

Pniewy, 14.10.2024 r

Gmina Pniewy
ul. Dworcowa 37
62-045 Pniewy

Odpowiedzi na pytania w zakresie wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia

Dot. postępowania pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Pniewy, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych oraz prowadzenie – obsługa i utrzymanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych „Polana Recyklingu” przy ul. Strzeleckiej dz. Nr 2081 w okresie 01.01.2025 – 31.12.2026”

Zamawiający, działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych, dalej PZP, informuje, że w dniu 23.08.2024 zostały do Zamawiającego skierowane wnioski o wyjaśnienie treści SWZ.

Stosownie do art. 135 ust. 6 PZP Zamawiający udostępnia treść zapytań z dnia 08.10.2024 . wraz z wyjaśnieniami.

Znak sprawy : BZK.271.2.12.2024

Pytanie 1.

Według Rozdziału XXII Specyfikacji Warunków Zamówienia, jednym z kryteriów oceny ofert jest czas realizacji reklamacji o wadze 40 pkt, przy czym w ramach opisu wskazanego kryterium Zamawiający wskazał „Zmniejszenie czasu realizacji reklamacji do 24 godz. – 40 punktów”, a dodatkowo Zamawiający przyjął, że jeżeli Wykonawca wskaże:

- czas realizacji reklamacji powyżej 3 dni – nie więcej jak 5 dni – otrzyma 0 pkt
- czas realizacji reklamacji 3 dni – otrzyma 10 pkt
- czas realizacji reklamacji 2 dni – otrzyma 20 pkt
- czas realizacji reklamacji poniżej 2 dni – 40 pkt

Ponadto, zgodnie z § 10 pkt 1.5 Kary umowne Projektu umowy Zamawiający wskazuje, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

*1.5 z tytułu zwłoki w realizacji reklamacji trwającej **dłużej niż 72 godzin**, tj. braku odbioru odpadów, Wykonawca zapłaci karę za każdy dzień zwłoki w wysokości 100,00 zł brutto.*

a także, w § 14 pkt 3 Procedury reklamacyjnej Projektu umowy Zamawiający wskazuje, że:

*Realizacja reklamacji odbędzie się w ciągu **3 dni roboczych** od otrzymania zawiadomienia o reklamacji e-mailem lub telefonicznie od Zamawiającego. Załatwienie reklamacji należy niezwłocznie potwierdzić telefonicznie lub e-mailem.*

W związku z powyższym:

- 1) wnosimy o uchylenie rozbieżności pomiędzy postanowieniami dokumentów zamówienia w ww. zakresie, w tym poprzez wykreślenie w postanowieniu Rozdziału XXII SWZ zwrotu „Zmniejszenie czasu realizacji reklamacji do 24 godz. – 40 punktów” gdyż nie koresponduje on z dalszymi postanowieniami opisu kryterium oceny ofert, w tym określającymi warunki przyznania wykonawcy 40 pkt (mniej niż dwa dni to niekonieczne „24 godziny”, lecz również przestrzeń pomiędzy 24h a 48h”,
- 2) wnosimy o określenie terminu realizacji reklamacji w dniach roboczych, ze względu na wyraźnie ustanowiony dokumentami zakaz świadczenia usług w niedziele, a także dni świąteczne,
- 3) wnosimy o ujednoczenie treści postanowień projektu umowy z treścią oferty wykonawcy (stosownie do zaoferowanych warunków kontraktowych),
- 4) prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie, co w przypadku jeżeli Wykonawca jako kryterium oceny ofert zaznaczy czas realizacji reklamacji powyżej 3 dni – nie więcej jak 5 dni i otrzyma 0 pkt. Prosimy o wyjaśnienie, jak powyżej wskazane kary, wymienione terminy procedury reklamacyjnej w Projekcie umowy będą dotyczyły Wykonawców, którzy w kryterium oceny ofert – w celu uzyskania większej ilości punktów określą terminy realizacji reklamacji np. poniżej 2 dni, lub 2 dni itd.,? Czy te określone, skrócone terminy Wykonawców nie będą egzekwowane w zakresie kar umownych i wszystkich będzie obowiązywać termin 3 dni na załatwienie reklamacji?

