



WZP.271.25.2024

Wieliczka, dnia 06.11.2024 r.

GMINA WIELICZKA
ul. Powstania Warszawskiego 1
32-020 Wieliczka

K O M U N I K A T

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie:

Przetwarzanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Wieliczka w 2025 roku

Zamawiający – Gmina Wieliczka, 32-020 Wieliczka, ul. Powstania Warszawskiego 1 informuje, że zwrócono się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

Działając na podstawie art. 135 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) – Zamawiający zamieszcza treść zapytań wraz z wyjaśnieniami SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (dalej „strona internetowa”).

Wyjaśnienia treści SWZ

Pytania z dnia 04.11.2024 r.:

1. Pytanie nr 1 – zapytanie dotyczy poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu

Zamawiający w treści §1 ust. 7 projektowanych postanowień umowy (dalej: PPU) przewidział, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność wobec Zamawiającego i osób trzecich za ewentualne szkody powstałe w wyniku niewykonywania lub niewłaściwego wykonywania Umowy, w tym zaniechania wykonywania usług nią objętych.

W dalszym § 5 ust. 4 i 5 Zamawiający przewidział, że Wykonawca ma obowiązek osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagi masy odebranych odpadów w 2025 roku.

Wobec powyższego zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy w przypadku nałożenia na Gminę Wieliczka przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska kary za brak osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagi masy odebranych odpadów w 2025 roku, Gmina będzie domagała się zwrotu kwoty tej kary od Wykonawcy niniejszego zamówienia?

W jaki sposób na ewentualne takie żądanie będzie wpływać to, że w zakresie gospodarowania odpadami wytwarzanymi na terenie Gminy Wieliczka na rynku występować będą równolegle:

- podmioty prowadzące punkty skupu odpadów (surowców),
- podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie umów z nimi zawartymi,
- podmioty, które prowadzą odbieranie zużytych sprzętów elektrycznych i elektronicznych ze sklepów zlokalizowanych na terenie Gminy Wieliczka,
- podmioty będące nieprofesjonalnymi zbierającymi odpady, przekazujące odpady do miejsc ich zbierania poza Gminę Wieliczka (w tym sklepy, które od 2025 roku będą zaangażowane w tzw. system kaucyjny)?

W ocenie Wykonawcy, nałożenie przedmiotowego obowiązku w ramach przedmiotowej Umowy, stanowi naruszenie art. 353 1 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) PZP oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy PZP, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie



odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu, albowiem

- Wykonawca nie będzie miał wpływu na to, czy prawidłowo prowadzona jest selektywna zbiórka odpadów przez mieszkańców, jak również nie będzie miał wpływu na prawidłowość odbioru odpadów,
- Wykonawca będzie odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Wieliczka, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
- brak jest w treści dokumentacji Postępowania jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z Wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia tych poziomów,
- poza odpadami komunalnymi odbieranymi przez Wykonawcę, na terenie Miasta Wieliczka niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania, odbierane są odpady komunalne od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych przez inne podmioty wpisane do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta i Gminy Wieliczka, a właściciele nieruchomości (każdej) mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza nią (tzw. punktów skupu surowców wtórnych lub punktów przyjmowania odpadów), podczas gdy dokumentacja niniejszego Postępowania czyni Wykonawcę tego zamówienia publicznego wyłącznie odpowiedzialnym za osiągnięcie wyżej wskazanych poziomów pomimo, że właściciele nieruchomości odpady nadające się do recyklingu mogą przekazywać do innych podmiotów oraz poza teren Gminy Wieliczka, a tym samym prowadzić do obniżenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na skutek działań podejmowanych przez samych właścicieli nieruchomości,
- w dniu 14 kwietnia 2023 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów, łącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych, z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętka i wieczka są wykonane z tworzyw sztucznych, puszki metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji od 1 stycznia 2025 roku nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej wobec braku odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów, które będą przekazywane do odbioru przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy w stopniu umożliwiającym osiągnięcie tych poziomów,
- Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w workach czy pojemnikach przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych, wobec czego Wykonawca nie ma wpływu na skład tych odpadów, a tym samym na ich przydatność do recyklingu.

