

Znak sprawy WR.271.2.2019.207.

Lądek-Zdrój 1.03.2019r.

Gmina Lądek-Zdrój
ul. Rynek 31
57-540 Lądek-Zdrój

ODPOWIEDŹ NA PYTANIA

Działając na podstawie art. 38 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29.01.2004 r. (Dz.U.2018.1986 t.j., z późn. zm.) w związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym w trybie przetargu nieograniczonego pn: „ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH POWSTAJĄCYCH NA TERENIE NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH I NIEZAMIESZKAŁYCH, NA TERENIE GMINY ŁĄDEK-ZDRÓJ” Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

PYTANIE:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy Lądek-Zdrój w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa m.in. ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 z późn. zm.), uchwały nr XXXVIII/254/17 Rady Miejskiej Łądka- Zdroju z dnia 20 marca 2017 r. w sprawie wprowadzenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Lądek-Zdrój (Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 24.03.2017 r. poz.1412),

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w Rozdziale V pkt 9 SIWZ: Zamawiający wyznacza nieprzekraczalny termin wykonania zamówienia, tj.:

- rozpoczęcia realizacji: 1 maja 2019 r.
- zakończenia realizacji: 30 kwietnia 2022 r.

Konsekwentnie termin wskazano we wzorze umowy i ogłoszeniu.

Zgodnie z Rozdziałem V pkt 1 ppkt 1.29 SIWZ: *Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych, zgodnie z art. 3b ust. 1 i art. 3c ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ustawy, poziomów recyklingu odpadów komunalnych, przygotowania do ponownego użycia, odzysku innymi metodami następujących frakcji: papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła i innych odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania.*

Zgodnie z Rozdziałem V pkt 1 ppkt 3.9 lit d) SIWZ: *W ramach realizacji zadania Wykonawca zobowiązany jest do: zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r. poz. 992 z póź.zm), w szczególności (...) d. Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych stosownymi przepisami prawa, poziomów, recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych, ulegających biodegradacji przekazanych do składowania.*

Wymaganie te powtórzono we Wzorze umowy.

Zgodnie z Rozdziałem V SIWZ: *Wykonawca ponosi całkowite koszty związane z zbieraniem, transportem i zagospodarowaniem odpadów, koszty prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów oraz pozostałe koszty zamówienia. Ponadto w kosztach uwzględnia się również opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku, tzw. opłatę środowiskową – dla masy odpadów, których unieszkodliwienie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę..*

Zgodnie z § 12 ust 3 i 5 Wzoru umowy: *3. Wynagrodzenie wskazane w ust. 1 powyżej ma charakter ryczałtu - pozostaje niezmiennie w całym okresie realizacji umowy i obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. (...) 5. Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym koszty zagospodarowania odpadów.*

Zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.; dalej „**UCPG**”): *1. Gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:*

- 1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo;
- 2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo.

2. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, uwzględniając potrzebę osiągnięcia poziomów określonych w ust. 1;
- 2) sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.

Poziomy recyklingu poszczególnych frakcji odpadów zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2167), wydanym na podstawie art. 3b ust. 2 UCPG.

W załączniku do Rozporządzenia określono „Poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych”:

	Poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia [%]								
Rok	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Papier, metal, tworzywa sztuczne, szkło	10	12	14	16	18	20	30	40	50

	Poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami [%]								
Rok	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe	30	36	38	40	42	45	50	60	70

Poziomy recyklingu na lata 2021 i 2022 nie są znane, podobnie jak nie są znane zasady ich obliczania. Wspomniane wyżej przepisy określają poziomy recyklingu do końca 2020 r.

Dnia 22 maja 2018 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła nowe przepisy dotyczące gospodarki odpadami i zwiększonych poziomów recyklingu. Zgodnie z nimi państwa członkowskie będą stopniowo zwiększać ponowne wykorzystywanie i recykling odpadów komunalnych w następującym rytmie:

- do 2025 55%
- do 2030 60%
- do 2035 65%

Dyrektywa unijna w założeniu obliguje państwa członkowskie do wdrożenia przepisów, które umożliwią osiągnięcie określonych celów zakładanych przez wspólnotę. Jednym z takich celów były poziomy recyklingu ustanowione przez dyrektywę 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy, które to powinny zostać osiągnięte do 2020 r. Równocześnie Rada UE zatwierdziła niedawno nowe poziomy recyklingu: 55 proc. odpadów do 2025 roku, do roku 2030 - 60 proc., a do 2035 roku - 65 proc.

Ponieważ jednak są to przypisy dyrektyw muszą one zostać implementowane do porządku prawnego każdego z Państw członkowskich. Co więcej dyrektywy określają ramowe wymogi w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu i okresach pięcioletnich, jednak nie wskazują na określony poziom recyklingu w konkretnych latach, które to poziomy mogą być w różny sposób określone przez ustawodawcę.

W związku z powyższym nie są znane wymagane poziomy recyklingu jakie muszą zostać osiągnięte w 2021 i 2022 roku, przez co wykonawcy nie są w stanie skalkulować należycie swoich ofert.

Jednocześnie Zamawiający obliguje Wykonawców do wykonywania przedmiotu umowy zgodnie z nieznanymi w terminie składania ofert, przepisami prawa, które zostaną uchwalone w trakcie realizacji zamówienia (w tym m.in. poziomy recyklingu na 2021 i 2022 r.), z wyjątkiem sytuacji, gdy uniemożliwią one Wykonawcy dalszą realizację umowy na nowych zmienionych warunkach. Ponieważ określenie nowych poziomów recyklingu, których wykonawca musi przestrzegać co do zasady nie jest równoznaczne z uniemożliwieniem dalszej realizacji zamówienia, należy przyjąć, że w tej sytuacji, Wykonawca zobowiązany jest do dalszej realizacji przedmiotu umowy. To w konsekwencji oznacza, że wszelkie ryzyka z tym związane powinny być w kalkulowane w cenę oferty.

Co więcej wykonawca nie jest w stanie skalkulować opłatę za przyjęcie odpadów przez Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) w 2021 i 2022 r., gdyż ich

ustalenie odbywa się na przestrzeni roku maksymalnie dwóch lat. Określenie przewidywanych opłat za kolejne lata, nawet jeśli zostaną podane przez dany RIPOK nie są dla niego wiążące i opłaty te mogą wzrosnąć w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Również to nie czyni dalszej realizacji przedmiotu zamówienia niemożliwym, co oznacza konieczność wykonywania umowy na warunkach określonych w ofercie. Jednak taka sytuacja w uprzywilejowanej pozycji stawia wykonawców, którzy są jednocześnie właścicielami RIPOK w danym regionie, gdyż wykonawcy tacy ponoszą mniejsze ryzyko związane z fluktuacją cen na rynku.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy PZP: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 7 września 2017 r. (KIO 1777/17): Określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak podkreślenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony przez Zamawiającego w taki sposób, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący. Jedynie takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w konsekwencji zapewni wykonawcy - bez dokonywania dodatkowych interpretacji - możliwość prawidłowego ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, a także, czy wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia są w nim uwzględnione. Wobec tego prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien bez problemu pozwolić wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb zamawiającego, a następnie przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

W wyroku z dnia 29 marca 2016 r. (KIO 340/16) KIO wyjaśnia, że: W każdym przypadku opis przedmiotu zamówienia musi być sformułowany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, zrozumiały i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przeciwnym razie dojść może nie tylko do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców o udzielenie tak opisanego zamówienia będą wówczas ubiegały się podmioty będące w stanie przyjąć na siebie ewentualne ryzyko wadliwego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, ale również do złożenia ofert, których zamawiający nie będzie w stanie ze sobą porównać, co uniemożliwi mu dokonanie ich prawidłowej oceny.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy PZP: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* Z przywołanego przepisu wynika, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie

określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (tak SO w Bydgoszczy w wyroku z 25 stycznia 2006 r.; sygn. akt II Ca 693/05).

Do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas, gdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie oznacza jedynie eliminacji konkretnych producentów, urządzeń ale oznacza również takie określenie opisu przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia złożenie należycie skalkulowanej oferty.

Kwestia poziomów recyklingu była już przedmiotem rozważań KIO w wyroku z dnia 9 października 2018 r. (KIO 1892/18), gdzie Izba nakazała skrócenie terminu realizacji zamówienia do końca 2020 r. z uwagi na to, że tylko do tego czasu znany jest wymagany minimalny poziom recyklingu, który jest jedną z ważnych składowych kalkulacji cen ofert:

Reasumując zaistniały stan rzeczy w związku z uwzględnieniem w przeważającej części zarzutów odwołania Izba rozpoznawała zarzut dotyczący poziomu recyklingu, który bezspornie jak ustalono pomiędzy stronami jest ustalony bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa do dnia 31.12.2020 roku (...) Izba rozważając podniesioną argumentację w sprawie zarówno przez odwołującego jak i przez przystępującego oraz zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu skrócenie przewidywanego okresu realizacji zamówienia o jeden rok to jest począwszy od dnia 01.01.2021r. do 31.12.2021 r. czyli okres realizacji umowy miałby miejsce w okresie od 01.01.2019 r. do dnia 31.12.2020r. Powyższe odnosi się do nie wskazania wymaganego recyklingu a co ma wpływ na spełnienie warunku jak i jego skalkulowanie. W ocenie Izby ta sytuacja wskazuje na brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia warunkującego w ogóle możliwość złożenia oferty jak i jej wyceny. Obowiązująca w prawie cywilnym zasada ekwiwalentności świadczeń wyklucza brak zdefiniowania przedmiotu zamówienia w zakresie tego parametru świadczenia usługi to jest wymaganego poziomu recyklingu.

Podobnie Gmina Krapkowice, skróciła termin realizacji zamówienia uwzględniając odwołanie wniesione przez Wykonawcę.

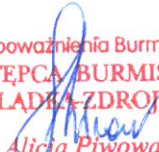
W związku z tym wnosimy o skrócenie okresu realizacji zamówienia do 31 grudnia 2020 r. W braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego, Wykonawca będzie zmuszony do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż rzetelne skalkulowanie oferty w tych warunkach jest niemożliwe o przyjęcie na siebie ryzyk związanych z nieznanymi warunkami prawnymi, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego może narazić Wykonawcę na straty.

ODPOWIEDŹ

W związku z powyższym pytanie Zamawiający dokonuje następującej zmiany w Rozdział V pkt 1 ppkt. 1.29 str.20 SIWZ otrzymuje brzmienie:

Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych, zgodnie z art. 3b ust. 1 i art. 3c ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ustawy, poziomów recyklingu odpadów komunalnych, przygotowania do ponownego użycia, odzysku innymi metodami następujących frakcji: papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła i innych odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania.

W latach kolejnych (nieokreślonych w/w przepisach) zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018r. zmieniającą dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów, która zakłada, że "do 2025 roku przygotowanie do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zostaną zwiększone wagowo do minimum 55%"

Z upoważnienia Burmistrza
ZASTĘPCA BURMISTRZA
ŁADŁA-ZDROJU

Alicja Piwowar