Dodatkowo pragniemy wskazać, że stosownie do postanowień § 10 ust. 1 pkt 1.3. i 1.4. wzoru umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

„1.3 w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych) za każdy dzień opóźnienia w odebraniu odpadów zmieszanych, naruszający terminy ustalone w harmonogramie wywozu odpadów komunalnych, liczonej jako iloczyn liczby nieopróżnionych (nieodebranych) pojemników oraz stawki kary umownej oraz liczby dni, o które usługa jest opóźniona, licząc od trzeciego dnia niewykonania usługi,”

„1.4 w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych) za każdy dzień opóźnienia w odebraniu odpadów zbieranych w sposób selektywny w workach lub pojemnikach o pojemności 120 l dla określonych frakcji, naruszający terminy ustalone w harmonogramie wywozu odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, liczonej jako iloczyn liczby nieodebranych worków z jednej nieruchomości oraz ww. stawki kary umownej oraz liczby dni, o które usługa jest opóźniona, licząc od trzeciego dnia niewykonania usługi”

Wskazane powyżej kary stanowią powielenie kary umownej określonej postanowieniem § 10 pkt 1.5 (które to postanowienie obejmuje wszelkie przypadki niezrealizowania reklamacji, a stosownie do postanowienia §14 ust. 4 projektu umowy „Reklamacja dotyczyć może w szczególności nieodebrania odpadów w wyznaczonym w harmonogramie terminie”). W konsekwencji wnioskujemy o uchylenie przywołanych powyżej postanowień pkt 1.3. i 1.4. jako niezasadnie powielających postanowienie § 10 pkt 1.5, a mogących wzbudzać nieuzasadnione wątpliwości interpretacyjne, co do wykreowania podwójnej podstawy do naliczenia dwóch kar umownych tytułem tej samej nieprawidłowości. W przypadku nieuchylenia ww. postanowień wnosimy o wyjaśnienie:

- 1) czy wskazane w pkt 1.3. i 1.4. trzydniowe okresy karencji względem naliczania opłat („licząc od trzeciego dnia niewykonania usługi”) są w jakikolwiek sposób skorelowane z deklarowanym w ofercie okresem realizacji reklamacji?
- 2) czy Zamawiający jest uprawniony do jednoczesnego naliczania kar umownych na podstawie pkt 1.5. oraz 1.3. albo 1.4.? Jeżeli tak to w jakich sytuacjach?
- 3) czy pojęcie „opóźnienia”, które występuje w ww. postanowieniach należy odczytywać jako zwłokę, ze względu na treść regulacji art. 433 pkt 1) P.z.p. , który to stanowi, że „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności

wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”.

Odpowiedz na Pytanie nr 1

Zamawiający dokonuje zmiany zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert:

kryterium „**Czas realizacji reklamacji**” (TW):

- znaczenie kryterium – 40,00 pkt.;

Zmniejszenie czasu realizacji reklamacji poniżej 2 dni – 40 punktów.

Zamawiający przyzna punkty na podstawie poniższej tabeli. Wykonawca zobowiązany jest dokonać wyboru i wpisać go w formularzu oferty.

Liczba dni	Liczba punktów
Powyżej 3 dni roboczych nie więcej jak 5 dni roboczych	0
3 dni roboczych	10
2 dni roboczych	20
Poniżej 2 dni roboczych	40

Zamawiający dokonuje zmiany zapisów § 10 pkt 1.5 Kary umowne Projektu umowy Zamawiający wskazuje, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1.5 z tytułu zwłoki w realizacji reklamacji trwającej dłużej niż 3 dni robocze . Wykonawca zapłaci karę za każdy dzień zwłoki w wysokości 100,00 zł brutto.

Pytanie 2.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SWZ w tabeli z poszczególnymi kodami odpadów do odbioru Zamawiający w jednej pozycji uwzględnił **odpady wielkogabarytowe** a w kolejnej pozycji uwzględnił **zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny w tym baterie i akumulatory**.

Jako, że obowiązkiem Wykonawcy będzie objazdowy odbiór poprzez odbieranie wystawionych odpadów a także przyjmowanie przedmiotowych rodzajów odpadów na PSZOK-u, uprzejma prośba o zmodyfikowanie formularza ofertowego w taki sposób aby można było uwzględnić oddzielnie:

- a) cenę za 1 Mg odpadów wielkogabarytowych odbieranych u źródła oraz cenę za 1 Mg odpadów wielkogabarytowych przyjmowanych na PSZOK-u;

- b) cenę za 1 Mg zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego odbieranego u źródła oraz cenę za 1 Mg zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego przyjmowanego na PSZOK-u.

Prośbę swą uzasadniamy faktem, iż koszt odbioru jakichkolwiek odpadów w formie objazdów jest znacznie wyższy aniżeli koszt przyjmowania odpadów na PSZOK. Uśrednienie tych cen mogłoby skutkować zwiększeniem wartości oferty.

Odpowiedz na Pytanie 2

Zamawiający dokona zmiany formularza ofertowego i wyodrębni do odrębnej wyceny odpady przyjmowane w PSZOK.

Pytanie 3.

Zgodnie z Rozdziałem III Opisu przedmiotu zamówienia pod Tabelą nr 8 Zamawiający wskazuje, że:

*Ilość oraz pojemność pojemników/kontenerów do gromadzenia odpadów komunalnych w podziale na miasto i wioski dla nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych i mieszanych może ulec zmianie w trakcie trwania realizacji usługi z uwagi na migrację ludności. **W przypadku uszkodzenia pojemnika, wykonawca ma obowiązek go wymienić!!!***

Prosimy o skorygowanie zapisu w ostatnim zdaniu w następujący sposób:

W przypadku uszkodzenia pojemnika przez Wykonawcę, ma on obowiązek go wymienić!!!

Wykonawca, nie rozumie dlaczego miałby ponosić koszty pojemników i ich wymian w przypadku uszkodzeń spowodowanych przez właścicieli nieruchomości lub jakąkolwiek inną osobę, która nie działa w imieniu i na rzecz Wykonawcy.

Odpowiedz na Pytanie 3

Zamawiający dokonuje zmiany zapisów na następujący

W przypadku uszkodzenia pojemnika przez Wykonawcę, jest on zobowiązany do jego naprawienia lub wymiany na koszt wykonawcy zamówienia.

Pytanie 4.

W treści Formularza ofertowego znajduje się miejsce do wskazania do jakich instalacji komunalnych odpady będą **dowożone**, natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia kompleksowego, na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, Zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawców wskazania w składanych ofertach m.in. instalacji, w których nastąpi **zagospodarowanie odpadów komunalnych** (art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g.).

Prosimy o doprecyzowanie tego zapisu, ponieważ odpady mogą być **dowożone** np. do miejsc zbierania (do pełnych transportów w celu przekazania dalej do wykwalifikowanych instalacji w celu ich zagospodarowania).

Jakiego wykazu instalacji wymaga Zamawiający, instalacji zagospodarowania czy też miejsc zbierania?

Odpowiedz na Pytanie 4

Oczywiście zapis dotyczy miejsca zagospodarowania odpadów.

Pytanie 5.

Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt. 1 SWZ Zamawiający wskazuje, że:

1. *Wykonawca może powierzyć, zgodnie z ofertą Wykonawcy, wykonanie części usług odbierania i zagospodarowania odpadów podwykonawcom*

Dodatkowo w § 13 pkt. 1 Projektu umowy Zamawiający również wskazuje, że:

1. *Wykonawca może powierzyć, zgodnie z ofertą Wykonawcy, wykonanie części usług odbierania i zagospodarowania odpadów podwykonawcom.*

W związku z powyższymi zapisami, prosimy o wyjaśnienie, czy jeżeli Wykonawca zamierza dokonać zagospodarowania części odpadów komunalnych w instalacjach prowadzonych przez inne podmioty aniżeli Wykonawca, ponieważ niektóre kody odpadów, takie jak np. 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 32, 20 01 33* mogą zostać zagospodarowane tylko w profesjonalnych zakładach przetwarzania, np. dla zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz w innych profesjonalnych zakładach przetwarzania (np. spalarnie odpadów), to Zamawiający sklasyfikuje podmioty prowadzące te instalacje jako podwykonawców w zakresie zagospodarowania odpadów?

Niezależnie od powyższego wskazujemy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem jak i brzmieniem stosownych regulacji P.z.p. zgłoszenie podwykonawcy nie musi następować na etapie ofertowym w związku z czym wnosimy o nadanie ww. postanowieniom następującego brzmienia:

„Wykonawca może powierzyć wykonanie części usług odbierania i zagospodarowania odpadów podwykonawcom”

Dodatkowo wnosimy o wykreślenie w obrębie ww. jednostek redakcyjnych wszystkich dodatkowych postanowień albowiem nie korespondują one z przedmiotem zamówienia. Wykonawca wskazuje, iż w świetle dorobku orzeczniczego nie budzi najmniejszych wątpliwości, iż w zamówieniu na usługi, Zamawiający może jedynie żądać wskazania mu podwykonawców, a nie jest uprawniony do ich akceptowania, niedopuszczania do realizacji zamówienia, weryfikowania umów podwykonawczych itd.

Wykonawca wskazuje, że przyjęty przez Zamawiającego, omyłkowo, sposób uregulowania materii podwykonawstwa stanowi rażące naruszenie P.z.p., które potwierdza szereg wyroków w tym Sądu Okręgowego w Warszawie (XXII Wydział Gospodarczy Odwoławczy) z dnia 14 kwietnia 2022 r., XXIII Zs 35/22, w którym uznano, że „Ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest wyłącznie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś zamówienia na realizację usług. Wniosek taki wynika z treści art. 464 Prawa zamówień publicznych (oraz art. 437 ust. 1 tej ustawy). W przepisie tym przewidziane są szczególne wymogi w zakresie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, takie choćby jak obowiązek uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, przedłożenia zamawiającemu projektu takiej umowy o podwykonawstwo, czy też wymogi dotyczące konieczności uwzględnienia w treści umowy określonych zastrzeżeń, w tym określających zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Przepisy Prawa zamówień publicznych w sposób jednoznaczny i całościowy regulują tryb

przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo (ich projektów), a także podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo. Niedopuszczalne zatem jest uregulowanie obowiązków wykonawców związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo w sposób odmienny niż określony w ustawie. **Zamawiający nie ma prawa do takiego ukształtowania treści przyszłej umowy, które polegałoby na ustanowieniu tożsamych obowiązków, jakie ustawa przewiduje dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane także dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na usługi (i dostawy).**”

Zbieżne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie (XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy) w wyroku z dnia 13 kwietnia 2022 r., XXIII Zs 7/22, uznając, że „Każdy wykonawca powinien mieć możliwość swobodnego ułożenia treści swojego stosunku prawnego z podwykonawcą, **a wszelkie ograniczenia w tym zakresie winny mieć przekonujące uzasadnienie w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych. Ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest wyłącznie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś zamówienia na realizację usług.** Powyższe wynika niewątpliwie z treści art. 464 oraz art. 437 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który przewiduje szczególne wymogi w zakresie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, takie choćby jak obowiązek uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, przedłożenia zamawiającemu projektu takiej umowy o podwykonawstwo, czy też wymogi dotyczące konieczności uwzględnienia w treści umowy określonych zastrzeżeń, w tym określających zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Przepisy te w sposób jednoznaczny i całościowy regulują tryb przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo (ich projektów) a także podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo. Niedopuszczalne zatem jest uregulowanie obowiązków wykonawców, związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo, w sposób odmienny niż określony w ustawie. Zamawiający nie ma więc prawa do takiego ukształtowania treści przyszłej umowy, które polegałoby na ustanowieniu tożsamych obowiązków, jakie ustawa przewiduje dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane także dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na usługi (i dostawy). (...) **W przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając do kar umownych i zapłaty wynagrodzenia (art. 463 Prawa zamówień publicznych) oraz do terminu zapłaty wynagrodzenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który ma być nie dłuższy niż 30 dni (art. 464 ust. 10 w zw. z art. 464 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Zatem nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych, do zamówienia, wobec którego należy stosować uregulowania właściwe dla usług, gdyż natura obu tych stosunków prawnych jest inna, co usprawiedliwia odmienne podejście ustawodawcy w tym zakresie.**”

Zważając na powyższe wnioskujemy o uchylenie ww. postanowień jako sprzecznych z P.z.p.

