

IRG.271.16.2019

Gąsawa, dnia 30 lipca 2019 r.

W odpowiedzi na pytania skierowane drogą elektroniczną do Zamawiającego w sprawie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn. „Rozbudowa Stacji Uzdatniania Wody w Gąsawie wraz z wyposażeniem dz. nr 428” na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), poniżej podaję pytania i odpowiedzi Zamawiającego:

Pytanie Wykonawcy:

Wnosimy o usunięcie wadliwych zapisów dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności:

1) w załączniku nr 7 do SIWZ – Projekt umowy:

§ 8. Gwarancja wykonawcy i uprawnienia z tytułu rękojmi pkt. 3 tj. 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.

2) w załączniku nr 8 do SIWZ – we wzorze karty gwarancyjnej:

pkt. II Przedmiot karty gwarancyjnej i termin gwarancji pkt.2 podpunkt 4) tj. w okresie gwarancji jakości Wykonawca przejmuje na siebie wszelkie obowiązki wynikające z serwisowania i konserwacji wykonanych robót, zabudowanych urządzeń, mające wpływ na trwałość gwarancji producenta;

UZASADNIENIE

Dokumentacja przetargowa, sporządzona przez Zamawiającego w niniejszej sprawie, zawiera szereg postanowień sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa i mogących także narażać strony na odpowiedzialność karnoskarbową. Dotyczy to w szczególności postanowień wymienionych na wstępie niniejszego pisma.

Postanowienia te bowiem w zakres obowiązków wykonawcy obiektu budowlanego, wynikających z udzielonej gwarancji jakości, włączają także wykonywanie okresowych czynności konserwacyjnych, przeglądów gwarancyjnych i serwisowych, wykonywanie okresowych pomiarów potwierdzających bezpieczną pracę urządzeń oraz wymianę materiałów eksploatacyjnych – bez względu na przyczyny ich powstania, 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 niniejszego pisma 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 przywołanych powyżej postanowień dokumentacji przetargowej jest oczywiście sprzeczna z prawem i zamieszczenie takich postanowień w dokumentacji przetargowej jest całkowicie niedopuszczalne.

2. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisowo-naprawczych wykonanego obiektu budowlanego, 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 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 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 – co wynika wprost z przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SIWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia (część I pkt 3 SIWZ) usług serwisowo-naprawczych. 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 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 (np. olejów w sprężarce i „dmuchawie”) 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, w tym w szczególności zapisów 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.

Wnoszę zatem jak na wstępie niniejszego pytania.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający przychylił się do stanowiska Wykonawcy. Kwestionowane zapisy § 8 pkt 3 z treści umowy i ze wzoru karty gwarancyjnej zostały usunięte. Zmodyfikowane załączniki nr 7 i 8 do SIWZ (uwzględniające ww. stanowisko Wykonawcy) zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Pytanie Wykonawcy:

2. Jako drugie kryterium oceny ofert (40%) Zamawiający określił okres gwarancji w przedziale 5-8 lat. Wnosimy o zmianę proponowanego przedziału gwarancji na 3-5 lat. Założenie tak długiego okresu gwarancji zwłaszcza na obiekcie tak skomplikowanym jak SUW może powodować, że Wykonawca chcąc uzyskać maksymalną ilość punktów i tym samym pozyskać kontrakt złoży ofertę z maksymalną gwarancją nie bacząc na fakt, że okres amortyzacji urządzeń jest krótszy. Nadmieniamy, że żaden producent urządzeń, aparatury elektrycznej nie udziela tak długich gwarancji, gdyż w tym czasie następuje naturalne zużycie urządzeń i aparatury, a więc niemożliwe jest przewidzenie powstania awarii i kalkulacji cenowej z tym związanej. Większość materiałów i urządzeń po okresie 5 lat są wyeksploatowane i powinny zostać wymienione na nowe, również ze względu na postęp technologiczny. Ciągłe naprawy urządzeń na koszt Wykonawcy są nieekonomiczne, a zastosowanie nowych urządzeń spowoduje niższe koszty eksploatacji. To, że oferenci zaoferują maksymalny okres gwarancji nie oznacza, że oferują coś o dłuższej żywotności i przewadze technologicznej swojego rozwiązania. W efekcie Zamawiający przeplaci, ponieważ Wykonawca policzy z góry wymianę urządzeń na nowe. Zamawiający wszędzie tam gdzie to możliwe winien brać pod uwagę okres życia produktu ustalony w normach i certyfikatach, co będzie swego rodzaju wyznacznikiem i bazą do przeprowadzenia analizy realności zaproponowanych okresów gwarancji. Zamawiający musi już na etapie przygotowania postępowania zastanowić się czy producent zapewnia produkcję części zamiennych w tej perspektywie czasowej, a w przypadku robót budowlanych czy jest w stanie

zapewnić wywiązanie się z warunków gwarancji. Pozwoli to złożyć oferty w których zaciągnięte zobowiązania Wykonawca będzie mógł realnie wypełnić.

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 SIWZ, w rozdziale 14, który po zmianach brzmi:

14.1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone z postępowania.

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się kryterium:

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.

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

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

Maksymalną liczbę 40 punktów w tym kryterium otrzyma Wykonawca, który zaproponuje

najdłuższy termin gwarancji jakości.

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

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

- **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.

- **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. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Pytanie Wykonawcy:

Czy Zamawiający uzna za równoważny zbiornik retencyjny $V=150\text{ m}^3$ o konstrukcji skręcanej na budowie? Konstrukcja ta nie powoduje problemu z przewozem ponadgabarytowego zbiornika spawanego. Zbiornik skręcany przeznaczony do magazynowania wody pitnej z Atestem PZH zbudowany jest ze skręcanych elementów stalowych ocynkowanych lub malowanych (część zewnątrz), ocieplony styrodurem XPS o gr. 10 cm oraz wyposażony w membranę EPDM 1 mm zapewniającą szczelność zbiornika. Prośba wynika z długich terminów produkcyjnych zbiorników retencyjnych spawanych, co zagraża terminowości etapu I.

Odpowiedź Zamawiającego:

Z uwagi na brak zgody Projektanta na zastosowanie proponowanego rozwiązania, Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę technologii wykonania zbiorników retencyjnych.

Pytanie Wykonawcy:

Prosimy o informację po czyjej stronie (Zamawiającego czy Wykonawcy) będzie ciągła eksploatacja tymczasowego układu technologicznego zapewniającego wodę pitną odbiorcom? Również po czyjej stronie będzie zabezpieczenie układu tymczasowego przed niską temperaturą. Tak krótki termin realizacji powoduje eksploatację układu tymczasowego również zimą, a więc niezbędna jest obudowa układu i ogrzewanie pomieszczenia z układem tymczasowym. Powoduje to w znaczny sposób wzrost kosztów inwestycyjnych.

Odpowiedź Zamawiającego:

Wykonanie tymczasowego układu technologicznego uzdatniania wody nadzór i odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie tymczasowego układu uzdatniania wody należy do zadań Wykonawcy. W przypadku nieobecności Wykonawcy na terenie budowy (np. w dni wolne od pracy) istnieje możliwość przejęcia nadzoru i obsługi układu tymczasowego przez Zakład Robót Publicznych, wyłącznie po zapewnieniu przeszkolenia przez Wykonawcę pracowników ZRP na podstawie zawartego stosownego porozumienia. W przypadku nastania ujemnych temperatur, powodujących konieczność zabezpieczenia instalacji przed zamarznięciem, koszty z tym związane będą stanowiły koszt Wykonawcy.

Pytanie Wykonawcy:

Prosimy o przedłużenie terminu wykonania zamówienia o co najmniej 3 miesiące dla każdego z etapów oraz zmianę zakresu prac dla etapu pierwszego. Proponujemy, aby całość układu technologicznego uzdatniania wody wewnątrz budynku wraz z AKPiA została wykonana w etapie II. Natomiast jeżeli podział na etapy wynika z wymaganego określonego przerobu finansowego w etapie I można go oczywiście narzucić Wykonawcy. Termin realizacji przedmiotu zamówienia podany w SIWZ jest terminem zbyt krótkim dla rzetelnego wykonania prac budowlanych. Tak krótki termin z pewnością spowoduje mniejsze zainteresowanie przetargiem, co jest niekorzystne dla Zamawiającego. Może nawet wpłynąć

na wliczenie kar w ofertę Wykonawcy co również jest niekorzystne dla Zamawiającego. Prośbę o przesunięcie terminu argumentujemy obecną sytuacją rynkową firm wykonawczych oraz dłuższymi terminami na dostawę podzespołów technologicznych, które obecnie mogą wynosić nawet kilka miesięcy. Ponadto wymagane jest zachowanie ciągłości dostaw wody. Wykonawca musi przewidzieć wykonanie tymczasowego układu technologicznego. Ponadto woda surowa zawiera znaczne ilości jonu amonowego w ilości 1,1 mg/l. Informujemy również, że wpracowanie się złoza filtracyjnego odpowiedniego do usunięcia tych związków może trwać od 2 do nawet 4 miesięcy! (czas od uruchomienia Stacji uzdatniania Wody niezależny od Wykonawcy). To wszystko potwierdza, że zaproponowane terminy przez Zamawiającego są terminami mało realnymi do wykonania przedmiotu zadania.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża na to zgody. Z uwagi na konieczność rozliczenia się z podmiotem przyznającym dofinansowanie, termin I etapu nie może zostać przedłużony, a zakres rzeczowy etapu I nie może zostać zmniejszony. Należy zauważyć, że zgodnie z § 13 pkt 4 projektu umowy, zmiana terminu zakończenia przedmiotu umowy może nastąpić w poniższych okolicznościach:

- a) wystąpi konieczność zmiany zakresu przedmiotu niniejszej umowy lub wykonania prac dodatkowych lub uwzględnienia wpływu innych przedsięwzięć i działań powiązanych z przedmiotem umowy, które będzie miało istotny wpływ na termin zakończenia zadania;
- b) w okresie realizacji przedmiotu umowy wystąpią przeszkody o obiektywnym charakterze w tym: klęski żywiołowe, nadzwyczajne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych – pomimo dołożenia wszelkich starań, aby roboty mogły zostać zrealizowane w terminie. Wydłużenie czasu trwania umowy będzie równoważne z czasem trwania ich wstrzymania. Fakt ten winien być odnotowany przez Kierownika Budowy w Dzienniku Budowy i potwierdzony przez Inspektora Nadzoru oraz przedstawiciela Zamawiającego.

Niniejsza informacja stanowi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Stosowne zmiany zostaną zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nr 575526-N-2019 z dnia 2019-07-18 r.

Wójt
Błażej Łabędzki



