

PZP.262.3.2020.8.RIR

Olsztyn, 18.02.2020 r.

Dotyczy: postępowania o zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: **PRZEBUDOWA PRZEPOMPOWNI ŚCIEKÓW w dwóch lokalizacjach Olsztyna: ZADANIE I – przebudowa przepompowni ścieków P-12 przy ul. Hozjusza wraz z budową dwóch odcinków sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej i odcinka kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej; ZADANIE II – przebudowa przepompowni ścieków P-23 przy ul. Wiosennej**

Zamawiający, Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olsztynie, ul. Oficerska 16a, zgodnie z § 34 ust. 2 i 8 Regulaminu udzielania zamówień przez PWiK Spółka z o. o. w Olsztynie ze zmianami, udziela odpowiedzi na pytanie dotyczącej treści SIWZ.

Pytanie Wykonawcy

Zgodnie z zapisami wzoru umowy – Załącznik nr 7 do SIWZ – Wykonawca w okresie udzielonej gwarancji jakości, zobowiązany jest do serwisowania wszystkich instalacji i sieci wykonanych robót (§8 pkt 3.1). Powyższy zapis narzuca na Wykonawcę obowiązki, których wykonanie zależne jest od czynności eksploatacyjnych wykonywanych przez Użytkownika. Ponadto zapis jest ten wadliwy i narusza zapisy Regulaminu Udzielania Zamówień przez PWiK spółka z o.o. w Olsztynie i z tego też powodu powinien zostać usunięty ze wzoru umowy.

Wymienione powyżej postanowienie Wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa i mogą także narażać strony na odpowiedzialność karnoskarbową.

Postanowienia te bowiem w zakres obowiązków wykonawcy instalacji wraz obiektem budowlanym (przepompownią ścieków) wynikających z udzielonej gwarancji jakości włączają także **wykonywanie serwisowania** wszystkich instalacji i sieci wykonanych robót.

Po pierwsze wskazać należy, że obowiązki określone w przywołanych na wstępie postanowieniach wzoru umowy 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 instalacji, 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 §6 ust. 24 i § 13 ust. 4 wzoru umowy jest oczywiście sprzeczna z prawem i zamieszczenie takiego postanowienia we wzorze umowy jest całkowicie niedopuszczalne.

Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisowo-naprawczych wykonanej instalacji (obejmujących m.in. wymianę materiałów eksploatacyjnych, serwisowanie, konserwację zabudowanych urządzeń, instalacji i wyposażenia), 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 instalacja, 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 SIWZ 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 §8 ust.2 Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych przez PWiK spółka z o.o. w Olsztynie. Tymczasem w sporządzonym przez Zamawiającego SIWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia usług serwisowo-naprawczych. Oznacza to, że SIWZ narusza przywołany powyżej zapis Regulaminu.

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.

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, 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 piśmie, cała dokumentacja przetargowa jest wadliwa, jako niewyczerpująca, niejednoznaczna i sprzeczna z prawem – w szczególności zaś narusza zapisy Regulaminu oraz przepisy k.c. dotyczące gwarancji.

Z uwagi na powyższe wnosimy usunięcie wadliwych zapisów wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego: §8 pkt 3.1

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający w SIWZ Załącznik nr 7 – wzór umowy, § 8 ust. 3 pkt. 3.1 SKREŚLA punkt:

„3.1 serwisowania wszystkich instalacji i sieci wykonanych w toku robót”

I w to miejsce WSTAWIA punkt:

„3.1 bezpłatnego serwisowania przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w zleceniach producenta i karcie gwarancyjnej”

Zamawiający jednocześnie doprecyzowuje, że powyższy zapis obejmuje zobowiązanie Wykonawcy do przeprowadzenia na koszt własny wymaganych konserwacji, diagnostyki, obowiązkowych przeglądów technicznych, w tym dojazd, wyżywienie, noclegi serwisu.

Wszelkie wydatki związane z zakupem części i materiałów eksploatacyjnych, które wynikają z bieżącego funkcjonowania przedmiotu zamówienia będzie ponosił Zamawiający.