

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW**

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na:

### **„Odbieranie i transport do zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Zator w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2023 roku”**

Nr procedury: DI.271.10.2022

#### **ZAMAWIAJĄCY:**

**Gmina Zator, którą reprezentuje Burmistrz Zatora,**  
z siedzibą: Urząd Miejski w Zatorze, Województwo Małopolskie,  
32-640 Zator, Plac Marszałka Józefa Piłsudskiego 1,  
tel. 33 8412 215, fax 33 8410 206,  
e-mail: [gmina@zator.pl](mailto:gmina@zator.pl) .

**I.** Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo Zamówień Publicznych (t.j.: Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.) Zamawiający informuje, iż do dnia 21.11.2022r. wpłynęły następujące pytania dotyczące przedmiotowego postępowania:

#### **1.**

„Wniosek dotyczy treści : Części V Kwalifikacja podmiotów wykonawców punkt 2 dotyczących wykluczenia wykonawców . W treści punktu 2 lit b ) , c) i d) zawiera zdaniem Wnioskodawcy niejasne, nieostre warunki , które mogą skutkować wykluczeniem oferty Wykonawcy. Pełna dowolność w ocenie przez Zamawiającego działań Wykonawcy mających miejsce przed złożeniem oferty może doprowadzić do złamania podstawowych zasad i praw rządzących postępowaniem w oparciu o przepisy PZP . O ile treść punktu 2 lit a jest oparta na treści istniejących przepisów prawnych , które pozwalają na obiektywną i bezstronną ocenę postępowania Wykonawcy o tyle ocena postępowania określonego w treści punktu 2 lit b), c) d) są nieostre i nie mają oparcia w istniejących przepisach prawnych .

Wykonawca zwraca uwagę ,iż brzmienie wskazanych wyżej punktów SIWZ jest odmienne od treści SIWZ zawartej w zadaniu Nr procedury DI.271.8.2022 Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 48 PZP . Zgodnie z brzmieniem powyższego do dokonywania wyboru oferty stosuje się wyłącznie zasady i kryteria określone w SIWZ . Zasada równego traktowania ubiegających się o zamówienie oznacza , że bez wpływu na dokonany wybór powinien mieć status podmiotu ubiegającego się o zamówienie . Zamawiający nie może dyskryminować poszczególnych wykonawców ze względu na ich status prawny czy strukturę własnościową . Wobec wszystkich podmiotów stosuje się te same kryteria oceny oferty.

Zawarte w treści wskazanych wyżej liter punktu 2 Części V SIWZ takich wymogów zdaniem Wykonawcy nie spełnia. Spółka (.....) wnosi o wykreślenie w Części V Kwalifikacja podmiotów wykonawców pkt 2 lit b,c,d dotyczących wykluczenia

wykonawców lub w każdym pkt 2 lit b.c.d dodanie zapisu – „potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu” Z tego też względu konieczne są wyjaśnienia dokonane w trybie art. 135 ust 1 powołanego we wstępie niniejszego pisma . Brak wyjaśnień może skutkować powstaniem podstaw do uzasadnienia , iż zmiana treści SIWZ w stosunku do pierwotnego brzmienia zawartego w SIWZ do Nr procedury DI.271.8.2022 jaka była stosowana przez Zamawiającego do przetargu , a który został unieważniony, zmierza do nierównego traktowania oferentów. Nieostrość podstaw oceny ofert narusza zasady postępowania zawarte w PZP”.

2.

*„Odnosnie do treści na stronie 15 punkt 5.1. lit. B Specyfikacji Warunków Zamówienia – wykonawca wnosi o zmianę treści SWZ poprzez wyraźne sprecyzowanie przez Zamawiającego w treści SWZ ogólnej reguły (odnoszącej się nie tylko do odpadów wielkogabarytowych), że: „Wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów komunalnych z miejsca ogólnodostępnego przed posesją, do którego dostęp jest możliwy samochodem ciężarowym specjalistycznym (śmieciarką lub samochodem przystosowanym do odbioru odpadów segregowanych) bezpośrednio z drogi publicznej.”*

3.

„Zgodnie z treścią SWZ:

#### **„Część XIV SPOSÓB OBLICZENIA CENY**

1. *Wykonawca winien określić całkowity koszt wykonania zamówienia wraz z podatkiem od towarów i usług zgodnie z treścią formularza ofertowego i cenowego.*
2. *Wykonawca winien podać ceny jednostkowe netto, koszty netto dla poszczególnych grup odpadów oraz koszt całkowity netto i brutto odbioru lub odbioru i zagospodarowania tych odpadów na podstawie prognozowanych danych zawartych w formularzu cenowym.*
3. ***Ceną ofertową do oceny ofert jest całkowity koszt brutto odbioru, transportu, a dla niektórych rodzajów odpadów także koszt zagospodarowania odpadów, wyliczony w formularzu cenowym.***
4. *Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny stosując obowiązującą stawkę podatku VAT.*
5. *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych [PLN]. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej swz oraz obejmować wszelkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji zadania, które Wykonawca winien ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”.*

Wobec powyższego prosimy o wyjaśnienie, czy podane w formularzu ceny jednostkowe, również muszą uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji zadania, które Wykonawca winien ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, tj. uwzględniać wszelkie koszty związane z transportem lub zagospodarowaniem danej frakcji odpadów, której cena jednostkowa dotyczy.

Z treści SWZ wynika, że wysokość wynagrodzenia, które Zamawiający będzie płacił wykonawcy, będzie uzależniona od masy poszczególnych rodzajów odpadów wymienionych tak w SWZ jak i formularzu oferty (suma iloczynów poszczególnych cen jednostkowych i masy odebranych odpadów). Wskazać należy, iż zgodnie z treścią Wyroku KIO 69/22 (oraz KIO 2974/20, KIO 1629/21, KIO 1638/21) za istotną część składową ceny ofertowej uznać należy nie tylko część składową ceny stanowiącej jej istotny ułamek, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem)

za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. Skoro Zamawiający wnosi o wskazanie w formularzu stawek ryczałtowych za odbiór lub zagospodarowanie odrębnie dla poszczególnych frakcji odpadów, to uznać należy, iż to właśnie te ceny są istotnym elementem oferty wpływającym na możliwość wykonania zamówienia.

Zgodnie z treścią wyroku KIO 3333/21 „ceny jednostkowe netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów są istotne z punktu widzenia realizacji umowy, zwłaszcza przy takich ilościach odpadów danej frakcji, jakie przewidziano do wyceny – z tego samego powodu byłyby też istotne nawet przy cenie ryczałtovej” Wobec powyższego wnosimy o wyjaśnienie (względnie potwierdzenie), że wskazana przez wykonawcę w formularzu oferty stawka wynagrodzenia ryczałtovej za odbiór lub zagospodarowanie 1 tony danego rodzaju odpadów musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w SWZ i nie ma możliwości „wliczania” kosztów odbioru lub odbioru i zagospodarowania jednego kodu odpadu w koszty innego kodu odpadu bądź wyceniania danej usługi w oderwaniu od rynkowych kosztów jej wykonania (m.in. zagospodarowania odpadu)“.

#### 4.

„Odnosnie do treści § 11 Załącznika nr 7 do SWZ – Wzoru Umowy – wykonawca:

1) Podnosi, że kary umowne zastrzeżone we Wzorze Umowy są rażąco wygórowane – wzięwszy zwłaszcza pod uwagę: i/ przedmiot i ii/ wartość zamówienia oraz iii/ wynikający z obiektywnych wskazań doświadczenia życiowego i znajomości realiów rynkowych, dostępnych również zamawiającemu, zysk wykonawcy netto) i jako takie sprzeczne z prawem.

2) Przesłanki nałożenia kar umownych przewidziane w § 11 zostały określone we Wzorze Umowy przy użyciu pojęć nieostrych w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i podatny na dowolną interpretację – nie czynią też żadnego rozróżnienia ze względu na istotność naruszenia – a to wszystko rażąco uchybia zasadom konstruowania klauzul umownych zastrzegających kary umowne i wiąże się z oczywistym pokrzywdzeniem wykonawcy przez Zamawiającego.

3) W szczególności należy również wskazać na szczególnie rażący charakter postanowienia § 11 ust. 1 pkt 3 Wzoru Umowy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia analogicznych kar umownych (notabene zastrzeżona na rzecz Zamawiającego kara umowna w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia szacunkowego jest niezwykle wygórowana i dwukrotnie przekracza stosowaną w takiej sytuacji zwyczajową karę 10%) w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego albo przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – klauzula ta jest quasi-abuzywna w stosunku do wykonawcy. Praktyka taka jest niewłaściwa i uchybiająca prawu i dobrym obyczajom. Wobec powyższego wykonawca wnosi o uporządkowanie, urealnienie i dostosowanie do istotności naruszenia oraz wartości zamówienia wysokości rzeczonych kar umownych“.

#### 5.

„Wykonawca zwraca uwagę, że na mocy stawy z 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. z 2022 r. poz. 2185) obligatoryjne jest zawarcie w każdej umowie, której okres trwania przekracza 6 miesięcy stosownych klauzul waloryzacyjnych. Znowelizowany art. 439 prawa zamówień publicznych stanowi, iż umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca wnosi więc o modyfikację

projektowanych postanowień umownych poprzez dodanie stosownej klauzuli waloryzacyjnej. Wykonawca podnosi, że wszędzie tam, gdzie domaga się zmiany treści danego dokumentu postępowania (np. SWZ, OPZ, Formularza Oferty, Wzoru Umowy) – żądanie to należy również rozumieć jako postulujące odpowiednią zmianę treści wszystkich pozostałych dokumentów w niniejszym postępowaniu w niezbędnym zakresie”.

## **II. Mając na uwadze treść złożonych zapytań Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:**

### **1. Odpowiedź:**

#### **Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian.**

Zgodnie z zapisami SWZ Nr procedury: DI.271.10.2022, część V „KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW”:

- O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: Nie podlegają wykluczeniu i spełniają poniższe warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

Zamawiający korzystając z zapisów ustawy oprócz przesłanek wykluczenia obligatoryjnych wskazanych w **art. 108 ust. 1** wskazał także, iż wykluczeniu podlegać będą Wykonawcy, wobec których zastosowanie znajdą także przesłanki fakultatywne wykluczenia, wskazane w **art. 109 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 i 10 ustawy Pzp**. Zatem Zamawiający wykluczy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 i 10 ustawy Pzp:

- a) wykonawcę, w stosunku do którego **otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami**, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;
- b) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie **nie wykonał lub nienależycie wykonał** albo **długotrwale nienależycie wykonywał** istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- c) który **w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji**, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, **co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego** w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który **zataił te informacje** lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- d) który **w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd**, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazać należy, iż przywołane w części V fakultatywne przesłanki wykluczenia są jedynie **przywołaniem aktualnie obowiązujących zapisów ustawowych**, tj. art. 109 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Skoro powyższe budzą wątpliwości Wykonawcy, Zamawiający odsyła w tym zakresie do obowiązujących od 01.01.2021r. przepisów ustawy Pzp w tym zakresie.

Pytający nie wskazał, dlaczego jego zdaniem, powyższe odesłanie jest niezgodne z przepisami prawa cyt. „*nie mają oparcia w istniejących przepisach prawnych*” (skoro są to zapisy wprost zacytowane z ustawy Pzp), a w szczególności nie wyjaśnił stawianego zarzutu naruszenia art. 48 ustawy Pzp, który wg Pzp odnosi się do „*Wyznaczenia centralnego zamawiającego przez ministra; nabywania zamówień przez jednostki samorządu terytorialnego od centralnego zarządzającego*”, co w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca, a Zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia samodzielnie.

Zamawiający potwierdza, iż **wobec KAŻDEGO WYKONAWCY** ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia stosowane będą te same podstawy weryfikacji przesłanek wykluczenia wskazanych w swz. Niezrozumiałym jest więc zarzut, iż „*Zasada równego traktowania ubiegających się o zamówienie oznacza, że bez wpływu na dokonany wybór powinien mieć status podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Zamawiający nie może dyskryminować poszczególnych wykonawców ze względu na ich status prawny czy strukturę własnościową*”.

Pytający nie wskazał, w jakim fragmencie swz Zamawiający w sposób dyskryminujący traktuje Wykonawców ze względu na ich status prawny czy strukturę własnościową. Wykonawcy, którzy chcą ubiegać się o udzielenie zamówienia, **nie powinni podlegać wykluczeniu** nie tylko na podstawie art. 108 ale także na podstawie art. **109 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 i 10 ustawy Pzp. bez względu na swój status prawny czy strukturę własnościową**. W tym zakresie przepisy swz nie dyskryminują żadnego Wykonawcy. Pytający nie zauważa, iż podstawy wykluczenia są odzwierciedleniem ustawy Pzp i dotyczą w takim samym stopniu każdego z Wykonawców. Nie jest możliwe zarzucanie Zamawiającemu naruszenia konkurencyjności w postępowaniu tylko i wyłącznie z powodu skorzystania przez niego z możliwości powołania fakultatywnych przesłanek wykluczenia ! Katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia został zasadniczo dostosowany w Prawie zamówień publicznych do przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

Zamawiający zwraca uwagę, iż przedmiotowe postępowanie jest **NOWYM** postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowanie o nr DI.271.8.2022 zostało zakończone unieważnieniem, a co za tym idzie **Zamawiający ma swobodę w kształtowaniu tak warunków udziału w postępowaniu jak i podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp**. Wykluczenie wykonawcy na podstawie powyższego przepisu dotyczy przesłanek fakultatywnych wykluczenia i w sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje wykluczenie na podstawie którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1

art. 109 Pzp, a następnie ona zaistnieje w postępowaniu, jest obowiązany do wykluczenia każdego Wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści. [*por. Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*].

Fakultatywne przesłanki wykluczenia mogą być stosowane przez Zamawiającego według jego uznania, odpowiednio do celów, jakie chce osiągnąć, dopuszczając do udziału w postępowaniu Wykonawców o określonych cechach. O zastosowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia Zamawiający powinien poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, co zostało przez Zamawiającego wykonane w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu przesłanki fakultatywnej Zamawiający będzie zobligowany do jej zastosowania do wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- Zamawiający może przewidzieć wykluczenie takiego Wykonawcy, który kończy prowadzenie działalności lub kontynuowanie przez niego działalności jest zagrożone, co znalazło swój wyraz w podjętych formalnie czynnościach przez samego wykonawcę lub orzeczeniach odpowiednich organów. Ustawa dopuszcza jako podstawy wykluczenia otwarcie likwidacji, ogłoszenie upadłości, zarządzanie aktywami wykonawcy przez likwidatora lub sąd, zawarcie układu z wierzycielami lub zawieszenie działalności gospodarczej. Ponadto w przepisie zamieszczono ogólną klauzulę znajdowania się w sytuacji tego rodzaju co wymienione powyżej, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury, co należy odnosić do wykonawców posiadających miejsce siedziby poza Rzeczpospolitą Polską [*vide - art. 109 ust. 1 pkt. 4 Pzp*].
- Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien **dawać gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia**. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, **mogą nie być dopuszczeni do udziału w postępowaniu**, jeżeli Zamawiający przewiduje zastosowanie wykluczenia na podstawie ust. 1 pkt 7 artykułu 109 Pzp. Jest to przesłanka pozwalająca na **weryfikację wykonywania zobowiązań Wykonawcy w przeszłości** [*vide - art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp*].
- Wykluczeniu podlega Wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie **nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie** w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady [*vide - art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp*];
- Wykluczeniu podlega Wykonawca, który **w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa** przedstawił informacje **wprowadzające w błąd**, co mogło mieć istotny **wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego** w postępowaniu o udzielenie zamówienia [*vide - art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp*].

Udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić z zachowaniem zasady równego traktowania Wykonawców. **Zdaniem Zamawiającego niezbędne jest zatem wyeliminowanie Wykonawców, którzy w toku postępowania przedstawiają np. informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd** [vide - art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp], a w związku z tym mogące stanowić podstawę podjęcia przez niego niewłaściwej czynności.

Do informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397).

Zamawiający, chcąc zastosować ww. przesłankę nie musi dysponować wyrokiem sądu potwierdzającym zaistnienie przewidzianych w swz przesłanek wykluczenia dot. np. nienależytego wykonania umowy. Jak wskazuje się w komentarzu do ww. przedmiotowej przesłanki wykluczenia: „Weryfikacja, czy zachodzi podstawa wykluczenia, dokonywana jest na podstawie oświadczenia Wykonawcy. **Jednakże Zamawiający jest uprawniony do korzystania z wszelkich środków dowodowych.**” M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 109.

Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu pt.: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz” wyjaśnia: „(...) Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających Wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. **Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez Zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję** m.in. poprzez: wykluczenie wykonawcy na podstawie fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 109 ust 1 Pzp (...). Mając na celu zachowanie tej zasady, **Zamawiający nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia. (...)**”

Przykładowo zatem „przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko **wykluczenie nierzetelnych Wykonawców**, ale również zapewnienie, że **Wykonawcy nie będą zachęceni** przez zbyt pobłażliwe normy prawne **do usiłowania wprowadzenia w błąd Zamawiającego**, z ewentualną opcją na „poprawę”

czy „pełniejsze wyjaśnienie” swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte. (por. wyrok KIO 449/22).

Każdy Wykonawca obowiązany jest do **dochowania należytej, przynależnej profesjonalście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu**, a oceny jego postępowania dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru działalności, co wynika wprost z art. 355 § 2 k.c. Wzorec należytej staranności nakłada na Wykonawcę, który składa w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem mają one wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Jeżeli Wykonawca nie jest pewien, jak powinien postąpić w danej sytuacji, dla zachowania należytej staranności powinien postąpić z zachowaniem odpowiedniej ostrożności, nie zaś przyjmować interpretację niekoniecznie prawidłową, ale dla siebie korzystną.

**Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę Zamawiających przed nierzetelnymi Wykonawcami.**

Wykonawca, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje istotną informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, **nie daje rękojmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika**. (por. wyrok z dnia 12 maja 2021 r., KIO 664/21 KIO 830/21). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „każde kłamstwo świadczy o nierzetelności Wykonawcy, a przyjęcie, że nie można wykluczyć Wykonawcy, którego kłamstwo wykrył Zamawiający, prowadziłoby do przerzucania na Zamawiających odpowiedzialności za informacje podawane przez Wykonawców (...) a w konsekwencji dano by Wykonawcom przyzwolenie na składanie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością. Powyższe można bowiem badać w oparciu o fakultatywne przesłanki wykluczenia (...)”.

Zatem zgodnie z ustawą Pzp, orzecnictwem i piśmiennictwem w sprawie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10, **Zamawiający jest uprawniony do korzystania z wszelkich środków dowodowych**. Mogą to być nie tylko prawomocne wyroki sądowe, **ale także inne źródła dowodowe**, w tym między innymi:

- Materiał dowodowy posiadany przez Zamawiającego,
- Wszelkiego rodzaju ogólnodostępne informacje, materiały itp.
- Materiał dowodowy wskazany przez Wykonawców lub/i inne podmioty, także spoza procedury przetargowej,
- Materiały dowodowe przekazane przez podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,



- Inne środki dowodowe, stanowiska, opinie, analizy itp.

Zgodnie z komentarzem do ustawy Pzp [Dzierżanowski Włodzimierz i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*] „**ustawa nie ogranicza środków dowodowych**, na podstawie których wykazuje się zajście okoliczności wypełniających przesłanki; (...) jeżeli Zamawiający **uzyska dowody przeczące oświadczeniu, powinien je uwzględnić, podejmując decyzję**”.

Prowadzenie bowiem działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Za takiego profesjonalistę należy również uznać co do zasady Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wzorzec należytej staranności nakłada zatem na Wykonawcę, który składa ofertę, podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, mają one bowiem wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Nie sposób wskazać wszystkich możliwych środków dowodowych dopuszczonych do wykazania braku lub zaistnienia podstaw wykluczenia – w szczególności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10, stąd proponowane w pytaniu ich zawężanie jedynie do prawomocnych wyroków sądowych byłoby nadużyciem, wypaczającym sens stosowania tych przesłanek wykluczenia.

Zamawiający potwierdza, iż wobec wszystkich podmiotów stosował będzie te same kryteria oceny oferty, które zawarte są w części XV swz.

Umieszczenie ww. zarzutu wraz z kwestiami dotyczącymi podstaw wykluczenia nie znajduje podstaw w dokumentacji swz, a domniemane wskazywanie hipotetycznych przyszłych naruszeń w tym zakresie jest chybione, chociażby z punktu widzenia innej roli podstaw wykluczenia i kryteriów oceny ofert na gruncie ustawy Pzp.

**W związku z powyższym, Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian.**

## **2. Odpowiedź:**

**Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian.**

Regulacje poruszone w pytaniu wynikają z zapisów prawa miejscowego, w tym z Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Zator, np. §11 Regulaminu.

[por. UCHWAŁA NR XVI/98/19 RADY MIEJSKIEJ W ZATORZE z dnia 10 grudnia 2019r. w sprawie uchwalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Zator ze zmianami].

Każdy Wykonawca realizujący zamówienie powinien zapoznać się z obowiązującym porządkiem prawnym (tut. zapisami prawa miejscowego) w tym zakresie.

W swz przywołano podstawowe akty prawa miejscowego dotyczące przedmiotu zamówienia (część III swz).

### **3. Odpowiedź:**

**Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian i potwierdza**, iż podane w formularzu ceny jednostkowe muszą uwzględniać wszystkie wymagania swz oraz obejmować wszelkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji zadania, które Wykonawca winien ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, tj. muszą uwzględniać wszelkie koszty związane z odbiorem, transportem lub/i zagospodarowaniem danej frakcji odpadów, której cena jednostkowa dotyczy. Zamawiający nie wyraża zgody na przesunięcie kosztów realizacji usługi pomiędzy poszczególnymi rodzajami (kodami) odpadów, a także na pomijanie w oferowanych cenach jednostkowych kosztów tak odbioru jak i zagospodarowania poszczególnych kodów odpadów.

