

Górzycy, dnia 28.07.2022 r.

Zamawiający:
Gmina Górzycy
ul. 1 Maja 1
69 - 113 Górzycy

Odpowiedzi na zapytania wykonawców

Dotyczy: Modernizacja Stacji Uzdatniania wody wraz z infrastrukturą i uszczelnienie sieci kanalizacyjnej w miejscowości Górzycy

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp, wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wnosi o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), poprzez usunięcie wadliwych zapisów dokumentacji, to jest:

1)w rozdziale IV SWZ str. 7 (cały zapis dotyczący Serwisu), o następującej treści:

„Wykonawca zapewni serwisowanie Urządzeń i Instalacji aż do końca Okresu Usuwania Wad oraz serwis gwarancyjny (po zakończeniu Kontraktu). Zawarcie stosownych umów z podwykonawcami w przedmiotowym zakresie znajduje się po stronie Wykonawcy. Koszty serwisowanie Urządzeń i Instalacji w Okresie Usuwania Wad pokrywa Wykonawca”

2) w załączniku nr 3 do SWZ – wzór umowy:

a) § 10 ust. 4 pkt a) w całości

b) § 10 ust. 4 pkt c) w całości

UZASADNIENIE

Wymienione powyżej postanowienia dokumentacji projektowej są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa i mogą także narażać strony na odpowiedzialność karnoskarbową.

Postanowienia te bowiem w zakres obowiązków wykonawcy obiektu budowlanego, wynikających z udzielonej gwarancji jakości, włączają także wykonywanie przeglądów gwarancyjnych i serwisowych oraz wymianę materiałów eksploatacyjnych, w tym ponoszenie kosztów wszystkich tych czynności.

Celem jasnego, precyzyjnego i rozłącznego zaprezentowania zastrzeżeń Wykonawcy, treść niniejszego pisma zostanie przedstawiona w punktach. Jednocześnie, z uwagi na ograniczony czas na złożenie niniejszego wniosku, zastrzeżenia te zostały ujęte w sposób syntetyczny, ukazujący istotę poszczególnych problemów. Przedstawienie bardziej pogłębionej analizy tych problemów ukazałoby dalsze uchybienia w dokumentacji przetargowej – zarówno co do niezgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jak i co do sprzeczności pomiędzy różnymi elementami tej dokumentacji.

1. Po pierwsze wskazać należy, że obowiązki określone w przywołanych na wstępie postanowieniach dokumentacji przetargowej nie mieszczą się w zakresie odpowiedzialności wynikającej z faktu udzielenia gwarancji jakości. Stosownie bowiem do przepisu art. 578 k.c. odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy. Przepis ten wprawdzie dopuszcza odmienne określenie zakresu gwarancji przez strony, jednakże dotyczy to wyłącznie możliwości ograniczenia (zawężenia) odpowiedzialności wykonawcy jako gwaranta, zaś możliwość jej rozszerzenia jest całkowicie wyłączona. Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że w okresie gwarancji obiekt będzie eksploatowany przez Zamawiającego lub podmiot przez niego wyznaczony, w sposób, na który wykonawca (gwarant) nie będzie miał żadnego wpływu. Tym bardziej zatem wykonawca nie może być obciążony odpowiedzialnością za powstałe w ten sposób uszkodzenia mechaniczne, chemiczne lub inne wywołane nie przez wady obiektu, a przez przyczyny spowodowane przez Zamawiającego lub osoby trzecie. Nadto, w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawca nie może odpowiadać za uszkodzenia wynikające z naturalnego zużycia obiektu budowlanego lub jego poszczególnych elementów. Jak bowiem sama nazwa wskazuje, istotą gwarancji jakości jest zapewnienie odpowiedniej jakości obiektu, a nie odpowiedzialność za wszelkie usterki, uszkodzenia lub zniszczenia, lub jego normalne zużycie (por. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 8, Warszawa 2017).

Dla powyższego stwierdzenia nie ma znaczenia ustalenie, czy przepisy o gwarancji przy sprzedaży do umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio, czy też jedynie przez analogię legis. Takie ograniczenie wynika bowiem z istoty (natury) stosunku prawnego gwarancji jakości. Oznacza to, że obciążenie wykonawcy robót budowlanych, w ramach udzielonej gwarancji jakości, odpowiedzialnością za uszkodzenia wynikające z eksploatacji obiektu budowlanego lub jego zużycia, jako sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego gwarancji jakości – jest nieważne z mocy prawa, to jest z mocy przepisu art. 58 § 1 k.c. W świetle powyższego treść pkt 12 oświadczenia gwarancyjnego jest oczywiście sprzeczna z prawem i zamieszczenie takiego postanowienia w dokumentacji przetargowej jest całkowicie niedopuszczalne.

2. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisowo-naprawczych wykonanego obiektu budowlanego (obejmujących m.in. wymianę materiałów eksploatacyjnych), to kwestia ta powinna być objęta odrębnym kontraktem serwisowo-naprawczym, jako że jest ona całkowicie niezwiązana ani z robotami budowlanymi, ani z gwarancją jakości. Kontrakt serwisowo-naprawczy zaś, ze swej istoty, obejmować może wyłącznie usługi naprawy wad i usterek powstałych w związku ze zwykłym, prawidłowym użytkowaniem (eksploatacją) obiektu. W związku z tym, jeżeli usługi te mają być przedmiotem zamówienia – muszą być wskazane w dokumentacji przetargowej jako odrębny element – poprzez załączenie projektu umowy, szczegółowo regulującego zakres tych usług. Zakres ten w szczególności powinien opierać się na ustaleniu parametrów umożliwiających jednoznaczne ustalenie, czy obiekt budowlany był eksploatowany w sposób zwykły i prawidłowy, czy też jego eksploatacja wykroczała ponad normalne (zwykłe) użycie lub w inny sposób była sprzeczna z zasadami używania obiektów tego typu.

