

Łódź, dnia 11.12.2020 r.

**Do wszystkich Wykonawców**

**ZP/28/2020**

**Dotyczy: przetargu nieograniczonego na usługę zagospodarowania poprzez proces odzysku odpadów o kodach 200301 oraz 200108**

I. Na podstawie art. 38 ust. 1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29.01.2004 r. (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.), Zamawiający udziela wyjaśnień na zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania zapytania następującej treści:

1. Zgodnie z § 1 ust. 6 wzoru Umowy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca osiągnął co najmniej 7% poziom odzysku i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych oraz szkła w odniesieniu do masy odebranych odpadów w okresie realizacji zamówienia. Wykonawca wskazuje, że Wykonawca nie ma wpływu na jakość oddawanych odpadów przez Zamawiającego, czyli na morfologię odbieranych odpadów, a także nie ma wpływu na wielkość strumienia odpadów generowanych. Wykonawca ma dążyć do osiągnięcia poziomu odzysku, lecz nie oznacza to, że wykonawca ma odpowiadać za efekt, który nie jest od niego uzależniony. Czy ewentualnie Zamawiający jest w stanie zapewnić odpowiedni strumień odpadów generowanych, aby Wykonawca mógł zrealizować ww. wymogi? Jakie narzędzia Zamawiający przewiduje do zapewnienia odpowiedniego strumienia odpadów?

**Wyjaśnienie: Zamawiający dokonuje zmiany w §1 ust. 6 wzoru Umowy dotyczącego poziomu odzysku obniżając go z 7% na 4%.**

2. W § 1 ust. 12 wzoru umowy wskazano, że „W przypadku wykonania Umowy niezgodnie z ww. przepisami i zasadami, wyłączną odpowiedzialność ponosi Wykonawca i zobowiązuje się do zapłaty wszelkich odszkodowań, grzywien, kar lub kar umownych związanych lub wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonywania Umowy, należnych Zamawiającemu, organom administracji publicznej oraz osobom trzecim (w tym, także na zasadzie odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego)”.

Dodatkowo w § 1 ust. 13 Zamawiający wskazuje na obowiązek wykonawcy od zwolnienia go od wszelkiej odpowiedzialności powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy i zobowiązuje się do zaspokajania wszelkich roszczeń Zamawiającego jak i osób trzecich.

Czy Zamawiający wykreśli ze wzoru umowy ww. postanowienia umowne? Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający przewidział we wzorze umowy szeroki katalog kar umownych.

Ponadto Wykonawca może odpowiadać wyłącznie za szkody, które pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z jego niewłaściwym zachowaniem/zaniechaniem, dlatego Wykonawca nie może z góry przyjmować na siebie odpowiedzialności za bliżej nieprecyzowane „odszkodowania”, których wysokość oraz okoliczności są nieostre i nieprecyzyjne.

W przypadku nie wyrażenia zgody na wykreślenie ze wzoru umowy ww. postanowienia umownego, prosimy o jego doprecyzowanie i wskazanie na przykładach w jakich sytuacjach przesłanka z tego postanowienia umownego mogłaby się ziścić (wykonawca musi skalkulować w formularzu ofertowym konkretne ryzyko kontraktowe)?

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian.**

3. W § 1 ust. 16 wzoru umowy Zamawiający wymaga wykonywania na podstawie umowy o pracę m.in. czynności transportu odpadów. Tymczasem w § 1 ust. 7 Zamawiający wskazuje że odpady przekazywane do zagospodarowania będą transportowane przez Zamawiającego na jego koszt. Prosimy o wyjaśnienie tejże rozbieżności.

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że rodzajem czynności co do których wykonania wymaga wykonywania na podstawie umowy o pracę przy realizacji niniejszego**

**zamówienia są m.in. czynności pracownika wykonującego bezpośrednio prace związane z zagospodarowaniem odpadów. Czynności te nie dotyczą transportu odpadów.**

4. W § 4 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że wynagrodzenie będzie stanowiło „iloczyn ceny jednostkowej za 1Mg i ilości odebranych odpadów danego kodu”. Tymczasem przedmiotem umowy nie jest odbieranie odpadów lecz ich zagospodarowanie. Czy poprzez odebranie odpadów Zamawiający ma na myśli ilość zagospodarowanych odpadów? Zgodnie z art. 6f ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych.

**Wyjaśnienie: Zamawiający wyjaśnia, że z §1 ust. 8 wynika, że do rozliczania brana będzie ilość odpadów wynikająca z wydruku ważenia na wadze Wykonawcy.**

5. Prosimy o potwierdzenie, iż kary umowne określone w § 5 będą naliczane wyłącznie z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca ze swojej winy? Zgodnie z art. 471 k.c. wykonawca nie ponosi odpowiedzialności kontraktowej w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

**Wyjaśnienie: Zamawiający oświadcza, iż kara wskazana w §5 ust. 1 pkt. a umowy naliczana będzie za opóźnienie. Pozostałe kary naliczane będą w przypadku wystąpienia okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca**

6. Czy Zamawiający, mając na uwadze zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego wprowadzi do wzoru umowy analogiczną karę umowną za odstąpienie od umowy zastrzeżoną na korzyść wykonawcy, za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 20 % wartości brutto umowy? Obecnie kary umowne zostały zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego.

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian.**

7. Prosimy o doprecyzowanie okoliczności w jakich kara umowna określona w § 5 ust. 1 lit. b) będzie naliczana? Jakie warunki umowne dokładnie Zamawiający ma na myśli? W ocenie Wykonawcy kara umowna została określona nieprecyzyjnie co nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ryzyka kontraktowego przez wykonawcę w kalkulacji ceny ofertowej. Czy każde przewinienie Wykonawcy będzie traktowane jako obowiązek naliczenia kary umownej, nawet takie które jest nieistotne?

**Wyjaśnienie: Zamawiający wyjaśnia, że każde naruszenie warunków umowy będzie podstawą do naliczenia kar**

8. Czy Zamawiający wprowadzi do § 5 mechanizm, iż przed naliczeniem kary umownej wezwie pisemnie wykonawcę do należytego wykonywania umowy, wyznaczając mu stosowny termin, nie krótszy niż 7 dni i dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu ziści się prawo do naliczenia kary umownej? Wykonawca wskazuje, że naliczenie kar umownych jest czynnością radykalną i nie powinno zaskakiwać żadnej ze Stron wykonujących kontrakt w dobrej wierze, zwłaszcza, że opisanie przesłanek do naliczenia kary jest bardzo ogólne. Dzięki takiemu rozwiązaniu zachowana jest ochrona słusznego interesu Zamawiającego, który dokonał wyboru wykonawcy w publicznej procedurze, a Wykonawcy umożliwiał rzetelną kalkulację ryzyka.

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian**

9. Czy Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy konstrukcję w postaci ograniczenia łącznej wysokości kar umownych jakie mogą być naliczone w ramach przedmiotowej Umowy i wprowadzi maksymalny pułap kar umownych nie przekraczający 10 % wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy? W celu umożliwienia Wykonawcy odpowiedniego przygotowania oferty z uwzględnieniem ryzyka biznesowego związanego z realizacją kontraktu, ograniczenia łącznej wysokości kar umownych do 10 % wydaje się celowe i uzasadnione. Kary umowne stanowią najistotniejsze ryzyko związane z realizacją kontraktu, często okazują się nadmiernie wygórowane w stosunku do naruszenia stanowiącego podstawę do ich naliczenia, a to powoduje spadek jakości wykonanych usług, bowiem przerzuca ciężar uwagi Wykonawcy z prawidłowego i terminowego realizowania przedmiotu umowy na dbanie o niedopuszczenie do

sytuacji, w której Zamawiający uzyska uprawnienie do naliczenia często bardzo wysokiej kary. Z kolei w wyroku z 25.06.2010 r. (sygn. akt: KIO 1123/10) Izba wskazała, iż kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie Zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat Zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. Co więcej, ustalenie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kara umowna ustalona zbyt wysoko przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy.

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian**

10. Czy Zamawiający wykreśli ze wzoru umowy § 5 ust. 2 wzoru umowy dotyczący potrącania kar umownych z należności przysługujących Wykonawcy? Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z art. 15 r (1) ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej jako „specustawa koronawirusowa”): „W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.”. Zasadnym jest zatem wykreślenie ze wzoru umowy postanowienia § 5 ust. 2.

**Wyjaśnienie: Zamawiający nie wie kiedy nastąpi koniec stanu epidemii. Dlatego zapis pozostanie bez zmian, jednak zastosowanie mają przepisy obowiązujące w tym przytoczony przepis ustawy antycovidowej.**

11. Czy Zamawiający wprowadzi do § 5 ust. 3 wzoru umowy mechanizm, iż przed odstąpieniem od Umowy Zamawiający wezwie pisemnie wykonawcę do należytego wykonywania umowy, wyznaczając mu stosowny termin, nie krótszy niż 7 dni i dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu ziści się prawo do odstąpienia? Wykonawca wskazuje, że odstąpienie od Umowy jest czynnością radykalną i nie powinno zaskakiwać żadnej ze Stron wykonujących kontrakt w dobrej wierze, zwłaszcza, że opisanie przesłanek do odstąpienia jest bardzo ogólne. Dzięki takiemu rozwiązaniu zachowana jest ochrona słusznego interesu Zamawiającego, który dokonał wyboru wykonawcy w publicznej procedurze, a Wykonawcy umożliwia rzetelną kalkulację ryzyka.

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian.**

12. Co Zamawiający rozumie pod pojęciem „modernizacji Sortowni”, która stanowi przyczynę do rozwiązania umowy za jednomiesięcznym terminem wypowiedzenia? Prosimy o doprecyzowanie okoliczności, w jakich może ziścić się prawo Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy.

**Wyjaśnienie: Zamawiający wykreśla zapis § 7 ust. 4 wzoru umowy, dotyczący rozwiązania umowy w związku z modernizacją sortowni.**

13. Czy Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy klauzule waloryzacyjne umożliwiające zmianę umowy/wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach niezależnych od wykonawcy, a które będą miały wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia np. zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa? Czy Zamawiający zgodzi się na wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli, która jest powszechnie stosowana w tego rodzajach umowach na zagospodarowanie odpadów o treści:

„Strony dopuszczają zmianę wynagrodzenia wykonawcy, zmiany wysokości stawki za zagospodarowanie 1 Mg odpadów, w przypadku:

1) zmiany ceny za przyjęcie odpadów spowodowaną zwiększeniem kosztów funkcjonowania instalacji, m.in. zwiększeniem kosztów zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów,  
2) zmiany aktów prawnych powszechnie obowiązujących lub aktów prawa miejscowego, mających wpływ na realizację zamówienia lub innej zmiany stosunków lub czynników mających wpływ na jej wykonanie w szczególności na sposób, zakres, wartość wykonywanej usługi będącej przedmiotem niniejszej umowy, w tym między innymi:

- wzrostu tzw. opłaty marszałkowskiej,
- wystąpienia innych okoliczności oddziałujących na wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy, w tym wzrostu wysokości innych opłat mających wpływ na koszty świadczenia usługi.

Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy powiązanych ze zmienionymi aktami lub okolicznościami. Jeśli zmiany te będą miały wpływ na wysokość wynagrodzenia, Wykonawca będzie zobowiązany udowodnić ten fakt Zamawiającemu i przedstawić dokumenty potwierdzające żądany wzrost wynagrodzenia.?"

**Wyjaśnienie: Zamawiający informuje, że zapisy pozostają bez zmian**

14. Czy Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy postanowienia ograniczające odpowiedzialność stron w związku z okolicznościami spowodowanymi panującą pandemią wirusa SARS-COV-2 wywołującego chorobę COVID-19? Czy Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy postanowienie umowne o następującej treści:

„§ ... Odpowiedzialność

1. Strony oświadczają, iż w związku z panującą pandemią wirusa SARS-cov-2 wywołującego chorobę COVID-19, mają świadomość, że:

a) stan epidemii może mieć wpływ na realizację niniejszej umowy, w szczególności może spowodować opóźnienia, przerwy w zagospodarowaniu odpadów, a w ostateczności rozwiązanie umowy,

b) stan pandemii jest okolicznością niezależną od żadnej ze stron, a niemożność wywiązania się z obowiązków umownych wywołana następstwami pandemii takimi jak: absencja pracowników spowodowana kwarantanną, chorobą, sprawowaniem opieki nad dziećmi lub ograniczeniami nałożonymi przez uprawnione władze, jest czynnikiem za który Strony nie ponoszą winy, Strony niniejszym wyłączają odpowiedzialność kontraktową wywołaną następstwami epidemii SARS-cov-2.

2. W każdym wypadku strona powołująca się na niewykonanie lub nienależyte wykonanie ciężących na niej obowiązków umownych z powodu pandemii wirusa SARS-cov-2 wywołującego chorobę COVID-19 zobowiązana jest wskazać drugiej Stronie podstawę faktyczną swoich twierdzeń. " ?

Wykonawca argumentuje powyższe tym, iż stan epidemii, który wpływa na realizację umowy przez strony należy zakwalifikować do okoliczności, za które strona nie powinna ponosić odpowiedzialności w rozumieniu art. 471 k.c., ani też być obciążana karami umownymi, które należy wiązać jedynie z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy. Co więcej, niedogodności związane z realizacją usługi zagospodarowania odpadów spowodowane pandemią wirusa SARS-CoV-2, należy traktować jako siłę wyższą rozumianą w doktrynie oraz orzecznictwie jako zdarzenie o charakterze zewnętrznym, niemożliwym do przewidzenia i nieuchronnym: „Za siłę wyższą jest uznawane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożliwością zapobieżenia jego skutkom. Zdarzenie jest zewnętrzne wówczas, gdy następuje poza strukturą przedsiębiorstwa. Niemożliwość przewidzenia, że dane zdarzenie nastąpi, należy pojmować jako jego nadzwyczajność i nagłość. Niemożliwość zapobiegnięcia skutkom zdarzenia jest tłumaczona jako jego przemożność, a więc niezdolność do odparcia nadchodzącego niebezpieczeństwa. Za przejawy siły wyższej uznaje się katastrofalne zjawiska wywołane działaniem sił natury, np. powodzie, huragany, trzęsienia ziemi, pożary lasów. Jako

siłę wyższą traktuje się także akty władzy publicznej oraz zjawiska społeczne lub polityczne o skali katastrofalnej" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 listopada 2019 r. o sygn. III APa 15/19).

**Wyjaśnienie: Zamawiający nie wie kiedy nastąpi koniec stanu epidemii. Dlatego zapis pozostanie bez zmian, jednak zastosowanie mają przepisy obowiązujące w tym przytoczony przepis ustawy antycovidowej.**

Z poważaniem,

PREZES ZARZĄDU  
*Zbroński*  
Jan Zbroński

