

Lubin, dnia 29.08.2017 r.

Ldz. RZP/7049/2017

Wyjaśnienia do SIWZ

Dotyczy: SIWZ – ZP6/2017 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Lubin

W związku z przesłaniem zapytań, dotyczących treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 **Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych** (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) - **tekst jednolity** wyjaśnia, co następuje:

PYTANIE 1:

W zakresie § 3 ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ, *Czy w/w postanowienie umowne należy rozumieć w ten sposób, iż dopuszczalny jest udział podwykonawcy co do realizacji dowolnego fragmentu zamówienia, nawet jeżeli podwykonawca zostanie wskazany po rozstrzygnięciu przetargu?*

§ 3 ust. 1 w zakresie granic posługiwania się podwykonawcą odsyła do części II. D JEDZ (załącznika nr 2 do SIWZ), jednak część do której Wykonawca jest odsyłany dotyczy podania podwykonawców, o ile są oni wiadomi a contrario jeżeli nie są oni wiadomi nie istnieje konieczność ich wskazywania. W części II. D JEDZ nie wskazuje się ponadto przedmiotu (granic) umowy z podwykonawcą.

ODPOWIEDŹ:

Postanowienia SIWZ nie wykluczają udziału w realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców również w przypadku niewskazania w postępowaniu o udzielenie



PRZEDSIĘBIORSTWO
FAIR PLAY



POLSKIE CENTRUM
CERTYFIKACJI
CERTYFIKAT
ISO 27001



POLSKIE CENTRUM
CERTYFIKACJI
CERTYFIKAT
ISO 9001
ISO 14001



PCA
AC 903
CNC: EPS

zamówienia jakiegokolwiek jego części przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa. Inaczej rzecz ujmując, Wykonawca realizując przedmiot zamówienia po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego ma prawo wskazać innych podwykonawców w stosunku do tych wskazanych w JEDZ jak również ma prawo wykonać zamówienia przy pomocy podwykonawców, pomimo braku wyrażonego w JEDZ zamiaru realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców. Inaczej rzecz ujmując, na warunkach określonych w § 3 ust. 2 Projektu Umowy i w zależności od okoliczności przy uwzględnieniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych (np. art. 36b ust. 2) dopuszczalny jest udział podwykonawcy wskazanego dopiero po rozstrzygnięciu przetargu.

PYTANIE 2:

w zakresie § 4 ust. 5 pkt 6 załącznika nr 6 do SIWZ, *Czy w/w postanowienie umowne należy rozumieć w ten sposób, iż dotyczy ono roszczenia regresowego Zamawiającego względem Wykonawcy, czy też stanowi on próbę przerzucenia bezpośredniej odpowiedzialności na Wykonawcę za roszczenia osób trzecich ?*

Na gruncie prawa cywilnego, niedopuszczalne jest, w drodze dwustronnej czynności prawnej, ograniczanie ustawowych uprawnień osób trzecich. Na podstawie tak sformułowanego zapisu Zamawiający nie mógłby odeprzeć ewentualnych roszczeń osób trzecich, o ile podstawą jego odpowiedzialności byłby przepis rangi ustawowej.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wyjaśnia, że § 4 ust. 5 pkt 6 Załącznika nr 6 do SIWZ ma charakter gwarancyjny i nie zmienia zakresu odpowiedzialności Wykonawcy, jaka obciąża go na mocy przepisów Kodeksu cywilnego. Intencją tego postanowienia jest podkreślenie, że Zamawiającego nie obciąża odpowiedzialność wobec osób trzecich z tytułu szkód wywołanych działaniami lub zaniechaniami Wykonawcy, a wyłącznie odpowiedzialnym z tego tytułu jest Wykonawca. Inaczej rzecz ujmując, przedmiotowe postanowienie Projektu Umowy nie kreuje bezpośrednich roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy, ale zastrzega, że Zamawiający

udzielając Wykonawcy zamówienia nie ponosi odpowiedzialności za szkody, jakie wywołać może Wykonawca realizując przedmiot zamówienia. Tym samym postanowienie to nie obciąża dodatkową odpowiedzialnością Wykonawcy (ponosiłby ją również wówczas, gdyby tego postanowienia nie było), ale stanowi dla Zamawiającego zabezpieczenie przed roszczeniami podmiotów trzecich, którzy w następstwie zachowań Wykonawcy stanowiących wykonywanie przedmiotu zamówienia doznają szkody i skierują swoje roszczenia nie do Wykonawcy, ale do Zamawiającego. Poza zakresem tego postanowienia pozostaje zaś ewentualna odpowiedzialność Wykonawcy za szkody wyrządzone Zamawiającemu. Postanowienie to nie modyfikuje więc ustawowo określonego zakresu odpowiedzialności tak Wykonawcy jak i Zamawiającego.

PYTANIE 3:

w zakresie § 4 ust. 5 pkt 7 zd. 2 załącznika nr 6 do SIWZ, *Czy Zamawiający gotów byłby zmienić SIWZ i wykreślić zdanie drugie § 4 ust. 5 pkt 7 załącznika nr 6 do SIWZ ?*

Obowiązek stałego monitorowania postępowania likwidacyjnego i informowania Zamawiającego o stanie sprawy, co 14 dni jest nieracjonalny, a dodatkowo pracochłonny. Nie poprawia, też w żaden sposób sytuacji prawnej Zamawiającego. W przypadku, bowiem odpowiedzialności Wykonawcy za szkody powstałe z jego winy wobec osób trzecich, jest to sprawa między Wykonawcą, a osobą trzecią (Zamawiający nie jest stroną stosunku *ex delicto*). W przypadku skierowania roszczenia bezpośrednio wobec Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do pokrycia poniesionych kosztów (*ex contractu*) jeśli powstały w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem (zawinionym) umowy przez Wykonawcę. W takim jednak przypadku Zamawiający jest stroną postępowania likwidacyjnego, i na bieżąco jest informowany o przebiegu procesu likwidacji szkody.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Jednocześnie wyjaśnia się, że postanowienie to ma istotny związek z charakterem i celem przedmiotowego zamówienia. Otóż beneficjentami przedmiotowego zamówienia są właściciele i użytkownicy obsługiwanych nieruchomości, a dodatkowo realizacja przedmiotu zamówienia oddziaływać może na innych mieszkańców Gminy Miejskiej Lubin. Dodatkowo zaś obie grupy podmiotów bezpośrednio lub pośrednio ponosząc koszty opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, finansują realizację przedmiotowego zamówienia. Nadto na podstawie doświadczeń związanych z realizacją w przeszłości podobnych zamówień Zamawiający dysponuje uzasadnionym przekonaniem, że użytkownicy i mieszkańcy nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Lubin zwracać się będą również do Zamawiającego w sprawach związanych ze szkodami powstałymi w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia. Mając więc na względzie zarówno wymiar społeczny realizowanego zamówienia oraz konieczność dysponowania względnie bieżącymi i miarodajnymi informacjami na temat likwidacji ewentualnych szkód, Zamawiający pozostaje na stanowisku, że przedmiotowe postanowienia są uzasadnione, zaś sprawa likwidacji szkód osób trzecich wywołanych realizacją zamówienia nie jest ze wskazanych powodów obojętna dla Zamawiającego.

PYTANIE 4:

w zakresie § 4 ust. 5 pkt 11 załącznika nr 6 do SIWZ, *Jak należy rozumieć pojęcie „wszelkich”?*

Czy dotyczy ono wymiany sprzętu jako całości, czy również podzespołów i części zamiennych w sprzęcie? Czy należy zawiadamiać o zmianach zarówno istotnych czy również nieistotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia? Czy zmiana na sprzęt lepszy/ lub wynajem sprzętu zastępczego o porównywalnych parametrach (w przypadku awarii) również pociąga obowiązek zawiadomienia? Doprecyzowanie jest istotne z uwagi na kary umowne przewidziane w § 27 ust. 2 pkt 1 załącznika nr 6 do SIWZ.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wyjaśnia, że postanowienie § 4 ust. 5 pkt 11 Załącznika nr 6 do SIWZ dotyczy wyłącznie zmian w zakresie egzemplarzy sprzętu zadeklarowanego do realizacji przedmiotu zamówienia i nie obejmuje przypadków wymiany podzespołów lub części zamiennych w tymże sprzęcie. Natomiast obowiązki Wykonawcy rozciągają się na przypadki wymiany zadeklarowanego do realizacji przedmiotu zamówienia sprzętu na inny lub wprowadzenia nowych egzemplarzy sprzętu, choćby użycie tego sprzętu miało charakter tymczasowy. Jednocześnie wskazuje się, że na mocy postanowień SIWZ obowiązki Wykonawcy w zakresie deklarowania sprzętu i zmian w tym zakresie ograniczają się do pojazdów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych.

PYTANIE 5:

w zakresie § 5 załącznika nr 6 do SIWZ, Czy Zamawiający gotów jest wydłużyć terminy przewidziane w w/w postanowieniu z 2 dni roboczych do 7 dni roboczych ewentualnie skrócić do 2 dni roboczych terminy z § 6 ust. 2 załącznika nr 6 do SIWZ?

Zdaniem Spółki ze względu na równowagę stron umowy należałoby wprowadzić równe terminy dla obu stron umowy.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian, jednocześnie wskazując, że charakter i cel przedmiotowego zamówienia uzasadniają związanie Wykonawcy terminami określonymi w § 5 Załącznika nr 6 do SIWZ. Zważywszy z kolei na odmienną rolę Zamawiającego i Wykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia nie jest celowym wprowadzanie takich samych terminów w odniesieniu do odmiennych obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy. Taki sposób ukształtowania obowiązków Wykonawcy i Zamawiającego nie grozi naruszeniem równowagi, a motywowany był przede wszystkim zapewnieniem

sprawnego i prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia, za którego realizację odpowiada przede wszystkim Zamawiający. W związku z powyższym Zamawiający ma pełne prawo określić czasy reakcji Wykonawcy w sposób określony w § 5.

PYTANIE 6:

w zakresie § 11 załącznika nr 6 do SIWZ:

- a) ust. 2 zd. 2 oraz ust. 9 zd. 3, *Czy zamawiający zgodzi się wprowadzić zapis racjonalizujący związanie Wykonawcy poprawkami Zamawiającego - w postaci wprowadzenia obowiązku pisemnego uzasadnienia wprowadzanych poprawek oraz zakazu wprowadzania zmian, które powodowałyby nieracjonalne zwiększenie kosztów po stronie Wykonawcy ?*
- b) ust. 10, *Czy ust. 10 należy rozumieć w ten sposób, iż nawet w wyjątkowej nie przewidzianej sytuacji wskazanej w ust. 9 tj. zwiększenia liczby odpadów na terenie gminy, powodującej konieczność zmiany harmonogramu i jednocześnie wzrost kosztów Wykonawcy, dodatkowe wynagrodzenie nie przysługuje Wykonawcy ?*

W ocenie Spółki takie zapisy mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej na rynku przez Zamawiającego (art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), a dodatkowo stoją w sprzeczności z regulacją ustawową o charakterze *ius cogens* tj. art. 357¹ k.c.

ODPOWIEDŹ:

a) Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian, jednocześnie wskazując, że harmonogram odbioru odpadów jest jedynie techniczno-organizacyjnym sposobem określenia tego, jak ma być wykonywany przedmiot zamówienia w konkretnym okresie. Natomiast cel i charakter zamówienia wynikający z SIWZ oraz z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uzasadnia prawo Zamawiającego do oddziaływania na przebieg realizacji zamówienia. Dodatkowo podnosi się, że harmonogram odbioru odpadów stanowi

konkretyzację obowiązków Wykonawcy wynikających z innych postanowień SIWZ, w tym projektu Umowy, co oznacza, że oddziaływanie Zamawiającego na treść harmonogramu może odbywać się jedynie w ramach obowiązków określonych Projektem Umowy. Z tego powodu przedmiotowe uprawnienie Zamawiającego nie może być poczytywane jako nakładanie na Wykonawcę obowiązków wcześniej umową nieprzewidzianych.

b) W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że z postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że Wykonawca przystępujący do postępowania w zakresie udzielenia przedmiotowego zamówienia winien mieć na uwadze, że ze względu na określone w SIWZ okoliczności prawne i faktyczne może zaistnieć konieczność zmiany harmonogramu odbioru odpadów komunalnych. Podnieść trzeba, że nie są to okoliczności uzależnione od swobodnego uznania Zamawiającego, ale takie, które muszą znaleźć uzasadnienie faktyczne min. w postaci zwiększenia ilości powstających na terenie Gminy Miejskiej Lubin odpadów lub zmianach w przepisach prawa determinujących zmianę sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia. Podnieść przy tym należy, że są to okoliczności wskazywane z góry przez Zamawiającego, a więc Wykonawca winien mieć je na uwadze. Sposób ukształtowania przedmiotowego uprawnienia Zamawiającego nie stanowi zatem ani zagrożenia dla pozycji Wykonawcy ani nie narusza treści art. 357¹ Kodeksu cywilnego, którego zastosowania wykluczyć nie można.

Mając na względzie powyższe, a przede wszystkim zakres obowiązków Wykonawcy oraz jednocześnie wskazanie w SIWZ, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia może dochodzić do zmiany w zakresie częstotliwości odbierania odpadów komunalnych lub zmian w zakresie technicznych aspektów wykonywania przedmiotu zamówienia (np. zmiana dni, w których odbierane będą odpady), Wykonawca przygotowując ofertę winien brać pod uwagę wszystkie te okoliczności, mając na względzie, że ewentualne zmiany w tym zakresie nie spowodują ani zwiększenia ani zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy.

Nadto wskazuje się, że miesięczne wynagrodzenie wypłacane Wykonawcy będzie pochodną ilości odebranych i przekazanych do zagospodarowania

odpadów komunalnych, a co za tym idzie podnoszone w pytaniu przypadku, w których zwiększy się ilość odbieranych przez Wykonawcę odpadów nie będzie oddziaływać na rachunek ekonomiczny realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający podnosi, że postanowienia SIWZ nie wykluczają zastosowania art. 357¹ Kodeksu cywilnego, o ile tylko zajdą okoliczności w nim wskazane.

Wobec powyższego Zamawiający wskazuje, że nie przewiduje, aby w toku realizacji zamówienia mogło dochodzić do arbitralnych i nie wynikających z umowy zmian sposobu wykonywania zamówienia, oddziałujących negatywnie na pozycję Wykonawcy. Natomiast charakterystyka zakresu obowiązków Zamawiającego zawarta w SIWZ stanowi wystarczającą podstawę do skalkulowania racjonalnie i ekonomicznie uzasadnionej oferty.

PYTANIE 7:

w zakresie § 12 ust. 1 pkt 10 załącznika nr 6 do SIWZ, *Czy Zamawiający zgodzi się dopisać do w/w postanowienia zastrzeżenie, o braku obowiązku wykonywania usługi w przypadku, gdy warunki atmosferyczne zagrażają bezpieczeństwu osób i mienia Wykonawcy ?*

Jest to istotne z uwagi na kary umowne przewidziane w § 27 ust. 2 pkt 1 załącznika nr 6 do SIWZ.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian, jednocześnie podnosząc, że w przypadku wystąpienia okoliczności o cechach siły wyższej przepisy prawa powszechnie obowiązującego stanowią dla Wykonawcy wystarczające zabezpieczenie jego interesów, a co za tym idzie nie ma potrzeby wprowadzania w tym zakresie dodatkowych postanowień umownych.

PYTANIE 8:

w zakresie § 16 ust. 1 zd. 2 załącznika nr 6 do SIWZ, Czy zdanie drugie § 16 ust. 2 należy rozumieć w ten sposób, że w miesiącu kwietniu nie ma obowiązku dezynfekcji pojemników ?

Kwiecień nie został ujęty jako miesiąc wiosenno-letni, a zatem pojemniki podlegają dezynfekcji raz na kwartał, w II kwartale pojemniki zostaną jednak zdezynfekowane co najmniej 2-krotnie w maju i czerwcu.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wyjaśnia, że w świetle postanowień SIWZ Zamawiający w miesiącu kwietniu nie ma obowiązku dezynfekcji pojemników.

PYTANIE 9:

w zakresie § 22:

- a) ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ, Czy w/w postanowienie należy rozumieć w ten sposób, iż Zamawiający żąda kopii sprawozdania, które Wykonawca na mocy przepisu rangi ustawowej tj. art. 9n ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz.U.2017.1289 t.j.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zobowiązany jest przekazać **bezpośrednio** Prezydentowi Lubina ?

Żądanie, takie jest bezcelowe w sytuacji, gdy Wykonawca odbiera odpady również na podstawie innych umów niż niniejsza. Sprawozdanie, o którym mowa w art. 9n u.o.p.c.g. nie czyni rozróżnienia na odpady odebrane w wyniku realizacji konkretnych umów ale jest informacją zbiorczą co do odpadów odebranych na podstawie wszystkich umów. Zamawiający nie nabędzie zatem w wyniku otrzymania kopii takiego sprawozdania, żadnych istotnych dla siebie informacji. Zamawiający na podstawie dwustronnego zapisu w umowie nie może zmienić obowiązku rangi ustawowej w zakresie przekazywania sprawozdania bezpośrednio Prezydentowi Lubina.

- b) ust. 2 załącznika nr 6 do SIWZ, Czy w/w postanowienie należy rozumieć w ten sposób, iż w ramach umowy Wykonawca ma przygotować **ZA PREZYDENTA LUBINA** sprawozdanie, o którym mowa w art. 9q ust. 1 ustawy z dnia 13

września 1996 r. (Dz.U.2017.1289 t.j.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach?

Zgodnie z art. 9q u.o.p.c.g. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany do sporządzania rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi. Jest to ustawowy obowiązek Prezydenta Miasta i Wykonawca nie może go zrealizować za niego, na podstawie umowy cywilnoprawnej.

- c) ust. 3 załącznika nr 6 do SIWZ, *Z jakiego przepisu rangi ustawowej wynika uprawnienie Zamawiającego do ingerencji w treść sprawozdań o których mowa w art. 9n i 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz.U.2017.1289 t.j.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a nawet prawo zgłaszania wiążących Wykonawcę poprawek ?*

Sprawozdania, o których mowa wynikają z przepisów prawa, ich niezbędne elementy zostały wskazane w ustawie. Informacje w nich zawarte muszą opierać się na faktach. Wykonawca ponosi odpowiedzialność finansową art. 9x ust. 1 pkt 4-5 u.o.p.c.g. za terminowość i rzetelność przekazanych sprawozdań. Nie odpowiedzialnym byłoby przyznanie prawa do ingerencji w treść takiego sprawozdania podmiotom trzecim (Zamawiającemu), zwłaszcza nie dysponującym kompletem niezbędnych informacji.

ODPOWIEDŹ:

- a) Zamawiający wyjaśnia, że nie żąda od Wykonawcy kopii sprawozdań, które ten obowiązany jest złożyć na podstawie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ale oczekuje, aby Wykonawca złożył Zamawiającemu sprawozdanie przy użyciu odpowiedniego wzoru określonego Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 17 czerwca 2016 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych i zebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi **i tylko wyłącznie** - na co jednoznacznie wskazują postanowienia Projektu Umowy - w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (np. § 22 ust. 1 in fine). Poza zakresem zainteresowania Zamawiającego pozostają, zatem sprawozdania

składane przez Wykonawcę w związku z realizacją jego ustawowych obowiązków oraz odpady odbierane w związku z realizacją innych umów. Inaczej rzecz ujmując, obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie Zamawiającemu sprawozdań według i przy użyciu wzorów wskazanych przez Zamawiającego i tylko przy uwzględnieniu danych związanych z wykonywaniem przedmiotu tego konkretnego zamówienia. Zamawiający podkreśla przy tym, że wykorzystanie wzoru określonego w/w rozporządzeniem ma charakter techniczny i miało na celu ułatwienie Wykonawcy wykonanie jego obowiązków.

b) Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia sprawozdania za Prezydenta Lubina, ale jedynie według wzoru sprawozdania rocznego i tylko w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Przedmiotowy obowiązek jest obowiązkiem wyłącznie umownym obejmującym relację Zamawiający - Wykonawca i nie ma na celu powierzenia Wykonawcy realizacji obowiązków Prezydenta Lubina w zakresie sporządzania i składania sprawozdań, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W pozostałym zakresie adekwatne pozostają wyjaśnienia sformułowane odnośnie pytania nr 9a.

c) Zważywszy na treść odpowiedzi na pytania 9a i 9b oraz prywatno-prawny charakter relacji związanej ze składaniem sprawozdań wyłączną podstawą uprawnień Zamawiającego w przedmiotowym zakresie są postanowienia Projektu Umowy, a Zamawiający nie ma zamiaru ingerowania w treść sprawozdań składanych przez Wykonawcę właściwym organom w związku z wykonywaniem ustawowych obowiązków Wykonawcy. Podsumowując, przywoływane w pytaniu uprawnienia Zamawiającego dotyczą jedynie sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Wykonawcę na podstawie Projektu Umowy i zakresie objętym jej realizacją. W pozostałym zakresie adekwatność zachowują wyjaśnienia sformułowane odnośnie pytania nr 9a i 9b.

PYTANIE 10:

w zakresie § 27 ust. 2:

- a) pkt 5 i pkt 6 załącznika nr 6 do SIWZ, Czy Zamawiający rozważy usunięcie w/w postanowień w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wskazanych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych, jako sprzecznych z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz zasadami współżycia społecznego ?

Osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i odzysku jest uzależnione od dokonywania przez samych mieszkańców segregacji odpadów oraz możliwości eksploatacyjnych i organizacyjnych regionalnych instalacji do ich przetwarzania, gdzie dokonuje się właściwej selekcji i odzysku poszczególnych frakcji surowców. Wykonawca ma jedynie częściowy wpływ na osiągnięcie odpowiednich poziomów. **Wpływ ten ogranicza się do odbierania odpadów zebranych przez właścicieli nieruchomości w sposób selektywny, a także podejmowania działań zachęcających ich do selektywnego zbierania odpadów, np. dostarczania pojemników lub worków.** W zakresie rzeczywistego wpływu Wykonawcy na osiągnięcie poziomów, Zamawiając przewidział już kary umowne dyscyplinujące wykonawcę np. § 27 ust. 2 pkt. 1-4 załącznika nr 6 do SIWZ. Na podstawie pkt. 5 i 6 Wykonawca będzie karany również wówczas gdy dopełnił nawet najwyższej staranności lecz z winy mieszkańców gminy i/lub przez zaniechanie przez gminę obowiązków edukacyjnych i/lub w wyniku brak możliwości recyklingu przez lokalne instalacje odzysku, nie uda się osiągnąć wymaganych poziomów. Na marginesie należy zaznaczyć, iż orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczające możliwości obciążenia Wykonawcy karami za brak osiągniętych w/w współczynników, straciły z dniem 01.01.2017 r. tj. wraz z uchYLENIEM art. 6g u.o.p.c.g., aktualność. **W chwili obecnej nakładanie kar umownych za zaistnienie okoliczności, za które Wykonawca ma jedynie częściowy wpływ (i to w sytuacji gdy ten częściowy wpływ został obwarowany już odpowiednimi karami umownymi) należy uznać za rażąco sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz zasadami współżycia społecznego.** W szczególności w/w postanowienia umowne sprzeczne są z art. 5 k.c., art. 58 § 2 k.c. oraz art.

353¹ k.c. Dodatkowo zapis może być uznany za nadużycie pozycji dominującej na rynku lokalnym (art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów).

b) pkt 8 i pkt 9 załącznika nr 6 do SIWZ, *Czy Zamawiający rozważy wprowadzenie analogicznego zapisu jak w/w postanowienia umowne – w zakresie przyznania Wykonawcy kar umownych od Zamawiającego, w analogicznej wysokości za:*

- odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego ?

- odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn za które nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca ?

Z braku analogicznych zapisów co do kar umownych zastrzeżonych od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, brak jest równowagi między kontrahentami. Zamawiający ma zdecydowanie silniejszą pozycję w ewentualnym sporze wynikłym na tle umowy. Ta silna pozycja jest wynikiem narzucenia kontrahentowi wzorca umowy, co może być przejawem nadużycia pozycji dominującej na rynku lokalnym (art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów).

ODPOWIEDŹ:

a) Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian, jednocześnie wskazując, że uchylene art. 6g nie zmienia faktu, że do przedmiotowego postępowania oraz zamówienia mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, co potwierdza wprowadzony z dniem 1 stycznia 2017 r. do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach art. 6c ust. 2a (w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) - **tekst jednolity** na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie

i zagospodarowanie takich odpadów). W tym kontekście orzecznictwo KIO aprobujące tego rodzaju kary umowne pozostaje w pełni aktualne a Zamawiający podziela argumentację w nim używaną.

b) Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian, jednocześnie wskazując, że w świetle funkcji zamówień publicznych kary umowne stanowią narzędzie zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia i z tego też powodu ich ukształtowanie nie opiera się na zasadzie ekwiwalencji. Z tych też to powodów kary umowne obciążają przede wszystkich wykonawców, stanowiąc gwarancję prawidłowego i efektywnego realizowania zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego taki sposób ukształtowania przedmiotowych kar umownych był z tego powodu niezbędny. Podkreślić trzeba również, że brak analogicznych kar umownych wobec Zamawiającego nie wyklucza w jakikolwiek sposób odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej Zamawiającego, a zastrzeżenie kar umownych nie daje Zamawiającemu większych uprawnień w przypadku ewentualnego sporu sądowego.

PROKURENT
MPWiK Sp. z o.o. w Lubinie
Tymoteusz Myrda