

Dotyczy: postępowania przetargowego pn: „ **Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Opatów** ”

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późniejszymi zmianami) zwracamy się do Zamawiającego z zapytaniem do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

**Pytanie nr 1.**

W § 9 pkt. 2 ppkt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 Załącznika nr 3 do SIWZ (Projekt umowy ) Zamawiający określa wysokość kar umownych m.in. :

**ppkt.1.** – w wysokości 100 zł. za każdy dzień opóźnienia w złożeniu raportu lub sprawozdania o którym mowa odpowiednio w § 7 projekcie umowy . **Prosimy o zmianę wysokości na 50,00zł. .**

**ppkt.2.** – w wysokości 20zł. za każdy przypadek nieodebrania lub odebrania w terminie niezgodnym z harmonogramem odbioru ..... . Natomiast w dalszej części Zamawiający podaje , że kara będzie liczona jako iloczyn kwoty 50,00zł (!) oraz liczby gospodarstw domowych itd. **Prosimy o wyjaśnienie czy ma to być 20zł. czy 50 zł. ? Jednocześnie prosimy o podtrzymanie kwoty 20 zł. , uważając , że pojawienie się kwoty 50zł. jest omyłką pisarską .**

**ppkt.3.** w wysokości 50zł. za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu Zamawiającemu projektu harmonogramu odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych w stosunku do terminu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do niniejszej umowy . **Prosimy o zmianę wysokości na 20,00zł. .**

**ppkt.4.** – w wysokości 300zł. za niedostarczenie właścicielom nieruchomości harmonogramu zaakceptowanego przez Zamawiającego; za równoznaczne itd. ... . **Prosimy o zmianę wysokości na 50,00zł. .**

**ppkt.5.** – w wysokości 200zł. za niedostarczenie właścicielowi nieruchomości pojemników do zbiórki odpadów zgodnie z pkt. 4.3.19 SIWZ . **Prosimy o zmianę wysokości na 20,00zł. . Jednocześnie prosimy o wyjaśnienie, czy zapisy w ppkt. 9 nie są tożsame co do ich treści ? Prosimy o wyjaśnienie – ewentualnie o wykreślenie tego ppkt-u w całości ( ppkt.9),**

ppkt.6. – w wysokości 1.000zł. za każdy przypadek stwierdzenia, że pojazd Wykonawcy nie jest czytelnie oznaczony nazwą przedsiębiorcy i numerem jego telefonu. **Prosimy o zmianę wysokości na 50,00zł.**

ppkt.7. – w wysokości 300zł. za każdy stwierdzony przypadek nieuprzątnięcia i nieodebrania odpadów, które wysypały się podczas opróżniania pojemników. **Prosimy o zmianę wysokości na 20,00zł. i dopisanie z wyłącznej winy Wykonawcy w trakcie wykonywania usługi.** Wskazujemy, iż zasadnym jest wyjaśnienie, iż kara ta nie dotyczy przypadku pozostawienia odpadów przy pojemniku w sytuacji znacznego ich przepełnienia, a uprzątnięcie odpadów ma nastąpić tylko w miejscu podstawienia pojemnika i drogi jego przetaczania.

ppkt.8. – w wysokości 5000zł. za każdy przypadek zmieszania odpadów komunalnych po ich odebraniu. **Prosimy o zmianę wysokości na 200,00zł.**

ppkt.9. – wykazany w ppkt.5

ppkt.10 – w wysokości 15% wynagrodzenia netto, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z Wykonawcą z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. **Prosimy o zmianę wysokości na 5%.**

---

Odnosząc się do całej treści pytania oferenta nr 1 w pierwszej kolejności wskazujemy, iż zgodnie z art. 415 k.c. naprawienia wyrządzonej szkody można żądać tylko od tego z którego winy szkoda powstała. Wobec powyższego żądania kary umownej, która ma być swoistego rodzaju ekwiwalentem odszkodowania można żądać tylko w przypadku wykazania winy po stronie zobowiązanego do naprawienia szkody, a w konkretnej sytuacji zobowiązanego do zapłaty kary umownej. Stąd zasadnym jest uzupełnienie § 9 wzorca umowy o zapis, iż kary umowne będą naliczane w przypadku zdarzeń powstałych z winy Wykonawcy.

Co do wysokości kar umownych należy wskazać, iż zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna jest dodatkowym, fakultatywnym zastrzeżeniem umownym, według którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania istniejącego lub przyszłego zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje szczegółowych regulacji dotyczących kary umownej i jest to wystarczające wobec możliwości stosowania prawa cywilnego dzięki odesłaniu w art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp do k.c. Kara umowna, jako element warunków zamówienia określony przez zamawiającego w siwz poddawana była niejednokrotnie ocenie przez Krajowa Izbe Odwoławcza w szczególności wówczas

gdy teoretyczny zapis siwz, w odczuciu ubiegającego się o zamówienie publiczne naruszał jego interes. W orzeczeniu KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r. orzeczono poddano treść siwz m.in. w zakresie ustalania kar umownych ostatecznie uwzględniono odwołanie i nakazano zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści siwz w zakresie wskazanym w uzasadnieniu. Rozpoznając zarzuty dotyczące treści wzoru umowy czyli wysokości kar umownych Izba zważyła, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią ograniczenie zasady swobody umów obowiązującą w prawie zobowiązań, wynikającą z art. 353 k.c.. W doktrynie przyjmuje się, że zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny, forma umowy w zasadzie zależy od woli stron. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. O karze rażąco wygórowanej można mówić, zdaniem Izby, w sytuacji, gdy wysokość kar przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.

