za nieosiągnięcie poziomów recyklingu odpowiedzialność miał ponosić Wykonawca usługi. W Uzasadnieniu tego wyroku czytamy:

„Izba uwzględniła przede wszystkim wskazany i szerzej opisany w pytaniu poniżej fakt, że wykonawca nie ma wpływu na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na obowiązujące przepisy, w tym te dotyczące metodologii wyliczenia poziomu recyklingu i na planowane wprowadzenie systemu kaucyjnego. Tymczasem wszystkie te okoliczności mają wpływ na to, czy realne będzie osiągnięcie w okresie realizacji umowy poziomów recyklingu wymaganych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przez Zamawiającego” (...) „nie można pominąć faktu, że w 2025 r. 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 m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co prawdopodobnie przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy dostępność wykonawców do ww. odpadów. Istotne jest przy tym (pomijając w tym miejscu kwestię obniżonych przychodów wykonawców), że o ile obecnie projektowane zasady działania systemu kaucyjnego przewidują możliwość wliczenia przez gminę masy odpadów objętych systemem kaucyjnym do wymaganego poziomu recyklingu, o tyle możliwość ta nie dotyczy wykonawców odbierających odpady. Oczywiście ma rację Zamawiający wskazując, że ww. zasady nie mają jeszcze charakteru ostatecznego, niemniej jednak niniejsze zamówienie jest udzielane teraz i skoro nie ma informacji o planowanych ewentualnych zmianach tych zasad i ich zakresie, to nie ma też podstaw do zakładania, że zmiany takie zostaną wprowadzone i będą korzystne dla wykonawców. Tym samym na obecnym etapie należy przyjąć, że wykonawcy zostaną w znacznym stopniu pozbawieni dostępu do strumienia odpadów objętych systemem kaucyjnym, jak też pozbawieni możliwości zaliczenia tych odpadów do wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie taki stan rzeczy utrudni im osiągnięcie tych poziomów. Odnosząc się przy tym do orzecznictwa powołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w którym Izba nie uznawała kar umownych przewidzianych na wypadek nieosiągnięcia poziomów recyklingu za wygórowane, **należy zauważyć, że orzeczenia te nie uwzględniały faktu wprowadzenia w Polsce systemu kaucyjnego, zatem zapadały w innym stanie faktycznym niż obecny. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, wprowadzenie tego systemu przy takich założeniach, jakie są obecnie znane, skutkować będzie odcięciem wykonawców od najbardziej wartościowego strumienia odpadów poddawanych recyklingowi i brakiem możliwości zaliczenia tych odpadów do osiąganego poziomu recyklingu, co z kolei może prowadzić do obciążania wykonawców karami umownymi”**

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w postanowieniach **§ 11 pkt 5** wzoru umowy 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.** Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 431 ustawy pzp (co już w swoich wyrokach potwierdza KIO – vide KIO 102/24). 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”.

Ponadto pragnę zwrócić uwagę także 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”.

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. Powody wskazujemy poniżej, a wynikają one m. in. z:

1. Wpływ wprowadzonego systemu kaucyjnego na możliwości Wykonawcy w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu:

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.

Obowiązek wprowadzenia systemu kaucyjnego w Polsce nakłada ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852). Od 1 stycznia 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce. System kaucyjny obejmuje jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Zatem wszystkie te rodzaje odpadów, które to frakcje odpadów pozwalają na „wysoki poziom recyklingu”. Przedsiębiorcy będą musieli osiągać określone poziomy selektywnego zbierania opakowań (90% od 2029 roku). Nowy porządek prawny ma ogromny wpływ na możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu przez Wykonawcę świadczącego usługę odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych **ponieważ Wykonawca starci możliwość wliczania odpadów z oddanych do odzysku tworzyw sztucznych**, wg danych statystycznych z 2023 r.:

1) masa PET (wyłącznie butelki plastikowe) na rynku Polskim to od 200 000 Mg do 297 000 Mg rocznie;

