

Gmina Andrychów

Rynek 15

34-120 Andrychów

Nr referencyjny: BZP.271.5.2025

### **WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SWZ)**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Andrychów**”

Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) wyjaśnia treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ):

Pytanie nr 1

W związku z faktem, iż Zamawiający określił w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz wzorze umowy obowiązek „osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu” wprowadzając stosowne kary za nie osiągnięcie wskazanych poziomów pragniemy zważyć co następuje :

- **faktem notoryjnym jest problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych,** występujący w momencie ich odbioru od mieszkańców,
- **obowiązek uzyskania wymaganych ustawą porządkową (ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13 września 1996 r. tekst jednolity Dz.U. z 18 marca 2024 Poz. 399)**

wskaźników leży po stronie Zamawiającego, o czym wyraźnie stanowi art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, i brak jest podstaw do przerzucenia tego obowiązku w całości na Wykonawcę,

- istnieje oblig współdziałania przy realizacji usługi, a w treści dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego,
- istnieje możliwość po stronie mieszkańców Gminy do oddawania zebranych odpadów do innych punktów zbiorczych, co z kolei może skutkować obniżeniem ilości strumienia odpadów nadających się do recyklingu i w ogólnym rozrachunku do zmniejszenia wymaganego wskaźnika,
- w roku 2025/2026 wprowadzony zostanie system kaucyjny, który zredukuje – kluczową dla uzyskania poziomów – zbiórkę odpadów selektywnych,
- historycznie – w Gminie dominuje zbiórka odpadów zmieszanych – wskazująca na nierealność uzyskania poziomów już na wstępie

Wskazać trzeba na początku, że przewidziany przez ustawodawcę próg odzysku dla roku 2025, zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, ustalony został na poziomie 55%, podczas gdy na rok 2026 wynosi on 56%.

W kontekście powyższego istotne jest dokonanie oceny - lat poprzednich zbiórki w Gminie - pod kątem osiągnięcia wskaźników odzysku przez Zamawiającego, w celu uzyskania obrazu, czy w ogóle możliwe będzie zrealizowanie wymaganych poziomów – a tym samym czy obowiązek nałożony na Wykonawcę w ogóle realnie będzie możliwy do spełnienia i czy nie będzie podstawy do stwierdzenia, iż mamy do czynienia ze świadczeniem „niemożliwym”.

Z raportów składanych przez Gminę wynika, iż osiągnęła ona w latach uprzednich następujące poziomy :

2021 - 26%

2022 - 31%

2023 - 41,36%

**nie zbliżając się nawet do aktualnie wymaganych tj. 55% i 56%**

Zgodnie z danymi przekazanymi w OPZ postępowania przez Zamawiającego, a odnoszących się do lat uprzednich, w strumieniu odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy przeważały odpady zmieszane (co jest standardem w obecnym czasie we wszystkich gminach w Polsce). I tak w latach 2021 – 2024 ilość odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odebranych w Gminie wynosiła (kod odpadu: 20 03 01):

2021r. - 6 840,82 Mg

2022r. - 6 472,50 Mg

2023r. - 6 451,26 Mg

2024r. – 6 784,90 Mg

Tymczasem wszystkie odpady selektywne wliczane do poziomów - zebrane w Gminie - wyniosły:

Kod odpadu	2021	2022	2023	2024
15 01 01	291,00	323,4	326,76	357,5
15 01 02	962,48	923,42	916,16	963,96
15 01 07	850,52	850,54	797,22	793,42
20 01 99	297,64	294,18	212,14	165,94
20 01 36	0,76	0,00	0,00	7,96
20 02 01	656,64	715,84	792,86	948,78
20 03 07	707,94	572,76	549,06	649,94
20 01 08	195,24	254,92	201,58	170,02

Powyższe wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że ilość odpadów zmieszanych przekraczała znacząco ilości aktualnie wymagane w OPZ (55% i 56%) i umowie, **co czyni osiągnięcie wymaganych poziomów już na wstępie niemożliwymi.**