Poza powyższym w doktrynie króluje pogląd, iż kara umowna jest wygórowana rażąco, czyli w taki sposób określona, że system prawny nie może tolerować dysproporcji względem słuszych interesów wierzyciela. W poglądach Sądu Najwyższego ocena wysokości kary umownej powinna uwzględniać szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością usług ustaloną w umowie. Z przyczyn wskazanych powyżej należy sięgnąć po zasadę miarkowania kar umownych. Miarkowanie kary umownej możliwe jest wówczas, gdy kara jest rażąco wygórowana, np. w porównaniu z poniesioną przez wierzyciela szkodą, jeżeli dłużnik wykaże, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze. W wyroku z dnia 7 maja 2007 r. (I CSK 484/2006) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż niedozwolone jest zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej. Możliwość miarkowania kary umownej nie posiada żadnych wyłączeń podmiotowych, co oznacza, że konstrukcja ta może być stosowana bez względu na to jaki jest charakter podmiotów uczestniczących w umowie, a zatem również w zakresie wzorca umowy przedstawionego w ramach zamówienia publicznego.

W sytuacji będącej przedmiotem niniejszych rozważań mamy do czynienia z karami rażąco wygórowanymi. Trudno bowiem ustalić aby w przypadku spełnienia się któregośkolwiek z punktów § 9 projektu umowy Zamawiający poniósł szkodę w wysokości w nich przewidzianej. Konkludując zasadnym jest wykorzystanie zasady miarkowania kar umownych i obniżenie ich wysokości do wysokości zaproponowanych przez Wykonawcę.

Wnosimy zatem o doprecyzowanie zapisów § 9 projektu umowy odnośnie odpowiedzialności Wykonawcy i wysokości kar umownych.

Pytanie nr 2.

W Rozdziale 16 Opis sposobu obliczenia ceny pkt. 16.11 (str. 20) SIWZ oraz w § 4 Projektu Umowy pkt 2 Zamawiający wskazuje, iż obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest cena ryczałtowa za 1 mieszkańca x liczba mieszkańców Gminy Opatów aktualna na pierwszy dzień danego miesiąca, za który następuje rozliczenie.

Z uwagi na powyższe powstało pytanie, jak należy dokonać wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji gdy Zamawiający w Rozdziale 4 pkt 4.3.12 (str. 6) podaje informację, że Wykonawca zobowiązany jest odebrać każdą ilość odpadów zgromadzonych również w innych pojemnikach lub też gromadzonych poza tymi pojemnikami np. w workach jak również z PSZOK-a, przy założeniu braku limitu ilości odbieranych odpadów zmieszanych i segregowanych !!!

W jaki sposób zatem potencjalny Wykonawca ma dokonać ustalenia (skalkulowania) ceny ryczałtowej w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał oszacowania zamówienia z należytą starannością tj. bez uwzględnienia najsłabszych elementów cenotwórczych tj. jasno określonych ilości odpadów ze wskazaniem ilości minimalnych i maksymalnych odpadów powstałych na terenie Gminy do odebrania których Wykonawca będzie obowiązany odebrać w trakcie realizacji umowy?

Wskazać należy, iż ze względu na trudny przedmiot zamówienia postuluje się można mechanizmem prawa opcji przy realizacji zamówienia z uwagi na możliwość wystąpienia niedoszacowania strumienia odpadów. W świetle powyższego przy realizacji zamówienia w sytuacji wystąpienia ilości odpadów ponad przewidzianą gwarantowaną minimalną ilość może istnieć możliwość zwiększenia realizacji przedmiotu umowy do wartości maksymalnej. Zamawiający może przewidzieć również udzielenie (zw. zamówienia uzupełniającego, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 do wartości 50% wartości zamówienia podstawowego.

Obawy potencjalnych Wykonawców budzić może zastosowana przez Zamawiającego procedura ustalania wynagrodzenia. Jak bowiem należy dokonać obliczenia ceny oferty w oparciu o opisany w SIWZ zakres przedmiot zamówienia, które stanowią ma wynagrodzenie ryczałtowe. Jakże należy przyjąć ilości odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Opatów w sytuacji gdy obowiązkiem Wykonawcy jest odbieranie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych każdej ilości zebranych zmieszanych i segregowanych odpadów komunalnych.

Zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie obliczenia oferty rodzić może podejrzenia o stosowanie praktyk naruszających uczciwe zasady konkurencji i równego traktowania Wykonawców

oraz o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 pkt 1 w powiązaniu z art. 29 pkt 1 Ustawy PZP.

W trakcie realizacji umowy bez opisanych powyżej brakujących elementów cenotwórczych powstaną problemy związane z realizacją umowy. Jak bowiem widziecie Państwo funkcjonowanie grafików (należy w nich bowiem zaplanować ile samochodów w jakim czasie ma odpady te odebrać przy uwzględnieniu ładowności tychże pojazdów) w sytuacji, gdy Gmina zapewnia właścicielom nieruchomości możliwość pozbywania się wszystkich odpadów komunalnych bezpośrednio z terenu nieruchomości, tj. w przypadku kiedy odpady, które nie zmieszczą się do kubła, wystawione w dodatkowym worku, również w ramach niniejszego zamówienia powinny być odebrane przez Wykonawcę?

Wskazać również należy na Państwa niejednołitość w opisie przedmiotu zamówienia co również może rodzić obawy nieprecyzyjnego i niewyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe kwestie żądamy jasnego i czytelnego, dokonanego z należytą starannością wskazania minimalnych i maksymalnych ilości odebranych odpadów zmieszanych jak i selektywnych. Zastosowanie takiego rozwiązania z uwagi na brak możliwości starannego oszacowania będzie rozsądnym rozwiązaniem. Ponadto zachowanie tego zapisu w obecnej formie i treści nie pozwala na sporządzenie rzetelnej kalkulacji mającej pokrycie w rzeczywistości gospodarczej. Nadto, dlaczego Zamawiający będzie płacił Wykonawcy wynagrodzenie wyliczone w oparciu o cenę zryczałtowaną od 1 - mieszkańca x aktualna na pierwszy dzień danego miesiąca liczba mieszkańców. Nasze kolejne pytanie to: dlaczego akurat Zamawiający przyjmuje liczbę mieszkańców na pierwszy dzień danego miesiąca, a nie na koniec miesiąca obrachunkowego. Co w sytuacji, gdy w ciągu danego miesiąca przybywa mieszkańców i Wykonawca jest zobligowany do dostawienia pojemnika oraz odbioru odpadów – ponosząc koszty, a przy obecnie brzmiących zapisach nie otrzyma należnego wynagrodzenia !! . Prosimy zatem o doprecyzowanie zapisów w SIWZ.

### Pytanie nr 3

W Rozdziale 9 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków pkt. 9.1.2 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał wiedzę i doświadczenie przedstawiając wykonanie przez okres minimum 12 m-cy wykonanie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o łącznej masie odpadów nie mniejszej niż 500Mg. ( str. 14 SIWZ), a w dalszej części SIWZ (str.15) pkt.10.5 Zamawiający wskazuje, że łączna masa odpadów ma być nie mniejsza niż 2000Mg? Prosimy zatem o doprecyzowanie jakie ilości odpadów winny wystąpić ostatecznie czy 500Mg, czy 2000Mg? .

**Pytanie nr 4.**

W rozdziale 4 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia pkt. 4.6.10 ppkt. h (str. 11) Zamawiający określa ponoszenie pełnej odpowiedzialności wykonawcy wobec Zamawiającego i osób trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich, powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy. Powyższy zapis rodzi obawy nadinterpretacji wymienionej treści, gdyż nie został określony rodzaj i zakres zdarzeń objętych tą odpowiedzialnością. Zgodnie z obowiązującym w trakcie realizacji zamówienia publicznego art. 415 k.c. kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. W związku z powyższym odpowiedzialność Wykonawcy może powstać tylko przy udziale jego winy. Wobec powyższego istnieje konieczność doprecyzowania zapisu w tym punkcie do określenia ceny przedmiotu zamówienia do treści: ***„Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność wobec Zamawiającego i osób trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich, powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy, a powstałe z wyłącznej winy Wykonawcy „*** lub wykreślenie tego zapisu w całości.

**Pytanie nr 5.**

W rozdziale 4 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia pkt. 4.3.19 ppkt.a (str. 6) Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy doposażenia nieruchomości w pojemniki, w przypadku udokumentowanego zniszczenia lub zaginięcia pojemnika na odpady. Nasze pytanie, kto pokrywa koszty zniszczenia lub zaginięcia takiego pojemnika. Od chwili wydania pojemnika na daną posesję odpowiedzialnym za jego użytkowanie jest właściciel i to on lub Gmina winna ponieść te koszty. Oczywiście jest, że jeżeli takie uszkodzenie lub zniszczenie pojemnika nastąpi w trakcie realizacji usługi z winy Wykonawcy to koszt wymiany na kolejny poniesie Wykonawca, a w przeciwnym razie koszty winien ponieść właściciel nieruchomości lub Gmina i zapisu o takiej treści się domagamy.