

Nasz znak: Z.271.12.2019

Na podstawie art. 38, ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 2215, z 2019 r. poz. 53, 730), Gmina Puszcza Mariańska w odpowiedzi na pismo Wykonawcy, które dotyczyło ogłoszonego przetargu nieograniczonego pn.: **„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Puszcza Mariańska”**:

Treść wniosku Wykonawcy o zmianę ogłoszenia i SIWZ

„dotyczy: *postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Puszcza Mariańska”*”

Znak sprawy : Z.271.12.2019

WNIOSEK O ZMIANĘ OGŁOSZENIA I SIWZ

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Gminy Puszcza Mariańska.

Zamawiający określił terminy realizacji zamówienia w rozdziale I pkt. 3 SIWZ: *od 1 stycznia 2020 roku do 30 czerwca 2021r.*

Konsekwentnie termin wskazano we wzorze umowy i ogłoszeniu.

Zgodnie z § 1 pkt. 1 Projektu umowy: *Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Puszcza Mariańska wraz z ich transportem i zagospodarowaniem w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

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”:

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

Rok	Poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami [%]								
	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 rok 2021 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 roku, przez co wykonawcy nie są w stanie skalkulować należycie swoich ofert.

Zgodnie z § 14 pkt. 2 Wzoru umowy **Zamawiający** przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy, w tym dopuszcza zmianę umowy w zakresie sposobu realizacji umowy w przypadku zmiany przepisów prawa, wpływających na sposób realizacji umowy, w tym również zmiany przepisów prawa lokalnego (np. regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie)

Takie postanowienie pozwalające na zmianę umowy, nie będzie jednak wystarczające w sytuacji, gdy, już na etapie ofertowania Wykonawca musi zobowiązać się do osiągnięcia nieznanych poziomów recyklingu. Mowa jest bowiem o zmianach umowy w stosunku do treści oferty (czyli treści świadczenia wykonawcy). Jeśli na podstawie oferty nie można określić świadczenia wykonawcy (czyli ustalić jaki poziom recyklingu zakładał on na rok 2021) to zmiana umowy może zostać zakwestionowana. Dlatego samo wskazanie możliwości zmiany umowy w przypadku zmiany przepisów prawa nie jest wystarczające, aby Wykonawcy mogli prawidłowo skalkulować ceny ofert.

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, urzędów 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 Gminy Krapkowice i Łądek Zdrój, skróciły termin realizacji zamówienia uwzględniając odwołanie wniesione przez Wykonawcę.

W związku z tym wnosimy o skrócenie okresu realizacji zamówienia do 31 grudnia 2020 r. W przypadku 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 Zamawiającego na wniosek Wykonawcy:

Zamawiający skracając okres realizacji zamówienia do 31 grudnia 2020 r. i ustala nowy okres realizacji zamówienia **od 01.01.2020 r. do dnia 31.12.2020 r.**

W związku z powyższym Zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający informuje, iż zmiana treści ogłoszenia została przekazana do publikacji do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz do Biuletynu Zamówień Publicznych, a zmiana zapisów SIWZ została umieszczona na stronie https://platformazakupowa.pl/pn/puszcza_marianska/proceedings w postępowaniu nr ID 232945 pn.: Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Puszcza Mariańska . Z.271.12.2019.

WÓJT GMINY
Michał Staniak