I tak zgodnie z SWZ:

2021 – 63,3% to udział odpadów zmieszanych a 36,7% to udział odpadów segregowanych  
2022 – 62,2% to udział odpadów zmieszanych a 37,8% to udział odpadów segregowanych  
2023 – 63,0% to udział odpadów zmieszanych a 37,0% to udział odpadów segregowanych  
2024 – 62,6% to udział odpadów zmieszanych a 37,4% to udział odpadów segregowanych

Wskazać należy także, że w wyniku planowanych rozwiązań ustawowych, (system kaucyjny wejdzie w życie od 1 października 2025 r.) rok 2025 przyniesie kluczowe zmiany oddziałujące na kształt gospodarki odpadami poprzez wprowadzenie powszechnego „systemu kaucyjnego”.

Biorąc pod uwagę wszystkie analizy dostępne w chwili obecnej szacuje się, że jego uruchomienie przyniesie poziom skuteczności w okolicach 90% usunięcia surowców wtórnych (plastikowych butelek, opakowań szklanych) ze strumienia odpadów odbieranych przez przedsiębiorców od mieszkańców, co **oznacza drastyczny spadek poziomu recyklingu uzyskiwanego przez podmioty odbierające odpady (Wykonawców) od mieszkańców gminy** (skoro będą one bezpośrednio dostarczane przez mieszkańców do podmiotów zobowiązanych do ich odbioru, tj. sklepów). Rewolucja ta nie wpłynie jednakże na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użytku odpadów komunalnych wykazywane przez Zamawiającego ponieważ podmioty reprezentujące wprowadzających napoje w opakowaniach będą zobowiązane do składania Gminom sprawozdań w oparciu o art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi.

Natomiast **wpłynie to na poziomy osiągane przez Wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem to właśnie ze strumienia w dużej mierze przez te podmioty odbieranego, odpady te zostaną ujęte. Należy też zwrócić uwagę iż podmioty gospodarcze generujące również odpady segregowane obsługiwane są poza systemem i zamówieniem.**

Z jednej zatem strony **Wykonawca pozbawiony zostanie „dopływu” odpadów tych frakcji, które miałyby decydujący wpływ na osiągnięcie poziomu odzysku,** ale z drugiej strony Zamawiający i tak ten strumień odpadów będzie mógł doliczyć do wskaźnika z uwagi na raportowanie samych podmiotów odbierających te opakowania z systemu kaucyjnego. Jest to w niniejszej sprawie o tyle istotne, że osiągnięcie zadanego wskaźnika zostało

przewidziane w umowie wobec strumieni odpadów odbieranych wyłącznie przez Wykonawcę, a nie przy udziale innych podmiotów.

W efekcie pewne jest, że w przypadku wprowadzenia systemu kaucyjnego Wykonawca osiągnie poziom odzysku znacznie niższy, aniżeli wskaźnik wyliczony przez Zamawiającego – co w bezpośredni sposób wpłynie na poziom kar umownych naliczonych Wykonawcy.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, **obowiązek osiągnięcia wymaganego ustawa poziomu odzysku spoczywa na Gminie. To Gmina zobligowana została w ramach kompleksowo prowadzonego systemu gospodarowania odpadami do takiego jego zorganizowania, aby ten obowiązek wykonać.** System gospodarki opadami to nie tylko sam odbiór odpadów, zgodnie z ustawą **Gminy zobligowane są np. tworzyć punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, czy chociażby prowadzić działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania opadami komunalnymi.**

Przeniesienie zatem tego obowiązku w całości na podmiot wykonujący jedynie jeden z elementów składających się na system gospodarki odpadami w gminie stanowi obejście przepisów prawa administracyjnego.

