

IZI-IZ.271.16.2023

### **Odpowiedź nr 1 na zapytania oferenta**

Dotyczy postępowania: „Świadczenie usługi odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Kłomnice na rok 2024”

Wobec tego, że na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Pzp) Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pytania przedstawione w brzmieniu, w jakim otrzymał je Zamawiający). Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający przekazuje wyjaśnienia odnoszące się do pytań zadanych przez Wykonawcę.

#### **Pytanie nr 1**

W odniesieniu do § 20 Wzoru umowy wskazujemy, że Zamawiający przewidział w tym miejscu umowy regulację dot. waloryzacji, który z uwagi na czas trwania umowy – 1.01.2024 do 31.12.2024 r. (rok), ma charakter pozorny – nie jest możliwe jego zastosowanie. Dlatego wnoszę o zmianę postanowień § 20 Wzoru umowy w taki sposób, aby:

- 1) Maksymalna wartość zmiany umowy wynosiła 15% a nie 3% wynagrodzenia jednostkowego (za 1Mg) określonego w § 20 ust. 8 lit. d umowy;
- 2) Waloryzacja była możliwa po upływie pierwszych 2 miesięcy trwania umowy, a nie tak jak w obecnym kształcie po upływie 6 miesięcy trwania umowy;
- 3) Waloryzacja mogła występować częściej niż raz w ciągu trwania umowy, czyli w każdym miesiącu, w którym wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: „wskaźnik”) za ostatni miesiąc poprzedzający wniosek o waloryzację zmieni się o co najmniej 4 % w stosunku do wysokości tego wskaźnika w miesiącu zawarcia Umowy – w przypadku pierwszej waloryzacji, następnie w przypadku kolejnych waloryzacji, gdy wskaźnik za ostatni miesiąc po miesiącu, z którego wskaźnik stanowił podstawę do uprzedniej waloryzacji zmieni się o co najmniej 4 %;
- 4) Każda ze Stron uprawniona była do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za ostatni miesiąc poprzedzający wniosek o waloryzację zmieni się o co najmniej 4 % w stosunku do wysokości tego wskaźnika w miesiącu zawarcia Umowy, a nie tak jak w obecnym kształcie Umowy o co najmniej 20%;
- 5) Zamawiający wskazał mechanizm waloryzacji (w obecnych postanowieniach wzoru umowy brak mechanizmu, procedury waloryzacji) – czyli określił, że:
  - a) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana była w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na waloryzację, czy wymaga uzupełnienia wątpliwości, brak stanowiska w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym;
  - b) w przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana była do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na

które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami;

- c) Waloryzacja wynagrodzeni obowiązywać będzie od daty złożenia wniosku, tj. aneks do umowy ustalający warunki waloryzacji obowiązywał będzie Strony od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego
- d) Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie;

Powyższa zmiana wzoru umowy ma swoje uzasadnienie wynikające z faktu, że celem wprowadzenia do ustawy Pzp art. 439 ustawy pzp – klauzuli waloryzacyjnej - działanie Zamawiającego musi uwzględniać nie tylko jego interes gospodarczy, ale także realizować cel, jakiemu służy wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych do kontraktu. Zamawiający w każdym przypadku powinien więc wziąć pod uwagę znane mu (w momencie przygotowania postępowania) warunki rynkowe, które obecnie są bardzo niestabilne. W tych warunkach, mając na uwadze choćby poziomy inflacji, ograniczenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do zaledwie 3%, rodzi wysokie prawdopodobieństwo, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg przed zakończeniem kontraktu, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia w sposób zgodny z ustawą pzp. Wobec powyższego, mając na uwadze 12 miesięczny okres realizacji zamówienie wnosimy o zmianę postanowienia jak wyżej wskazano, na takie które spowodują możliwość działania mechanizmu waloryzacji (jaki proponujemy- a jakiego brak w postanowieniach wzoru Umowy) w sposób zgodny z art. 439 ustawy pzp. Mając na uwadze aktualną sytuację gospodarczą, tak ustalony jak w obecnym brzmieniu § 4 wzoru umowy, limit oraz częstotliwość waloryzacji – po 6 miesiącach oraz tylko jednokrotne jej przeprowadzenie, nie zapewnia realizacji celu jaki ma spełniać prawidłowo ustalona klauzula waloryzacyjna. Wykonawca w konsekwencji wnioskuje, aby waloryzacja miała charakter niejako automatyczny, tj. stawki za realizację usług były comiesięcznie aktualizowane zgodnie ze wskaźnikiem za poprzedni miesiąc – czyli w oparciu o wskaźnik wskazany przez Zamawiającego, który po przekroczeniu 4% z automatu uprawnia Strony do waloryzacji wynagrodzenia tyle razy ile wskaźnik przekroczy ustaloną 4 % wartość.

## **Odpowiedź 1.**

Zamawiający nie przewiduje zmian w odniesieniu do § 20 Istotne postanowienia umowy załącznika nr 7 do SWZ i podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie.

## **Pytanie nr 2**

W odniesieniu do postanowień § 4 ust. 3 pkt m) wzoru umowy wskazujemy, że Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji Postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na Wykonawcę pełną odpowiedzialność jaką Zamawiający może ponieść za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ramach Umowy. **W ocenie Wykonawcy Zamawiający dokonał kształtując w ten sposób postanowienia SWZ obciążenia Wykonawcy w rzeczywistości wyższą niż ustawowo przypisaną Gminie odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu.** Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 431 ustawy pzp. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby

postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie **nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę**". Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie".

W tym miejscu wskazać należy na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina – tu Zamawiający, a na jakie nie ma najmniejszego wpływu Wykonawca. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, następnie zgodnie z art. 4 u.c.p.g. rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. To Zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.). Wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania.

Skoro to Zamawiający posiada opisane powyżej instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów, które bezpośrednio przekładają się na realizację poziomu recyklingu, to dlaczego Wykonawca obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. Wykonawca może jedynie dołożyć należytej staranności w celu osiągnięcia tych poziomów a polegać to może na skierowaniu odpadów do możliwie najnowocześniejszych instalacji.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągnane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3%. Kluczowy, jak pokazuje powyższy przykład, jest wpływ dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu. Ponieważ odpady zmieszane, jako frakcja, stanowią ponad połowę strumienia odpadów, to możliwość wysortowania z odpadów zmieszanych – odpadów, które można oddać do recyklera, stanowi o istocie problemu przy uzyskaniu ustalonych poziomów recyklingu. Słaba jakość i niska ilość odpadów „u źródła” ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast Wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji Zamawiającego (system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów

Abstrahując już od faktu, iż Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników czy też wliczenia surowców odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, które aktualnie nie są objęte systemem gminnym, a wytwarzają znaczącą ilość wartościowych surowców. Dodatkowo należy wskazać, iż ilość odpadów przekazana do recyklingu przez pozostałe podmioty z terenu gminy (zbiórki w szkołach, podczas festynów, skupy itp.) jest nieznana Wykonawcy, aczkolwiek jest zdecydowanie znacząca w osiągnięciu wymaganego ustawowo poziomu recyklingu. W związku z powyższym na mocy kwestionowanych w tym pytaniu postanowień umowy tj. § 4 ust. 3) pkt m) wzoru umowy wzoru umowy ryzyko zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganego poziomu recyklingu obciąża jedynie Wykonawcę

pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu objętego przedmiotem zamówienia, posiadania najnowocześniejszych instalacji i sortowni, Wykonawca może nie osiągnąć ustalonego na poziomie 45% dla roku 2024 poziomu recyklingu i następnym, w kolejnych latach, a skoro tak, to Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy i co więcej nie ma związku z działaniem Wykonawcy. Bowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu – a wykonanie usługi odbioru, i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ponadto takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikającą z art. 431 ustawy pzp. W konsekwencji – ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w §17 ust. 1 pkt e) wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia §17 ust. 1 pkt e) 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. (...). 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 §4 ust. 3) pkt m) oraz §17 ust. 1 pkt. e) 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 w § 4 ust. 3) pkt m) oraz § 17 ust. 1 pkt. e)**
- 3) **oraz o zmianę postanowień § 4 ust. 3) pkt m) oraz § 17 ust. 1 pkt. e) wzoru umowy w taki sposób, aby Wykonawca miał obowiązek dołożyć należytej staranności odpowiedniej do realnych możliwości wynikających z przedmiotu umowy do osiągnięcia ustalonych poziomów.**

## **Odpowiedź 2**

Zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – gmina ma obowiązek powierzyć wykonanie zadania własnego w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy wyłoniemu w postępowaniu przetargowym przedsiębiorcy. W związku z powyższym gmina musi zapewnić należytą realizację usługi odbioru odpadów komunalnych. Zrealizowanie przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów a tym samym osiągnięcie koniecznych poziomów recyklingu jest bezsprzecznie związane z należyte wykonaną usługą świadczoną przez uprawniony podmiot. Zamawiający może dążyć do zrealizowania wskazanych obowiązków jedynie poprzez prawidłowe zagospodarowanie odpadów przez Wykonawcę. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w SWZ.