2) masa metali – masa puszek aluminiowych ok. 60 000 mg rocznie;

3) masa szkła 100 000 Mg rocznie (rzeczywista ilość to 525 000 Mg, ale po korekcie związanej z koniecznością uwzględnienia wyłącznie zwrotnych opakowań szklanych do systemu kaucyjnego przyjmuje się 100 000 Mg);

Jak widać z powyższego Wykonawca usługi **nie będzie mógł**, jak dotychczas:

a) przekazać ww odpadów do instalacji w celu poddania ich recyklingowi i uzyskać z tego źródła poziomu recyklingu (ilość odpadów wchodzących w system kaucyjny realnie zostanie usunięta ze strumienia odpadów odbieranych przez Wykonawcę, czyli zmniejszy się możliwość Wykonawcy w uzyskaniu poziomu recyklingu), **radikalnie zmniejsza się i jednocześnie staje się niemożliwe po stronie Wykonawcy osiągnięcie wymaganych w SWZ poziomów recyklingu;**

b) nie będzie mógł uzyskać wynagrodzenia z tytułu zbytu surowców – co ma wpływ bezpośredni na koszty realizacji usługi,

c) w przypadku utrzymania w SWZ obowiązku zapłaty kary umownej w cenę oferty zmuszony będzie wliczyć ryzyko związane z wysokim prawdopodobieństwem konieczności zapłaty kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, co znacznie podwyższy koszt realizacji usługi – wyższe ceny ofert dla Zamawiającego;

Wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego, jak widać z powyższego zestawienia faktów, ma bezpośrednie przełożenie na sposób realizacji usługi dla Zamawiającego – w szczególności w kontekście zrealizowania przez Wykonawcę ustalonego w umowie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu. Wprost i niezaprzeczalnie wprowadzenie systemu kaucyjnego powoduje, że niemożliwe staje się, aby cały obowiązek jaki spoczywa na Zamawiającym w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu mógł być zrealizowany przez Wykonawcę. Zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający zrealizowane w ramach systemu kaucyjnego poziomy odzysku może wliczyć w osiągnięte przez siebie poziomy recyklingu a Wykonawca nie może tego uczynić. Dlatego konieczne jest dokonanie modyfikacji SWZ, w kierunku, który spowoduje dostosowanie postanowień dokumentacji przetargowej do realnych możliwości realizacji usługi.

2. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przez Wykonawcę przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f S 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 obowiązku zapłaty 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. Zatem kara nie będzie miała charakteru zmierzającego do naprawienia szkody.

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.

3. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągane 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.

4. 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 przywołanych w tym pytaniu argumentów stwierdzić należy, że postanowienia **§6 pkt. 11 oraz §11 pkt 5** wzoru umowy obciążają pełnym ryzykiem zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganego poziomu recyklingu jedynie Wykonawcę. Sytuacja na mocy obecnego brzmienia wzoru umowy ma miejsce 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 55 % w roku następnym, a skoro tak, to Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy i co więcej nie ma związku z wolą i 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 §11 pkt 5 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia §11 pkt 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 § 14 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:

1) udzielenie wyjaśnień czy Zamawiający podczas ustalania treści postanowień §6 pkt.11 oraz §11 pkt. 5 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 §11 pkt. 5 wzoru umowy wzoru umowy; 3) gdyby Zamawiający nie chciał zgodzić się na usunięcie 6 pkt.11 oraz §11 pkt. 5 wzoru umowy, to wnoszę o dokonanie takiej zmiany §6 pkt.11 oraz §11 pkt. 5 wzoru umowy aby określona w oraz §11pkt 5 wzoru umowy kara umowna ograniczona została do 50% przy jednoczesnym ustaleniu, że do masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i recyklingu, którą wykonawca wskaże w rocznym sprawozdaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przekazany Zamawiającemu zamawiający doliczy masę odpadów opakowaniowych przygotowanych do ponownego użycia i recyklingu powstałą z zebranych odpadów opakowaniowych (system kaucyjny), która zostanie wskazana w rocznym sprawozdaniu o odpadach opakowaniowych sporządzonym przez podmiot reprezentujący. Dopiero od tak ustalonej masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i recyklingu, zamawiający ustali ilość ton odpadów, który brakuje do osiągnięcia poziomów, a następnie będzie mógł nałożyć na wykonawcę karę która odpowiadać będzie 50 % kwoty tej kary.

