

Gmina Kamienica
34-608 Kamienica 420

Uczestnicy postępowania

WYJAŚNIENIA TREŚCI SIWZ

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, numer sprawy: ZP.271.9.2024, nazwa zadania: : **Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Kamienica w 2025 roku**

W odpowiedzi na skierowane do zamawiającego zapytania dotyczące SWZ informujemy:

Pytanie nr 1

W zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu w zapisach: Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Rozdział 3 pkt 1, pkt 5, pkt 6, pkt 12; SWZ Załącznik nr „Projekt Umowy” (PU) § 1 ust 1.

Zamawiający przewidział w SWZ wprost w Rozdziale 3 pkt 12, nałożenie obowiązku na Wykonawcę do **osiągnięcia poziomu 55% w 2025 roku** pomimo, iż spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe gdyż nie zależy tylko i wyłącznie od Wykonawcy jak wykazano poniżej.

Odnosząc się do powyższego, należy zwrócić uwagę na fakt, że **Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania, ale i na sposób segregacji odpadów przez mieszkańców. Wreszcie Wykonawca nie ma możliwość oddziaływania na mieszkańców w sposób jaki może robić to Gmina np. poprzez nakładanie kar lub podwyższanie stawki za odbiór odpadów od tych osób, które, do zasad obowiązujących na terenie Gminy nie stosują się .**

Z doświadczeń wnoszącego wniosek wynika, że strumień przekazywanych odpadów jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problem (zupełnie niezależnym od potencjalnego wykonawcy, a więc przez niego nie zawinionym), który finalnie determinuje już na wstępie wysokość uzyskiwanych poziomów odzysku, a w konsekwencji uniemożliwia jego osiągnięcie **z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.**

Osiągnięcie poziomów recyklingu – co pragniemy raz jeszcze podkreślić - zależy więc od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość – co jest okolicznością znaną także Zamawiającemu - znajduje się poza kontrolą Wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. W kontekście więc próby nakładania takich obowiązków za takie okoliczności nie można aspektu tego pominąć i należy kwestię powyższą ująć w pytaniach i wniosku o zmianę SWZ do Zamawiającego.

Do najważniejszych z nich zalicza się przede wszystkim:

- 1) **ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli** - które **wszystkie są zależne od Gminy;**
- 2) **sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania**

do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. poz. 1530), przez którego zapisy recykerzy zmuszeni są wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi;

3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recykerów;

4) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.

5) braku „władztwa administracyjnego” i instrumentów ustawowych po stronie Wykonawcy – przypisanych m.in. ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - Zamawiającemu

Mając na uwadze powyższe, możliwość uzyskania określonych w dokumentacji przetargowej poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona jak wykazano od szeregu czynników – w większości niezależnych od Wykonawcy.

W tym miejscu wskazać trzeba na kwestie podnoszoną w orzecznictwie m.in. niemożność naliczenia kary umownej w przypadku braku winy wielokrotnie prezentował Sąd Najwyższy, np. w wyroku z 20 marca 1968 r., sygn. akt II CR 419/67 wskazując:

„(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”.

W nowszym wyroku z 27 września 2013 r., w sprawie sygn. akt I CSK 748/12 Sąd Najwyższy zauważył: *„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 wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.** Oznacza to, że przesłanka dochodzenia zapłaty kary umownej jest winą dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa”.*

Wyrok powyższy potwierdza ugruntowaną obecnie już linię orzecniczą Sądu Najwyższego (patrz wyrok z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, wyrok z 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 180/10, wyrok z 11 stycznia 2008 r., sygn. akt V CSK 362/07, wyrok z 21 września 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07, wyrok z 11 marca 2004 r., sygn. akt V CSK 369/03, wyrok z 11 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, wyrok z 27 czerwca 2003 r., sygn. akt IV CKN 300/01).