Jest bowiem oczywiste, że **skoro ustawodawca zdecydował się na obciążenie właśnie Gmin obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i ponownego przygotowania do użycia odpadów komunalnych, to właśnie gminy muszą podejmować działania w tym kierunku.** Gdyby ustawodawca miał inny zamiar – to tak jak w odniesieniu do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (art. 9x ust. 2 w związku z art. 9g ustawy porządkowej) – karę administracyjną nakładałoby się właśnie na podmiot odbierający odpady. Tymczasem **Wykonawca nie ma realnego wpływu na to, co właściciele nieruchomości umieszczą w pojemnikach na odpady; nie ma wpływu na to, co zostanie przekazane do punktów skupu czy innych miejsc (PSZOK); nie ma wpływu na to jak zostanie system gospodarowania odpadami zorganizowany; nie ma powierzonych zadań, które pozwoliłyby na poprawienie selekcji odpadów podlegających recyklingowi czy powtórnemu przetworzeniu.**

Wykonawca będzie miał wpływ na odpady selektywnie gromadzone, bowiem w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w zakresie selektywnej zbiórki przez mieszkańców – ma

**obowiązek poinformować Zamawiającego o tych nieprawidłowościach, ale i tak ostatecznie ma obowiązek odebrać te odpady.** Brak jest natomiast mechanizmu „odwrotnego”, w ramach którego możliwe byłoby stwierdzenie obowiązku „rozsegregowania” odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości.

Powyższe rozważania mają istotne znaczenie z punktu widzenia Wykonawcy, który de facto na podstawie zapisów zawartych we wzorze umowy ponosi wyłączną odpowiedzialność finansową za nieosiągnięcie wymaganych poziomów odzysku.

Mając na uwadze powyższe raz jeszcze pragniemy zauważyć, iż możliwość uzyskania określonych w dokumentacji przetargowej poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona co do zasady 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 orzeczniczą 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 orzecnictwem 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 cytata 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 raz jeszcze dostrzec i podsumować , iż Wykonawca nie ma w ogóle wpływu na :

- ilość przekazywanych odpadów zmieszanych przez mieszkańców, które stanowią **ponad 60%** wszelkich frakcji wykazanych w OPZ,

- 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 opadów, który jest

najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi, zmniejszając „strumień” który mógłby potencjalnie przyczynić się do uzyskania wymaganych „poziomów”,

- 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”.

Aktualne zapisy wzoru Umowy załączonej do SWZ oraz OPZ postępowania w sposób nieuprawniony przenoszą jednostronnie – za nieosiągnięcie wymaganych „poziomów odzysku” odpowiedzialność na Wykonawcę – podczas gdy jak wykazano, szereg okoliczności jest od niego całkowicie niezależnych.

Należy także zauważyć, iż potencjalne przyczynienie się Zamawiającego do powstania okoliczności mogących wpływać na naliczenie ewentualnych kar umownych (z uwagi na brak osiągnięcia poziomów odzysku) wpływać może na obniżenie kary.

Tym samym wnosimy do Zamawiającego o :

**- wykreślenie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu,**



Z uwagi na kwestie powyższe wniosek Wykonawcy wydaje się jak najbardziej zasadny, uzasadniony, a Zamawiający, chcąc uniknąć powoływania się na okoliczności opisane powyżej winien rozważyć zmianę SWZ.

### **Odpowiedź nr 1**

Zamawiający po przeanalizowaniu stanowiska zawartego w treści Pytania nr 1 wyjaśnia co następuje:

Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Wynika to z art. 3 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (zwanej dalej: ustawą). W art. 3 ust. 2, 3b i 3c ustawy nałożono na gminy szereg obowiązków, w tym zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Ponieważ z mocy ustawy gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy - wyłonionemu w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lub wybranemu do zawarcia umowy w ramach zamówienia „*in house*”) - to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. **Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiągnięciem wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.**

Podkreślić w tym miejscu należy, że w ustawie nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Jednocześnie, zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny – dalej k.c., sposób wyegzekwowania od Wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób również twierdzić, że takie uregulowanie (tj. zobowiązanie do osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu) stanowi ułożenie stosunku prawnego o treści lub celu sprzecznym z k.c. lub zasadami współżycia społecznego, a więc wykracza poza granice zasady swobody kontraktowej stron wynikającej

z art. 353 k.c. (por. wyrok KIO z dnia 29 listopada 2012 r., KIO 2544/12 i wyrok KIO z dnia 29 maja 2013 r., KIO 1125/13.)