4) ilość brakującej masy odpadów, od której naliczana będzie kara umowna ustalana była w ten sposób, że do tej masy odpadów zostanie dodana

5) oraz o zmianę postanowień §6 pkt.11 oraz §11 pkt. 5 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:

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. Podobnie, do jedynie do tej ilości odpadów odnosi się § 6 pkt 11 zobowiązujący Wykonawcę do osiągnięcia wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu. 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. 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 lub zmianę postanowień zawartych § 6 pkt 11 w § 11 ust. 5 *Projektowanych postanowień umowy*.

Pytanie 11:

Czy Zamawiający wziął pod uwagę, że na skutek wprowadzenia systemu kaucyjnego z początkiem 2025 r. dane historyczne w oparciu, o które dotychczas ustalana była ilość odpadów objęta przedmiotem zamówienia, nie będą odpowiadały rzeczywistemu zakresowi świadczenia zamówienia? Innymi słowy ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852). Od 1 stycznia 2025 roku spowoduje, że ze strumienia odpadów jakie ma odbierać Wykonawca w ramach świadczenia usługi „wyjęte zostaną” jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra? W jaki sposób Zamawiający oszacował procentowo zmniejszenie przedmiotu zamówienia w wyniku wprowadzenia systemu kaucyjnego? Jaki ma to wpływ na ustalenie minimalnej wielkości przedmiotu zamówienia? Mając także na uwadze art. 433 pkt 4 ustawy pzp – wnoszę o wyjaśnienie SWZ i wyraźne podanie, wskazanie przez Zamawiającego - jaka jest minimalna wartość zamówienia lub wielkość świadczenia stron? Wnoszę także o dopisanie w § 13 wzoru umowy postanowień, na mocy których Strony umowy w przypadku stwierdzenia, że na skutek wejścia w życie systemu kaucyjnego doszło do zmiany wielkości OPZ, będą mogły zwaloryzować wysokość

stawek jednostkowych w taki sposób, aby zachować rentowność wykonania usługi, jaką w chwili składania oferty przyjmował Wykonawca, podczas szacowania ceny oferty wg wielkości strumienia odpadów określonego w OPZ.

Odpowiedź:

Zamawiający oszacował ilość odpadów objętych przedmiotem zamówienia w oparciu o ilość odpadów odebranych w ciągu minionego roku. Zamawiający nie szacował potencjalnego zmniejszenia ilości odpadów, które może nastąpić na skutek wprowadzenia nowego systemu kaucyjnego. Zamawiający nie jest w stanie określić, w jakim stopniu mieszkańcy gminy będą korzystali z alternatywnej metody oddawania niektórych rodzajów odpadów (jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra). Jest to zdarzenie przyszłe i niemożliwe do przewidzenia. Ponadto wielkość świadczenia stron przedmiotowego zamówienia publicznego została określona w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie wnioskowanych postanowień umowy pozwalających na waloryzację stawek jednostkowych w przypadku zmniejszenia wielkości zamówienia spowodowanego wprowadzeniem nowego systemu kaucyjnego.