Odpowiedz na Pytanie 5

Podwykonawstwo zgodnie z art. 462 ust. 3 ustawy PZP

Art. 462. [Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy]

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

3. W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz

przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

Kwestie podwykonawstwa muszą być zgodne z zapisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku zwłaszcza z art. 23 ust 2.

Pytanie 6.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 PZP, Wykonawca wnosi o wprowadzenie maksymalnej wysokości kar umownych ujętych w § 10 Projektu Umowy. Łączna, maksymalna wysokość kar umownych, które przewiduje w umowie Zamawiający, musi zostać już określona w projektowanych postanowieniach umowy, tak aby przystępujący do postępowania Wykonawcy mogli ocenić zakres, skalę i podstawę do wyliczenia ryzyk. Określając górny limit kar umownych, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Odpowiedź na Pytanie 6

Maksymalny wymiar kar w związku z wykonywaniem zamówienia może wynieść 10% wartości brutto zamówienia.

Pytanie 7.

Zamawiający postanowieniami dokumentów zamówienia, w szczególności Rozdziału V OPZ, przewidział, że Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiotowe zamówienie w sposób zapewniający osiągnięcie tzw. poziomów recyklingu oraz składowania.

Przywołanymi postanowieniami Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek:

- 1) osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku (dalej: „poziom recyklingu”),
- 2) osiągnięcia poziomu ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (dalej: „poziom składowania”).

Zgodnie z regulacjami u.c.p.g.:

- 1) art. 3b ust. 1 pkt 4) – 8) u.c.p.g. „*Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:*
 - a) 45% wagowo - za rok 2024;
 - b) 55% wagowo - za rok 2025;
 - c) 56% wagowo - za rok 2026;
 - d) 57% wagowo - za rok 2027;”
- 2) art. 3c ust. 1 u.c.p.g. „*Gminy są obowiązane ograniczyć masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania:*
 - a) *do dnia 16 lipca 2013 r. - do nie więcej niż 50% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,*
 - b) *do dnia 16 lipca 2020 r. - do nie więcej niż 35% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania*
- w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r.”

W świetle powyżej przywołanych regulacji normatywnych, mocą decyzji ustawowej poziomy

recyklingu oraz poziomy składowania zostały przypisane gminie. Przyjęta założenia ustawowe są w pełni uzasadnione w świetle zakresu uprawnień i obowiązków wskazanych kategorii podmiotów. Żaden przepis rangi ustawowej nie koreluje działalności w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych z „poziomami recyklingu” oraz „poziomami składowania”, a to ze względu na rolę wskazanej kategorii procesów dla osiągnięcia bądź nieosiągnięcia poziomów recyklingu i składowania.

Gmina posiada szeroki wpływ na osiągnięcie poziomu recyklingu i składowania m.in. poprzez: ustanawianie aktów prawa miejscowego regulujących sposób funkcjonowania lokalnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi (m.in. sposób deponowania odpadów, częstotliwość ich odbierania, miejsca ich deponowania); podejmowanie działań wpływających na działania właścicieli nieruchomości w tym poprzez działania edukacyjne i informacyjne oraz egzekucyjny w tym podejmując się naliczania tzw. opłat podwyższonych.

Wbrew optyce Zamawiającego to nie proces odbierania i zagospodarowania odpadów, lecz w przeważającej mierze etap ich wytwarzania i deponowania ma dominujący wpływ na osiągnięcie bądź nie osiągnięcie poziomów recyklingu i składowania. Niska jakość odpadów oraz ich charakterystyka morfologiczna determinuje osiągnięcie efektów o których mowa w ww. przepisach ustawowych. Z tych powodów, ustawodawca w sposób świadomy oraz racjonalny zespolił odpowiedzialność za ich osiągnięcie z gminami.

Wykonawca dostrzega pewną rolę operatora odbierającego odpady komunalne prawidłowym funkcjonowania lokalnego systemu gospodarowania odpadów komunalnych, w tym w wymiarze jego efektywności ustalonej i weryfikowanej na podstawie wskaźników recyklingu oraz składowania. Należy jednak mieć na względzie, że operator w pierwszej kolejności obowiązany jest realizować swoje obowiązki zgodnie z regulacjami prawnymi oraz dokumentami zamówienia. Wskazane kategorie determinant sztywno i ściśle określają jego obowiązki, pozostawiając dalece ograniczony zakres swobody decyzyjnej co do sposobu realizacji zamówienia. W konsekwencji to ustawodawca oraz Zamawiający kreują sposób realizacji obowiązków przez operatora odbierającego odpady. Wskazana okoliczność musi być uwzględniona przy kreowaniu treści obowiązków wykonawcy i zakresu jego odpowiedzialności. Wykonawca wskazuje przy tym, że Zamawiający w dokumentach zamówienia ustanowił szczegółowe obowiązki wykonawcy, w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów.

Wobec powyższego wnosimy o zmianę postanowień dokumentów zamówienia dot. ww. materii poprzez posłużenie się zwrotem „przyczynienia Wykonawcy do osiągnięcia” stosownych poziomów recyklingu i składowania.

Odpowiedz na Pytanie 7

Zamawiający nie dokonuje zmian w zapisach SWZ

Pytanie 8.

Zamawiający w ramach postanowień Rozdziału VIII SWZ przewidział zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wyrażonych w art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4 i 8 P.z.p. (Rozdział VIII ust. 1.1 SWZ). Z kolei w dalszej części dokumentów zamówienia widnieje:

„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7-10 PZP. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia”

Wnosimy o uchylenie ww. rozbieżności poprzez uchylenie postanowienia:

„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7-10 PZP. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia”

Zakładamy, iż intencją Zamawiającego było skorzystanie z przesłanek fakultatywnych wyrażonych w art. 109 ust. 1 pkt 1,4 i 8, z pominięciem pozostałych (taka konstatacja wynika z holistycznej analizy dokumentów zamówienia).

Odpowiedz na Pytanie 8

Zamawiający dokonuje zmiany w treści SWZ

„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1,4, 8, 10 PZP. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia”

Pytanie 9.

Stosownie do postanowienia §10 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za przekazywanie nierzetelnych sprawozdań, o których mowa w art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub przekazywanie ich po terminie określonym w ww. ustawie, w wysokości 0,1% wartości umowy brutto, o której mowa w § 4 ust. 6”.

Wykonawca pragnie podkreślić, iż realizacja przez operatora odbierającego odpady, w sposób rzetelny i prawidłowy obowiązku o którym mowa w art. 9n u.c.p.g. pozostaje obostrzone karami administracyjnymi, o których mowa w art. 9x ust. 1 pkt 4 i 5 u.c.p.g., stosownie do których:

1. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który:

4) przekazuje nierzetelne sprawozdanie, o którym mowa w art. 9n - podlega karze pieniężnej w wysokości od 200 zł do 500 zł, jeżeli sprawozdanie zostanie uzupełnione lub poprawione w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania, o którym mowa w art. 9p ust. 2, a w przypadku niezastosowania się do wezwania od 500 zł do 5000 zł;

5) przekazuje po terminie sprawozdanie, o którym mowa w art. 9n - podlega karze pieniężnej w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia, nie więcej jednak niż za 365 dni.

Przywołane powyżej regulacje u.c.p.g. będą wprost znajdowały zastosowanie do wykonawcy realizującego zamówienie na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji przywołane powyżej postanowienia projektu umowy dublują odpowiedzialność wykonawcy i to w rażąco wygórowanej wysokości, drastycznie odbiegającej od wysokości administracyjnych kar pieniężnych.