**Zamawiający pozostawia sposób obliczenia ceny oferty bez zmian** i wnosi o wskazanie w formularzu stawek ryczałtowych za odbiór lub zagospodarowanie odrębnie dla poszczególnych frakcji odpadów uznając, iż to właśnie te ceny są **istotnym elementem oferty** wpływającym na możliwość wykonania zamówienia. **Zamawiający nie dopuszcza** innego sposobu zaoferowania ceny ofertowej niż podana w swz.

Wskazana przez Wykonawców w formularzu oferty stawka wynagrodzenia ryczałtowego za odbiór lub zagospodarowanie 1 tony (Mg) danego rodzaju odpadów musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w swz i nie ma możliwości „doliczania” kosztów odbioru lub odbioru i zagospodarowania jednego kodu odpadu w koszty innego kodu odpadu bądź wyceniania danej usługi w oderwaniu od rynkowych kosztów jej wykonania (m.in. bez kosztów zagospodarowania odpadu).

**Zamawiający zwraca zatem uwagę na zapisy OPZ** gdyż przy każdej grupie (kategorii) odpadów szczegółowo Zamawiający opisał sposób kalkulacji ceny ofertowej wraz z informacją, który podmiot (Wykonawca czy Zamawiający) ponosi koszty zagospodarowania danego kodu odpadu.

Zamawiający pozostawia zatem zapisy swz w tym zakresie **bez zmian** w zakresie kalkulacji ceny ofertowej.

#### 4. Odpowiedź:

Podane we wzorze umowy kary umowne zdaniem Zamawiającego nie są wygórowane, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (usługi ciągłe świadczone na rzecz właścicieli nieruchomości Miasta i Gminy Zator), wartość zamówienia, okres jego realizacji, a także wynikający z obiektywnych wskazań doświadczenia życiowego i znajomości realiów rynkowych sposób świadczenia ww. usługi. Zamawiający zwraca uwagę na identyczną wysokość kar umownych – tak dla Wykonawcy jak i Zamawiającego – w przypadku odstąpienia od umowy przez jedną ze Stron z przyczyn leżących po drugiej Stronie.

Pytający pominął także znaczący aspekt § 11 ust. 3 wzoru umowy, gdzie wskazana została – za przepisami Pzp – maksymalna wysokość kar umownych.

Podstawowe funkcje kary umownej to funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Ponadto, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13 zwrócił uwagę, że „Najbardziej ogólnym wyznacznikiem **jest stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością całego zobowiązania głównego, odniesienie do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie jej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.**”.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2013r., KIO 113/13; KIO 117/13, Krajowa Izba Odwoławcza przywołując wyrok z dnia 22 marca 2011r., zwróciła natomiast uwagę, że „Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”

Kary umowne dla Zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady **ich znacznie ważniejszą, dla Zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia** (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 843/09).

Kara umowna w przedmiotowym postępowaniu ma charakter odszkodowawczo-kompensacyjny, a celem jej zastrzeżenia jest stymulowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień dotyczących kar umownych zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia, ale jednocześnie są one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ewentualnego

uszczerbku, jakiego może doznać Zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę. Zamawiający, uwzględniając funkcję kary umownej, tak ukształtował postanowienia umowne w tym zakresie, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego.

**Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian.**

## **5. Odpowiedź:**

**Zamawiający pozostawia zapisy swz bez zmian.**

Na mocy art. 75 ust. 1 ustawy z 7 października 2022r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. z 2022 r. poz. 2185) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu dotychczasowym.

Ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie przywołanej powyżej ustawy, zatem na gruncie przywołanego przepisu art. 75 ust. 1 Zamawiający stosuje przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

**Mając na uwadze wszystkie udzielone wyżej wyjaśnienia, swz pozostaje bez zmian.**

Udzielone wyjaśnienia treści swz nie wymagają zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu.

Informację niniejszą zamieszcza się na stronie internetowej prowadzonego postępowania - miniPortal oraz na stronie internetowej Zamawiającego, w dniu 01.12.2022r.

Mariusz Makuch  
Burmistrz Zatora  
*podpis elektroniczny*

Otrzymują:  
1 x strona internetowa prowadzonego postępowania miniPortal,  
1 x strona internetowa Zamawiającego,  
1 x a/a.