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności, jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, który w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia jest bardzo duży. Ilości odpadów objętych Postępowaniem Zamawiający podał w Załączniku nr 1 do SWZ – Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią 18100 Mg, z całego strumienia odpadów komunalnych przewidzianych do przetworzenia, to jest 25850 Mg. W konsekwencji odpady zmieszane stanowią ok. 70% strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Z doświadczeń Wykonawcy (potwierdzonych też doświadczeniem innych przedsiębiorców z branży) wynika, że ze zmieszanych odpadów komunalnych można „wysortować”, a następnie poddać recyklingowi zaledwie kilka procent odpadów.

Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi, odpady trafiają do recyklerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling.

Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzy-



wa sztuczne, szkło, bioodpady - a ten strumień jest zbyt mały, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55%.

Uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczeniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu.

Nie sposób nie wskazać, że na osiągnięcie poziomów recyklingu bezpośredni wpływ ma niemożność znalezienia rynków zbytu dla surowców z uwagi na coraz większe wymagania recyklerów dotyczących jakości surowców, które będą gotowi przyjąć. Innymi słowy, jakość surowców wtórnych „na wejściu” będzie wyznaczała, jaka masa odpadów zostanie odrzucona w procesach przetwarzania prowadzonych przez instalacje i ostatecznie, zostanie przekazana finalnym recyklerom przygotowującym z odpadów materiały, substancje czy produkty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał w treści PPU na zobowiązanie Wykonawcy do osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na poziomie 55%.

Wykonawca nie neguje konieczności postępowania z odpadami komunalnymi zgodnie z przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami komunalnymi. Z tej też przyczyny, nie neguje i w całości zgadza się z tym, że Wykonawca w ramach realizacji niniejszego zamówienia publicznego, winien zapewnić zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca także nie kwestionuje, że realizacja przez Wykonawcę zamówienia publicznego winna umożliwić Zamawiającemu osiągnięcie wskazanych poziomów.

Zakwestionować jednak należy wskazane postanowienia umowne, a to z uwagi na kształt systemu gospodarki odpadami komunalnymi w kraju, który już obecnie w praktyce uniemożliwia osiągnięcie wysokich poziomów odzysku i recyklingu odpadów (które w roku 2024 wynoszą już 45%, a w kolejnych latach wzrastają), przy czym w roku 2025 wchodzi w życie kolejna rewolucyjna zmiana w tym zakresie, to jest wprowadzony zostanie system kaucyjny, który doprowadzi do usunięcia z odpadów przetwarzanych w ramach zamówienia znaczącej masy odpadów nadających się do recyklingu, przez co wręcz drastycznie spadnie poziom recyklingu w ramach samych umów zagospodarowanie odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości. W założeniu bowiem ustawodawcy, odpady nadające się do recyklingu znajdują się poza masą odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości, a będą zbierane w sklepach i przekazywane podmiotowi reprezentującemu, na podstawie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Już obecnie dostrzegalne jest ograniczanie zawartości surowców wtórnych w odpadach, bowiem poszczególne podmioty, w tym sieci sklepów, zaczynają wprowadzać projekty pilotażowe, zbierając opakowania po napojach, co wpływa już w sposób istotny na poziomy, jakie będą mogły zostać osiągnięte w roku 2024, a zmiany te w roku 2025 ulegną pogłębieniu.

Wskazać tu należy, że powszechnie się przyjmuje, że poziom skuteczności systemu kaucyjnego w Polsce, po jego uruchomieniu, może osiągnąć – jak w przypadku innych krajów – 90%. Oznacza to, że 90% podstawowego strumienia odpadów nadających się do recyklingu, zostanie „wyjętych” z odpadów odbieranych przez wykonawcę niniejszej usługi.

Nadmieniam, że Gmina Wieliczka znajduje się w sąsiedztwie Krakowa i skup odpadów opakowaniowych (w tym puszek, butelek PET oraz butelek szklanych) może się odbywać poza miastem właśnie w sąsiednim mieście.

