



**Gmina Zator**  
**Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1**  
**32-640 Zator**

DI.271.16.2024

Dotyczy: postępowania nr DI.271.16.2024 pn.: „**Zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Zator w instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów poprzez: sortowanie, kompostowanie i składowanie odpadów komunalnych w okresie od 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku**”

Zamawiający, działając na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zamieszcza poniżej pytania oferentów i udzielone odpowiedzi, dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

### **Pytanie 1**

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o **rozważenie możliwości zmniejszenia wysokości kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów** recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku **poprzez ich korektę o co najmniej 50%** w stosunku do wysokości kar możliwych do nałożenia na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach za nieosiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 03 sierpnia 2021r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U z 2017r. poz. 2412).

Zamawiający wskazał w swz:

- Część III, pkt. 4, ppkt. 5 swz - **w zakresie postępowania z odpadami i w zakresie osiągnięcia poziomów:**

**„Za niewywiązanie się z osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 Wykonawca zapłaci karę pieniężną, którą oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o Utrzymaniu czystości i porządku w gminach.**

Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia z wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy i z wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy kwotę w wysokości naliczonej kary pieniężnej w przypadku nie osiągnięcia poziomów, o których mowa w ppkt 1)”.

➤ Dodatkowo we wzorze umowy w §4 ust. 2 pkt. 4 lit. c.5 Zamawiający wskazał, iż:  
„*Za niewywiązanie się z osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 Wykonawca zapłaci karę pieniężną, którą oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o Utrzymaniu czystości i porządku w gminach*”.

➤ Ponadto, we wzorze umowy w §9 ust. 1 lit. a Zamawiający wskazał, iż:

§ 9

1. Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z następujących tytułów:

- a) w przypadku **nie osiągnięcia określonych poziomów recyklingu**, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 03 sierpnia 2021r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017r. poz. 2412), **wykonawca zapłaci karę równą karze nałożonej z tych tytułów na zamawiającego na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 399).**

**Nasza prośba jest uzasadniona następującymi argumentami:**

Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez tego wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na poziomie odpowiednio 55% w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu.

Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest fakt, że **wykonawca**, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia **nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do zagospodarowania**. Z doświadczeń samego Wykonawcy (dotychczasowego wykonawcy usługi) wynika, że strumień ten jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problem (zupełnie niezależnym od wykonawcy), który finalnie determinuje niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie 55%.

Osiągnięcie poziomów recyklingu zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych 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 recyklerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi;
- 3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów;
- 4) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.

Z powyższego wynika, że możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, który w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia jest bardzo duży.

Ilości odpadów objętych Postępowaniem Zamawiający podał w Załączniku nr 1a do swz - Formularzu cenowym. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią 2 500 Mg, tj. ok. 62,05% strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia (bez odpadów budowlanych i z cementarzy). Z doświadczeń Wykonawcy (potwierdzonych też doświadczeniem innych przedsiębiorców z branży) wynika, że ze zmieszanych odpadów komunalnych można „wysortować”, a następnie poddać recyklingowi zaledwie kilka procent odpadów (znacznie poniżej 5%).

W całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadu, udział wykonawcy zagospodarowującego odpady jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi, odpady trafiają do recykerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling.

Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady - a ten strumień jest zbyt mały, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55%.

Do niemożności osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu przyczyniła się też niewątpliwie okoliczność, że w ostatnich latach nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022, 2023 i kolejne lata (drastyczne wzrosty wymaganych poziomów recyklingu), ale przede wszystkich w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych.

Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu - ale nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów stanowią recykling.

Podsumowując, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczeniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022r. nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recykerów nie mogą zostać przetworzone. Potwierdzają to zresztą uzyskiwane przez Wykonawcę dokumenty potwierdzające recykling, które uzyskuje on od recykerów. Recykerzy potwierdzają dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recykerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recyker zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu.

Wreszcie, nie sposób nie wskazać, że na osiągnięcie poziomów recyklingu bezpośredni wpływ ma niemożność znalezienia rynków zbytu dla surowców z uwagi na coraz większe wymagania recykerów dotyczących jakości surowców, które będą gotowi przyjąć. Innymi słowy, jakość surowców wtórnych „na wejściu” będzie wyznaczała, jaka masa odpadów zostanie odrzucona w procesach przetwarzania prowadzonych przez instalacje i ostatecznie, zostanie przekazana finalnym recykerom przygotowującym z odpadów materiały, substancje czy produkty.

