

Uczestnicy postępowania o udzielenie  
zamówienia publicznego

**znak sprawy: ZP/ZUG/2/2/2019**

dot. postępowania pn. Budowie sieci kanalizacyjnej na trasie Chelchy-Lega-Sędki- I etap.

**Odpowiedzi na zapytania do postępowania**

Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk, jako zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udziela wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

**Pytanie 1:**

Wykonawca ubiegający się o udzielenie w.w. zamówienia wnosi o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) poprzez usunięcie wadliwych zapisów SIWZ, tj §6 ust. 2. projektu umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) wskazujący, iż „Wykonawca w czasie gwarancji dokona na własny koszt przeglądów gwarancyjnych oraz czynności serwisowych dla zastosowanych urządzeń w okresach przewidzianych instrukcjami obsługi i gwarancjami czynności gwarancyjnych i serwisowych.”

Uzasadnienie :

Wymienione powyżej postanowienia wzoru umowy są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa i mogą także narażać strony na odpowiedzialność karnoskarbową. Postanowienia te bowiem w zakres obowiązków Wykonawcy zamówienia, wynikających z udzielonej gwarancji jakości, wyłączają także wykonywanie przeglądów gwarancyjnych i serwisowych 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.

1. Po pierwsze wskazać należy, że obowiązki określone na początku niniejszego wniosku 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 gwarant, zaś możliwość jej rozszerzenia jest całkowicie wyłączona. Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że w okresie gwarancji przedmiot zamówienia 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 obiekt, 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 ( w tym przepompowni ścieków) lub jego poszczególnych elementów. Jak bowiem sama nazwa wskazuje, istotą gwarancji jakości jest zapewnienie odpowiedniej jakości obiektu, a nie odpowiedzialność za wszystkie 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.

2. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zlecenie świadczenia przez wykonawcę usług serwisowo-naprawczych wykonanego obiektu budowlanego (obejmujących m.in. serwisowania), to kwestia ta powinna być 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) obiektów (np. przepompowni ścieków). 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 przedmiot zamówienia 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 umożliwi 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 SIWZ nie wskazano w ramach przedmiotu zamówienia usług serwisowo-naprawczych. Oznacza to, że SIWZ narusza zapisy powszechnie obowiązującego postępowania w tym ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 spełnić wymagania SIWZ. 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 rodziłyby 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 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 świadczeniu tych usług.

Oznacza to, że skoro rozszerzenie przedmiotu zamówienia o usługi serwisowo naprawcze nie jest możliwe, to należy z dokumentacji przetargowej usunąć wszelkie zapisy, które do takich usług się odnoszą .

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wprowadza żadnych modyfikacji w zakresie zapisów dot. przeglądów gwarancyjnych i serwisowych

PREZES ZARZĄDU  
*Krzysztof Kurzynowski*