Ustawodawca, wprowadzając system kaucyjny, ma pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, aluminiowych i szklanych, a także że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi. Wykonawca przetwarzający odpady w ramach umowy zawartej w Postępowaniu nie będzie miał możliwości zaliczenia takich odpadów do ww. poziomów. Tym samym system kaucyjny wpłynie na poziomy osiągnięte przez wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem to właśnie ze strumienia w dużej mierze przez te podmioty odbieranego, odpady te zostaną ujęte.

Wobec tego wskazać należy, że nie można tak dalece zmieniać systemu gospodarki odpadami komunalnymi, bez uwzględnienia konsekwencji, jakie wystąpią na rynku w odniesieniu do ogromnej części podmiotów, które na tym rynku już funkcjonują. W tym przypadku niestety ustawodawca nie dokonał żadnych zmian w kontekście poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wymaganych od gmin, ale gminy – w oparciu o przepisy w szczególności art. 3531 k.c. i art. 5 k.c., nie mogą wykorzystywać swojej pozycji dominującej w stosunku do Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego i obciążyć go obowiązkami, które nie są realne do wykonania. Co więcej, można nawet



dojść do wniosku, że w sytuacji, w której spod władztwa przedsiębiorcy odbierającego odpady komunalne „wyjęte” zostają odpady o charakterze surowcowym, dochodzi wręcz do sytuacji, w której zobowiązanie do osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych i recyklingu, w istocie staje się świadczeniem niemożliwym pierwotnie do spełnienia.

W tej sytuacji, w ocenie Wykonawcy powyższe zapisy naruszają przepisy prawa wskazane powyżej, bowiem obciążają wyłącznie Wykonawcę odpowiedzialnością za brak osiągnięcia wskazanych poziomów, podczas gdy to Zamawiający jest przede wszystkim odpowiedzialny z ich osiągnięcie, co wynika wprost z przepisów prawa administracyjnego, to znaczy z treści ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a dokładnie z treści art. 3b teże ustawy.

Kolejną kwestią pozostaje także to, że zarówno zgodnie z polską ustawą o odpadach jak i regulacjami europejskimi, obowiązuje zasada, że to zanieczyszczający płaci jak chodzi o gospodarkę odpadami. Jeśli zatem mieszkańcy wytwarzają odpady, których recykling nie jest możliwy, to winni ponieść z tego tytułu odpowiedzialność. Przerzucenie zatem odpowiedzialności w niniejszym przypadku na Wykonawcę narusza art. 22 ustawy o odpadach oraz dyrektywę 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu, jak również art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy bowiem tym samym sprowadza się do zwolnienia z odpowiedzialności faktycznych sprawców zanieczyszczenia, a przenosi na Wykonawcę.

Ponadto wskazać należy, że istnieje obowiązek minimalizacji skutków szkody, inaczej nazywany także obowiązkiem współdziałania, który wynika bezpośrednio z treści art. 354 k.c., a którego brak w realizacji postanowień zawartych w treści dokumentacji toczącego się postępowania. Zamawiający wprost przerzuca konsekwencje swojego działania lub zaniechania na Wykonawcę usługi. Tymczasem, na podstawie art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonywać 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 im odpowiadający. § 2 tego przepisu zakłada zaś, iż w taki sam sposób wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział.

Wskazać bowiem należy, że w treści Umowy, której wyłącznym autorem jest Zamawiający, brak jest jakichkolwiek obowiązków Zamawiającego, których wykonanie mogłoby choćby zbliżyć Wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 20 grudnia 2006 r., obowiązkiem poszkodowanego jest podejmowanie działań zmierzających do zminimalizowania szkody. Brak z jego strony takiego działania nie może zwiększać obowiązku odszkodowawczego osoby zobowiązanej do naprawienia szkody (IV CSK 299/06, tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2002, V CKN 745/00).

Przepis art. 354 stanowi w pewnym sensie odpowiednik ogólnej normy art. 56 k.c. dotyczącej treści stosunków prawnych wynikających z czynności prawnej, w której dla określenia treści czynności prawnej znajdują również zastosowanie oceny płynące z zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Powinności stron związane z określonym sposobem wykonania zobowiązania są elementem treści zobowiązania. Zakresy obu przepisów jednak tylko częściowo się przecinają. Wpływa na to przede wszystkim okoliczność, że art. 354 k.c. ma zastosowanie do wszystkich rodzajów zobowiązań bez względu na źródło ich powstania: czynność prawna, czyn niedozwolony, bezpodstawne wzbogacenie, ustawa, akt administracyjny itp.

