

Żary, dnia 17.05.2022 r.

## WSZYSCY WYKONAWCY

### WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego **pn. „Zagospodarowanie odpadów pochodzących z terenów obsługiwanych przez Przedsiębiorstwo Komunalne „PEKOM” S.A. w Żarach”, numer postępowania JG/4/2022**

- I. W związku z wnioskiem o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) działając na podstawie **art. 135 ust. 2 i 6** ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający **przekazuje treść zapytań i udziela następujących wyjaśnień:**

#### Pytanie nr 1

Zgodnie z zapisami projektu umowy termin płatności wynosić będzie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Mając na uwadze fakt, iż rozliczenie będzie następować w cyklach cotygodniowych Wykonawca zwraca się z prośbą o skrócenie terminu płatności do dni 14 od daty wystawienia faktury.

#### Odpowiedź:

Zamawiający nie przychylił się do prośby Wykonawcy.

#### Pytanie nr 2

Zgodnie z pkt 9 SWZ czas trwania umowy ma wynosić 12 miesięcy od daty jej podpisania. Mając na uwadze, iż rzeczywista realizacja umowy obejmie rok 2023 co do którego na dzień składania ofert nieznane są rzeczywiste koszty świadczenia usług (np. takich jak: koszty zakupu energii elektrycznej, paliw płynnych, koszty zagospodarowania frakcji palnej, podatki, opłaty lokalne, koszty osobowe, konieczność dokonywania modernizacji mających na celu spełnienie wymogów ustawowych oraz wiele innych). Mając na uwadze powyższe Wykonawca wnosi o rozszerzenie przesłanek umożliwiających zmianę wynagrodzenia. Wnosimy o rozszerzenie katalogu zmiany wynagrodzenia również o zmiany cen jednostkowych.

#### Odpowiedź:

Zamawiający nie przychylił się do prośby Wykonawcy.

#### Pytanie nr 3

Rozdział I pkt. 11 - na podstawie zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych wnosimy o zrezygnowanie z konieczności wniesienia wadium.

#### Odpowiedź:

Zamawiający nie przychylił się do prośby Wykonawcy.



#### Pytanie nr 4

W rozdziale III Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 20 znajduje się zapis:

„Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia zgodnego z wymogami ustawy o odpadach zagospodarowania odpadów w procesach odzysku i unieszkodliwiania oraz przetwarzania odpadów komunalnych w instalacji spełniającej standardy technologiczne, zapewniającej osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.

oraz w § 3 pkt 19 ppkt. a) projektu umowy, sformułowano analogiczne postanowienie:

„Wykonawca odpowiada za:

a) zapewnienie zgodnego z wymogami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach:

- zagospodarowania odpadów w procesach odzysku lub unieszkodliwiania oraz przetwarzania odpadów komunalnych w instalacji spełniającej standardy technologiczne, zapewniające osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, o których mowa art. 3 b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.

Powyższymi postanowieniami Zamawiający nakłada na wykonawcę świadczącego usługę zagospodarowania odpadów komunalnych, odpowiedzialności za osiągnięcie:

- 1) poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (art. 3b u.c.p.g.),
- 2) poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (art. 3c u.c.p.g.),

- do osiągnięcia, których zobowiązana jest gmina (jako jednostka samorządu terytorialnego) co wynika wprost z przepisów do których odsyłają ww. postanowienia dokumentów zamówienia.

Co istotne wykonawca świadczący usługę zagospodarowania odpadów komunalnych nie ma zasadniczo wpływu na osiągnięcie ww. współczynników (gdyby było odmiennie to operatorzy instalacji, a nie gminy oraz operatorzy odbierający odpady komunalne - *vide* art. 9g u.c.p.g., byli by zobowiązani ustawowo do osiągania określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania). W szczególności wykonawca nie ma żadnego wpływu na specyfikę morfologiczną przekazywanych do instalacji, odpadów (dostarczanego asortymentu odpadów jak również jakość przekazanych odpadów), które przekaze mu Zamawiający w celu ich zagospodarowania, a nadto w dokumentach zamówienia:

- 1) nie ustanowiono żadnych mechanizmów pozwalających wykonawcy na odmowę przyjęcia odpadów komunalnych, ze względu na niemożliwość osiągnięcia ww. wymogów sformułowanych w dokumentach zamówienia,
- 2) dostosowania ceny do zabrudzeń odpadów, które mają wpływ na zagospodarowanie odpadów,
- 3) dostosowania ceny realizacji usługi do zmiennej ilości gmin z których pochodzą odpady komunalne.

Co równie ważne w kontekście ustanowionych przez Zamawiającego wymogów:

- 1) ustawowo określonym adresatem wymogów o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. jest gmina jako jednostka samorządu terytorialnego, a więc ani Zamawiający ani tym bardziej wykonawca. Wykonawca jako jeden z podmiotów systemu gospodarowania odpadami nie ma żadnego wpływu na ilości odpadów przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi w odniesieniu do odpadów odbieranych czy zbieranych przez innych



- „uczestników” systemu gospodarowania odpadami (podmioty zbierające czy PSZOK). Dokonana nowelizacja rozporządzenia dot. wskaźników o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. wskazuje, że im większa jest ilość wytworzonych odpadów komunalnych tym trudniej będzie osiągnąć wymagane treścią Rozporządzenia poziomy. Wykonawca nie ma zatem żadnego wpływu na ilości ww. odpadów. Ustawodawca mianem odpadów wytworzonych określa bowiem wszystkie strumienie komunalne, które mogą zostać wytworzone na terenie gminy, nawet te nieobjęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Niestety, nawet te grupy wytworzonych odpadów będą miały wpływ na ewentualne osiągnięcie poziomów przez gminę, głównie z uwagi na świadczenie usług przez inne podmioty wpisane do rejestru działalności regulowanej zobowiązane do sprawozdawczości na podstawie, której gmina przygotowuje swoje sprawozdanie. Mowa tu o podmiotach wskazanych w ust. 5 Rozporządzenia w sprawie obliczania poziomów recyklingu: w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne: 1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne,
- 2) Zamawiający nie zobowiązał się do przekazywania wykonawcy wszystkich kategorii odbieranych przez siebie odpadów, jak również całego strumienia odpadów, co może znacznie negatywnie wpływać na osiągnięcie współczynników o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g.,
  - 3) Zamawiający wskazał jedynie szacunkowe ilości odpadów komunalnych, które prześle wykonawcy, co może znacznie negatywnie wpływać na osiągnięcie współczynników o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g.,
  - 4) zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje „usługi polegające na zagospodarowaniu określonych (...) rodzajów odpadów pochodzących z terenów obsługiwanych przez Przedsiębiorstwo Komunalne „PEKOM” S.A oraz zbieranych w ramach PSZOK-ów”. Mając na względzie, iż poziomy o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. w sposób nierozzerwalny związane są z konkretnymi gminami na terenie których nastąpiło wytworzenie i odebranie odpadów komunalnych, nie jest możliwe ustalenie przez wykonawcę zakresu odpowiedzialności jaką ma przejąć, składając ofertę. Dokumenty zamówienia nie określają zamkniętego katalogu gmin, z których będą pochodzić odpady komunalne przekazywane w toku realizacji zamówienia w celu ich zagospodarowania. W konsekwencji wykonawca, nie wie ani względem ilu gmin obliczany ma być współczynnik o którym mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g., jak również nie wie jaka jest specyfika tychże gmin, w kontekście składu morfologicznego odpadów, ich specyfiki czy też dotychczasowego osiągania poziomów o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. Co również istotne Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do swobodnej modyfikacji gmin, z których będą pochodzić odpady (skoro zamówienie obejmuje przyjmowanie odpadów komunalnych „z terenów obsługiwanych przez Przedsiębiorstwo Komunalne „PEKOM” S.A”), jak również kategorii nieruchomości z których będą one pochodziły, a także tego czy będą one pochodziły z nieruchomości czy z PSZOK,
  - 5) zakres temporalny obowiązywania umowy został określony na „12 miesięcy od dnia podpisania umowy” co czyni ww. wymogi nieadekwatnymi w wymiarze czasowym i niepowiązanymi z realizacją zamówienia przez wykonawcę. Współczynniki wynikające z art. 3b i 3c u.c.p.g. weryfikowane są w okresie roku kalendarzowego (np. 2022 r. / 2023 r.). Mając na względzie przewidywany okres rozpoczęcia realizacji zamówienia, wykonawca będzie odpowiadał, nie tylko za działania gmin oraz operatora odbierającego odpady (zamawiającego) a także prowadzącego PSZOK / PSZOKi, ale również za działania innych operatorów zagospodarowujących odpady komunalne (drugiej połowie 2023 r.).

Powyższe udaremnia przyjęcie, że od wykonawcy, czy też od wykorzystywanego przez niego zasobu technicznego czy technologicznego uzależnione jest osiągnięcie celów wskazanych w dokumentach zamówienia, czy też, że zostały one określone adekwatnie i proporcjonalnie, jak również w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a nadto w sposób umożliwiający prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej (co samoistnie stanowi błąd dokumentacji - *vide* wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2021 r., KIO 2864/21, KIO 2872/21).

Mając na względzie powyżej wskazane okoliczności, wątpliwości nie budzi, że ww. postanowienia dokumentów zamówienia, naruszają:



- 1) wymóg proporcjonalności o którym mowa w art. 16 pkt 3 P.z.p.
- 2) zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 P.z.p.,
- 3) wymóg opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 P.z.p.),
- 4) art. 433 pkt 3 P.z.p., poprzez ustanowienie abuzywnych postanowień umowy, ze względu na nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jak wskazał UZP w swoim komentarzu do P.z.p. *„zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu, lub są marginalne z punktu widzenia prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.”*. Powyżej zacytowane postanowienia dokumentów zamówienia, należy ocenić analogicznie jak uczyniła to Izba w wyroku z dnia 10 grudnia 2021 r., KIO 2864/21, KIO 2872/21, przyjmując, że *„Powyższy wymóg, nakłada na wykonawcę obowiązek ujęcia w cenie oferty, m.in. ryzyk wynikających z okoliczności niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy, również i tych, których wystąpienie nie jest zależne od wykonawcy, a leży wyłącznie po stronie Zamawiającego. (...). Takie ukształtowanie postanowień umowy świadczy wprost o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP, ponieważ wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.”*

Mając na uwadze powyższe wnosimy o wykreślenie w całości przywołanych postanowień OPZ i wzoru umowy, a jeżeli zamiarem Zamawiającego było (na co wskazuje posłużenie się zwrotem *„instalacji spełniającej standardy technologiczne”*) ustanowienie wymogów technicznych i technologicznych wpływających na efektywność procesu zagospodarowania odpadów, wykonawca wnosi o bezpośrednie uregulowanie stosownych, niedyskryminacyjnych i adekwatnych wymogów technologicznych w treści dokumentów zamówienia.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie przychyła się do prośby Wykonawcy.

#### **Pytanie nr 5**

W rozdziale III Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt. 16 oraz w projekcie umowy § 3 pkt 13 Zamawiający w ramach dokumentowania usługi zagospodarowania odpadów zobowiązuje Wykonawcę do potwierdzenia każdorazowo faktu przyjęcia odpadów kwitem wagowym. Uprzejmie prosimy o wykreślenie konieczności drukowania każdorazowo po ważeniu kwitu wagowego. Potwierdzanie wagi w systemie BDO widocznym przez Zamawiającego jest wystarczającym dowodem ważenia. Ponadto Zamawiający oczekuje zestawienia zbiorczego wag dostarczonych odpadów w okresie rozliczeniowym. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Wykonawcy zasadnym jest wykreślenie zapisu nakazującego konieczność drukowania kwitów każdorazowo po dostawie odpadów.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie przychyła się do prośby Wykonawcy.

#### **Pytanie nr 6**

*„Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego.”*



Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, jakie podmioty trzecie upoważni Zamawiający do kontroli?

**Odpowiedź:**

Zamawiający zmienia zapis § 5 ust. 1 projektu umowy poprzez wykreślenie zdania: "Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego".

- I. Działając w trybie **art. 137 ust. 1** ustawy Pzp, w związku z odpowiedzią na pytanie nr 6, Zamawiający dokonuje **zmiany treści SWZ** w zakresie Rozdziału IV tj. Projektu umowy poprzez wykreślenie zdania: "Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego".  
§ 5 ust. 1 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

*"Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą".*

- II. Niniejsze pismo stanowi załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia i jest jej integralną częścią. Zmiany treści SWZ wprowadzone niniejszym pismem są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego postępowania. Pozostałe zapisy SWZ nie ulegają zmianie.

PREZES ZARZĄDU  
  
Diana Niekłwiecka