

Andrychów 22.11.2024

Zamawiający: Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o.  
34-120 Andrychów ul.Batorego 24

## **„Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z firm”**

Nazwa zamówienia :

Numer zamówienia: PA/09/KA/2024

Zamawiający działając na podstawie art.284 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.z 2021 r. poz 1129 ze zm.) odpowiada na treść pytań dotyczących Specyfikacji Warunków Zamówienia :

1. Zniesienie odpowiedzialności Wykonawcy za „osiągnięcie poziomów odzysku”.

Odnosząc się do kwestii powyższej zwrócić pragniemy uwagę, że Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na 10 odrębnych zadań tj:

- Zadanie 1 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 200301; 20 0199”,
- Zadanie 2 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie zmieszanych odpadów opakowaniowych o kodzie 150106”,
- Zadanie 3 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych o kodzie 150101; 150102; 150103; 150104; 150107”,
- Zadanie 4 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów o kodzie 170101; 170102; 170103; 170107”,
- Zadanie 5 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpady izolacyjne o kodzie 170604”,
- Zadanie 6 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie innych nie ulegających biodegradacji kod 200203”,
- Zadanie 7 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 200201”,
- Zadanie 8 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych o kodzie 200307”,
- Zadanie 9 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów z czyszczenia ulic i placów o kodzie 200303”,
- Zadanie 10 zamówienia – „Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tekstyliów o kodzie 150109”

równocześnie dopuszczając złożenie ofert dla każdej części w/w postępowania (*...dopuszcza możliwość składania ofert na poszczególne zadania* - SWZ rozdział 4 pkt 3 (str. 5)).

Jednocześnie Zamawiający przewidział w SWZ str. 4 (rozdział 4 pkt 1 lit d) oraz w załączniku nr 5 do SWZ „Wzór Umowy”(WU) § 3 ust 8-10 obowiązek osiągnięcia przez Wykonawcę wymaganych „poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku”.

Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest fakt, że Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie (tj. przyjęcie i zagospodarowanie odpadów) :

a)nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do przyjęcia i zagospodarowania, albowiem jego zadaniem jest zgodnie z SWZ „przyjęcie” i „zagospodarowanie” przekazanych odpadów, ergo odpady do Wykonawcy będą dostarczane bez żadnego wpływu tego ostatniego na ich jakość i morfologię,

b)dodatkowo (pomijając okoliczność o której mowa w lit a) Wykonawca nie ma gwarancji, iż – nawet przy założeniu, że złoży oferty na wszystkie zadań – że uzyska na nie zamówienie publiczne,

c)po trzecie wreszcie składając ofertę Wykonawca nie musi być zainteresowany przyjęciem wszystkich frakcji odpadów.

Pominąwszy więc fakt, iż Wykonawca odpowiada za „przyjęcie i zagospodarowanie” odpadów, przez co nie ma wpływu na jakość przekazywanych mu frakcji to dodatkowo podzielenie zamówienia na części przez Zamawiającego (10 Zadań), które mogą wygrać różni Wykonawcy, przyczynia się w sposób oczywisty do utrudnienia lub wręcz uniemożliwienia osiągnięcia poziomów odzysku przez Wykonawcę, co ma także kluczowe znaczenie na możliwość obciążenia tego Wykonawcy przewidzianymi w Umowie karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Z doświadczeń wnoszącego wniosek (okoliczność ta znana jest także Zamawiającemu) 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 niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na zakreślonym pułapie 55%.

Wykonawca podkreśla raz jeszcze, iż gospodarz postępowania zdaje sobie niewątpliwie sprawę z omawianej okoliczności, a jeśli nie to Wykonawca wnioskiem niniejszym informuje go o tym. Osiągnięcie wskazanych poziomów recyklingu – co pragniemy podkreślić - zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość – co również nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie - znajduje się poza kontrolą Wykonawcy.

Wykonawca pragnie wskazać, iż to Zamawiający jako Podmiot bezpośrednio odbierający wszystkie przedmiotowe odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia poziomów (zgodnie z dyspozycją art. 9g UCPG) i nie może tego zobowiązania przenosić na Wykonawcę.

Co więcej Wykonawca - co pragniemy zdecydowanie podkreślić – przeciwnie niż Zamawiający - nie ma bezpośredniego wpływu na jakość dostarczanych do niego odpadów, ani na dyscyplinowanie Wytwórców (co może czynić Zamawiający) odpadów do należytego i zgodnego z ustawą segregowania np. na podstawie Umowy którą z takowymi podmiotami musi zgodnie z UCPG posiadać Zamawiający, jako zbierający omawiane odpady czy też poprzez kształtowania cen za odbiór w zależności od jakości odebranych od właściciela nieruchomości poszczególnych frakcji odpadów.

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 – co jest niezgodne z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego (art. 5 kc).

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. Konsekwencją powyższych zapisów SWZ i wzoru Umowy tj. wymaganie przez Państwa od Wykonawcy „przyjmującego odpady” osiągnięcia „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 (a takim podmiotem jest Wykonawca), wymagana jest „należyta staranność” (podobne reguły odnosi się do Zamawiającego), przejawiająca się także w tym, że winien okoliczności powyższe zasygnalizować Zamawiającemu, gdy ten ich sam nie dostrzeże, by ten z kolei rozważył i zbadał, czy oczekiwane zapisy SWZ i obowiązki Wykonawcy są zgodne z prawem i „możliwe do osiągnięcia” przez Wykonawcę.

Dodać należy w kontekście powyższego, iż znaczenie dla ewentualnego karania Wykonawcy ma także powstała szkoda, wina Wykonawcy, a także przyczynienie się do niej Zamawiającego.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wykreślenie wskazanych zapisów gdyż zgodnie z art. 3 b pkt 1 Ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (UCPG) (Dz. U. 2024 poz. 399) Zamawiający nie ma możliwości wymagać od Wykonawcy uzyskania poziomów jedynie na poszczególnych frakcjach odpadów (na każdym z Zadań w postępowaniu). Ustawa wskazuje bowiem w przywołanej normie zobowiązanie Gminy do osiągnięcia określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu zgodnie ze wzorem w określonym w § 3 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu z którego wynika że wymagany poziom recyklingu jest obliczany jako stosunek łącznej masy odpadów komunalnych, przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, do łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych na terenie gminy (a nie dla pojedynczych frakcji odpadów)

Wnosimy więc do Zamawiającego by pochylił się nad przedstawioną argumentacją i za wnioskiem niniejszym dokonał stosownych zmian.

## **Odpowiedz Zamawiającego.**

**W pierwszej kolejności Spółka podtrzymuje SWZ w dotychczasowej treści i w związku z tym odmawia dokonania zmiany wnioskowanej ww. piśmie.**

W niniejszej sprawie wskazać należy przede wszystkim na treść art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j. z dnia 2024.03.18), który nakłada na Gminę obowiązek utrzymania czystości i porządku. Przedmiotowy obowiązek jest jednym z głównych zadań własnych Gminy. W realiach niniejszej sprawy obowiązki te realizowane są przez Spółkę jako podmiot komunalny. W kolejnych artykułach ww. aktu prawnego ustawodawca nałożył na Gminę szereg obowiązków, w tym obowiązek realizacji poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (art. 3a ustawy).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Spółka jest zobowiązana do realizacji zadań Gminy i powierzenia stosownemu przedsiębiorcy wykonywanie zadania

w postaci przyjmowania i zagospodarowania odpadów z uwzględnieniem wymogu związanego zachowaniem odpowiedniego poziomu recyklingu. W związku z tym Spółka jako podmiot powierzający winien dysponować instrumentami, które umożliwią zapewnienie prawidłowej realizacji tych usług. Jednym z tych instrumentów jest ustanowienie w SWZ wymogu osiągnięcia przez wykonawcę odpowiedniego poziomu recyklingu. W niniejszej sprawie istotnym jest, że przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie zawierają zakazu zastosowania tego typu klauzul. Wręcz przeciwnie, skoro Spółka realizujące zadania Gminy zgodnie z wolą ustawodawcy zobowiązana jest do zachowania odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

W dalszej kolejności odpowiadając na Państwa obawy związane z brakiem wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie przekazany do przyjęcia i zagospodarowania wskazać należy, że przypadki stwierdzenia zanieczyszczenia selektywnie zgromadzonych odpadów odpadami innych frakcji istnieje możliwość poinformowania Spółki o nieprawidłowej segregacji i udokumentowania przedmiotowego faktu. Po spełnieniu szczególnych przesłanek umożliwi to odpowiednim jednostkom Gminy na podjęcie stosownych działań.

W niniejszej sprawie należy podkreślić, że Spółka nie ponosi odpowiedzialności za wymagania stawiane przez ustawodawcę organom administracji samorządowej w zakresie gospodarki odpadami. Spółka jako podmiot komunalny zobowiązana jest do przestrzegania ustaw, rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego. Zobowiązanie podmiotu, z którym Spółka ma podjąć współpracę do respektowania przepisów prawa nie stanowi nadużycia prawa i nie narusza zasad współżycia społecznego. Powołując się na zasady współżycia społecznego ograniczacie się Państwo jedynie do ogólnego wskazania ew. naruszenia bez przedstawienia jakie konkretnie zasady miałyby zostać naruszone.

Na marginesie Spółka podkreśla, że podział w zamówieniu na poszczególne zadania dot. przyjęcia i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów jest zgodny z przepisami prawa i ma na celu zapewnienie jak największej efektywności przy realizacji nałożonego na Gminę obowiązku gospodarowania odpadami. Spółka nie ma wpływu na Państwa decyzję w zakresie ew. zainteresowania przyjęcia tylko poszczególnych frakcji odpadów.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w SWZ str. 4 (rozdział 4 pkt 1 lit d) oraz w załączniku nr 5 do SWZ „Wzór Umowy”(WU) § 3 ust 8-10 obowiązek osiągnięcia przez Wykonawcę wymaganych „poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku”. Wbrew twierdzeniom pytającego Zamawiający nie przerzucił na potencjalnego Wykonawcę obowiązku zapłaty kary za brak osiągnięcia wymaganych ustawowo poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 55% wagowo za rok 2025.

Kwestionowane przez pytającego w/w zapisy SWZ i IPU stanowią o sposobie świadczenia usługi i w żadnym wypadku nie wynika z nich, że w przypadku braku osiągnięcia przez gminę wymaganego ustawowo poziomu recyklingu zostanie na Wykonawcę nałożona kara z tego tytułu.

Wszelkie zapisy dot. kar zawarte są w projekcie umowy na realizację usługi odbierania odpadów komunalnych okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2025 r. - „Istotne postanowienia umowy (IPU).

Intencją Zamawiającego w kwestionowanych przez pytającego zapisach SWZ i IPU było to, że zakładając że ewentualny Wykonawca jest profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, znającym obowiązujące go przepisy prawne i podejmując się tego rodzaju działalności powinien ją tak organizować żeby móc uzyskać jak najwyższy poziom recyklingu a nie płacił karę za brak osiągnięcia przez gminę wymaganego ustawowo poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu.

Spółka ZGK Sp. z o. o. nie ma też obawy, że cele zakładane w ogłoszeniu przetargu nie zostaną przez Wykonawcę zrealizowane.

Co także istotne, nawet mimo zastrzeżenia w umowie kary umownej, odpowiedzialność wykonawcy z tego tytułu nie ma charakteru obiektywnego, tylko zależy od winy. Stąd, o ile wykonawca wykazałby, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania umownego wynikałoby z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, wyłączałoby to jego obowiązek co do zapłaty określonej kary umownej

Mając na uwadze powyższe okoliczności brak jest podstaw do zmiany zapisów postępowania poprzez zniesienie odpowiedzialności Wykonawcy za „osiągnięcie poziomów odzysku”. Zamawiający posiada pełne zaufanie do Wykonawcy umowy.

Powyższe odpowiedzi są wiążące dla wszystkich Wykonawców.