

**Gmina Bukowina Tatrzańska**

Długa 144

34-530 Bukowina Tatrzańska

.....  
[nazwa zamawiającego, adres]

**WYKONAWCY**

ubiegający się o zamówienie

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Nazwa zamówienia: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska.

Numer referencyjny: IZW.271.1.32.2023

**WYJAŚNIENIA I MODYFIKACJA TREŚCI  
SWZ**

Zamawiający, Gmina Bukowina Tatrzańska, działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1605), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami.

Jednocześnie na podstawie art. 137, ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający modyfikuje treść SWZ zgodnie z poniższymi wyjaśnieniami.

**Pytanie 1.**

W odniesieniu do postanowień §6 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 eliminacje 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 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.

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. § 6 oraz §10 ust. 2 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 następnych, 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 §10 ust. 2 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia §10 ust. 2 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. Wierzyicielem 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 §6 oraz §10 ust. 2 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 §6 oraz §10 ust. 2; 3) oraz o zmianę postanowień §6 oraz §10 ust. 2 wzoru umowy w taki sposób, aby Wykonawca miał obowiązek dołożyć należytej staranności odpowiedniej do realnych możliwości wynikających z przedmiotu umowy do osiągnięcia ustalonych poziomów.**

### **Pytanie 2.**

Zamawiający w treści Załącznika nr 6 Projekt umowy, określił w § 10 ust. 1. pkt. 10) kary umowne, jakie poniesie Wykonawca:

*10) w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek stwierdzenia nieprawidłowego przyjęcia odpadów w PSZOK, tj. niezgodnego z **obowiązującymi aktami prawa miejscowego**,*

Wnosimy o doprecyzowanie, jakie akta prawa miejscowego zamawiający ma na myśli oraz odniesienie się do konkretnych punktów.

### **Pytanie 3.**

Zamawiający w treści regulaminu utrzymania porządku i czystości określił:

*2. Odpady, o których mowa w § 12 ust. 1 pkt 2) mogą być przekazywane do PSZOK przy spełnieniu następujących warunków:*

*1) osoba przekazująca odpady na terenie PSZOK-u zobowiązana jest do podania imienia i nazwiska lub nazwy właściciela nieruchomości oraz adresu nieruchomości, z której pochodzą odpady komunalne;*

*2) w celu potwierdzenia miejsca pochodzenia odpadów komunalnych – osoba dostarczająca odpady komunalne okaże, dokument potwierdzający położenie nieruchomości, z której pochodzą odpady komunalne, na terenie gminy (np. dowód wpłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, kopię deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi).*

Wnosimy o wyjaśnienie i doprecyzowanie w jaki sposób wykonawca powinien udokumentować czynności o których mowa w regulaminie 2.1) i 2.2

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:**

**Odpowiedź na pytanie 1 pkt 1)**

Tak, Zamawiający brał pod uwagę wskazane w pytaniu 1 okoliczności.

**Odpowiedź na pytanie 1 pkt 2) i pkt 3)**

Częściowo uwzględniono:

Postanowienia zawarte w § 6 pozostawia się bez zmian.

Natomiast § 10 ust. 1 pkt 2) otrzymuje brzmienie:

**„nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z § 6 Umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, w wysokości odpowiadającej stopniowi przyczynienia się Wykonawcy do nieosiągnięcia przez Zamawiającego poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,”**

Postanowienia zawarte w § 6 pozostawia się bez zmian, ponieważ możliwość nałożenia obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienia publiczne potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej np. sygn. akt KIO 2547/19 Wyrok z dnia 7 stycznia 2020 r., a także artykuł Prawo.pl z dnia 01.02.2017 r pt. „Gmina może nałożyć na wykonawcę obowiązek uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu” (artykuł jest dostępny pod linkiem: <https://www.prawo.pl/samorzad/gmina-moze-nalozyc-na-wykonawce-obowiazek-uzyskania-odpowiednich-poziomow-recyklingu,108512.html>).