Wykonawca pragnie wskazać, iż Izba wielokrotnie wypowiedała się na temat sprzeczności dublowania instrumentów sankcyjnych przez Zamawiających, w tym wskazując, że:

1) *„zarzutem, który zasługuje na uwzględnienie jest zarzut rażąco wygórowanej kary umownej określonej w par. 14 pkt. 9 wzoru umowy. Należy zauważyć, że ustawodawca nie nakłada na zamawiającego obowiązku przewidzenia takiej kary, w przeciwieństwie do art. 436 ust. 1 pkt 4 lit. a, gdzie przewidziano karę umowną za zaniechanie zmiany wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji, gdy zwaloryzowano wynagrodzenie wykonawcy. Tym samym kara za zwłokę w zapłacie podwykonawcy nie jest postanowieniem, które zamawiający musi*

wprowadzić z mocy ustawy. Izba wzięta pod uwagę, że par. 7 ust. 9 przewiduje uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, od złożenia oświadczenia przez podwykonawcę, że zapłatę otrzymał. Zatem z jednej strony wykonawca, który nie zapłaci podwykonawcy własnego wynagrodzenia nie otrzyma, a z drugiej zamawiający dodatkowo ukarze go karą umowną w wysokości 0,2% wartości, określonej w par. 7 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki w wypłacie. Jest to zatem obciążanie wykonawcy podwójnie za ten sam czyn. Nadto zamawiający nie żądał umowy o podwykonawstwo, a tym samym nie jest w stanie ustalić, w którym momencie wykonawca popada w zwłokę z zapłatą wynagrodzenia. Trzeba też dostrzec, że kara umowna jest substratem odszkodowania, a u zamawiającego powstaje szkoda dopiero w sytuacji wystąpienia przez podwykonawcę z roszczeniem do zamawiającego o zapłatę wynagrodzenia niezapłaconego przez wykonawcę i to maksymalnie w wymiarze wynikającym z wykonanego zakresu podwykonawstwa i w wysokości wynikającej z umowy o podwykonawstwo. Tym samym w ocenie Izby obciążanie wykonawcy karą umowną liczoną od podstawy nie związanej ze szkodą, która może powstać jest wadliwe i sprzeczne z art. 484 ustawy, który wiąże karę z odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a tym zobowiązaniem nie jest wykonanie całości zamówienia, a jedynie zapłata podwykonawcy” (Wyrok KIO z dnia 21 października 2021 r., KIO 2374/21, 2360/21)

- 2) „Przed wszystkim jednak należy podkreślić, że ww. postanowienie pozostaje w sprzeczności z celem instytucji waloryzacji wynagrodzenia, którym jest zapewnienie równowagi ekonomicznej stron umowy w trakcie jej trwania poprzez dostosowanie wysokości KIO 895/23 i KIO 899/23 wynagrodzenia do zmieniających się okoliczności, określonych uprzednio w tej umowie. Instytucja ta nie powinna być natomiast wykorzystywana do innych celów, w tym do ochrony zamawiającego przed nieterminowym wykonywaniem umowy przez wykonawcę. Takemu celowi może służyć ustanowienie kary umownej, co zresztą zamawiający także przewidział w § 23 ust. 2 PPU. **Tym samym w świetle postanowień PPU zwłoka w dostawie EZT zagrożona jest podwójną sankcją w postaci kary umownej i wstrzymania waloryzacji (w dodatku na niedookreślony okres).** Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że ww. postanowieniem zamawiający przekroczył granice swobody umów i naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i zgodnie z żądaniem odwołującego Izba nakazała usunięcie § 16 ust. 16 lit. g PPU.” (Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2023 r., KIO 895/23, KIO 899/23)

Mając na względzie powyższe wnosimy o uchylenie postanowienia 10 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy.

Odpowiedz na Pytanie 9

Zamawiający wykreśla z Projektu umowy §10 ust. 1 pkt 1.2. zapis

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za przekazywanie nierzetelnych sprawozdań, o których mowa w art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub przekazywanie ich po terminie określonym w ww. ustawie, w wysokości 0,1% wartości umowy brutto, o której mowa w § 4 ust. 6”.