Pytanie 12:

Czy zamawiający przewiduje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w dwuzmianowym trybie pracy? Możliwość wykonania usługi w godzinach popołudniowych (druga zmiana) przyczyni się do bardziej efektywnej realizacji zamówienia poprzez wykorzystanie niewielkiego ruchu ulicznego, ponadto takie działania przyczynią się do redukcji gazów cieplarnianych bowiem będą mogły zostać wykorzystane do realizacji zamówienia pojazdy wyższymi normami emisji spalania „EURO”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie ogranicza możliwości odbioru odpadów w godzinach popołudniowych. Odpady powinny być odbierane zgodnie z harmonogramem przygotowanym przez Wykonawcę i dostarczonym mieszkańcom gminy w terminie określonym w umowie.

Pytanie 13:

Zamawiający powołując się na uchwałę nr. XVI/30/2020 dot. częstotliwości odbiorów, wskazuje „wystawkę” mebli, opon, elektro (1xrok) oraz popiołu (3xrok), natomiast w załączniku do w.w uchwały paragraf 3 pkt 2 wskazano, że PSZOK działa w systemie „wystawek. W związku z tak ukształtowanymi zapisami dokumentacji wnosimy o informację czy Zamawiający będzie wystawiał karty KPO z tzw. objazdówki?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotu zamówienia obierane będą jedynie frakcje odpadów wskazanych w OPZ. Wykonawca nie jest zobowiązany do zagospodarowania odpadów odbieranych w ramach „wystawek” ani pozostałych odpadów zbieranych w ramach PSZOK.

Pytanie 14:

W nawiązaniu do pytania nr 4, prosimy o podanie szacunkowej ilości odpadów którą będzie musiał zagospodarować wykonawca podczas odbioru odpadów z „wystawek” wraz z podziałem na kody.

Odpowiedź:

Przedmiot zamówienia nie obejmuje odbioru i zagospodarowania odpadów z „wystawek”.

Pytanie 15:

Zamawiający w rozporządzeniu nr. XVI/30/2020 w **§2 pkt 2** wskazuje:

2. Gmina wyposaży nieruchomości zamieszkałe w pojemniki i worki do zbierania odpadów komunalnych w ilości i pojemności niezbędnej do spełnienia przez właścicieli nieruchomości wymogów wynikających z postanowień Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Rozprza, dotyczących minimalnej ilości urządzeń przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych.

natomiast w rozdziale 4 – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił:

„Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia posiadaczom nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przy każdym odbiorze danej frakcji odpadów, w ilości dopasowanej do liczby osób zamieszkujących daną nieruchomość. Wykaz nieruchomości i liczby osób je zamieszkujących będzie udostępniony przez zamawiającego. Wykonawca po każdorazowym odbiorze odpadów z terenu nieruchomości będzie zobowiązany pozostawić nowe worki w ilości i rodzaju odpowiadającym odebranym workom. Dostarczenie worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych winno nastąpić po raz pierwszy w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2024 r. W terminie do 10.01.2025 r. Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu informację o nieruchomościach, do których nie dostarczono worków (z podaniem przyczyny niedostarczenia).” (...)

Wobec powyższego prosimy o jednoznaczne określenie kto będzie odpowiedzialny za dostarczenie worków do posesji.

Odpowiedź:

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia worków do posesji.

Pytanie 16:

Zamawiający w treści dokumentacji nie określił do którego dnia miesiąca należy składać raporty miesięczne z realizowanego zamówienia na podstawie których Wykonawca będzie mógł wystawiać faktury, prosimy o doprecyzowanie wskazanych terminów.

Odpowiedź:

Zgodnie z § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy: Wraz z fakturą Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, kwartalne zestawienie dotyczące ilości odpadów przekazanych z terenu gminy Rozprza do instalacji komunalnych oraz ilości odpadów zebranych selektywnie przekazanych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Zestawienie powinno być sporządzone na podstawie kart przekazania odpadów i wskazywać numery tych kart. Karty przekazania odpadów muszą jednoznacznie stwierdzać, że odpady pochodzą z terenu Gminy Rozprza. Ilość poszczególnych rodzajów odpadów wskazanych w zestawieniu powinna odpowiadać ilości odpadów w kartach przekazania odpadów.