Ponadto, ustawa (...) o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023r. poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”) wprowadziła tzw. „system kaucyjny” obowiązkowy od 1 stycznia 2025r. (ale Odwołujący wskazuje, że system kaucyjny na zasadach dobrowolnych i testowych będzie wprowadzony wcześniej). Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 stycznia 2025r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcom kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcom przy zwrocie opakowania do sklepu czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne PET - nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę, co oznacza, że strumień odpadów selektywnych, czyli tych, z których wykonawca może osiągać poziomy recyklingu, będzie ulegał zmniejszeniu.

Ustawodawca ma zatem pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, a także że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi, ale uspokaja gminy, że będą mogły wliczyć sobie do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego. Takiej możliwości nie będzie miał jednak wykonawca zagospodarujący odpady w ramach niniejszej umowy.

Podsumowując, w ocenie Wykonawcy Zamawiający nie wziął pod uwagę powyższych okoliczności (złej jakości selektywnej zbiórki „u źródła”, bardzo rygorystycznych wymogów recyklerów, niekorzystnych dla wykonawców przepisów prawa co do sposobu wyliczania poziomów recyklingu, czy wreszcie wchodzącego w życie systemu kaucyjnego) i finalnie, nakładając na wykonawcę obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie 55%, nałożył na niego obowiązek niemożliwy do spełnienia, o czym głośno mówi cała branża „odpadowa”, bowiem z podobnymi problemami zmagają się także inni przedsiębiorcy. W niniejszym stanie faktycznym, mając na uwadze przede wszystkim jakość strumienia odpadów, które wykonawca będzie musiał zagospodarować z terenu Miasta i gminy Zator, Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek niemożliwy do spełnienia, a takie zastrzeżenie, w myśl art. 387 § 1 k.c., powinno zostać uznane za nieważne.

Sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c.

Kara umowna za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (§ 4 i §9 Wzoru Umowy) w wysokości rażąco wygórowanej.

Odwołujący w tym miejscu powołuje się na uzasadnienie do zarzutu z pkt 1 petitum odwołania przede wszystkim w zakresie, w jakim opisuje czynniki wpływające na osiągnięcie przez wykonawcę świadczącego usługi zagospodarowania odpadów poziomy recyklingu. I tak, na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie.

Następnie, zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów u.c.p.g. Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne

zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

Rola wykonawcy w zakresie egzekwowania przez właścicieli nieruchomości wytycznych gminy co do sposobu pozbywania się odpadów komunalnych jest więc marginalna. (...) Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z swz i przepisów prawa ograniczone (i to Wykonawcy odbierającego odpady!) są do „informowania Zamawiającego”, a wszystkie narzędzia i kompetencje pozostają w rękach gminy?!

Mimo powyższych okoliczności Zamawiający zamierza sankcjonować nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego poziomów recyklingu (55%) w drodze kar umownych, określonych w taki sposób, jakby to wykonawca odpowiadał w całości za system gospodarki odpadami w gminie, o czym świadczy sposób naliczania tej kary i jej wysokość. Nałożony na gminę przez ustawodawcę obowiązek osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu (zagrożony stosowną sankcją administracyjną) Zamawiający w praktyce próbuje przenieść na wykonawcę w 100%, choć wykonawca i podejmowane przez niego działania są tylko jednym z elementów, które prowadzą do osiągnięcia celu wskazanego przez ustawodawcę w u.c.p.g.

Sposób ukształtowania przez Zamawiającego Wzoru Umowy i zapisów dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu wskazuje więc na to, że Zamawiający układa stosunek prawny, jaki łączyć go będzie z wykonawcą w taki sposób, aby zabezpieczyć sobie możliwość pokrycia ewentualnych administracyjnych kar pieniężnych, jakie być może w przyszłości zostaną nałożone na gminę za nieosiągnięcie przez gminę wymaganych poziomów recyklingu, poprzez naliczenie wykonawcy kar umownych wyliczonych w analogiczny sposób jak te, naliczane w trybie u.c.p.g. gminie (iloczyn brakującej masy odpadów i stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska). Takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a kara umowna wyliczana w ten sposób powinna być uznana za „rażąco wygórowaną”, w szczególności mając na uwadze niewielki wpływ wykonawcy na stworzenie podstaw do jej naliczenia (tu: niewielki wpływ wykonawcy na to, że poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte).