W podobnym tonie wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z orzecznictwem której *„Kara umowna nie może prowadzić bowiem do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjąć. **Zamawiający nie może przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego.** Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia”.* Pragniemy zwrócić uwagę, iż cytaty powyższy pochodzi z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r. o sygn. KIO 102/24, która oceniając odwołanie na postanowienia SWZ i umowy, stwierdziła dodatkowo, że :

*„Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, **niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę”.***

Warto więc dostrzec, iż Wykonawca nie ma w ogóle lub ma ograniczony wpływ na :

- ilość przekazywanych odpadów zmieszanych przez mieszkańców (20 03 01), które stanowią 50% wszelkich frakcji wykazanych w SWZ (ilość odpadów komunalnych szacowana do odebrania w roku 2025 oraz publikowana przez Zamawiającego ilość odpadów z 2023 r.). Jak wskazali Państwo na str. 10 SWZ tabela pkt 25 ilość odpadów zmieszanych przewidzianych do odbioru to 430 Mg. Jeśli więc wartość ta stanowi blisko 50% wszystkich odpadów komunalnych przewidzianych do odbioru, a Wykonawca ma osiągnąć 55% poziomów odzysku, oczywistym jest, iż uczynić tego nie może, a Zamawiający stawia wymagania nieosiągalne, których obowiązek nieosiągnięcia nakłada na Wykonawcę.

- poziomy recyklingu – co jest okolicznością doskonale znaną Zamawiającemu - można osiągnąć zasadniczo z odpadów zbieranych selektywnie: **papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła, bioodpadów** - a ten strumień jest niewystarczający, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego (**łącznie ilość odpadów segregowanych** papier, szkło, tworzywa, BIO zgodnie z **podanymi przez Państwa** w SWZ, to 263 Mg **co stanowi poniżej 30% wszystkich odpadów komunalnych wskazanych w SWZ przez Zamawiającego do odbioru z terenu Gminy Kamienica** i dotyczy to sytuacji idealnej, również nie występującej w praktyce.

Należy zwrócić uwagę, iż poddanie procesowi odzysku nie jest równoznaczne z uzyskaniem odzysku z uwagi na to, iż każdy odpad segregowany odbierany od Mieszkańców posiada w swej morfologii nawet do kilkudziesięcioprocentowy udział „balastu” czyli rodzaju odpadów nie nadających się do recyklingu.

- fakt, iż **w roku 2025, zacznie obowiązywać w Polsce „system kaucyjny”**, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj odpadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi.

W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane więc odpłatnie do sklepów (ze zwrotem kaucji), co niewątpliwie przyczyni się do popularności systemu „kaucyjnego”, ale i zmniejszy dostępność Wykonawców do ww. odpadów (zabraknie ich w workach segregowanych odbieranych od właścicieli nieruchomości w ramach prowadzonego Zamówienia). **Na okoliczność powyższą również Wykonawca nie ma wpływu, a zmniejszy to realnie szanse osiągnięcia przez niego poziomów odzysku.**

- stosownie do postanowień ustawy o utrzymanie czystości i porządku w Gminach - co do zasady **prerogatywy w obszarze kontrolowania mieszkańców Gminy i zasad przestrzegania przepisów w obszarze „selektywnego” zbierania odpadów obciążają Zamawiającego.**

Podobnie to **Gmina zobligowana jest do przeprowadzania akcji edukacyjnych, planowania i zarządzania systemem odbioru i zagospodarowania odpadów, ona również wydaje stosowne akty prawa miejscowego (regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy).** Zamawiający **sprawuje wreszcie 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.),** co w sposób efektywny może przełożyć się na zwiększenie poziomu odpadów odbieranych „selektywnie”.

Reasumując, aktualne zapisy SWZ postępowania w sposób nieuprawniony przenoszą – za nieosiągnięcie wymaganych „poziomów odzysku” odpowiedzialność tylko na Wykonawcę – podczas gdy jak wskazano szereg okoliczności jest od niego całkowicie niezależnych, a jak sam Zamawiający wskazał

procent odpadów „zmieszanych” oraz pozostałych nie podlegających procesowi odzysku przewidzianych do odbioru od mieszkańców kształtuje się na poziomie ponad 50% tak więc odpady które można praktycznie poddać procesowi recyklingu stanowią wg. samego Zamawiającego jedynie około 30%, co świadczy także, iż zadanie osiągnięcia poziomów wymaganych prawem na samym omawianym Zamówieniu jest niemożliwe i zupełnie niezależne od Wykonawcy o czym Zamawiający w czasie ogłaszania postępowania wiedział.