Odnosząc się bezpośrednio do obowiązków Zamawiającego to wskazać w tym miejscu trzeba na przepis art. 3 Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „u.c.p.g.”) określającego szereg obowiązków gminy. Wypełnienie tych obowiązków ma służyć poprawie gospodarowania odpadów na jej terenie. Jak wynika z art. 2 u.c.p.g.: Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności:

- 1) tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych;
- 2) zapewniają budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami:
 - a) instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w tym instalacji komunalnych, o których mowa w art. 38b ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,
 - b) stacji zlewnych, w przypadku, gdy podłączenie wszystkich nieruchomości do sieci kanalizacyjnej jest niemożliwe lub powoduje nadmierne koszty,
 - c) instalacji i urządzeń do zbierania, transportu i unieszkodliwiania zwłok zwierzęcych lub ich części,
- 3) obejmują wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi;



4) nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;

5) zapewniają selektywne zbieranie odpadów komunalnych obejmujące co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady;

6) tworzą punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w pkt 5, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży;

6a) mogą tworzyć i utrzymywać punkty napraw i ponownego użycia produktów lub części produktów niebędących odpadami;

8) prowadzą działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Obowiązek osiągnięcia wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów w odpowiedniej wysokości spoczywa zatem na gminie, a przeniesienie tego obowiązku na Wykonawcę stanowi obejście przepisów prawa administracyjnego. Jest bowiem oczywiste, że skoro ustawodawca zdecydował się na obciążenie właśnie gmin obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i ponownego przygotowania do użycia odpadów komunalnych, to właśnie gminy muszą podejmować działania w tym kierunku. Gdyby ustawodawca miał inny zamiar – to tak jak w odniesieniu do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości – karę administracyjną nakładałoby się właśnie na podmiot odbierający odpady.

W przypadku jednak tzw. systemu gminnego, ustawodawca jednoznacznie obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i ewentualną karą, obciążył gminę, a w osiągnięciu tych poziomów powinno wspomagać gminę obowiązkiem sprawozdawczy poszczególnych podmiotów, w tym prowadzącego punkty selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, prowadzących zbieranie odpadów komunalnych na podstawie odpowiednich zezwoleń, a od roku 2025 także podmiotu reprezentującego podmioty wprowadzające napoje w opakowaniach. W konsekwencji, na poziomy osiągnięte przez gminę składają się podmioty, które także zbierają w szczególności odpady nadające się do recyklingu, które w ten sposób są „wyjmowane” ze strumienia odpadów odbieranych przez Wykonawcę usługi objętej niniejszym postępowaniem.

Nie jest z pewnością zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa przerzucenie na wykonawcę usługi wymogu stawianego przez przepisy prawa administracyjnego, a już w szczególności, gdy Zamawiający nie wskazuje, w jaki sposób zamierza realnie współdziałać, aby w ogóle osiągnięcie wymaganych poziomów stało się możliwe.

Co warto zauważyć, kara administracyjna płacona przez gminę powinna pochodzić ze środków otrzymywanych przez gminę od właścicieli nieruchomości. Jest zatem oczywiste, że jeśli osoby te w sposób nieprawidłowy segregują odpady, to i te osoby finalnie powinny być obciążone negatywnymi konsekwencjami swojego postępowania, a nie podmiot świadczący usługę zgodnie z przepisami prawa, to jest przekazując odpady do zagospodarowania zgodnie z zasadami bliskości i postępowania z odpadami.

Co należy po raz kolejny podkreślić, to na Zamawiającego zostały nałożone ustawowe obowiązki m.in. w zakresie dyscyplinowania mieszkańców do selektywnego zbierania odpadów, gdyż to gmina jako podmiot publiczny, dysponuje dodatkowymi instrumentami prawnymi, do których z korzystania nie jest uprawniony Wykonawca. Gmina posiada m.in. możliwość nałożenia na mieszkańców wyższej opłaty za gospodarowanie odpadami w sytuacji, w której to pomimo złożenia deklaracji na odpady selektywnie zbierane, mieszkańcy nie dopełniają obowiązku segregacji odpadów.

Podkreślić należy, że to Gmina – Zamawiający - jest zobowiązana do podjęcia inicjatywy, mającej na celu uświadomienie mieszkańcom, jak powinna przebiegać prawidłowa segregacja odpadów komunalnych w ich domach, a także jakie niesie to za sobą korzyści dla środowiska.

Jak wynika z wyżej przytoczonych przepisów to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, m.in. poprzez zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przy czym selektywne zbieranie odpadów komunalnych jest jedną z metod służących do osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. W przypadku niskiej świadomości mieszkańców (na którą Wykonawca nie posiada jakiegokolwiek wpływu) nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu.



Prowadząc selektywne zbieranie odpadów komunalnych, mieszkaniec zobowiązany jest do prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów według zasad obowiązujących na terenie gminy. Zadaniem mieszkańców jest oddawanie odpadów należycie przygotowanych i posegregowanych. W przypadku, gdy w odpadach zmieszanych znajduje się duża ilość odpadów nienadających się do ponownego wykorzystania zwiększają one masę odpadów deponowanych na instalacjach bez możliwości odzysku odpadów, za co również odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca.

W tym stanie rzeczy, obowiązek nałożony przez Zamawiającego na Wykonawcę jest obowiązkiem niewykonalnym. Na uwagę zasługuje również fakt, że obok Wykonawcy występować będą kolejne podmioty, które są odpowiedzialne za procesy związane z odbieraniem lub zbieraniem odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie nieruchomości w tym:

- inne miejsca zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza terenem gminy, gdzie trafiają odpady selektywnie gromadzone, które „normalnie” znalazłyby się w pojemnikach/workach przekazywanych Wykonawcy do odbioru i zagospodarowania (mające najczęściej charakter surowcowy),
- podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na które to podmioty – w przypadku braku osiągnięcia poziomów recyklingu – Zamawiający może nałożyć administracyjną karę pieniężną na podstawie przepisów u.c.p.g.,
- sklepy, które już obecnie zbierają odpady np. w ramach systemu kaucyjnego poza ustawowego, a które rozpoczną już stopniowo w roku 2024 wprowadzanie systemu kaucyjnego ustawowego, jak również sklepy które zbierają zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

Na okoliczność braku pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie poziomów zwraca się uwagę w orzecznictwie. Przykładowo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 1649/17 wskazał, że: „(...) Sąd stwierdza, że przywołać jednak należy i to sprostowanie, w którym sąd zwrócił uwagę na fakt, że art. 9x ust. 2 u.c.p.g. nie przewiduje badania zawinienia, jako przesłanki odpowiedzialności. Powyższe powoduje, że organ zwolniony jest od badania tej okoliczności z urzędu. W sytuacji jednak, gdy osoba zagrożona karą podnosi, że nie mogła osiągnąć danego poziomu recyklingu bądź spełnienia pozostałych wymagań określonych w art. 9g u.c.p.g., z powodów za które nie ponosi odpowiedzialności, może dojść do odstąpienia od wymierzenia kary. Jak słusznie bowiem podniosła skarżąca, odpowiedzialność obiektywna na gruncie wspomnianego przepisu nie jest i być nie może odpowiedzialnością absolutną. Oznacza to w tym przypadku tyle, iż organ nie zajmuje się badaniem strony subiektywnej z urzędu, zatem istnieje tu swoiste domniemanie winy. Jednakże domniemanie to może być obalone przez podmiot zainteresowany”.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że odpowiedzialność Wykonawcy umowy o świadczenie usług jest ograniczona jedynie do obowiązku starannego działania - nie może być ona zobowiązana do osiągnięcia rezultatu. Nawet gdyby jednak tak było, to wówczas należałoby dokonać analogii do umowy o dzieło, w którym to przypadku – jeśli Zamawiający dostarcza materiał do wykonania dzieła (a tak należy w tym przypadku uznawać odpady przekazywane przez Wykonawcę do odbioru), to właśnie Zamawiający jest w istocie odpowiedzialny za to, by materiał ten nadawał się do wykonania tego dzieła (w tym przypadku – osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu). Zgodnie bowiem z przepisami u.c.p.g. rolą Gminy jest zapewnienie i propagowanie selektywnej zbiórki odpadów, a także informowanie mieszkańców o tym w jaki sposób przebiegać powinna prawidłowa segregacja odpadów, co zostało już szczegółowo wskazane we wcześniejszej części pisma.

