

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ 2

Data: 01.02.2022 r.

Dotyczy: wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia na:
„Budowa Stacji Uzdatniania Wody w miejscowości Blanki, gmina Lidzbark Warmiński”
w zamówieniu w trybie podstawowym bez negocjacji opublikowanym
w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00020130/01 w dniu 14.01.2022 r.

Zamawiający:

Nazwa Zamawiającego: **Gmina Lidzbark Warmiński**
REGON: **510742787**
NIP: **743-18-62-715**
Miejscowość: **Lidzbark Warmiński**
Adres: **ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński**
tel. (089) 767 32 74
e-mail: gminalidzbark@pnet.pl

W odpowiedzi na skierowane zapytania dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) wyjaśnia poniżej treść zapytań:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie w.w zamówienia wnosi o wyjaśnienie/zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w następującym zakresie:

Pytanie/wniosek 1

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), poprzez usunięcie wadliwych zapisów dokumentów zamówienia to jest:

- 1) w rozdziale II SWZ. pkt 1 ppkt 2p) Warunki gwarancji zapis o treści:
„przeprowadzanie na własny koszt przeglądów gwarancyjnych i serwisowych, stałe serwisowanie urządzeń przy czasie reakcji na 48 godzin, liczonych od dnia doręczenia powiadomienia „oraz
- 2) w załączniku nr 3 do SWZ — projekt — umowa (wzór umowy) :
 - a) S 9 ust. 4 pkt 3) o treści:
„przeprowadzanie na własny koszt przeglądów gwarancyjnych i serwisowych, stałe serwisowanie urządzeń przy czasie reakcji na 48 godz., liczonych od dnia doręczenia powiadomienia '

UZASADNIENIE

Wymienione powyżej postanowienia dokumentów zamówienia - SWZ 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 włączają także wykonywanie przeglądów gwarancyjnych i serwisowych oraz serwisowanie urządzeń, w tym ponoszenie kosztów wszystkich tych czynności.

Celem jasnego, precyzyjnego i rozłącznego zaprezentowania zastrzeżeń Wykonawcy, treść 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 (dokumentach zamówienia, SWZ) — 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 SWZ (dokumentach zamówienia) nie mieszczą się w zakresie odpowiedzialności wynikającej z faktu udzielenia gwarancji. 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 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 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 w.w zapisów w SWZ i wzorze umowy, 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. 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 — zarówno poprzez wskazanie w treści SWZ, jak i 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 (SWZ) 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 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia (rozdział II SWZ) usług serwisowo-naprawczych. Oznacza to, że SWZ narusza przywołany powyżej przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r.

Stwierdzenie to znajduje pełne potwierdzenie w 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 SWZ (wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 641/17). Nadto, wykonawca musi mieć pełną jasność w zakresie objętych 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).

Ponadto Zamawiający, który udziela zamówień finansowanych w ramach Programu Rządowego Polski Ład, powinien przestrzegać wytycznych zawartych we wstępnej promesie, czyli jest zobowiązany aby przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności ustawą z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

sk

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 ustawy z dnia 11 września 2019r. — Prawo zamówień publicznych, 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 (dokumentów zamówienia), przywołanych w we wstępie, cała dokumentacja przetargowa jest wadliwa, jako niewyczerpująca, niejednoznaczna i sprzeczna z prawem — w szczególności zaś narusza przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. „Prawo zamówień publicznych, oraz przepisy k.c. dotyczące gwarancji. W związku z powyższym zapisy te winny zostać usunięte z SWZ oraz wzoru umowy — załącznik nr 3 do SWZ.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający pozostawia zapis Specyfikacji Warunków Zamówienia bez zmian.

Pytanie/wniosek 2

Zamawiający wskazał, iż integralną część umowy stanowi załącznik nr 3 do umowy – gwarancja jakości. Wykonawca wnosi o wskazanie jaki to jest dokument i kto będzie tworzył ten dokument. Jeśli zaś Zamawiający nie posiada takiego dokumentu – prosimy o usunięcie tego załącznika.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający uzupełnia dokumentację zamówienia o załącznik nr 3 do umowy – wzór karty gwarancyjnej.

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi stają się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

**Powyższe wyjaśnienia wiążą Wykonawców z chwilą ich zamieszczenia na stronie prowadzonego postępowania: https://platformazakupowa.pl/pn/gmina_lidzbark.
Pozostałe zapisy SWZ nie ulegają zmianie.**

**Z upoważnienia Wójta
ZASTĘPCA WÓJTA**
mgr inż. Tomasz Kołodziejczyk

ok