Dodatkowo, Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kary umownej od razu wtedy, gdy wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów recyklingu odpadów (w ramach trzech „okresów sprawozdawczych”). Mogłoby się wydawać, że Zamawiający w prosty sposób przerzuca na wykonawcę swoją odpowiedzialność ustawową (co zdaniem Odwołującego jest nieuprawnione), ale Zamawiający „idzie dalej” w swoim stanowisku i pomija w tym „przerzucaniu” wyżej wymienione elementy ustawowe korzystne dla wykonawcy, co jest rażąco niesprawiedliwe.

Wprowadzenie systemu kaucyjnego wywrze skutki nie tylko dla wykonawcy i Zamawiającego, ale dla całego systemu naczyń połączonych, który tworzy gospodarkę odpadami komunalnymi. Zdecydowana większość sortowni i instalacji w Polsce nie jest dostosowana do omawianych tu zmian - tj. do przetwarzania strumienia selektywnie zebranych odpadów bez butelek PET, metalowych puszek czy też szklanych butelek opakowaniowych - które to w znacznym stopniu zostaną objęte systemem kaucyjnym. Wszystko to generuje ryzyko zwiększenia cen za zagospodarowanie odpadów z uwagi na zachwianie popytu i podaży na surowce wtórne oraz koszty wprowadzenia zmian technologicznych w sortowniach czy instalacjach. Nowe rozwiązania mogą znacząco wpłynąć na cały rynek gospodarki odpadami, w tym na koszty realizacji zamówienia.

Jak czytamy w wyroku KIO 102/24 „Izba zgadza się przy tym z Odwołującym, że **wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależy jest ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu.** W szczególności 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 poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, czy też na sposób funkcjonowania w Polsce od 2025 r. systemu kaucyjnego, który z dużym prawdopodobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu. (...) Kara umowna powinna mieć między innymi charakter motywacyjny(...).



W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący postawił zarzut oparty częściowo na podobnej argumentacji, ale wiążący się z innym żądaniem, tj. żądaniem zmiany współczynnika "S" wskazanego we wzorze Wzoru Umowy poprzez jego obniżenie np. do wysokości 172 zł, co stanowiłoby 1/2 kwoty 343,39 zł, jaka wskazana jest w obwieszczeniu Ministra Klimatu i Środowiska z 4 sierpnia 2023 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2024 jako stawki za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku. Izba rozpoznając ten zarzut uwzględniła przede wszystkim wskazany już wyżej fakt, że wykonawca nie ma wpływu na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na obowiązujące przepisy, w tym te dotyczące metodologii wyliczenia poziomu recyklingu i na planowane wprowadzenie systemu kaucyjnego. Tymczasem wszystkie te okoliczności mają wpływ na to, czy realne będzie osiągnięcie w okresie realizacji umowy poziomów recyklingu wymaganych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przez Zamawiającego.

Po drugie, należy uwzględnić fakt wejścia w życie w dniu 4 września 2021 r. rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530), które przewiduje nowe zasady obliczania poziomu recyklingu. W myśl ww. zasad za odpad poddany recyklingowi uznaje się odpad przetworzony na produkt, materiał lub substancję, które nie są odpadami, zaś masę takich odpadów oblicza się dopiero w chwili wprowadzenia odpadu do procesu recyklingu. W praktyce oznacza to, że **nie można zaliczyć do poziomu recyklingu odpadów, które zostaną odrzucone przez recyklerów jako nienadające się do recyklingu. Zatem nawet strumień odpadów zbieranych selektywnie może nie zostać w całości zakwalifikowany do recyklingu, jeżeli okaże się, że nie spełnia wymogów koniecznych do poddania go takiemu procesowi.**

Po trzecie, nie można pominąć faktu, że w 2025r. **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.** W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co prawdopodobnie przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy dostępność wykonawców do ww. odpadów. Istotne jest przy tym (pomijając w tym miejscu kwestię obniżonych przychodów wykonawców), że o ile obecnie projektowane zasady działania systemu kaucyjnego przewidują możliwość wliczenia przez gminę masy odpadów objętych systemem kaucyjnym do wymaganego poziomu recyklingu, o tyle **możliwość ta nie dotyczy wykonawców odbierających odpady.** Oczywiście ma rację Zamawiający wskazując, że ww. zasady nie mają jeszcze charakteru ostatecznego, niemniej jednak niniejsze zamówienie jest udzielane teraz i skoro nie ma informacji o planowanych ewentualnych zmianach tych zasad i ich zakresie, to nie ma też podstaw do zakładania, że zmiany takie zostaną wprowadzone i będą korzystne dla wykonawców. Tym samym na obecnym etapie należy przyjąć, że **wykonawcy zostaną w znacznym stopniu pozbawieni dostępu do strumienia odpadów objętych systemem kaucyjnym**, jak też pozbawieni możliwości zaliczenia tych odpadów do wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie taki stan rzeczy utrudni im osiągnięcie tych poziomów”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Po pierwsze, zgodnie z obecnie przewidywanymi zasadami funkcjonowania systemu kaucyjnego odpady objęte tym systemem Zamawiający będzie mógł wliczyć sobie do poziomu recyklingu, podczas gdy wykonawca nie będzie miał takiej możliwości.

To powoduje, że w przypadku Zamawiającego ryzyko nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, a w efekcie - bycia obciążonym karą pieniężną, jest znacznie mniejsze niż w przypadku wykonawcy. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a., Zamawiający może też ubiegać się o zawieszenie, a następnie umorzenie kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu lub o odstąpienie od jej nałożenia, a tym samym może uniknąć tej kary, jeżeli ziszcza się przesłanki zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawie naliczenia kary umownej wykonawcy.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności, tj. brak wpływu wykonawcy na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na wymagania recyklerów i sposób kwalifikacji odpadów jako poddanych recyklingowi, czy wreszcie na przewidywany sposób działania systemu kaucyjnego i jego skutki oraz możliwość uniknięcia kary związanej z osiągnięciem poziomów recyklingu przez Zamawiającego, ale brak takiej możliwości po stronie wykonawcy, należy stwierdzić, że **ryzyka nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu nie zostały w niniejszym postępowaniu właściwie rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę**. W świetle bowiem ww. okoliczności nie jest uzasadnione, aby kara umowna w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na Zamawiającego obciążała w całości wykonawcę. Jest to sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.), jak i z zasadą swobody umów (art. 3531 k.c.).

Konieczność równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych przy udzielaniu zamówień publicznych wynika także z dotychczasowego orzecznictwa Izby, w tym z wyroku z dnia 16 października 2020 r. sygn. akt KIO 2296/20, w którym stwierdzono: „Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353<sup>1</sup> k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić 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 przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie 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”.

Reasumując, w świetle poczynionych wyżej ustaleń Izba stwierdziła, 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. Ryzyko to, zdaniem Izby, powinno zostać rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę, dlatego też Izba, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy poprzez obniżenie współczynnika "S" do wysokości 172 zł.

Tak ustalona kara umowna zachowa swoją funkcję motywacyjną, ale jednocześnie skutkować będzie rozłożeniem ryzyka kontraktowego po połowie między Zamawiającego i wykonawcę.

Zgodnie z wyrokiem KIO 67/24 **kary umowne powinny być proporcjonalne do stopnia naruszenia obowiązków umownych** oraz do rzeczywistej szkody, jaką może ponieść Zamawiający. W sytuacji, gdy kary są rażąco wygórowane, prowadzi to do zaburzenia równowagi stron umowy. Obecne zapisy mogą doprowadzić do sytuacji, w której kary będą nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do rzeczywistej skali naruszenia. Kary umowne mają **na celu motywowanie Wykonawcy do należytego wykonania umowy**, ale nie powinny być narzędziem do nadmiernego obciążania jednej ze stron. W wyroku KIO 67/24 podkreślono, że kara umowna powinna pełnić funkcję stymulującą, a nie represyjną. Wysokość kar powinna być dostosowana do ewentualnej szkody, a nie stanowić nieproporcjonalnie wysokiej sankcji.

W orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych wielokrotnie podkreślano, że zapisy umowy muszą respektować równowagę stron. Zbyt wysokie kary mogą prowadzić do nierównomiernego rozłożenia ryzyk oraz do potencjalnych nadużyć po stronie Zamawiającego. W szczególności, gdy wykonawca nie może zrealizować umowy z przyczyn niezależnych od niego, naliczenie kar jest nieuzasadnione i sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2666/22 „Z dokumentów tych wynika jednoznacznie, że w wyniku przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w instalacji do mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych możliwe jest wysortowanie ze strumienia odpadów o kodzie 20 03 01 około 2% odpadów, które mogą zostać przekazane do recyklerów”.

Wprowadzony już zapis wzoru umowy:

- a) w zakresie zmian organizacji systemu odbioru odpadów związanych m.in. z wdrożeniem i funkcjonowaniem tzw. „systemu kaucyjnego”, zmianą przepisów prawa powszechnie obowiązującego lub Aktów Prawa Miejscowego; mających potwierdzony wpływ na warunki określone w umowie i OPZ.
- b) w zakresie zmiany (spadku lub wzrostu) masy odbieranych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (papier lub metale i tworzywa sztuczne lub szkło) o co najmniej 20% względem analogicznego półrocza w roku poprzedzającym.

**wskazuje na zrozumienie zamawiającego w zakresie planowanego do wejścia w życie systemu kaucyjnego.**

**W związku z tym Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób:**

- Część III, pkt. 4, ppkt. 5 swz - **w zakresie postępowania z odpadami i w zakresie osiągnięcia poziomów:**

**„Za niewywiązanie się z osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 Wykonawca zapłaci karę pieniężną, którą oblicza się jako 1/2 iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o Utrzymaniu czystości i porządku w gminach.**

Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia z wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy i z wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy kwotę w wysokości naliczonej kary pieniężnej w przypadku nie osiągnięcia poziomów, o których mowa w ppkt 1)”.

- Dodatkowo we wzorze umowy w §4 ust. 2 pkt. 4 lit. c.5 Zamawiający wskazał, iż:
- „Za niewywiązanie się z osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 Wykonawca zapłaci karę pieniężną, którą oblicza się jako 1/2 iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o Utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.**

- Ponadto, we wzorze umowy w §9 ust. 1 lit. a Zamawiający wskazał, iż: § 9



1. Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z następujących tytułów:

w przypadku **nie osiągnięcia określonych poziomów recyklingu**, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 03 sierpnia 2021r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017r. poz. 2412), **wykonawca zapłaci karę równą karze nałożonej z tych tytułów na zamawiającego na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) tj. jako  $\frac{1}{2}$  iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych)**

*odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o Utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.*

Z uwagi na powyższe argumenty oraz mając na uwadze dobro obu stron umowy, wnosimy o zmniejszenie kar za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Wprowadzenie elastyczniejszych i bardziej proporcjonalnych kar przyczyni się do bardziej efektywnej realizacji umowy oraz zminimalizuje ryzyko nadmiernych obciążeń finansowych dla Wykonawcy.

#### **Odpowiedź:**

Biorąc pod uwagę poruszane w pytaniach kwestie. W szczególności: zmiany poziomów recyklingu w tym sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych, wprowadzenie tzw. „systemu kaucyjnego”, który ma obowiązywać od 1 stycznia 2025r. oraz przyznając, że wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależy jest ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu (rzetelność segregowania odpadów przez mieszkańców gminy, obowiązujące przepisy prawa, wymagania recyklerów i sposób kwalifikacji odpadów jako poddanych recyklingowi). Po przeanalizowaniu przedstawionych argumentów oraz uwzględniając konieczność równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego w udzielanym zamówieniu publicznym, **Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy o zmniejszenie wysokości kar możliwych do nałożenia za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku poprzez ich korektę o 50 % w stosunku do wysokości kar możliwych do nałożenia na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach za nieosiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 03 sierpnia 2021r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U z 2017r. poz. 2412).**

Zamawiający w załączeniu udostępnia zmieniony SWZ oraz załącznik nr 7 do swz Projekt umowy. Zmiany zaznaczono kolorem czerwonym.

**Zamawiający nie zmienia terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 12.09.2024 r.**

Informację niniejszą zamieszcza się na stronie internetowej prowadzonego postępowania e-Zamówienia oraz stronie internetowej Zamawiającego w dniu 05.09.2024 r.

Załączniki:

1. SWZ od 05.09.2024r.
2. Zał. nr 7 do swz Projekt umowy od 05.09.2024r.

*Sporządził/a: A. Dąbrowska - Szafran*

*Burmistrz Zatora  
Szymon Matyja  
/podpis elektroniczny/*