Gmina dokonując zapisów w treści SWZ oraz w umowie, nie wyzbywa się odpowiedzialności za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu wynikającej z mocy prawa, lecz tym zapisem zobowiązuje wykonawcę do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu. To wykonywanie określonych obowiązków przez wykonawcę ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu, gdyż realnie wykonuje określone zadania w terenie, wśród mieszkańców, zatem może wpływać bezpośrednio na prawidłową segregację odpadów i ich recykling, podczas gdy gmina tylko pośrednio uczestniczy w procesie selektywnej zbiórki odpadów, a działania mają raczej wymiar informacyjno-edukacyjny. Zadania wykonywane zarówno przez wykonawcę jak i przez Gminę powinny być spójne i skierowane w celu realizacji osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, zatem wykonawca nie może być zwolniony z odpowiedzialności w tym zakresie.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że to Wykonawca ma potężne narzędzia wpływające bezpośrednio na wysokość osiąganych poziomów recyklingu, a w szczególności ilości odbieranych odpadów zmieszanych, wynikającej wprost z art. 6ka ustawy o u.c.pg., który wskazuje, że „w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości”. Zapisy odnośnie postępowania przy stwierdzeniu nieprawidłowości są również zawarte w treści SWZ ust. 2.3 pkt. 41). Wójt dopiero po otrzymaniu informacji o niewywiązywaniu się z obowiązku selektywnego zbierania odpadów może wszcząć postępowanie w sprawie określenia opłaty podwyższonej, które miałyby znamiona kary dla właścicieli nieruchomości, którzy nie wywiązują się z tego obowiązku. Taka „kara” jest możliwa do nałożenia tylko i wyłącznie za miesiąc lub miesiące w których Wykonawca powiadomi gminę o niedopełnieniu obowiązku, zatem konieczne jest sukcesywne kontrolowanie pod tym względem odbieranych odpadów, aby realnie wpłynąć na ilość zbieranych odpadów zmieszanych. Podkreślić należy, iż ustawodawca nie dopuszcza dokonywania kontroli

bezpośrednio przez gminę, zatem z naszej strony nie jest możliwe bezpośrednie wpływanie na zmniejszenie ilości odbieranych odpadów zmieszanych.

Uznać należy zasadność zmiany postanowień zawartych w § 10 ust. 1 pkt) 2 umowy, aby Wykonawca ponosił odpowiedzialność finansową proporcjonalną do ilości odebranych odpadów z terenu gminy, zatem wysokość kary będzie wyliczona z faktycznych ilości odebranych przez Wykonawcę, a nie z ilości odpadów odebranych z całego terenu gminy (każdy podmiot odbierający odpady z terenu Gminy Bukowina Tatrzańska będzie odpowiadał finansowo proporcjonalnie do ilości odebranych odpadów).

## **Odpowiedź na pytanie 2**

Zgodnie z § 12 ust. 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska odpady, o których mowa w § 3 ust. 1, pkt 1.1 p.pkt 1) – 7) i 11) mogą być przekazywane do PSZOK przy spełnieniu następujących warunków:

- 1) osoba przekazująca odpady na terenie PSZOK zobowiązana jest do podania imienia i nazwiska lub nazwy właściciela nieruchomości oraz adresu nieruchomości, z której pochodzą odpady komunalne;
- 2) w celu potwierdzenia miejsca pochodzenia odpadów komunalnych – osoba dostarczająca odpady komunalne okaże, dokument potwierdzający położenie nieruchomości, z której pochodzą odpady komunalne, na terenie gminy (np. dowód wpłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, kopię deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi).

Ponadto zgodnie z § 12 ust. 3 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska Odpady, o których mowa w § 3 ust. 1, pkt 1.1 p.pkt 8) – 10) mogą być przekazywane do PSZOK:

- 1) przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska, po przedłożeniu dokumentu wydanego przez pracownika Urzędu Gminy Bukowina Tatrzańska, uprawniającego do przekazania tych odpadów bezpłatnie,
- 2) przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpłatnie.

W związku z powyższym po okazaniu dokumentu o którym mowa w §12 ust. 2 pkt 2 Regulaminu, odpady mogą zostać przyjęte w PSZOK. W przypadku ustalenia nieprawidłowości w przyjęciu odpadów na PSZOK przez tutejszy organ, należy udowodnić kto oddał odpady (np. nagranie z kamer) lub przedłożenia prowadzonej ewidencji oddawania odpadów przez mieszkańców Gminy Bukowina Tatrzańska z opisem dokumentu na podstawie którego zweryfikowano adres nieruchomości z której pochodzą odpady (np. adnotacja: „deklaracja o wysokości opłaty... która wpłynęła do Urzędu Gminy Bukowina Tatrzańska w dniu... lub „pokwitowanie wpłaty gotówkowej z dnia ....” lub też „potwierdzenie bankowe/pocztowe dokonania wpłaty w dniu...”) oraz tożsamość osoby wraz z czytelnym podpisem osoby przyjmującej i oddającej odpady. Taką informację o przedłożonym dokumencie będzie można z łatwością zweryfikować w ewidencji tutejszego urzędu i tym samym potwierdzić, że odpady zostały przyjęte prawidłowo.

## **Odpowiedź na pytanie 3**

Wykonawca ma możliwość zdecydować w jaki sposób udokumentuje czynności określone w § 12 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) Regulaminu, tak aby to nie utrudniało pracy osobom obsługującym PSZOK, a jednocześnie stanowiło rzetelny dowód prawidłowego przyjęcia odpadów w PSZOK. W odpowiedzi na pytanie 2 wskazano sposób możliwej ewidencji.

**Wójt Gminy**  
**mgr inż. Andrzej Pietrzyk**  
/podpis elektroniczny/