

Wyjaśnienia do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ)

dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego
na usługę pn.: „**Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz uruchomienie i prowadzenie PSZOK na terenie miasta Żywca**”

Działając na podstawie art. 137 w zw. z art. 135 ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2024 poz. 1320 ze zm.), w związku z wnioskiem Wykonawcy o treści:

„W dniu 5 września br. Zamawiający opublikował wyjaśnienie i zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie do „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz uruchomienie i prowadzenie PSZOK na terenie miasta Żywca”. Zmiana zakłada min. wprowadzenie w §2 pkt. 2 załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy ppunktu 3 o brzmieniu:

3) zwrotu kar administracyjnych Zamawiającemu w przypadku nieosiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w ppkt 1) oraz przekroczenia poziomu składowania, o których mowa w ppkt 2), nałożonych ostateczną decyzją administracyjną na Zamawiającego przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska lub inny właściwy organ, za nieosiągnięcie tych poziomów, w wysokości obliczonej proporcjonalnie do ilości zebranych odpadów przez Wykonawcę, w terminie do 30 dni od daty otrzymania wezwania do zwrotu kary.

Obowiązek zwrotu na rzecz Zamawiającego nałożonych na niego kar obciąża Wykonawcę również w przypadku, gdy kary te zostaną nałożone na Zamawiającego po zakończeniu przez Wykonawcę realizacji niniejszej umowy, a dotyczyć będą okresu na jaki była zawarta niniejsza umowa.

Ustalenie wymaganych poziomów nastąpi na podstawie sprawozdań, do których złożenia jest zobowiązany Wykonawca oraz inni Wykonawcy, posiadający wpis do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Żywca, w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Żywca, a także bioodpadów kompostowanych przez właścicieli nieruchomości w przydomowych kompostownikach, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jak również wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych oraz warunków SWZ.”

Wprowadzone w Zmianach SWZ postanowienia nakładają na wykonawcę obowiązek zwrotu gminie wszelkich kar administracyjnych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Taki zapis, choć formalnie mieści się w art. 433 pkt 4 Pzp, budzi poważne wątpliwości co do zgodności z zasadą proporcjonalności z art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna musi być powiązana z zachowaniem wyłonionego Wykonawcy, a nie z okolicznościami niezależnymi od niego, jak np. segregacja odpadów przez mieszkańców (por. KIO 2829/20, wyrok SN z 6.12.2013 r., V CSK 30/13) lub z realnymi rynkowymi możliwościami uzyskania poziomów recyklingu.

Przyjęcie warunku w obecnym brzmieniu oznacza konieczność kalkulowania ceny ofertowej z dużym marginesem ryzyka lub wręcz może uczynić udział w przetargu nieopłacalnym.

Żądamy ograniczenia odpowiedzialności wyłącznie do przypadków zależnych od działań wykonawcy, Wnosimy o stosowne sprostowanie oraz modyfikację treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.”

Zamawiający nie przychyła się do prośby Wykonawcy i podtrzymuje dotychczasowe postanowienia SWZ.

Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest obowiązkiem gminy nałożonym zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Wobec powyższego niezwykle istotną kwestią jest kwestia dotycząca możliwości prawnych nałożenia na Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu.

Gmina – jak wynika z doktryny i dotychczasowego orzecznictwa - ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienie publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług.

A ponadto – jak wynika z ukształtowanej już linii orzeczniczej KIO w tym zakresie - „przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu”. Zamawiający ma więc prawo do obciążenia Wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia wymaganych prawem poziomów recyklingu.

Obowiązek zwrotu przez Wykonawcę kary administracyjnej w przypadku jej nałożenia na Gminę ma w szczególności charakter motywacyjny, zatem jej nie wprowadzenie do umowy doprowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawca bez ponoszenia żadnych konsekwencji mógłby nie podejmować wysiłków w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Jednocześnie Zamawiający zostałby pozbawiony jakiegokolwiek instrumentu służącego do wyegzekwowania od Wykonawcy wykonania umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w zakresie osiągnięcia tychże poziomów recyklingu.