Pytanie 10.

Zamawiający postanowieniem § 12 ust. 4 projektu umowy ustanowił postanowienia, które mają wypełniać wymogi regulacji art. 439 ust. 2 P.z.p.

Zamawiający przewiduje, że:

- 1) wynagrodzenie może ulec zmianie o wartość inflacji konsumpcyjnej, ale odwołuje się przy tym do wskaźnika średniorocznego, a z drugiej strony przewiduje możliwość waloryzacji co pół roku, co ustanawia wewnętrzną niespójność wskazanych postanowień. Wnosimy o zmianę indeksu waloryzacyjnego, poprzez ustanowienie wskaźnika adekwatnego do wskazanej częstotliwości zmian, a także okoliczności wskazanych poniżej,
- 2) maksymalny wymiar waloryzacji ustanowiono na poziomie 10% wartości pierwotnej wartości wynagrodzenia wykonawcy, przypadającego w danym roku kalendarzowym realizacji umowy. Mając na względzie półroczną częstotliwość waloryzacji, jak również przeprowadzanie drugiej i trzeciej waloryzacji na 2026 r. , a jedynie pierwszej na 2025 r. w pełni uzasadnione pozostaje zwiększenie limitu na 2026 r. do 20% (jako dwukrotność wartości waloryzacyjnej na 2025 r.),
- 3) oprócz zmiany wskaźnika inflacyjnego, na którym opiera waloryzację, wymaga od wykonawcy wykazania, że jego zmiana ma wpływ na koszty wykonywania zamówienia. W rezultacie całkowicie zbędnym pozostaje odwoływanie się do wskaźnika inflacyjnego skoro nie ma on żadnego znaczenia dla waloryzacji, która ma być przeprowadzana w oparciu o dokumenty przedkładane przez wykonawcę. W tym ujęciu ma on charakter czysto fasadowy, wobec czego wykonawca wnosi albo o uchylenie postanowień dot. wskaźnika inflacyjnego, albo uchylenie postanowień dotyczących wykazywania stosownymi dokumentami wpływu zmiany inflacji na koszty realizacji zamówienia. W przypadku pozostawienia w dokumentach zamówienia postanowień nakładających obowiązek wykazania wzrostu kosztów w zakresie realizacji zamówienia, aby nadać klauzuli realne znaczenie, nieodzowne jest skatalogowanie dokumentów, które Zamawiający uzna za wystarczające dla przeprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, albowiem w innym przypadku klauzula pozostaje iluzoryczna i generuje niemożliwość prawidłowego skalkulowania oferty, a w konsekwencji narusza reguły równego traktowania wykonawców, albowiem nie jest wiadome jakimi okolicznościami i czynnikami będzie kierował się Zamawiający dokonując zmiany wynagrodzenia. W rezultacie aktualnie sformułowana klauzula waloryzacyjna, nie umożliwia spełnienia swojej roli i funkcji,
- 4) waloryzacja jest warunkowana zabezpieczeniem na ten cel środków w planie finansowym Zamawiającego, a więc od okoliczności całkowicie niepowiązanej z realizacją umowy, jak i niezależną od Wykonawcy, a w całości uzależnioną od działań wewnętrznych gminy. Warunkowanie zmiany wynagrodzenia od takiego czynnika wprost narusza regulacje P.z.p., w tym regulacje art. 439 ust. 2 P.z.p., poprzez kreowanie przesłanki o fasadowym charakterze i uzależniającym waloryzację od czynników pozakontraktowych. Wobec powyższego wnosimy o uchylenie w ramach wskazanego postanowienia lit e).

Odpowiedz na Pytanie 10

Zamawiający nie dokonuje zmian w treści Projektu umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. To rolą wykonawcy jako wyspecjalizowanego podmiotu jest prawidłowe oszacowanie kalkulacji cen składanych ofert z uwzględnieniem poziomu inflacji cen.

Zamawiający informuje że niniejszy dokument stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz załączników i jest wiążący dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia.