

Zator, dnia 2019-11-08

DI.271.7.2019

Pytania Wykonawcy i odpowiedzi Zamawiającego, oraz wynikające z nich zmiany siwz i inne dodatkowe informacje dotyczące przetargu nr DI.271.7.2019 na:

„Odbieranie i transport do zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Zator w okresie od 1 stycznia 2020 roku do 31 grudnia 2020 roku”

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**

I.

Na podstawie art. 38 ust. 2 w zw. z ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) Zamawiający informuje, iż do dnia 31.10.2019 r. wpłynęły następujące pytania dotyczące przedmiotowego postępowania:

Pytanie nr 1:

Odnosnie do treści tabeli na stronie 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca wnosi o wyjaśnienie przez Zamawiającego poniższych kwestii:

Wziąwszy pod uwagę, że wskazana w ww. tabeli łączna szacunkowa ilość na rok 2020 odpadów w postaci: opakowania z papieru i tektury, opakowania z tworzyw sztucznych, opakowania z metali, opakowania ze szkła oraz zmieszane odpady opakowaniowe wynosi: 420,00 Mg, a łączna suma wag wszystkich rodzajów odpadów podanych w ww. tabeli wynosi 3.974,00 Mg – w jaki sposób wykonawca miałby osiągnąć w 2020 roku poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami na poziomie 50%, w sytuacji, w której, nawet przy idealistycznym założeniu, że cała ww. masa 420,00 Mg zostanie poddana recyklingowi/przygotowaniu do ponownego użycia/odzyskowi innymi metodami, to i tak uzyskany tzw. poziom recyklingu wyniesie jedynie 10,57% ($420,00 \text{ Mg} : 3.974,00 \text{ Mg} \times 100\% = 10,57\%$)!

A zatem z danych podawanych przez samego Zamawiającego w treści Formularza Oferty dotyczących realizacji niniejszego zamówienia publicznego wynika, że uzyskanie przez wykonawcę wymaganych ustawowo poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami będzie niemożliwe!

Wobec powyższego niedozwolone jest też wymaganie przez Zamawiającego od wykonawcy osiągnięcia tych poziomów oraz przewidywanie sankcji (np. w postaci kar umownych) za ich nieosiągnięcie (*impossibilium nulla obligatio est*), a umowa o wykonanie zamówienia publicznego będzie w tym zakresie nieważna (art. 387 § 1 kc w zw. z art. 139 § 1 pzp).

Z uwagi na wagę tego problemu zarówno dla treści oferty, jak i opisu przedmiotu zamówienia oraz treści stosunku umownego wynikającego z umowy o realizację niniejszego zamówienia

publicznego – wykonawca wnosi o precyzyjne wyjaśnienie przez Zamawiającego zasygnalizowanych wyżej kwestii.

Odpowiedź na pyt. Nr 1:

Zamawiający zwraca uwagę, iż zamówienie obejmuje odbiór i transport odpadów komunalnych i tylko w ograniczonym zakresie ich zagospodarowanie.

Wyraźnie zaznaczono, iż Zamawiający na podstawie osobnego kontraktu zawartego z instalacją komunalną kieruje do ww. instalacji odpady odebrane w przedmiotowym zamówieniu, celem ich zagospodarowania. Szczegółowe informacje na ten temat Zamawiający wytuścił już na stronie 3 siwz.

Pytanie Wykonawcy jest więc nadinterpretacją i omyłką dot. rozróżnienia odbioru z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów.

Zamawiający pomija fakt błędnego wyliczenia poziomów odzysku przez Wykonawcę.

Z uwagi zaś na kierowanie pytania - tego typu kwestie obliczeniowe Wykonawca winien czerpać z obowiązujących przepisów prawnych, w tym z tych określających stosowne wzory wyliczeń.

Pytający nie podał w jakim fragmencie siwz i załączników Zamawiający przewidział kary za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu odpadów objętych zamówieniem, **gdyż takiego fragmentu siwz nie ma**. Zatem pytanie nie dotyczy przedmiotowego siwz, w związku z tym zapisy siwz pozostają bez zmian.

Pytanie nr 2:

Odnośnie do treści na stronie 7 punkt 5.1. lit. B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca wnosi o zmianę treści SIWZ poprzez wyraźne sprecyzowanie przez Zamawiającego w treści SIWZ 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”*.

Odpowiedź na pyt. Nr 2:

Zapisy siwz pozostają bez zmian.

Zamawiający wskazuje, iż w siwz wymagał zastosowania pojazdu małogabarytowego do – właśnie – miejsc o utrudnionym dojeździe. Wniosek zawarty w pytaniu nie uwzględnia powyższego zapisu i jest częściowo sprzeczny ze stanem faktycznym nieruchomości, tj. – o czym wskazuje siwz- istnieją na terenie Gminy posesje, z których odbiór samochodem pełnometrażowym ciężarowym jest utrudniony, stąd zachodzi konieczność dojazdu samochodem ciężarowym małogabarytowym.

W regulaminie utrzymania czystości i porządku w Gminie Zator – na który powołuje się w siwz Zamawiający – widnieje wyraźny zapis, przykładowo:

„8. Właściciel nieruchomości zobowiązany jest wystawić zawiązane worki z odpadami segregowanymi w dniu odbioru zgodnie z harmonogramem przed posesją w miejscu umożliwiającym dojazd samochodu ciężarowego;

6. Właściciele nieruchomości będący osobami fizycznymi zobowiązani są do wystawiania pojemników z odpadami w dniu ich odbioru przed wjazd na posesję w miejscu, w którym nie będą one stanowiły utrudnienia dla ruchu pieszego lub kołowego”.

Pytanie nr 3:

Odnosnie do treści na stronie 7 punkt 5.1. lit. B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca sygnalizuje, że co do godzin odbioru odpadów w PSZOK w Zatorze przy ul. Wadowickiej 57B – istnieje rozbieżność pomiędzy treścią tego punktu SIWZ, a treścią regulacji na stronie 16 SIWZ w punkcie 5.12.

Wobec powyższego wykonawca wnosi o uzgodnienie i doprecyzowanie ww. punktów SIWZ.

Odpowiedź na pyt. Nr 3:

Zamawiający precyzuje w całej siwz następujące godziny otwarcia PSZOK:

Poprawne godziny zawiera str. 7 siwz, punkt 5.1 lit. B. Zamawiający poprawia pkt 5.12 na str. 16 SIWZ, dopisując „oraz w soboty od 10⁰⁰ do 14⁰⁰”.

Zamawiający dodatkowo wskazuje, iż godziny otwarcia PSZOK są także obowiązującymi godzinami otwarcia punktu napraw i punktu przyjęcia do ponownego użycia.

Pytanie nr 4:

Odnosnie do treści na stronie 7 punkt 5.1. lit. C oraz na stronie 12 pkt 5.5 lit. B i pkt 5.6 lit. B oraz na stronie 13 pkt 5.7 lit. B specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca podnosi, że nie istnieją żadne przeciwwskazania ani prawne, ani ekologiczne ku temu, aby odbiór odpadów wielkogabarytowych odbywał się z wykorzystaniem pojazdów wyposażonych w system zgniotu. Wykonawca alarmuje, że ograniczenie przez Zamawiającego możliwości odbioru tych odpadów pojazdami z system zgniotu do „sporadycznych, losowych przypadków” wpłynie bardzo istotnie na wzrost kosztów realizacji usługi i tym samym ceny ofertowej.

Odpowiedź na pyt. Nr 4:

Zamawiający zapisy siwz w tym zakresie pozostawia bez zmian.

Gmina Zator w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, zawarła umowę na zagospodarowanie odpadów komunalnych, segregowanych, biodegradowalnych i wielkogabarytowych z Instalacją Komunalną (IK).

Z uwagi na sygnały z IK zwracające uwagę na brak możliwości odzysku jakichkolwiek surowców wtórnych z odpadów wielkogabarytowych przywożonych w stanie silnego zagniecenia samochodami wyposażonymi w system zgniotu oraz wysokie koszty unieszkodliwiania takich odpadów, została podjęta decyzja o ich zbieraniu i transportowaniu pojazdami bez możliwości ich zagniecenia.

Odpady wielkogabarytowe zawierają nie tylko meble ale również oszklone okna, drzwi, fajansowe, porcelanowe i metalowe wyposażenie łazienek itp. Odpady te silnie zagniecione nadają się tylko do składowania. Ze względu na zawartość ceramiki, szkła i gruzu nie nadają się również na paliwa alternatywne. Odzysk surowców z zagniecionych odpadów wielkogabarytowych jest bardzo kosztowny i mało efektywny dlatego winny być dostarczone do IK w całości.

Pytanie nr 5:

Odnosnie do treści na stronie 11 punkt 5.4 lit. B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca:

- sygnalizuje, iż nigdzie w treści SIWZ i załączników do SIWZ nie został zdefiniowany/określony „odbior podstawowy” odpadów prowadzony w PSZOK (istnienie „odbioru podstawowego” jest implikowane przez fakt posługiwania się przez Zamawiającego w treści SIWZ pojęciem „odbioru dodatkowego”) – wobec czego wykonawca wnosi o wyjaśnienie i sprecyzowanie tej kwestii przez Zamawiającego;
- z uwagi na racjonalność i ekonomikę realizacji usługi – wykonawca wnosi o to, aby Zamawiający w ogóle zrezygnował z instytucji odbiorów dodatkowych.

Odpowiedź na pyt. 5:

Jak Wykonawca zauważył, Zamawiający nie wymaga odbiorów dodatkowych, stąd nie ma konieczności ich usuwania.

Dla lepszej czytelności siwz Zamawiający usuwa wyraz „dodatkowo”, poprzedzający słowo „odbior” na stronie 11 punkt 5.4 lit. B i pozostałych stronach siwz, gdzie został on użyty.

Pytanie nr 6:

Odnosnie do treści na stronie 11 punkt 5.4 lit. C Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca wnosi o dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości tymczasowego magazynowania przez wykonawcę odpadów niebezpiecznych przed ich przekazaniem uprawnionemu odbiorcy posiadającemu zezwolenie na przetwarzanie takich odpadów.

Wykonawca podnosi, że postulat ten jest uzasadniony względami racjonalności i ekonomiki – inaczej bowiem istniałaby, nieracjonalna, konieczność transportowania przez wykonawcę do zakładu zagospodarowania na ten przykład nawet jednej puszki po substancji niebezpiecznej.

Odpowiedź na pyt. Nr 6:

Pytanie dotyczy punktu 5.4 lit. C na stronie 11 siwz, który to punkt dotyczy postępowania z odpadami niebezpiecznymi wydzielonymi ze strumienia odpadów komunalnych. Jak wskazano w siwz w tym punkcie odbiór ww. odpadów prowadzony będzie w punkcie odbioru odpadów segregowanych Zator, ul. Wadowicka 57B.

Zamawiający dopuszcza możliwość magazynowania odpadów jedynie w przypadku posiadania stosownej decyzji administracyjnej / decyzji administracyjnych zezwalających na prowadzenie tego typu magazynowania w PSZOK.

Zamawiający przypomina, iż uzyskanie ww. decyzji jest warunkiem koniecznym prowadzenia PSZOK stacjonarnego.

Pytanie nr 7:

Odnosnie do treści na stronie 14 punkt 5.9 litera B lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca podnosi, iż zmniejszenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych w budownictwie jednorodzinym do „co trzy tygodnie” w okresie listopada do marca nie jest zasadne w świetle danych empirycznych płynących z doświadczenia. Brak jest dlatego

w przeświadczeniu wykonawcy przesłanek uzasadniających takie rozwiązanie – notabene niespotykane w innych podobnych zamówieniach publicznych.

Wykonawca wnosi wobec powyższego o zmianę treści SIWZ poprzez pozostawienie odbioru co dwa tygodnie przez cały rok kalendarzowy.

Odpowiedź na pyt. Nr 7:

Zapisy siwz pozostają bez zmian. Za OPZ odpowiada Zamawiający, a nie Wykonawca. Opis przedmiotu zamówienia służyć ma zaspokojeniu potrzeb Gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych, z poszanowaniem zasad płynących także z prawa miejscowego. Odsyłamy zatem do zapoznania się po raz kolejny z prawem miejscowym wskazanym w siwz, gdzie wyraźnie podane są częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy jednorodzinnej. Z empirycznego doświadczenia Zamawiającego wynika, iż taki rozkład realizacji usług nie sprawia najmniejszego kłopotu doświadczonym Wykonawcom.

Pytanie nr 8:

Odnosnie do treści na stronie 16 punkt 5.12 punkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca wnosi o sprecyzowanie przez Zamawiającego rodzajów odpadów, które będą odbierane w PSZOK przy użyciu kodów odpadów.

Wykonawca podnosi, iż opis odpadów powinien być dokonywany przy użyciu kodów, a nadto kody stanowią podstawę konstruowania cenników przez podmioty prowadzące instalacje komunalne.

Tylko posiadanie przez wykonawców tych danych pozwoli im należycie oszacować koszty realizacji zamówienia i cenę ofertową.

Wykonawcy powinni ponadto na etapie sporządzania ofert informacją, jakie dokładnie odpady niebezpieczne (np. należące do frakcji odpadów zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego) są objęte przedmiotem zamówienia, gdyż zagospodarowanie poszczególnych rodzajów tych odpadów jest niejednokrotnie bardzo kosztowne.

Nadto wykonawca wnosi o jeszcze wyraźniejsze niż dotychczas sprecyzowanie w treści SIWZ, że odbiorem w przypadku odpadu w postaci „zużytych opon” będą objęte tylko; „zużyte opony od samochodów osobowych nie pochodzące z działalności w zakresie mechaniki pojazdowej i/lub działalności wulkanizacyjnej”.

Odpowiedź na pyt. Nr 8:

Zamawiający podaje kody odpadów odbieranych w PSZOK:

grupa odpadów	kod	rodzaje odpadów
odpady wielkogabarytowe	20 03 07	odpady wielkogabarytowe
Odpady ulegające biodegradacji tzw. odpady zielone	20 02 01	odpady komunalne ulegające biodegradacji
Odpady komunalne segregowane	15 01 01 20 01 01	opakowania z papieru i tektury
	15 01 02 20 01 39	opakowania z tworzyw sztucznych
	15 01 04 20 01 40	opakowania z metalu
	15 01 06	zmieszane odpady opakowaniowe
	15 01 07 20 01 02	opakowania ze szkła
	Odpady niebezpieczne wydzielone ze strumienia odpadów komunalnych	20 01 13*
20 01 14*		kwasy
20 01 15*		alkalia

	20 01 17*	odczynniki fotograficzne
	20 01 19*	środki ochrony roślin I i II klasy toksyczności (bardzo toksyczne i toksyczne np. herbicydy, insektycydy)
	20 01 26*	oleje i tłuszcze inne niż wymienione w 20 01 25
	20 01 27*	farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne
	20 01 29*	detergenty zawierające substancje niebezpieczne
	20 01 31*	leki cytotoksyczne i cytostatyczne
	20 01 33*	baterie i akumulatory łącznie z bateriami i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01, 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowane baterie i akumulatory zawierające te baterie
	20 01 37*	drewno zawierające substancje niebezpieczne
Odpady inne niż niebezpieczne wydzielone ze strumienia odpadów komunalnych	16 06 04	baterie alkaliczne z wyłączeniem 16 06 03
	16 01 03	zużyte opony
	16 06 05	inne baterie i akumulatory
	17 01 01	odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów
	17 01 02	gruz ceglany
	17 01 03	odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia
	17 01 07	Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06
	17 06 04	Materiały izolacyjne inne niż wymienione w 17 06 01 i 17 06 03
	17 01 80	usunięte tynki, tapety, okleiny itp.
	20 01 11	tekstylia
	20 01 25	oleje i tłuszcze jadalne
	20 01 28	Farby, tusze, farby drukarskie, lepiszcze i żywice inne niż wymienione w 20 01 27
	20 01 32	leki i inne niż wymienione w 20 01 31
	20 01 34	baterie i akumulatory
Elektroodpady – Odpady zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego	20 01 21*	lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć
	20 01 23*	urządzenia zawierające freony
	20 01 35*	zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki
	20 01 36	zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23 i 20 01 35

W zakresie odbioru zużytych opon Zamawiający wskazuje, iż zaznaczył wyraźnie jakiego rodzaju opony będą przyjmowane w PSZOK. Wymóg ten – istotne zawężenie odbioru opon wskazane już w siwz – jest zgodne z prawem miejscowym, do którego w tym zakresie odsyła dodatkowo Zamawiający, cytując: „Pozostałe selektywnie zebrane odpady komunalne przez właścicieli nieruchomości, w tym odpady niebezpieczne, przeterminowane leki, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz **zużyte opony z samochodów osobowych, motocykli, motorowerów i rowerów, będą przyjmowane w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych dla mieszkańców Gminy Zator**”. Zapis siwz w tym zakresie pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 9:

Odnosnie do treści na stronie 16 punkt 5.12 punkt 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wykonawca podnosi, że Gmina Zator nie ma obowiązku organizacji punktu napraw, o którym mowa w tym punkcie SIWZ. Więcej nawet – z treści art. 3 ust. 2 pkt 6a *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku gminach* wynika, iż (fakultatywny, cyt. „[gminy] mogą tworzyć i utrzymywać”) punkt napraw i ponownego użycia produktów lub części produktów niebędących odpadami jest całkowicie inną instytucją/strukturą od PSZOK, a ponadto treść ww. przepisu ustawy wskazuje również na to, że taki punkt napraw powinien być prowadzony bezpośrednio przez gminę.

Nadto jest oczywiste, iż utworzenie i prowadzenie ww. punktu napraw NIE JEST zadaniem, które może być objęte przedmiotem tego samego zamówienia publicznego, co odbiór i transport odpadów komunalnych. Notabene nawet nazwa niniejszego zamówienia publicznego ani jego opis nie wskazują na to, że objęty jego przedmiotem jest punkt napraw – a w takiej sytuacji należałoby uznać, że tytuł i opis niniejszego zamówienia publicznego zostały określone błędnie przez Zamawiającego.

Wykonawca podnosi, iż utworzenie ww. punktu napraw powinno być przedmiotem osobnego, odrębnego zamówienia publicznego. Jest to bowiem oczywiste, iż prowadzenie takiego punktu wymaga innych kwalifikacji niż odbiór i transport odpadów komunalnych oraz inny krąg podmiotów świadczy ww. usługi naprawy, a inny krąg podmiotów świadczy usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych.

Konieczne również jest dysponowanie zupełnie innym personelem, o całkowicie odmiennych kwalifikacjach i uprawnieniach (oraz np. zezwoleniami na wytwarzanie odpadów pozostałych po czynnościach naprawy urządzeń, mebli itd.; niejednokrotnie będą to odpady niebezpieczne). Co więcej, podmiot prowadzący np. punkt naprawy ZSEiE musi spełniać restrykcyjne wymogi ustawowe i podustawowe w tym zakresie.

Na marginesie warto zauważyć, iż niewyłączenie prowadzenia punktu napraw etc. do odrębnego postępowania może być uznane za naruszające zasady zamówień publicznych oraz gospodarki finansowej gminy, gdyż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie takiego punktu mógłby wziąć udział szeroki krąg wykonawców specjalizujących się w takich usługach, którzy jednak zostaną pozbawieni takiej możliwości przez to, że usługa ta została włączona przez Gminę Zator do niniejszego zamówienia, a należy zakładać, że zdecydowana większość (jeżeli nie wszyscy) podmiotów fachowych w zakresie naprawy itd. nie spełnia jednocześnie warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie odbioru i transportu odpadów oraz prowadzenia PSZOK. W ten sposób doszło do całkowicie nieuzasadnionego zawężenia kręgu wykonawców w stosunku do tego, co mogłoby zaistnieć, gdyby prowadzenie ww. punktu napraw zostało wyłączone do odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wreszcie wykonawca wskazuje, że wypełnienie przez wykonawców obowiązków związanych z prowadzeniem ww. punktu napraw będzie się wiązać z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób, w tym osób posiadających fachowe kwalifikacje w dziedzinach niestanowiących podstawowego przedmiotu działalności pomiotów trudniących się odbiorem i transportem odpadów komunalnych – a to w sposób oczywisty doprowadzi do dramatycznego

wzrostu kosztów prowadzenia PSZOK – i tym samym do bardzo znaczącego wzrostu cen ofertowych w niniejszym postępowaniu.