Należy w tym miejscu podkreślić, że jedynie wyłączna wina Wykonawcy, uzasadniałaby powstanie obowiązku zwrotu naliczonej Zamawiającemu kary administracyjnej – czy to w formie odszkodowania, czy – jak w tym przypadku – kary umownej. Skoro zatem Wykonawca nie posiada bezpośredniego wpływu na poziom selektywnej zbiórki odpadów w Gminie, a także na ilość odpadów poddawanych recyklingowi w instalacji, gdyż wykonuje swoje obowiązki zgodnie z treścią Umowy, nie sposób uznać, iż to Wykonawca winien zapłacić karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Kara umowna czy świadczenie gwarancyjne co do zasady, może być naliczane w stosunku do wykonawcy zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi następuje z winy wykonawcy. Jak wyjaśniła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 909/13:

„Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia nakładającego na wykonawcę kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności ocenione zostać powinno, w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353[1] KC, za niewłaściwe”.

W kontekście powyższego stwierdzenia KIO, nie ma znaczenia to, czy w umowie zapisano karę umowną sensu stricto czy świadczenie o charakterze gwarancyjnym.

Obecna treść ustawy Prawo zamówień publicznych tym bardziej wzmocnia te zasady wskazując, że postanowienia przenoszące na Wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie swoje działania lub zaniechania, stanowią klauzule abuzywne.



Ponadto zgodnie z art. 471 Kodeksu Cywilnego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Powyższe oznacza, że wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej, ale także i świadczenia gwarancyjnego. Jeżeli Wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie ciężącego na nim obowiązku. Brak odpowiedzialności wyłącza możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji.

Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika może mieć miejsce tylko wówczas, jeżeli spełnione są tzw. nieruchomości przesłanki odpowiedzialności. Są nimi:

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania,
- szkoda,
- związek przyczynowy między faktem naruszenia zobowiązania a szkodą.

Tradycyjnie wymienia się następujące okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (które to w żadnym wypadku nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie):

- zachowania dłużnika noszące znamiona winy;
- zachowania osób trzecich, za pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie lub którym wykonanie powierza;
- zachowania przedstawiciela ustawowego dłużnika;
- zdarzenia wykraczające poza wskazany wyżej zakres lub których zakres został ustalony wężej, stosownie do postanowień ustawy lub czynności prawnej.

Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku w sprawie o sygn. akt I CSK 748/12, gdzie podniesiono, że „Choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 KC. 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 wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.” Ten sam sąd dalej stwierdził, że „Ponieważ zgodnie z art. 56 KC czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353[1] KC swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego - strony nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.”

W tym miejscu warto również przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 maja 2019 r. wydanym pod sygn. akt I AGa 192/18: „Artykuł 354 § 1 KC ustanawia ogólną dyrektywę interpretacyjną, którą należy stosować przy ocenie sposobu wykonania zobowiązania. Obejmuje on wszelkie zobowiązania, nie tylko wynikające z umowy. Wynika z niego, że dłużnik ma wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, ale jednocześnie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a ponadto, jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Sposób wykonania zobowiązania wynikającego z umowy określają również ogólne przepisy o wykonaniu zobowiązań, a także przepisy właściwe dla poszczególnych typów zobowiązań umownych. (...) Powszechnie przyjmuje się, że z niewykonaniem mamy do czynienia wówczas, gdy zachowanie się dłużnika całkowicie odbiega od treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego.

Warto wskazać również na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 marca 2019 r. sygn. akt VI ACa 1490/17: „Prawidłowa wykładnia art. 483 i 484 KC prowadzi do wniosku, że o ile nie zastrzeżono inaczej, iż dłużnik może się zwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali domniemanie zawarte w art. 471 KC, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność.”



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 podanych 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 k.c.).

Konieczność równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych przy udzielaniu zamówień publicznych wynika także z dotychczasowego orzecznictwa Izby, w tym z wyroku z dnia 16.10.2020 r. sygn. akt KIO 2296/20, w którym stwierdzono: „Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (3531 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy odszkodowaniem w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, niezasadnie przerzuca w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie pytania.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść projektowanych postanowień umowy jak w sekcji II nin. komunikatu. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku nałożenia na Gminę Wieliczka przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska kary za brak osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej stosownymi przepisami (w szczególności art. 3b ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.) Gmina nie będzie domagała się zwrotu kwoty tej kary od Wykonawcy niniejszego zamówienia.

2. Pytanie nr 2 – pytanie dotyczy elektromobilności

Zamawiający w treści § 4 ust. 10 PPU zobowiązał Wykonawcę do wykonywania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, a dodatkowo przewidział karę odnoszącą się do elektromobilności, w treści § 9 ust. 2 pkt 7) PPU. Tymczasem, przedmiotem niniejszego postępowania jest przetworzenie odpadów – które odbywa się w stacjonarnej instalacji - i nie obejmuje transportu odpadów, dla którego niezbędne byłoby wykorzystywanie pojazdów drogowych.

Mając powyższe na uwadze zwracam się z zapytaniem, czy nie jest zasadne wykreślenie tego zapisu mając na uwadze to, że do wykonania usługi nie będą wykorzystywane pojazdy drogowe.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że zgodnie z pkt 3.6. SWZ „Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy użyciu stacji przeładunkowej (...). Wykonawca np. może dysponować stacją przeładunkową zlokalizowaną na terenie Gminy Miejskiej Kraków a następnie przeładowywać i transportować odpady do instalacji przetwarzania będącej w dyspozycji innego podmiotu.” Powyższe wskazuje, że w szczególnych okolicznościach wykonywanie zamówienia może się odbywać przy udziale pojazdów drogowych, w związku z czym zapisy § 4 ust. 10 oraz § 9 ust. 2 pkt 7) Projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.

II. Zmiana treści SWZ

Zamawiający działając na podstawie art. 137 ust. 1 i 4 uPzp zmienia treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) na skutek czego:

1. Punkt 9.1. SWZ przyjmuje brzmienie:



9.1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć do dnia **15.11.2024 r.** do godziny: **11:00**. Złożenie oferty następuje poprzez jej umieszczenie na platformazakupowa.pl, pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/wieliczka>

Link bezpośredni: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/986518>

2. Punkt 10.1. SWZ przyjmuje brzmienie:
10.1. Otwarcie ofert nastąpi w dniu **15.11.2024 r.** o godz. **11:30**.
3. Punkt 22.1. SWZ, wiersze 16,17 przyjmują brzmienie:
(...) Wadium należy wnieść do dnia **15.11.2024 r.** do godz. **11:00** i musi ono być utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą.
4. W projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 7 do SWZ § 5 przyjmuje następujące brzmienie:

§ 5.

Wymagania w zakresie przetwarzania odpadów komunalnych przez Wykonawcę

1. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia kart ewidencji odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami.

2. Wykonawca zobowiązany jest:

a) Dla zadania 1 i 6: do wysegregowania ze zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych podlegających odzyskowi i recyklingowi tj. szkło, tworzywo sztuczne, papier i metal zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

b) Dla zadań 2,3,4,5,7,8,9,10,11,12,13,14 do realizacji przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z zasadami hierarchii sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 – 18 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) oraz przetwarzać odpady, o których mowa w § 1 (odpowiednio dla zadania) w sposób umożliwiający Zamawiającemu osiągnięcie poziomów recyklingu określonych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.)

3. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za stan i przestrzeganie przepisów bhp.

Z uwagi na fakt, iż zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający w dniu 06.11.2024 przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 uPzp. Niniejszy komunikat zostanie zamieszczony na stronie internetowej prowadzonego postępowania w terminie zgodnym z art. 137 ust. 5 uPzp.

BURMISTRZ

Rafał Ślęczka

Dokument podpisano elektronicznie