Zamawiający również w opublikowanej w kwietniu 2024 roku „*Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Kamienica za rok 2023*” na stronie 6 opracowania w pkt 7 wskazuje iż, uzyskał jako Gmina poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 24%, co dodatkowo potwierdza zastrzeżenia Wykonawcy do zasadności zapisów w SWZ.

Tym samym umowa tak ukształtowana i z takimi zapisami – na co uwagę także pragnie zwrócić wnioskodawca - traktowana może być jako umowa „o świadczenie niemożliwe”.

Zobowiązanie o świadczenie, którego nie można wykonać, jest niecelowe, a zatem nieważne. Powyższa myśl znalazła odzwierciedlenie w sformułowanej zasadzie prawa impossibilium nulla obligatio est (łac. „nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych”) przeniesionej aktualnie do polskiego porządku prawnego w art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Dlatego wymaganie przez Państwa osiągnięcia przez Wykonawcę „poziomów odzysku” w świetle przedstawionych danych – przez samego Zamawiającego – potraktować należy jako taką umowę.

Wykonawca składa wniosek powyższy także z ostrożności, albowiem od „profesjonalisty” w ujęciu art. 355 par 1 i 2 ustawy kodeksu cywilny, wymagana jest od niego „należyta staranność” (podobne reguły odnosi się do Zamawiającego) przejawiająca się także w tym, że winien okoliczności powyższe zasygnalizować Zamawiającemu, a ten winien je rozważyć i zbadać czy oczekiwane zapisy SWZ są „możliwe do osiągnięcia” przez Wykonawcę.

Równocześnie Wykonawca zwraca uwagę, iż multiplikowanie przez Zamawiającego różnego rodzaju kar umownych i obciążanie ryzykiem finansowym Wykonawcy – pozornie zwalniające Gminę z odpowiedzialności finansowej - wpływać musi, co oczywiste na - niepotrzebne zdaniem Wykonawcy - zawyżenie składanej oferty Wykonawców, albowiem każdy profesjonalista uwzględni w cenie swych ofert ryzyka, kary umowne czy ryzyka płynące z nieosiągnięcia nakładanych na niego zobowiązań. Z uwagi na kwestie powyższe wniosek Wykonawcy wydaje się jak najbardziej zasadny i uzasadniony, a Wykonawca wnioskuje jak na wstępie o wykreślenie zapisów lub doprecyzowanie zapisów poprzez potwierdzenie iż intencją Zamawiającego we wskazanych przez Wykonawcę zapisach było to, że zakładając że ewentualny Wykonawcą jest profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność w zakresie odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości, znającym obowiązujące go przepisy prawne i podejmując się tego rodzaju działalności powinien ją tak organizować i dokładać wszelkich starań aby dążyć do uzyskania jak najwyższego poziomu recyklingu a nie przyjmować na siebie takiego obowiązku poprzez bezwzględne „...zapewnienie osiągnięcia wymaganych poziomów..” o których mowa we wniosku i SWZ.

Wnosimy więc do Zamawiającego by pochylił się nad przedstawioną argumentacją.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy i proponuje zastąpienie kwestionowanych zapisów SWZ oraz projektu umowy następującym postanowieniem:

Wykonawca realizując zamówienie zobowiązuje się podejmować wszelkie możliwe, rozsądne działania i starania, leżące w jego kompetencjach, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zmierzające do uzyskania jak największego poziomu recyklingu, zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Zmodyfikowana SWZ oraz projekt umowy stanowiący załącznik nr 9 do SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego postępowania w dniu 05.11.2024 r.

**Zatwierdził
dr Władysław Sadowski
Wójt Gminy Kamienica
podpisano elektronicznie**