Odpowiedź na pyt. Nr 9:

Zamawiający na wstępie wskazuje, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

Trudno także zgodzić się z Pytającym, że nazwa zamówienia winna określać każdą usługę szcztątkową składającą się na pełny opis przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż nie ograniczył w żaden sposób podwykonawstwa w przedmiotowym zamówieniu.

Opis przedmiotu zamówienia w ww. zakresie pozostaje bez zmian jeśli chodzi o ujęcie w siwz prowadzenia punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców.

Zamawiający wskazuje na wymóg posiadania stosownego doświadczenia w odbiorze odpadów będącego warunkiem udziału w postępowaniu.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Pytającego, które nie tylko przeczy założeniom znowelizowanej ustawy o odpadach (na które nota bene powołuje się Pytający) jak i nie uwzględnia ogólnej tendencji na rynku odpadowym w tym zakresie.

Dodatkowo – co jest ważne w tym względzie – Zamawiający pozyskał środki unijne jako finansowanie zewnętrzne na utworzenie w takiej formie PSZOK, punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców. Dlatego też to nie wygoda Wykonawcy, ale względy wymagań prawnych, środowiskowych i funkcjonalnych decydują o takim kształcie wykonania usługi, do czego zresztą zmierzają także inni Zamawiający i co staje się powszechnie stosowane.

Zamawiający wskazuje, iż samo Ministerstwo Środowiska wydało publikator pn. „**Jak budować PSZOK-i - praktyczne wskazówki dla gmin**”, gdzie zawarto praktyczne wskazówki w zakresie tworzenia i funkcjonowania PSZOK oraz punktów napraw i ponownego użycia.

"Rekomendacje dla budowy sieci napraw i ponownego użycia oraz wytyczne dotyczące minimalnej funkcjonalności punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla jednostek samorządu terytorialnego" można pobrać ze strony Ministerstwa Środowiska.

https://www.mos.gov.pl/fileadmin/user_upload/mos/Aktualnosci/2018/luty_2018/Rekomendacje_PSZOK.pdf

W powyższym dokumencie wskazano, iż:

„Organizacja punktów napraw i ponownego użycia przez władze lokalne:

Jak już wspomniano, z mocy obowiązującego prawa to gminy w zakresie swojej właściwości powinny podejmować działania wspierające ponowne użycie i przygotowanie do ponownego użycia odpadów, w szczególności zachęcając do tworzenia i wspierając sieci ponownego wykorzystania i napraw. (...) **Optymalne wydaje się rozwiązanie umiejscowienia tego typu obiektów przy PSZOK-ach.**

Analiza istniejących WPGO na lata 2016-2022 wykazała, że w Polsce przy PSZOK-ach funkcjonuje 35 punktów napraw oraz 74 punkty ponownego użycia.

W planach inwestycyjnych do istniejących WPGO na lata 2016-2022 gminy planują organizację 404 punktów napraw oraz 531 punktów ponownego użycia, które będą zlokalizowane przy PSZOK-ach.

Koszty tworzenia i funkcjonowania punktu ponownego użycia przy PSZOK.

Tworzenie takich punktów przy PSZOK nie wymaga znacznych nakładów finansowych ani kosztów eksploatacyjnych. W wielu przypadkach ich organizacja wymaga jedynie zaadaptowania istniejących budynków czy ustawienia kontenera hakowego z dachem.

We wszystkich zorganizowanych punktach ponownego użycia wykorzystano już istniejącą infrastrukturę i zatrudnionych pracowników PSZOK.

W obecnie trwających naborach do konkursów, w ramach których można uzyskać dofinansowanie z funduszy europejskich, tworzenie punktów naprawy i ponownego użycia przy PSZOK-ach jest dodatkowo premiowane.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający zadbał o zapewnienie odpowiedniej infrastruktury nie tylko PSZOK-u, ale także punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców.

Zatem włączenie obu punktów – z uwagi także na ich umiejscowienie w infrastrukturze PSZOK – jest jak najbardziej zasadne.

Niezrozumiałym jest łączenie cytując „dramatycznego wzrostu kosztów prowadzenia PSZOK” z „bardzo znaczącym wzrostem cen oferowanych w niniejszym postępowaniu”, skoro koszt obsługi PSZOK jest podawany w odrębnej pozycji w stosunku do innych cen ofertowych w tym postępowaniu.

Celem lepszego zrozumienia zasady funkcjonowania punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców Zamawiający modyfikuje pkt. 5.12 dwa ostatnie tirety w sposób następujący:

Zamawiający wskazuje przykładowy, akceptowany przez niego wyciąg z regulaminu Punktu. **Wykonawca zobowiązany będzie do dnia realizacji usługi do uzgodnienia z Zamawiającym Regulaminu punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców, opierając się w szczególności na poniższych zasadach:**

- W Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów należy prowadzić punkt napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów, celem umożliwienia ich ponownego użycia przez innych mieszkańców.
- Mieszkaniec może pozostawić przedmiot w Punkcie, jeśli zadeklaruje, że przedmiot jest sprawny, dobry, nieuszkodzony i nie stwarza zagrożenia dla innych osób chcących go dalej używać. Pozostawienie przedmiotu w sposób opisany wyżej powoduje, iż Mieszkaniec wyzywa się własności przedmiotu (art. 180 kodeksu cywilnego).
- Mieszkaniec pozostawia przedmiot na okres 1 miesiąca w Punkcie. Jeśli po tym czasie nie znajdzie się nowy odbiorca, przedmiot staje się odpadem i przechodzi do strefy PSZOK.
- Mieszkaniec pozostawiając przedmiot w Punkcie oświadcza, iż nie będzie wysuwał żadnych roszczeń wobec Wykonawcy oraz Zamawiającego, osób obsługujących Punkt oraz osób przejmujących pozostawiony przedmiot, nie żąda opłaty z tytułu pozostawienia i wyzbycia się własności przedmiotu.
- Mieszkaniec pozostawia przedmiot w Punkcie bezpłatnie.

- Do Punktu są przyjmowane przedmioty, czyste takie jak - meble (krzesła, tapczany, stoły, taborety), wózki dziecięce, zabawki, rowery, wyroby ceramiczne i szklane, urządzenia elektroniczne posiadające znak bezpieczeństwa „B” - niepodlegające Urzędowi Dozoru Technicznego (odkurzacze, wiertarki, kosiarki, itp.; z wykluczeniem urządzeń zawierających nośniki danych) itp.
- Istnieje możliwość pozostawienia w Punkcie sprzętu RTV/AGD jeśli mieszkaniec deklaruje jego sprawność. Pomimo deklaracji sprzęt RTV/AGD w Punkcie umieszcza się w strefie sprzęt niesprawny/uszkodzony.
- Osoba prowadząca/ obsługująca Punkt prowadzi ewidencję przedmiotów, które trafiają do Punktu.
- Mieszkaniec pozostawiający przedmiot w PUNKCIE oraz mieszkaniec odbierający przedmiot poprzez złożenie podpisu w Tabeli ewidencji oświadcza, że zapoznał się z Regulaminem PUNKTU. Mieszkaniec, który odbierze przedmiot nabywa własność tego przedmiotu (art. 181 kodeksu cywilnego).
- Mieszkaniec, który odbiera przedmiot równocześnie przyjmuje do wiadomości, że przedmiot jest używany, może nie być sprawny jak również może nie być kompletny. Zamawiający ani Wykonawca nie odpowiada za sprawność czy też kompletność przedmiotu. Urządzenia elektroniczne nie są uruchamiane przez Wykonawcę ani Zamawiającego.
- Zamawiający ani Wykonawca nie zapewnia możliwości podłączenia odbieranego przedmiotu do zasilania (podłączenie do gniazda elektrycznego).
- Mieszkaniec odbierający przedmiot winien zapoznać się z jego stanem technicznym wizualnym. Mieszkaniec równocześnie zrzeka się wszelkich ewentualnych roszczeń związanych z odbieranym przedmiotem w stosunku do Zamawiającego i Wykonawcy..
- Punkt napraw jest zorganizowany w oddzielnym pomieszczeniu w PSZOK.
- Mieszkaniec decyduje o stopniu zniszczenia danego sprzętu (odpadu) i zasadności jego naprawy.
- W Punkcie napraw Wykonawca udostępnia odpowiednie miejsce do naprawy sprzętu, nie odpowiada za jego naprawę ani za jej skuteczność. Naprawą zajmuje się wyłącznie Mieszkaniec chcący z Punktu skorzystać.

Niewywiązanie się Wykonawcy z przedstawienia i uzgodnienia regulaminu punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów spowoduje brak możliwości zapłaty za ww. usługę do czasu wywiązania się z tego obowiązku. W przypadku opóźnienia wynoszącego ponad 1 m-c Zamawiający może zlecić wykonanie zastępcze obarczając zapłatą za nie Wykonawcę w pełnym zakresie.

Zamawiający pozostawia zapis, że za uruchomienie i prowadzenie PSZOK Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe podane w formularzu ofertowym (wynagrodzenie stałe ryczałtowe). Zamawiający w formularzu ofertowym w cenie ryczałtu za prowadzenie PSZOK **wyodrębnia pozycję związaną z prowadzeniem punktu napraw wraz z punktem przyjmowania rzeczy używanych niestanowiących odpadów (także jako pozycję ryczałtową).**

Zmieniony formularz ofertowy z kosztorysem ofertowym stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pytanie nr 10:

Odnosnie do treści § 11 i 13 Załącznika nr 1A do SIWZ – 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. Treść § 11 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy odnosi się do instytucji rękoi, która nie ma zastosowania w przypadku usług, a jedynie w przypadku dostaw.
4. W szczególności należy również wskazać na szczególnie rażący i sprzeczny z zasadami *Prawa zamówień publicznych* 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.
5. Całkowicie i wyjątkowo rażąco sprzeczne z zasadą równowagi kontraktowej stron oraz zasadą słuszności i poszanowania słuszych interesów stron – jak również noszące znamiona niedopuszczalnego wyzysku wykonawcy przez Zamawiającego (art. 388 *Kodeksu cywilnego*) – są postanowienia § 13 Wzoru Umowy – uprawniające tylko Zamawiającego do dochodzenia tzw. odszkodowania uzupełniającego. Wykonawca wnosi zatem o modyfikację Wzoru Umowy poprzez zastąpienie obecnej treści § 13 treścią w brzmieniu następującym: „*Każda ze Stron może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych w części przenoszącej zastrzeżone kary umowne*”.
6. Dalej należy rozwinąć zarzuty dotyczące § 11 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy – gdyż przesłanki nałożenia kary umownej (notabene będącej również karą w rażąco wygórowanej wysokości, tj. 20% całkowitego wynagrodzenia szacunkowego, w dodatku dublującej się częściowo z karą umowną zastrzeżoną w § 11 ust. 1 pkt 4) w nim przewidzianej zostały określone w sposób bardzo niejednoznaczny i odsyłający do formułowanych dowolnie i arbitralnie interpretacji Zamawiającego; zamawiający może bowiem uznaniowo formułować zakres przypadków uzasadniających obciążenie wykonawcy obowiązkiem zapłaty kary umownej (niedopuszczalne z uwagi na to, że kara umowna ma charakter *quasi-penalny*, *quasi* tzw. kary prywatnej, a więc tyczą się jej zasady *lex stricta et certa*, dotyczące nakładania sankcji o charakterze niby-karnym,

zwłaszcza s sytuacji prawnej i faktycznej nierównowagi stron oraz w istocie swej adhezyjnego charakteru umowy o realizację zamówienia publicznego).

7. Zasadzie proporcjonalności w zamówieniach publicznych oraz *aequitas* w prawie zobowiązań rażąco uchybia również kar umowna w kwocie 3.000,00 zł (sic) przewidziana w § 11 ust. 1 pkt 5. Niedopuszczalne i noszące znamiona nadużycia przez Zamawiającego swojej pozycji jest również zrównanie w rzeczowej klauzuli umownej sytuacji faktycznego uchybienia obowiązkowi zatrudniania na podstawie umowy o pracę, sytuacji, w której wykonawca nie złoży w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (sic) dowodów potwierdzających zatrudnienie.

Praktyka taka jest niewłaściwa i uchybiająca prawu i dobrym obyczajom. Tym bardziej w kontekście tego, że problem zastrzegania przez Zamawiających rażąco wygórowanych i niesprawiedliwych kar umownych we wzorach umów o udzielenie zamówienia publicznego został również dostrzeżony w toku trwających prac na nowym *Prawem zamówień publicznych* i wzorami dokumentów (w tym umów) w zamówieniach publicznych. Praktyki takie są uznawane przez Ministra Przedsiębiorczości i Technologii oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za niewłaściwe i projektowane rozwiązania dążą do ich wyeliminowania. W tym samym duchu wypowiadało się też wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych oraz doktryna – z obszernego materiału warto tu wskazać choćby na szeroko omówione (z przytoczeniem również bogatego orzecznictwa) i w pełni słuszne rozważania dotyczące tego zagadnienia zawarte w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 980/18.

Wobec powyższego wykonawca wnosi o uporządkowanie, urealnienie i dostosowanie do istotności naruszenia oraz wartości zamówienia wysokości rzeczonych kar umownych.

Wykonawca podnosi również, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny, Zamawiający już obecnie powinni, na zasadzie *soft-law*, uwzględniać przy sporządzaniu i modyfikacji treści SIWZ, SOPZ i Wzoru Umowy oraz innych dokumentów postępowania – treść przepisów oczekującej na wejście w życie *ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych* – która bardzo dużą wagę przykładą do przywrócenia zachwianej równowagi kontraktowej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą – w tym ograniczenia nadmiernej, nieakceptowanej przez ustawodawcę, surowości kar umownych zastrzeganych przez Zamawiających oraz arbitralności postanowień umożliwiających Zamawiającym zakończenie stosunku umownego.

Odpowiedź na pyt. Nr 10:

Zamawiający informuje, iż:

Ad. 1.

Pozostawia się wysokość kar bez zmian.

Sugestia, jakoby kary były rażąco wygórowane jest subiektywnym odczuciem Pytającego, nie znajdującym oparcia w dokumentacji siwz.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że pytanie to jest pytaniem niejako z automatu, bez jakiegokolwiek refleksji związanej z uważnym zapoznaniem się z zapisami siwz.

Przykładowo:

Dla wysokości umowy 500 000,00 zł brutto (kwota przykładowa) kara za opóźnienie w wykonaniu umowy zgodnie z harmonogramem (USTALANYM PRZEZ WYKONAWCĘ – GDZIE MA ON SWOBODĘ W JEGO USTALENIU!!!) wynosi

50,00 zł (0,01% x 500 000,00 zł = **50,00 zł**)

Zamawiający nie będzie komentował wysokości ww. kary umownej i polemizował z Pytającym w tym względzie, gdyż zasady matematyki w tym przypadku są jasne dla wszystkich wykonawców.

Jeśli ww. kara jest dla Pytającego rażąco wygórowana, powinien zastanowić się nad skonstruowaniem w taki sposób harmonogramów wykonania przedmiotu umowy, by zminimalizować wystąpienie kar umownych. Ich zminimalizowanie praktycznie uniemożliwiłoby zamawiającemu jakąkolwiek kontrolę na Wykonawca, o nie jest dopuszczalne w stosunku do tego typu usług.

Dalsza polemika z Pytającym w tym względzie wydaje się zbyteczna – powyższe sugeruje kopiowanie pytań z innych postępowań, co nie powinno być akceptowane przy partnerskim podejściu stron w tego typu zamówieniach.

Ad. 2

Przesłanki nałożenia kar umownych przewidziane w § 11 zostały określone we Wzorze Umowy przy użyciu pojęć ostrych w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie podatny na dowolną interpretację.

Zamawiający po raz kolejny wskazuje, iż Wykonawca ma dowolność w formułowaniu harmonogramu realizacji usług. W związku z tym naruszenie potem ustalonego przez wykonawcę harmonogramu wskazywać może na różne okoliczności, w tym np. chaos organizacyjny wykonawcy, zbyt dużą ilość zawartych kontaktów itp.

Sposób naliczenia kary umownej czyni rozróżnienie ze względu na istotność naruszenia.

Ad. 3

Zamawiający usuwa ww. § 11 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy.

Ad. 4.

Zamawiający modyfikuje zapis siwz poprzez zmianę kary umownej z 20% na 15%, przez co zapisy umowy otrzymują brzmienie:

„za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 15 % całkowitego wynagrodzenia szacunkowego, o którym mowa § 9 ust. 1 umowy, za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 15 % całkowitego wynagrodzenia szacunkowego, o którym mowa § 9 ust. 1 umowy”.

Ad.5

Zamawiający informuje, iż § 13 umowy otrzymuje brzmienie: *„Każda ze Stron może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych w części przenoszącej zastrzeżone kary umowne”*.

Ad. 6

Zamawiający nie jest w stanie określić intencji Pytającego, który w tej części pytania twierdzi cytując:

„Dalej należy rozwinąć zarzuty dotyczące § 11 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy – gdyż przesłanki nałożenia kary umownej (...) w dodatku dublującej się częściowo z karą umowną zastrzeżoną w § 11 ust. 1 pkt 4)...”

§ 11 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy jest jeden i pozostaje niezmienny. Zamawiający informuje, iż nigdy nie stosował i nie będzie stosował dublowania kar tj. przykładowo kara za opóźnienie nie będzie łączona z § 11 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy.

Ad. 7

W § 11 ust. 1 pkt 5 projektu umowy Zamawiający zachował zasadę proporcjonalności, a przede wszystkim cel ustawy Pzp w tym zakresie, przekazywany nie tylko w oficjalnych stanowiskach UZP ale także w opinii doktryny.

Kara 3.000,00 zł za niezatrudnienie pracownika na podstawie umowy o pracę jest karą adekwatną do okoliczności, tj. wskazuje Wykonawcom, iż mówiąc kolokwialnie „nie jest dla wykonawcy opłacalne,” zatrudnienie osoby na podstawie innych umów niż umowa o pracę do wykonywania czynności wskazanych w siwz do wykonania przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Biorąc pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wraz z narzutami- wykonawca winien rozważyć, czy bardziej dotkliwym jest niezatrudnienie pracownika na podstawie umowy o pracę do wykonania ww. czynności czy zapłata kary umownej. W proponowanej w siwz wysokości akry umownej brak zatrudnienia ww. osoby na podstawie umowy o pracę wydaje się nie mieć dla wykonawcy żadnego ekonomicznego uzasadnienia.

Prowizoryczna kara np. 100 zł za każdy taki przypadek, byłaby wręcz zachętą do stosowania tego typu praktyk. Rzetelny Wykonawca, mający zamiar wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, winien uwzględniać aktualne wymagania prawne w tym zakresie, licząc się z konsekwencjami ich niedochowania.

Rzetelny wykonawca winien dysponować wymaganą dokumentacją pracowniczą szczególnie, że wymagania w tym zakresie funkcjonują już dłuższy okres czasu i wykonawcy nie spotykają się z tego typu wymaganiami po raz pierwszy.

Zatem zarzuty Pytającego w tym względzie są nieracjonalne. Podobne zapisy do umieszczonych w siwz znajdują się na oficjalnych publikatorach UZP w tym zakresie – od roku 2017 (sic).

Powoływanie się także na łacińskie *aequitas* (łac. *aequitas* – równość wobec prawa, słuszność, bezstronność) nie jest uprawnione, gdyż zawarty w siwz wymóg dotyczy każdego z wykonawców, którzy pozyskają zamówienie. Stawianie jedynie pozornych wymagań wobec wykonawców w tym zakresie niweczyłoby sens ustawy Pzp.

Powołanie się także na wyrok KIO 980/18 w przedmiotowym pytaniu jest niezasadne, gdyż po pierwsze wyrok dotyczy usług informatycznych, a po drugie KIO nie uwzględniła wszystkich zarzutów dotyczących kar umownych, a jedynie ich część (np. wysokość kary za godzinne opóźnienia w wys. 500 zł.).

Skoro jednak Pytający przywołał ww. rozstrzygnięcie, to na uwagę zasługuje część uzasadnienia Krajowej Izby Odwoławczej, w którym czytamy:

„Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze

- zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie*
- zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie*
- strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.*

Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty”. Dalej czytamy:

„W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP, do którego odwoływał się również wykonawca (...), w którym stwierdzono m. in.: „W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny.”

W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu

na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby **odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego**. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu.

Należy zwrócić uwagę Pytającego na fakt, iż kary umowne zawarte we wzorze umowy opierają się na sytuacjach wyłącznie zależnych od Wykonawcy np. terminowość odbioru odpadów, dokumentacja itp. te kwestie są znane już w momencie ogłoszenia niniejszego postępowania i trudno zgodzić się z Wykonawcą, że są nadmierne.

Dalej czytamy w cytowanym przez Pytającego wyroku KIO:

„Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem: [https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary umowne 2018.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf))”.

Z uwagi na jawność umów w sprawie zamówienia publicznego zawarte kary umowne w innych tego typu kontraktach są powszechnie znane i nie są kwestionowane. To Zamawiający z jednej strony pełnić będzie rolę nadzorującą wykonanie zamówienia, z drugiej strony musi okazać się rzetelnością wobec właścicieli nieruchomości, z których odbierane zostaną odpady komunalne, a którzy uiszczają stosowne opłaty w tym celu. To Zamawiający bierze na siebie ciężar reklamacji, wyjaśnień, pierwszych konfrontacji z właścicielami nieruchomości, o czym Pytający zapomniał.

Podsumowując: jeśli Pytający zamierza realizować nieterminowo przedmiot zamówienia (mimo, że sam ustala harmonogram (sic)) – do jego wyłącznej decyzji pozostanie wliczenie ewentualnych kar umownych w koszty kontraktu.

Pytanie nr 11:

Odnośnie do treści § 16 Załącznika nr 1A do SIWZ – Wzoru Umowy:

1. Wykonawca podnosi, że całkowicie dopuszczalne jest przewidzenie możliwości zmiany umowy w przypadku zmiany wysokości opłat za gospodarcze korzystanie ze środowiska naturalnego w kwestii składowania odpadów – albowiem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiskiem doktryny – wzrost takich opłat, oczywiście niezależny od wykonawcy i wynikający ze zmiany prawa i swobodnej woli ustawodawcy – stanowi uzasadniony przypadek kompensacyjny (albo nieraz wręcz, w zależności od okoliczności sprawy, przypadek nadzwyczajnej zmiany okoliczności) i zawsze w takim przypadku powinna być co do zasady dopuszczalna modyfikacja umowy (co nie wyklucza ustanowienia szczegółowych warunków takiej zmiany).

2. Wykonawca, z uwagi na obserwowaną w ostatnim czasie bardzo dużą, niezgodną z zasadami prawidłowej legislacji, nagłość dokonywania przez ustawodawcę, niemożliwych do przewidzenia z wyprzedzeniem, nowelizacji aktów prawnych dotyczących gospodarki odpadami – wnosi o uwzględnienie przez Zamawiającego możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania w następujących przypadkach zmian treści umowy koniecznych do wprowadzenia w wyniku zmiany obowiązujących przepisów prawa, w szczególności:
 1. zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawek opłat za przyjęcie odpadów w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. będącej wynikiem [m.in.](#) wzrostu stawek jednostkowych opłaty za umieszczenie odpadów na składowisku, wzrostu kosztów prowadzenia działalności w zakresie zagospodarowania odpadów spowodowanych nałożeniem przez przepisy prawa nowych lub zwiększonych obowiązków na podmioty prowadzące daną działalność, wzrostu kosztów robocizny spowodowane wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości innych ustawowo regulowanych świadczeń ze stosunku pracy;
 2. zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości innych opłat wynikających wprost z przepisów prawa, a mających istotny wpływ na koszty świadczenia usługi;
 3. zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany prawa powszechnie obowiązującego mającego wpływ na zasady odbierania i zagospodarowania odpadów.

Wykonawca wnosi również o przewidzenie przez Zamawiającego możliwości zmiany umowy w zakresie możliwości późniejszej modyfikacji wykazu instalacji, do których będą dostarczane przez wykonawcę odpady odebrane z terenu niniejszej gminy.

Wobec powyższego wykonawca wnosi o zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia we wskazany sposób – podnosząc również, iż w przypadku braku możliwości dokonania ww. zmian umowy – będzie to skłaniać wykonawców do w kalkulowania ryzyka wystąpienia takich (często nagłych, jak to wskazano powyżej, zmian) do ceny ofertowej, co w oczywisty sposób będzie prowadzić do wzrostu cen dla Zamawiającego.

Wykonawca podnosi również, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny, Zamawiający już obecnie powinni, na zasadzie *soft-law*, uwzględniać przy sporządzaniu i modyfikacji treści SIWZ, SOPZ i Wzoru Umowy oraz innych dokumentów postępowania – treść przepisów oczekującej na wejście w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* – która bardzo dużą wagę przykładą do przywrócenia zachwianej równowagi kontraktowej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (w tym ograniczenia nadmiernej, nieakceptowanej przez ustawodawcę, surowości kar umownych zastrzeganych przez Zamawiających oraz arbitralności postanowień umożliwiających Zamawiającym zakończenie stosunku umownego), jak również do zapewnienia możliwości szerokiej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego.

Odpowiedź na pyt. Nr 11:

Pytający kieruje pytanie nie dotyczące przedmiotowej siwz, gdyż okoliczności podane w pytaniu nie znajdują oparcia w treści dokumentacji przetargowej.

Zagospodarowanie znacznej części odpadów – a w zasadzie ich większości – nie wchodzi w zakres zamówienia. Trudno zatem, aby z tego tytułu Zamawiający w tym kontrakcie wprowadzał zapisy dotyczące renegotjacji cen zagospodarowania, skoro w innym postępowaniu wybrał instalację komunalną do zagospodarowania odpadów i nakazał do niej właśnie kierować odpady pochodzące z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podobnie jeśli chodzi o propozycje Pytającego dot. zmiany instalacji komunalnej, do której kierowane będą odpady pochodzące z realizacji kontraktu (sic). Skoro nie wybiera jej Wykonawca tylko jest ona konkretnie podmiotowo podana przez Zamawiającego, trudno w tym względzie zrozumieć sens pytania, jak tylko jego przekopiowanie z innego postępowania (!), dlatego w tym zakresie siwz pozostaje bez zmian.

