



Gmina Brzeźnica
ul. Krakowska 109, 34-114 Brzeźnica
tel.: +48 33 879 20 29, fax: +48 33 879 20 92
gmina@brzeznicza.pl, www.brzeznicza.pl

Brzeźnica, 16.10.2024 r.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

Dotyczy: „Świadczenie usługi odbioru u zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości położonych na terenie Gminy Brzeźnica”
znak postępowania ZP.271.326.2024

Zamawiający, Gmina Brzeźnica informuje, iż do w/w postępowania zostały złożone zapytania, działając na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz .U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający przekazuje pytania i udzielone odpowiedzi:

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisów w przedmiotowym postępowaniu w poniżej wskazanych kwestiach poprzez ich wykreślenie:

1. W zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i kar przewidzianych w zapisach: Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ): Załącznik nr 1 do Załącznika nr 10 tj. „Opis przedmiotu zamówienia” (OPZ) rozdział II pkt 3 a) ; Załącznik nr 10 do SWZ Projektowane postanowienia Umowy (PU) § 13 ust 1 lit d) i e) ; PU § 6 ust 4 i ust 5.

Zamawiający przewidział w PU (§ 13 ust 1 lit d) i s), nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych, za nieosiągnięcie przez tego Wykonawcę poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych na poziomie 55% w 2025 roku oraz 56% w roku 2026 pomimo, iż spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe i nie zależy tylko i wyłącznie od Wykonawcy. Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest fakt, że **Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania.**

Z doświadczeń wnoszącego wniosek wynika, że strumień ten jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problem (zupełnie niezależnym od potencjalnego wykonawcy, a więc przez niego nie zawinionym), który finalnie determinuje już na wstępie niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie 55% w 2025 roku oraz 56% w 2026 roku.

Osiągnięcie poziomów recyklingu – co pragniemy podkreślić - zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą Wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych

Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:

1) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury.

edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli - które wszystkie są zależne od gminy;

2) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. poz. 1530), przez którego zapisy recyklerzy zmuszeni są wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi;

3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów;

4) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.

5) brak „władztwa administracyjnego” i instrumentów ustawowych – przypisanych m.in. ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - Zamawiającemu

Mając na uwadze powyższe pragniemy zauważyć, iż możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników – w większości niezależnych od Wykonawcy – a w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, który w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia jest bardzo duży.

By zilustrować okoliczność powyższą należy przywołać dane cytowane przez Zamawiającego w OPZ, stosownie do których w planowanych do odbioru w latach 2025-2026 (OPZ rozdział II pkt 4 lit a) „tabela”):

- a) odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne – to 2 860 Mg, podczas gdy wszystkie pozostałe frakcje wskazane przez Zamawiającego w tym okresie to 2 440 Mg (czyli 46%).
- b) odpady zmieszane (20 03 01) przewidziane do odbioru we wskazanym okresie (2025-2026) stanowią więc 54,0% , natomiast wraz z pozostałymi odpadami nie podlegającymi recyklingowi stanowią 60,5% (3 206 Mg) wszystkich odpadów przewidywanych do odbioru.

Z doświadczenia Wykonawcy wynika, że ze zmieszanych odpadów komunalnych można „wysortować, a następnie poddać recyklingowi zaledwie kilka procent odpadów (poniżej 3-4 %), co ma kluczowe znaczenie dla ostatecznego wyniku osiągniętego „poziomu” wymaganego przez Zamawiającego. **Nawet bowiem gdyby przyjąć, iż Wykonawca „wysortowałby” z frakcji odpadów 20 03 01 więcej niż wskazano w zdaniu poprzednim np. 7% (a więc niemal dwa razy tyle, co jest niemożliwe) i tak nie osiągnąłby wartości wymaganej przez Zamawiającego, przez co zawsze narażony byłby na przeniesienie na niego kary, która nałożona zostanie na Gminę.**

Reasumując powyższe, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów



Gmina Brzeźnica
ul. Krakowska 109, 34-114 Brzeźnica
tel.: +48 33 879 20 29, fax: +48 33 879 20 92
gmina@brzeznicza.pl, www.brzeznicza.pl

komunalnych jest marginalny, przez co przy wartościach podanych w OPZ nie wpłynie on na wzrost „poziomu recyklingu” w stopniu pozwalającym osiągnięcie wartości oczekiwanych przez Gminę.

