 

„Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich: Europa inwestująca w obszary wiejskie”

Mikołajki Pom. 2023-03-08

Strona internetowa prowadzonego postepowania : <https://platformazakupowa.pl/pn/mikolajkipomorskie>

Dotyczy: Postepowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) pn. „

**„Budowa sieci wodociągowej i stacji podnoszenia ciśnienia**

**Krasna Łąka-Balewo-Balewko ( Przebudowa przepompowni ścieków)**

**Znak sprawy: ZP.271.4.2023.BP**

**Zapytania i wyjaśnienia**

**Pytanie/Wniosek 1**

W związku z zapisami SWZ, a dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu – Personel Wykonawcy – **prosimy o potwierdzenie,** że Wykonawca musi wykazać, że skieruje do realizacji zamówienia osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi odpowiednio do funkcji, jaka zostanie mu powierzona, tj:

1. Osoba do pełnienia funkcji **Kierownika budowy:**

- wymagana liczba osób: 1

- kwalifikacje zawodowe: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych

b) Osoba do pełnienia funkcji: **Kierownik robót**

- wymagana liczba osób: 1

- kwalifikacje zawodowe: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

**Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza obowiązek skierowania do realizacji zamówienia osób posiadających uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, oraz osobę do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

**Pytanie/Wniosek 2**

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), poprzez usunięcie wadliwych zapisów dokumentacji, w każdym miejscu gdzie występują, o następującej treści:

*8. Ustala się, że w okresie gwarancji i rękojmi Wykonawca przejmuje na siebie wszelkie obowiązki* ***wynikające z serwisowania urządzeń, instalacji i wyposażenia mające wpływ na trwałość gwarancji producenta. Wykonawca w okresie gwarancji zobowiązuje się do bezpłatnych i bezwarunkowych przeglądów gwarancyjnych i wykona zawiązane z nimi naprawy lub wymiany.*** *Koszty materiałów oraz ich dostawy i wmontowania w okresie gwarancji ponosi Wykonawca.*

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 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 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 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 obarczony 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.

1. 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 używaniem (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 wykraczała 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 ( Rozdział 5 SWZ) 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 opisania 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.

1. 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.

**Odpowiedź:**

Zamawiający wprowadza nowy zapis w § 11 ust 8 Projektowanym postanowieniu umowy, który otrzymuje brzmienie:

Wykonawca w okresie trwania gwarancji zobowiązuje się do wykonania bezpłatnych i bezwarunkowych przeglądów gwarancyjnych i wykona związane z nimi naprawy lub wymiany w razie stwierdzenia wad objętych gwarancją. Koszty materiałów oraz ich dostawy i wmontowania w okresie gwarancji ponosi Wykonawca.

**Pytanie/Wniosek 3**

W nawiązaniu do zapisów SWZ i projektowanych postanowień umowy - §15, Wykonawca wnosi o potwierdzenie iż obowiązek dot. ubezpieczenia zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca przedłoży polisę OC , a suma ubezpieczenia polisy OC będzie co najmniej w wysokości wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego ze złożonej oferty

**Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza obowiązek posiadania polisy OC na sumę co najmniej w wysokości wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego ze złożonej oferty.

Wójt Gminy Mikołajki Pomorskie

Maria Pałkowska-Rybicka