Na potrzeby ww. obowiązku Zamawiający, podobnie jak w latach poprzednich, opisał szczegółowo procedurę postępowania przez Wykonawcę (do czego był zobligowany zapisami ustawy) - w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów (pkt C 3-4 Szczegółowego zakresu i opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do projektu Umowy), Wykonawca ma obowiązek sporządzić, a następnie przekazać Zamawiającemu dokumentację dotyczącą stwierdzenia nieprawidłowości drogą pisemną i elektroniczną w terminie do dwóch dni roboczych od zaistnienia zdarzenia. Dodatkowo zgodnie z § 4 ustęp 2 projektu umowy, raport miesięczny stanowiący podstawę do wystawienia faktury przez Wykonawcę winien zawierać między innymi: „listę nieruchomości, na których stwierdzono niezgodności wymienione w punkcie C.2 Szczegółowego zakresu i opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy”.

Zamawiający informuje, że w okresie od stycznia 2022 do końca 2024 roku (okres trzech lat) zostały zgłoszone przez Wykonawców 47 przypadki uchybień związanych z przygotowaniem przez właścicieli nieruchomości odpadów do odbioru, z czego 83% dotyczyło wystąpienia w odpadach zmieszanych odpadów budowlanych i rozbiórkowych, 6,3% oddania odpadów z nieruchomości, które nie występują w systemie, pozostałe przypadki dotyczyły natomiast stwierdzenia w odpadach części samochodowych lub sprzętu elektrycznego.

Gmina zgadza się ze stanowiskiem, że Wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórców, czyli głównie – mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym na sposób obliczania masy odpadów poddawanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530), czy też na sposób funkcjonowania w Polsce od października 2025 roku systemu kaucyjnego, który z dużym podobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu. Nie oznacza to jednak, że Wykonawca może zostać zwolniony z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, skoro poziomy te zostały

określone przez ustawodawcę i stanowią obligatoryjny wymóg dla Zamawiającego, który w tym stanie rzeczy uprawniony jest do postawienia tożsamyh wymogów wykonawcy. W konsekwencji, nie może być uznane za zasadne żądanie, aby Zamawiający całkowicie wykreślił z projektu umowy zapis przewidujący kary umowne za nieosiągnięcie ww. poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Kara umowna powinna mieć między innymi charakter motywacyjny, zatem usunięcie jej w całości z projektu umowy doprowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawca bez ponoszenia żadnych konsekwencji mógłby nie podejmować wysiłków w celu osiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. **Podkreślić należy, że Zamawiający nie przerzuca na potencjalnego Wykonawcę ryzyka oraz nie określa wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie Zamawiającego - w § 11 ustęp 6 projektu Umowy zawarto zapis, że naliczenie kar umownych, o których mowa w ustępie 1 litera q, r i s nastąpi wyłącznie w sytuacji, jeżeli na Burmistrza Andrychowa zostaną nałożone decyzją wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska kary pieniężne, o których mowa w artykule 9z ustęp 2a ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i do wysokości określonej w tej decyzji.** Zamawiający podkreśla, że uzyskał wymagane przepisami prawa poziomy odzysku za 2023 r. i za 2024r. realizując zamówienie z zachowaniem tych samych warunków realizacji zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zostałby pozbawiony jakiegokolwiek instrumentu służącego do wyegzekwowania od Wykonawcy wykonania umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zakresie tychże poziomów recyklingu. Żądanie takie ma więc w istocie na celu zwolnienie wykonawcy z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, co stoi w sprzeczności nie tylko z art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r., poz. 399), ale także z art. 353 kc choćby w takim w zakresie, w jakim przepis ten wskazuje na ograniczenie zasady swobody umów z uwagi na sprzeczność treści i celu stosunku prawnego z ustawą.

Gmina jako Zamawiający jest bowiem zobowiązana podejmować takie działania, aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne. Brak z kolei obwarowania tego obowiązku wykonawcy karami umownymi nie gwarantowałoby osiągnięcia celu, jaki gmina zamierza osiągnąć poprzez zlecenie wykonywania usługi osobie

trzeciej (przedsiębiorcy) i stanowiłoby przejaw niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.

Należy również zwrócić uwagę że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Andrychów, a więc to po stronie Wykonawcy występuje obowiązek przekazania zebranych odpadów do takich instalacji czy podmiotów, które umożliwią osiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu

**Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ .**

**Pytanie nr 2:**

W nawiązaniu do treści dokumentacji przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w szczególności do wzoru umowy, w której Zamawiający za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagowo za okres od 1 lipca do 31 grudnia 2025 roku oraz 56 % wagowo za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2026 roku przewiduje nałożenie kar umownych na wykonawcę; zwracam uwagę, że w ocenie (**...nazwa wykonawcy**) , w myśl obowiązujących regulacji prawnych, poziom odzysku i recyklingu odpadów nie może stanowić wyłącznej odpowiedzialności wykonawcy.

Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2023 poz. 1587), gospodarka odpadami powinna być realizowana w sposób zapewniający ochronę środowiska, jednak odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów odzysku odpadów nie leży wyłącznie po stronie wykonawcy. Kluczowym aspektem jest współpraca między gminą a wykonawcą, gdzie gmina jako Zamawiający pełni istotną rolę w kształtowaniu warunków skutecznego segregowania odpadów.

Ponadto art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 poz. 1710) wskazuje, że zamawiający powinien uwzględniać realne możliwości i czynniki wpływające na wykonanie zamówienia. Zamawiający nie może formułować wymogów, które w sposób nieracjonalny i nieuzasadniony przenoszą nadmierną odpowiedzialność na jedną ze stron.

Zwracam również uwagę na fakt, że art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 2024 poz. 1061), stanowi że umowa zobowiązująca do świadczenia niemożliwego jest nieważna. Jeżeli gmina wymaga od wykonawcy pełnej odpowiedzialności za poziomy odzysku, które są niemożliwe do osiągnięcia bez zaangażowania innych interesariuszy (np. mieszkańców), taka umowa potencjalnie może zostać uznana za nieważną. Zadanie osiągnięcia wymaganych wskaźników recyklingu i odzysku jest procesem zależnym od wielu czynników, w tym od działań mieszkańców, skuteczności kampanii edukacyjnych oraz jakości segregacji odpadów u źródła. Dlatego też wykonawca nie powinien ponosić pełnej i wyłącznej odpowiedzialności za nieuzyskanie wymaganych poziomów odzysku, które wynikają z czynników pozostających poza jego kontrolą. Ponadto wykonawca nie posiada narzędzi znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego (np. akcje edukacyjne, system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), dzięki zastosowaniu których można dyscyplinować mieszkańców Gminy do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów. Poza tym wykonawca realizując zamówienie nie ma realnych narzędzi wpływających na ilość wytwarzanych odpadów komunalnych przez mieszkańców jak i sposób ich segregacji. Wykonawca może zrealizować umowę prawidłowo, a mimo to, nie osiągnąć ustalonego poziomu recyklingu, ponieważ osiągnięcie poziomu recyklingu uzależnione jest od rodzaju odpadów przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co wykonawca nie ma wpływu.

Całkowite przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie tzw. poziomu recyklingu, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i została oparta na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy. Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy PZP, gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

Zgodnie z regulacją art. 3b ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagowo - za 2025 r. oraz co najmniej 56% wagowo - za 2026 r. Z przepisu tego wynika, że

obowiązek osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminy i stanowi jej zadanie. To gminy są rozliczane z osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i ponoszą odpowiedzialność za ich nieosiągnięcie.

Ponadto Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu odpadów pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników. Natomiast wykonawcy nie dysponują takimi danymi, a także ani nie dokonują oni obliczeń poziomów recyklingu, ani nie czuwają nad ich prawidłowością, ponieważ nie mają nad tym żadnego nadzoru. Zważywszy na treść postanowień SWZ i wzoru umowy ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu obciąża jedynie wykonawcę pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Andrychów, wykonawca może nie osiągnąć minimalnego poziomu recyklingu, co jest niemal pewne biorąc pod uwagę dane historyczne tj. osiągnięte poziomy w latach ubiegłych: 2021 - 26%; 2022 - 31%; 2023 - 41,36%. Poza tym przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu, lecz wykonanie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zatem Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy. Zdaniem (**...nazwa wykonawcy**) Zamawiający we wzorze umowy ukształtował stosunki pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w sposób sprzeczny z zasadą współdziałania przy wykonywaniu umowy, która wynika z regulacji art. 431 ustawy PZP, bowiem odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy winna zostać ukształtowana stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Według niego kara umowna wskazana we wzorze umowy jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i stanowi ona istotne naruszenie przepisów prawa, albowiem to właśnie od współdziałania Zamawiającego z wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, dlatego też pełna odpowiedzialność za ich osiągnięcie nie może spoczywać wyłącznie na wykonawcy.

Podsumowując stanowisko (...nazwa wykonawcy) podkreślam, że nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych starań ze strony wykonawcy istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn ewentualnego zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie społecznej świadomości dotyczącej sposobu segregowania odpadów i wagi segregacji odpadów dla środowiska. Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za ewentualne zaniechania Zamawiającego, a według postanowień zawartych w SWZ i we wzorze umowy, to właśnie wykonawca, pomimo braku wpływu na taką sytuację, będzie musiał ponosić wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej.

W związku z powyższym (...nazwa wykonawcy) wnosi o uwzględnienie powyższych uwag w specyfikacji przetargowej, aby zapewnić sprawiedliwy podział obowiązków i odpowiedzialności oraz skuteczną realizację procesu gospodarowania odpadami. Aktualne zapisy wzoru Umowy załączonej do SWZ oraz OPZ postępowania przenoszą na wykonawcę całą odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych „poziomów odzysku”, podczas gdy powyżej wykazano, że wykonawca pozostaje bez wpływu na szereg aspektów mających wpływ na realizację tego celu przez Zamawiającego.

Wykonawca działając na podstawie art. 135 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Tj. Dz.U. 2023 poz. 1605) (dalej Ustawa pzp), zwraca się do Państwa z prośbą o zmianę zapisów w dokumentacji przedmiotowego postępowania poprzez: wykreślenie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu oraz uwzględnienie w umowie z wykonawcą zapisów jasno określających obowiązki wszystkich stron w procesie gospodarowania odpadami.

## **Odpowiedź nr 2**

Odpowiedź w zakresie zmiany zapisów w dokumentacji postępowania poprzez: wykreślenie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu została udzielona w odpowiedzi na Pytanie nr 1. Zamawiający stoi również na stanowisku, że w

projekcie umowy wraz z załącznikami zostały jasno określone obowiązki wszystkich stron w procesie gospodarowania odpadami.

**Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ .**

Powyższe odpowiedzi są wiążące dla wszystkich Wykonawców.

ZATWIERDZAM

Sprawę prowadzi: Referat Zamówień Publicznych