Na marginesie Zamawiający dodaje, że dzieląc zamówienie osobno na zagospodarowanie i osobno na odbiór odpadów w pełni zabezpieczył Wykonawców przedmiotowego postępowania przed sytuacjami opisywanymi w pytaniu!

Zamawiający wnosi o zapoznanie się z dokumentacją postępowania, a kierowanie tego typu pytań wskazuje na zastosowanie powtórzeń z innych postępowań, co nie powinno mieć miejsca w przypadku rzetelnych wykonawców, dbających o rzetelne oszacowanie wartości zamówienia. Ponowne powoływanie się w tym punkcie na wysokość kar umownych jest co najmniej zastanawiające – a zdaniem Zamawiającego bezcelowe z uwagi na ewidentny brak odniesienia do zakresu siwz.

Prosimy o zapoznanie się z siwz w tym względzie, aby nie doszło do całkowitego wliczenia ceny zagospodarowania w cenę odbioru odpadów !

Pytanie nr 12:

Odnosnie do treści § 5 *Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych* nr IOD.2.15.2019 (stanowiącej załącznik do SIWZ) – wykonawca podnosi, że wzór tejże umowy powinien antycypować sytuację, w której wykonawca (co jest zjawiskiem powszechnym we współczesnym życiu gospodarczym) w drodze *outsourcingu* zleca podmiotom zewnętrznym świadczenie usług związanych z przetwarzaniem danych osobowych, takich jak na przykład: kancelariom prawnym, firmom windykacyjnym i zarządzającym wierzytelnościami, dostawcom usług teleinformatycznych, sprzętu technicznego, firmom kurierskim i pocztowym.

Niewystarczające jest w tym względzie postanowienie § 5 ust. 1, albowiem w sytuacji, w której Zamawiający odmówiłby wykonawcy zgody na podpowierzenie danych osobowych na rzecz ww. podmiotów – wykonawca utraciłby faktyczną możliwość prawidłowej realizacji usługi w całości lub w części (narażając się dodatkowo na zapłatę kar umownych), a sytuacji takiej nie da się pogodzić z zasadami słuszności.

Wykonawca podnosi, że wszędzie tam, gdzie domaga się zmiany treści danego dokumentu postępowania (np. SIWZ, OPZ, Formularza Oferty, Wzoru Umowy) – żądanie to należy również rozumieć jako postulujące odpowiednią zmianę treści wszystkich pozostałych dokumentów w niniejszym postępowaniu w niezbędnym zakresie.

Na zasadzie art. 38 ust. 3 pzp – wykonawca wnosi również, aby Zamawiający zwołał zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli gdziekolwiek w treści niniejszego pisma pojawi się nazwa innej gminy niż Zamawiającego, tj. Gminy Zator – wykonawca oświadcza, że wynika to z omyłki pisarskiej, a intencją wykonawcy jest i fragment ten należy zawsze rozumieć jako odnoszący się do Gminy Zator.

Odpowiedź na pyt. Nr 12:

Pytanie nie znajduje oparcia w treści siwz.

Pytający pomija całą treść § 5 *Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych* nr IOD.2.15.2019 (stanowiącej załącznik do SIWZ), gdzie wyraźnie wskazano przypadki, gdzie przewiduje się tzw. podpowierzenie tj. powierzenie danych osobowych objętych umową do dalszego przetwarzania podwykonawcom.

Pytający w pytaniu wspomina cytując: „w drodze *outsourcingu* zleca podmiotom zewnętrznym świadczenie usług związanych z przetwarzaniem danych osobowych, takich jak na przykład: kancelariom prawnym, firmom windykacyjnym i zarządzającym wierzytelnościami, dostawcom usług teleinformatycznych, sprzętu technicznego, firmom kurierskim i pocztowym.”

Zamawiający zwraca uwagę iż Wykonawca zawrze umowę z Gminą Zator - a nie z poszczególnymi właścicielami nieruchomości. Co w takim razie Pytający zamierza zlecić firmie windykacyjnej? Nie zapłacona faktura będzie windykowana względem Zamawiającego, którego wszystkie dane są jawne i powszechnie dostępne, podobnie jak umowa w sprawie zamówienia publicznego. Nie będą natomiast miały miejsca przypadki windykacji wobec poszczególnych właścicieli nieruchomości.

Inni planowani do *outsourcingu* przez Pytającego to:

- kancelarie prawne, firmy windykacyjne i zarządzający wierzytelnościami – odpowiedź - jak wyżej wyjaśniono,
- dostawcy usług teleinformatycznych – czemu ma służyć przekazanie danych osobowych z ww. kontraktu? Zamawiający w tym miejscu stanowczo stwierdza, że jeśli zamiarem Pytającego jest odsprzedaż firmom zewnętrznym danych adresowych właścicieli nieruchomości – jest to stanowczo zabronione i stanowić będzie rażąco naruszenie umowy w sprawie zamówienia publicznego !
- dostawcy sprzętu technicznego – dostawa sprzętu technicznego nie jest przedmiotem zamówienia !!!
- firmy kurierskie i pocztowe – umowę zawiera Zamawiający jakim jest gmina Zator, a nie poszczególni właściciele nieruchomości !

Zamawiający nie przewiduje zwołania zebrania wszystkich Wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Znaczna część pytań nie dotyczy zakresu niniejszej siwz, dlatego żądanie to jest bezcelowe i może doprowadzić do niepotrzebnego wydłużenia procedury przetargowej.

II.

Pozostałe zapisy siwz pozostają bez zmian. Niniejsze wyjaśnienia nie prowadzą do zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający informuje, iż w dniu 07.11.2019r. dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert na dzień 14.11.2019 r. godz. 08:00 (patrz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540239648-N-2019 z dnia 07-11-2019 r.)

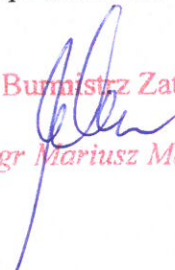
Informację niniejszą zamieszcza się na stronie internetowej Zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego w dniu 08.11.2019 r.

W załączeniu zmieniony załącznik nr 1 do oferty – formularz ofertowy wraz z kosztorysem ofertowym.

Umowa, która będzie podpisana z Wykonawcą wybranym do realizacji zamówienia, będzie uwzględniała wprowadzone niniejszym pismem zmiany.

Otrzymują:
1 x strona internetowa Zamawiającego,
1 x tablica ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego,
1 x a/a.

Z poważaniem

Burmistrz Zatora

mgr Mariusz Makuch