Tylko takie ujęcie w dokumentacji przetargowej usług serwisowo-naprawczych umożliwia prawidłowe dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawców, opartej na skalkulowanym ryzyku, i złożenie poprawnej merytorycznie oferty.

Zapewnienie wykonawcom możliwości składania poprawnych ofert jest obowiązkiem Zamawiającego – co wynika wprost z przepisu art. 99 ust. 1 p.z.p. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SWZ nie wskazano szczegółowego zakresu usług serwisowo - naprawczych

Stwierdzenie to znajduje pełne potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich zasadach mają zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ (wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 641/17). Nadto, wykonawca musi mieć pełną jasność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby bez żadnych wątpliwości mógł ustalić jego szczegółowy zakres, która to wiedza ma następnie wpływ na dokonanie wyceny tej roboty (wyrok z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 134/17).

Nadto należy wskazać, że objęcie zamówieniem dodatkowego świadczenia – usług serwisowo-naprawczych, prócz ustalenia zasad ich świadczenia, wymaga ustalenia wynagrodzenia za ich wykonanie. W przeciwnym razie, świadczenie tych usług w ramach zamówienia publicznego rodziłoby daleko idące skutki na gruncie prawa podatkowego. W praktyce bowiem byłyby to usługi świadczone nieodpłatnie, co stanowiłoby tzw. „negatywny przychód”, podlegający opodatkowaniu podatkiem dochodowym oraz podatkiem od towarów i usług. Z kolei niewykazanie przychodu z tytułu tych usług stanowiłoby bezprawne uszczuplenie należności podatkowych, skutkujące także odpowiedzialnością karnoskarbową.

3. Niezależnie od powyższych okoliczności podnieść należy, że w niniejszej sprawie objęcie usług serwisowo-naprawczych przedmiotem zamówienia wydaje się niemożliwe. Jak bowiem wskazano, wymagałoby to szczegółowego określenia zakresu eksploatacji, w ramach którego powstawałyby obowiązki wykonawcy z umowy o świadczenie tych usług. Wykonawca jednak, na podstawie posiadanego doświadczenia stwierdza z całkowitą pewnością, że nawet wstępne, niedokładne oszacowanie zużycia materiałów i elementów eksploatacyjnych jest niemożliwe, tymczasem dla umożliwienia wyceny usług serwisowo-naprawczych konieczne jest przedstawienie w miarę dokładnych szacunkowych wartości tych parametrów.

Oznacza to, że skoro rozszerzenie przedmiotu zamówienia o usługi serwisowo-naprawcze nie jest możliwe przy zachowaniu wymogów wynikających z p.z.p., należy z dokumentacji przetargowej usunąć wszelkie zapisy, które do takich usług się odnoszą.

Z przytoczonych powyżej okoliczności jasno i jednoznacznie wynika, że z powodu wadliwych zapisów w postanowieniach dokumentacji przetargowej, przywołanych w niniejszym piśmie, cała dokumentacja przetargowa jest wadliwa, jako niewyczerpująca, niejednoznaczna i sprzeczna z prawem – w szczególności zaś narusza przepisy p.z.p. oraz przepisy k.c. dotyczące gwarancji, dlatego też zgodnie z wstępem niniejszego pisma wnosimy o usunięcie wadliwych zapisów SWZ.

Odpowiedzi:

W związku z powyższym, zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

1. Zamawiający nie zmienia zapisu SWZ str 7 rozdział IV - zostają podtrzymane.
2. Zamawiający nie zmienia zapisu zawartego we wzorze umowy par 10 ust 4 p. a - zostają podtrzymane.

3. Zapisy zawarte we wzorze umowy par 10 ust 4 p. c - zostają zmodyfikowane - Wykonawca winien zapewnić Zamawiającemu materiały eksploatacyjne na pierwsze trzy miesiące funkcjonowania stacji uzdatniania wody oraz podać w Instrukcji obsługi obiektu rodzaj materiałów oraz zużycie celem umożliwienia Zamawiającemu dokonania zakupu po tym czasie.

Wyjaśnienie dotyczące dalszych wątpliwości Oferenta:

Obowiązek świadczenia serwisu oraz czynności związane z niezbędnymi wymianami leżą po stronie Wykonawcy. Sam koszt materiałów eksploatacyjnych związanych z bieżącym funkcjonowaniem będzie leżał po stronie Zamawiającego. Nie oznacza to jednak wbrew tezę zawartą w uzasadnieniu Wykonawcy, że uszkodzenia mechaniczne czy inne wynikające z niewłaściwego (niezgodnie z instrukcją obsługi) użytkowania obarczają Wykonawcę. Jeśli wady dotyczą kwestii użytego materiału (lub urządzenia) niewłaściwego montażu lub braku wymaganego serwisu (przez okres usuwania wad) to wówczas odpowiedzialność leży po stronie Wykonawcy. W przypadku zaistnienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy nie może ponosić on kosztów związanych z takimi okolicznościami.