

IRG.271.17.2021

W odpowiedzi na pytania skierowane drogą elektroniczną do Zamawiającego w sprawie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami na roboty budowlane pn. „Modernizacja z przebudową istniejącej stacji uzdatniania wody w Łysininie” na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) poniżej podaję pytania i odpowiedzi Zamawiającego:

### **1. Pytanie Wykonawcy:**

Wnosimy o usunięcie wadliwych zapisów dokumentacji, w szczególności:

- zapis § 7 ust. 3 wzoru Umowy,

zgodnie z którymi w okresie gwarancji i rękojmi Wykonawca przejmuje na siebie wszelkie obowiązki wynikające z serwisowania i konserwacji zabudowanych urządzeń, instalacji i wyposażenia mające wpływ na trwałość gwarancji producenta.

Wymienione powyżej postanowienia są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa i mogą także narażać strony na odpowiedzialność karnoskarbową. Postanowienia te bowiem w zakresie obowiązków wykonawcy obiektu budowlanego, wynikających z udzielonej rękojmi za wady, włączają także wykonywanie przeglądów, także serwisowych oraz wymianę materiałów eksploatacyjnych, w tym ponoszenie kosztów wszystkich tych czynności.

Po pierwsze wskazać należy, że obowiązki określone w przywołanych na wstępie postanowieniach dokumentacji przetargowej nie mieszczą się w zakresie odpowiedzialności wynikającej z faktu udzielenia rękojmi za wady. Stosownie bowiem do przepisu art. 5561 k.c. odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady obejmuje: wady polegające na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową. W szczególności rzecz sprzedana jest niezgodna z umową, jeżeli:

- 1) nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia;
- 2) nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór;
- 3) nie nadaje się do celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia;
- 4) została kupującemu wydana w stanie niepełnym.

Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że w okresie rękojmi obiekt będzie eksploatowany przez Zamawiającego lub podmiot przez niego wyznaczony, w sposób, na który wykonawca 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 wynikającej z rękojmi wykonawcy nie może odpowiadać za uszkodzenia wynikające z naturalnego zużycia obiektu budowlanego lub jego poszczególnych elementów. Istotą rękojmi za wady nie jest zapewnienie odpowiedniej jakości obiektu, a nie odpowiedzialność za wszelkie usterki, uszkodzenia lub zniszczenia, lub jego normalne zużycie.

Obciążenie wykonawcy robót budowlanych, w ramach udzielonej rękojmi za wady, odpowiedzialnością za uszkodzenia wynikające z eksploatacji obiektu budowlanego lub jego zużycia, jako sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego rękojmi za wady – jest nieważne z mocy prawa, to jest z mocy przepisu art. 58 § 1 k.c. W świetle powyższego treść powyżej przywołanych zapisów w §17 projektu umowy jest oczywiście sprzeczna z prawem i zamieszczenie takiego postanowienia w dokumentacji przetargowej jest całkowicie niedopuszczalne.

Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisownaprawczych wykonanego obiektu budowlanego (obejmujących m.in. wymianę materiałów eksploatacyjnych), to kwestia ta powinna być objęta odrębnym kontraktem serwisownaprawczym, jako że jest ona całkowicie niezwiązana ani z robotami budowlanymi, ani z rękojmią za wady. 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 SIWZ, 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 serwisownaprawczych 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. 29 ust. 1 p.z.p. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SIWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia, usług serwisownaprawczych. Oznacza to, że SIWZ 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 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 serwisownaprawczych, 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. 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 pytaniu, cała dokumentacja przetargowa jest wadliwa, jako niewyczerpująca, niejednoznaczna i sprzeczna

### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający przychyła się do stanowiska Wykonawcy. Kwestionowane zapisy § 7 ust 3 z treści umowy zostały usunięte. Zmodyfikowany Formularz nr 7 do SWZ (uwzględniający ww. stanowisko Wykonawcy) został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego.

### **2. Pytanie Wykonawcy:**

Prosimy o wyjaśnienie, czy koszty materiałów eksploatacyjnych w czasie trwania gwarancji i rękojmi będzie pokrywał Zamawiający.

### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Pokrycie kosztów materiałów eksploatacyjnych w czasie trwania gwarancji i rękojmi będzie należało do Zamawiającego.

### **3. Pytanie Wykonawcy:**

Wnosimy o zmianę dotyczącą kryterium oceny ofert: kryterium „G” – okres gwarancji jakości. Wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji jakości wynosi od 60 do 96 miesięcy. Gwarancja wynosząca 96 miesięcy jest nierealna do spełnienia, ponieważ producenci materiałów i urządzeń nie oferują gwarancji dłuższej niż 60 miesięcy.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę kryterium poprzez zmniejszenie okresu udzielenia gwarancji jakości z 60 do 96 miesięcy na 36 do 60 miesięcy.

### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający zmienia wymagany okres gwarancji z okresu od 5 do 8 lat na okres od 3 do 5 lat. Stosowne zmiany zostały wprowadzone do SWZ, w rozdziale XIX, który po zmianach brzmi:

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone z postępowania. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

#### **1) kryterium „C” - cena wykonania zamówienia – 60,0 % .**

Najkorzystniejsza oferta w odniesieniu do tego kryterium może uzyskać maksymalnie 60 punktów.

Pozostałym Wykonawcom przypisana zostanie odpowiednio mniejsza ilość punktów.

Ocena ofert w zakresie kryterium „C” –cena zostanie dokonana według poniższego algorytmu.

$$\text{Liczba punktów „C”} = \frac{\text{najniższa oferowana cena brutto}}{\text{cena brutto oferty badanej}} \times 60$$

a) Podstawą przyznania punktów w kryterium "cena" będzie cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym.

b) Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszelkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

#### **2) kryterium „G” – okres gwarancji jakości – 40,00 %**

Maksymalną liczbę 40 punktów w tym kryterium otrzyma Wykonawca, który zaproponuje najdłuższy termin gwarancji jakości.

Pozostałym Wykonawcom przypisana zostanie odpowiednio mniejsza ilość punktów.

Ocena ofert w zakresie kryterium „G”– okres gwarancji jakości zostanie dokonana według poniższego algorytmu.

$$\text{Liczba punktów „G”} = \frac{\text{okres gwarancji jakości w ofercie badanej}}{\text{najdłuższy zaoferowany okres gwarancji jakości}} \times 40$$

a) maksymalny okres gwarancji jakości Wykonawcy, brany do oceny oferty wynosi maksymalnie 60 miesięcy licząc od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru przez strony. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje okres gwarancji jakości dłuższy niż 60 miesięcy do oceny ofert w tym kryterium zostanie przyjęty 60 miesięczny okres gwarancji jakości.

b) minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji jakości wynosi 36 miesięcy licząc od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru. Jeżeli Wykonawca zaoferuje okres

gwarancji jakości krótszy niż 36 miesięcy, to jego oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

#### **4. Pytanie Wykonawcy:**

Dotyczy warunku udziału w postępowaniu: Zamawiający żąda aby wykonawca wykazał, iż wykonał przynajmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody w systemie dwustopniowym, o wartości inwestycji przynajmniej 500 000 zł brutto każda, (...).

Prosimy o sprecyzowanie czy „system dwustopniowy” odnosi się do pompowania czy układu filtracji.

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

System dwustopniowy, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu, odnosi się do pompowania.

Niniejsza informacja stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.  
Stosowne zmiany zostaną zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2021/BZP 00212196 z dnia 05-10-2021 r.