W konsekwencji – co nie budzi wątpliwości - poziomy recyklingu można osiągnąć zasadniczo z odpadów zbieranych selektywnie: **papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła**, bioodpadów - a ten strumień jest niewystarczający, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego (**łącznie ilość odpadów segregowanych** papier, szkło, tworzywa, BIO zgodnie z **podanymi przez Państwa w OPZ** to 1 454 Mg w za lata 2025-2026, **co stanowiło 27,4 %**. Wliczając w to również odpady wielkogabarytowe łączna ilość odpadów jakie można **poddać procesowi** odzysku, wynosi 2 094 Mg **co stanowi jedynie (maksymalnie) 39,5%** wszystkich odpadów komunalnych przeznaczonych przez Zamawiającego do odbioru w okresie Zamówienia (2025-2026) z terenu Gminy Brzeźnica.

Należy zwrócić uwagę, iż poddanie procesowi odzysku nie jest równoznaczne z uzyskaniem odzysku z uwagi na to iż każdy odpad segregowany odbierany od Mieszkańców posiada w swej morfologii nawet do kilkudziesięcioprocentowy udział „balastu” czyli rodzaju odpadów nie nadających się do recyklingu.

Nawet jednak gdyby przyjąć, iż odpady te są „niezanieczyszczone” to mamy zaledwie 39,5% odpadów, a gdyby dodać do nich wskazywane powyżej „wysortowane” 4% z odpadów „zmieszanych” (a więc wartość maksymalną), nadal otrzymujemy jedynie 43,5% przy oczekiwanych 55% w 2025 roku oraz 56% w roku 2026.

Kwestia kolejna – niezwykle istotna, której nie można pominąć – a powiązana ze zdaniem poprzednim to fakt, iż w roku 2025, zacznie obowiązywać w Polsce „system kaucyjny”, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj odpadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi.

W Gminie Brzeźnica frakcje te mają stanowić w latach 2025-2026 roku odpowiednio :

- a) 15 01 07 (szkło) = 472 Mg,
- b) 15 01 02/06 (tworzywa) = 602 Mg,

a więc łącznie 1 074 Mg z frakcji odpadów przeznaczonych do sortowania w celu osiągnięcia poziomów.

W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co niewątpliwie przyczyni się do popularności systemu „kaucyjnego”, ale i zmniejszy dostępność Wykonawców do ww. odpadów (zabraknie ich w workach segregowanych odbieranych od właścicieli nieruchomości w ramach prowadzonego

Zamówienia).

Tym samym na obecnym etapie należy przyjąć, że **Wykonawcy zostaną w znacznym stopniu pozbawieni dostępu do strumienia odpadów objętych systemem kaucyjnym, jak też pozbawieni możliwości zaliczenia tych odpadów do wymaganych poziomów recyklingu.**

Niewątpliwie taki stan rzeczy utrudni jeszcze bardziej osiągnięcie im tych poziomów.

Wykonawca pragnie także podkreślić, iż – stosownie do postanowień ustawy o utrzymanie czystości i porządku w Gminach - **co do zasady prerogatywy w obszarze kontrolowania mieszkańców Gminy i zasad przestrzegania przepisów w obszarze „selektywnego” zbierania odpadów obciążają Zamawiającego.** Podobnie **to Gmina zobligowana jest do przeprowadzania akcji edukacyjnych, planowania i zarządzania systemem odbioru i zagospodarowania odpadów, ona również wydaje stosowne akty prawa miejscowego** (regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy). **Zamawiający sprawuje wreszcie kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.), co w sposób efektywny może przełożyć się na zwiększenie poziomu odpadów odbieranych „selektywnie”.**

Wszystko to powyższe oznacza, że Gmina w znaczącym stopniu ma wpływ na osiągnięcie lub przeciwnie nieosiągnięcie „wymaganego poziomu odzysku”. Z kolei w przypadku niepodjęcie takich działań przez Gminę Wykonawca nie może reagować, bo nie ma instrumentów „przymuszających: Gminę do wykonywania opisanych prerogatyw. Tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualny brak działania Zamawiającego w obszarach przypisanych tylko Gminie. **W kontekście powyższego, wskazanych danych wykazujących całkowity brak możliwości osiągnięcia poziomów odzysku, systemu „kaucyjnego” obniżającego realną możliwość „pozyskania” odpadów ze szkła i tworzyw sztucznych, Wykonawca wnosi o:**

- ❖ **Wykreślenia kar umownych za „nieosiągnięcie” poziomów odzysku w PU §13 ust 1 lit d) i lit e).**

Zgodnie z orzecznictwem bowiem „Kara umowna nie może prowadzić bowiem do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. **Zamawiający nie może przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego.** Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia”. Pragniemy zwrócić uwagę, iż cytat powyższy pochodzi z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r. o sygn. KIO 102/24, która oceniając odwołanie na postanowienia SWZ i umowy, stwierdziła dodatkowo : **„Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze**



Gmina Brzeźnica
ul. Krakowska 109, 34-114 Brzeźnica
tel.: +48 33 879 20 29, fax: +48 33 879 20 92
gmina@brzeznicza.pl, www.brzeznicza.pl

pieniężnej nakładanej na gminę, niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę”.

Aktualne zapisy wzoru Umowy załączone do SWZ postępowania w sposób nieuprawniony przenoszą – za nieosiągnięcie wymaganych „poziomów odzysku” odpowiedzialność na Wykonawcę – podczas gdy jak wskazano szereg okoliczności jest od niego całkowicie niezależnych, a jak sam Zamawiający wskazał procent odpadów „zmieszanych” oraz pozostałych nie podlegających procesowi odzysku przewidzianych do odbioru od mieszkańców kształtuje się na poziomie 60% tak więc odpady które można poddać procesowi recyklingu stanowią wg. samego Zamawiającego jedynie około 40%, co świadczy także, iż zadanie osiągnięcia poziomów wymaganych prawem na samym omawianym Zamówieniu jest niemożliwe i zupełnie niezależne od Wykonawcy o czym Zamawiający w czasie ogłoszenia postępowania wiedział.

Tym samym umowa tak ukształtowana i z takimi zapisami traktowana może być jako umowa „o świadczenie niemożliwe”. Zobowiązanie o świadczenie, którego nie można wykonać, jest niecelowe, a zatem nieważne. Powyższa myśl znalazła odzwierciedlenie w sformułowanej zasadzie prawa impossibilium nulla obligatio est (łac. „nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych”) przeniesionej aktualnie do polskiego porządku prawnego w art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Dlatego wymaganie przez Państwa osiągnięcia przez Wykonawcę „poziomów odzysku” w świetle przedstawionych danych – przez samego Zamawiającego – potraktować należy jako taką umowę.

Wykonawca składa wniosek powyższy, albowiem od „profesjonalisty” w ujęciu art. 355 par 1 i 2 ustawy kodeksu cywilny, wymagana jest od niego „należyta staranność” (podobne reguły odnosi się do Zamawiającego) przejawiająca się także w tym, że winien okoliczności powyższe zasygnalizować Zamawiającemu, a ten winien je rozważyć i zbadać czy oczekiwane zapisy SWZ i OPZ są „możliwe do osiągnięcia” przez Wykonawcę.

ODPOWIEDŹ -

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w dotychczasowej treści.

Gmina zgadza się ze stanowiskiem, że Wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórcę, czyli głównie – mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym na sposób obliczania masy odpadów poddawanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530), czy też na sposób funkcjonowania w Polsce od 2025 roku systemu kaucyjnego, który z dużym podobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu. Nie oznacza to jednak, że wykonawca może zostać zwolniony z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, skoro poziomy te zostały określone przez ustawodawcę i stanowią

obligatoryjny wymóg dla Zamawiającego, który w tym stanie rzeczy uprawniony jest do postawienia tożsamy wymogów wykonawcy. W konsekwencji, nie może być uznane za zasadne żądanie, aby Zamawiający całkowicie wykreślił z projektu umowy zapis przewidujący kary umowne za nieosiągnięcie ww. poziomów recyklingu. Kara umowna powinna mieć między innymi charakter motywacyjny, zatem usunięcie jej w całości z projektu umowy doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca bez ponoszenia żadnych konsekwencji mógłby nie podejmować wysiłków w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Zwolnienie Wykonawcy z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu stoi w sprzeczności nie tylko z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ale także z art. 353 kc choćby w takim w zakresie, w jakim przepis ten wskazuje na ograniczenie zasady swobody umów z uwagi na sprzeczność treści i celu stosunku prawnego z ustawą.

Jednocześnie Zamawiający zostałby pozbawiony jakiegokolwiek instrumentu służącego do wyegzekwowania od wykonawcy wykonania umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zakresie tychże poziomów recyklingu. Żądanie takie ma więc w istocie na celu zwolnienie wykonawcy z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, co stoi w sprzeczności nie tylko z art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r., poz. 399), ale także z art. 353 kc choćby w takim w zakresie, w jakim przepis ten wskazuje na ograniczenie zasady swobody umów z uwagi na sprzeczność treści i celu stosunku prawnego z ustawą.

Skoro z mocy ustawy gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wykonanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy- wyłonionemu w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu.

Gmina jako Zamawiający jest bowiem zobowiązana podejmować takie działania, aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne.