

Gmina Lelis
ul. Szkolna 39
07-402 Lelis

Lelis, dnia 2 kwietnia 2024 r.

IR.271.10.2024

Identyfikator postępowania: ocds-148610-fd44d09f-e6ad-11ee-9c02-ce2b643d361d

A/a

Gmina Lelis z siedzibą przy ulicy Szkolnej 39, 07-402 Lelis, którą reprezentuje Wójt Gminy Stefan Prusik w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Umożliwienie dostępu do podstawowych usług dla mieszkańców gminy Lelis oraz wspieranie lokalnego rozwoju na obszarach wiejskich poprzez przebudowę stacji uzdatniania wody i budowę sieci wodociągowej z przyłączami w msc. Olszewka” prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1, o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) i skierowanymi pytaniami, na podstawie art. 284 ust. 2 wyżej cytowanej ustawy wyjaśnia co następuje:

Pyt. 1

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów SWZ w następującym zakresie:

Proszę o zmianę zapisów w załączniku nr 11 - §2 ust 3 i wprowadzenie następującego zapisu, z uwagi iż wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na etapie prowadzonego postępowania powinny mieć takie samo znaczenie (taką samą wagę) jak SWZ:

3. Szczegółowy opis i sposób wykonania przedmiotu umowy określają:

- 1) specyfikacja warunków zamówienia zawierająca: dokumentację techniczną, szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (zwane dalej SST) wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego do specyfikacji warunków zamówienia
- 2) umowa
- 3) oferta wykonawcy

Pyt. 2

W związku z zapisami SWZ (Rozdział XVIII) wskazującymi na pozacenowe kryterium oceny ofert: okres udzielonej gwarancji, prosimy o modyfikację i wskazanie iż:

„a) minimalny okres gwarancji wymagany przez Zamawiającego to 36 m-cy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego, zaś maksymalny termin gwarancji wyniesie 60 m-cy, od daty podpisania protokołu odbioru końcowego”

a także w dalszych postanowieniach SWZ zmianę na minimalny okres gwarancji 36 m-cy, a maksymalny 60 m-cy.

Zamawiający ustanowił w postępowaniu następujące kryteria oceny ofert: cena (waga 60%) oraz okres udzielonej gwarancji i (waga 40%).

Po pierwsze możliwości uzyskania aż 40 punktów za okres udzielonej gwarancji wynoszącej 84 m-ce prowadzi do sytuacji, w której jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta wykonawcy z ceną znacznie przewyższającą cenę zaoferowaną przez Wykonawcę przy gwarancji i rękojmi 60 m-cy (możliwe, że nawet dwukrotność ceny).

Cena zaoferowana przez Wykonawcę przy tak wskazanym kryterium spowoduje, iż oferta nie będzie zawierała realnego koszt wykonania zamówienia lecz koszt udzielonej gwarancji (będzie stanowiło to zdecydowany wskaźnik ceny)

Po drugie zwrócić należy, że dopuszczenie możliwości oferowania przez wykonawców 7-letniego okresu gwarancji może doprowadzić do sytuacji, w której gwarancja udzielona przez wykonawców przybierze charakter iluzoryczny. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że zaoferowanie nierealnego terminu gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (np. wyrok z dnia 23 marca 2016r., sygn.. KIO 369/19, wyrok z 21 kwietnia 2015r., sygn. akt. KIO 692/15) .

O ile 7-letni okres gwarancji nie jest terminem nierealnym czy niemożliwym do dotrzymania, to jest z całą pewnością terminem bardzo rzadko spotykanym w praktyce rynku robót budowlanych. Standardem jest okres gwarancji nie przekraczający 5 lat. Wykonawcy zmierzający udzielić maksymalnego okresu gwarancji (co niewątpliwie będzie miało miejsce, z uwagi na chęć uzyskania maksymalnej punktacji w zakresie omawianego kryterium), mogą mieć z tego powodu trudności w niedotrzymaniu tak długiego okresu gwarancji. Ponadto tak długi okres gwarancji z całą pewnością wpłynie na wzrost cen w ofertach wykonawców (o czym mowa powyżej).

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku iż zasadnym i rozsądnym jest zmiana SWZ w zakresie kryterium oceny ofert i wprowadzenie zapisu zgodnie ze wskazaniem powyżej, w zakresie pozacenowym kryterium.

Pyt. 3

Wykonawca wnosi o usunięcie zapisu w całości z załącznika nr 11 dot. konieczności akceptacji przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego (tj. §6 ust. 8 oraz §6 ust 9) a także modyfikację zapisu w §6 ust 7 i zastąpienie tego zapisu następującym:

7. W dniu podpisania niniejszej umowy, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu kosztorys ofertowy. Załączony kosztorys ofertowy nie określa zakresu rzeczowego zobowiązania Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy lub rezygnacji Zamawiającego z wykonania części przedmiotu umowy lub rezygnacji Zamawiającego z wykonania części przedmiotu umowy lub w przypadku wystąpienia robót zamiennych lub dodatkowych.

Pyt. 4

Wykonawca wnioskuję zmianę kar umownych w załączniku nr 11 - §21 ust 1 pkt 1) oraz pkt 2). Kary umownej wskazane w wysokości 0,5% są w ocenie Wykonawcy wysokie i wnosimy o ich miarkowanie do wysokości 0,1% zarówno pkt 1) oraz pkt 2).

Pyt. 5

W związku z zapisami §16 ust 4 oraz §16 ust 8, Wykonawca wnosi o zmianę terminu w którym Zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy na roboty budowlane o podwykonawstwo oraz terminie do wniesienia zastrzeżenia do przedłożonej Zamawiającemu kopii umowy. Generalnie jest to zawsze 14 dni, więc wnosimy o zmianę terminu z 30 a 14 dni. Termin 30 dni jest terminem bardzo długim, mogącym wydłużać termin realizacji zamówienia.

Pyt. 6

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), poprzez usunięcie wadliwych zapisów dokumentacji, w każdym miejscu gdzie występują, a w szczególności w załączniku do SWZ – wzór umowy- zał nr 11, (§19 ust 1) o następującej treści:

1. (...) wraz z ich nieodpłatną bieżącą konserwacją wynikającą z warunków gwarancji (...)

UZASADNIENIE

Wymienione powyżej postanowienie dokumentacji projektowej jest 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 konserwacji 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 przywołanym 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 wprowadzie 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.

2. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisowo-naprawczych czy też konserwacyjnych wykonanego obiektu budowlanego (obejmujących m.in. konserwację), 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 – 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 wykroczyła 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. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia usług serwisowo-naprawczych. Oznacza to, że SWZ narusza przywołany powyżej przepis p.z.p.

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 SWZ (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 i Wykonawca wnosi o ich usunięcie z dokumentacji przetargowej

Pyt. 7

Wnosimy o usunięcie zapisu w całości - §19 ust. 8 z załącznika nr 11 do SWZ, o treści:

8. Drobne naprawy mogą być wykonane przez Zamawiającego na koszt Wykonawcy po

wyrażeniu zgody przez Wykonawcę i bez utraty praw Zamawiającego wynikających z gwarancji.

Odpowiedzi:

Ad. 1

Wyjaśnienia zostały wskazane w § 2 ust. 3 pkt 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 11 do SWZ, propozycja zmiany ogranicza się jedynie do redagowania zapisu, natomiast zapis umowy zawiera wnioskowaną treść w odrębnym podpunkcie.

Ad. 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Wyznacznikiem czasu przez jaki Wykonawca powinien być odpowiedzialny wobec Zamawiającego za prawidłowość wykonania robót budowlanych jest przepis art. 568 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym rękojmia przy wadach nieruchomości wynosi 5 lat. Z tych względów – gwarancja powinna być prawem dodatkowym w stosunku do rękojmi. Jeżeli rękojmia wynosi 60 msc. z ustawy, to Zamawiający oczekuje, iż gwarancja będzie nie krótsza niż okres zwykłej rękojmi.

Zdaniem Zamawiającego termin gwarancji w tym zakresie nie jest terminem nierealnym, a terminem konkurencyjnym tego prawa w stosunku do prawa rękojmi. Wyznaczając terminy gwarancji zamawiający w tej sprawie miał na uwadze wieloletnią praktykę lokalnych samorządów, gdzie termin gwarancji 5 lat przy robotach budowlanych jest standardem w tego typu zamówieniach. Ustalenie tych warunków ma również na celu taki dobór jakości prac i materiałów przez Wykonawcę aby wykonane roboty budowlane były trwałe. Zdarzały się na rynku praktyki nadmiernych oszczędności po stronie Wykonawców, którzy prowadzili zamówienia „po kosztach” i po 5 latach zachodziła konieczność czynienia dalszych nakładów i wymian sprzętu. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że należy polegać na gwarancjach, ponieważ wymiany wadliwych sprzętów zdarzają się, a ponadto podnosi to jakość prac i zapewnia wykorzystanie lepszych materiałów budowlanych. Z tych przyczyn Zamawiający nie zgadza się na wybudowanie obiektu, który może posłużyć do 5 lat, preferowany jest dłuższy czas przydatności budynków i urządzeń.

Ad. 3

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Na podstawie art. 223, art. 224 i art. 226 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przyznano prawo do podejmowania działań w przypadku gdyby zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jeżeli Zamawiający może odrzucić ofertę, która zawiera błędy, rażąco niskie ceny lub koszt – to brak jest podstaw aby pozbawiać się tych uprawnień w umowie. Zapisy umowy są zgodne z uprawnieniami Zamawiającego wynikający z prawa zamówień publicznych.

Ad. 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Zamawiający zastosował standardowe wymiary kar umownych. Mechanizm kar jest bardzo ważny, ponieważ poprzez przekroczenie terminu można stracić źródło finansowania/dofinansowania inwestycji. Kary powinny gwarantować terminowość wykonania prac. Przypominamy jedynie, że stronom przysługuje w określonych okolicznościach możliwość zmiany terminu umowy. Jeżeli chodzi o miarkowania kar umownych to jest to instytucja prawna określona w art. 484 k.c., przy czym ocenia się zawsze przyczyny naliczania kar. Nie można się zgodzić z propozycją zmniejszenia tych kar odgórnie, nie znając jeszcze przyczyn. Zamawiający nie bierze pod uwagę opóźnienia w terminowości wykonania prac, dlatego potencjalny Wykonawca nie powinien rozliczać niejako kosztów dodatkowych w postaci kar umownych jeszcze przed podjęciem zadania, ponieważ może prowadzić do wniosku, że już w momencie przyjęcia umowy liczy się z możliwością jej niewykonania w terminie.

Ad.5

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Termin 30 dni jest terminem określonym w ustawie, patrz. Art. 647(1) Kodeksu cywilnego.

Ad. 6

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Zgodnie z art. 577 § 2 Kodeksu cywilnego obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. Bieżąca nieodpłatna konserwacja mieści się w pojęciu „innych usług”, a ponadto jest to sprawa istotna dla Gminy Lelis. Gmina Lelis nie ma specjalistycznych środków do konserwacji urządzeń, dlatego ten warunek ma znaczenie. Jak pokazała dotychczasowa praktyka – urządzenia wodne są specyficzne i poprzez stałą pracę cechuje je awaryjność, oraz konieczność utrzymania ich należytego stanu. Potrzeby ludności w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę są stałe i nie akceptują błędów. Zamawiający jako reprezentujący odbiorców tego typu usługi publicznej – chce ich zabezpieczyć w możliwie najlepszy sposób, aby uniknąć awarii, przerw w dostawach wody.

Ponadto bieżąca konserwacja jest środkiem korzystnym dla obu stron. W sytuacji kiedy dojdzie do sporu na tym tle, czy dany element należy wymienić jako wadliwy – można przeprowadzić jego konserwację i obserwować dalszą pracę lub stan obiektu. Jeżeli strony nie ustalą innych metod – w przypadku stwierdzenia wady pozostaje jedynie wymiana na nowy lub naprawa. Bieżąca konserwacja pozwala często uniknąć bardziej dotkliwych dla Wykonawcy roszczeń z gwarancji.

Ad. 7

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie proponowanego zapisu.