

Sygn. akt: KIO/KD 120/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 stycznia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gminę Jaktorów
ul. Warszawska 33
96-313 Jaktorów

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 11 grudnia 2014 r.,
(znak: UZP/DKUE/W2/421/39(5)14/PF)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Budowę boiska treningowego o sztucznej murawie w Chylicach Gmina Jaktorów”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Marek Szafraniec
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający – Gmina Jaktorów - działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Budowę boiska treningowego o sztucznej murawie w Chylicach Gmina Jaktorów*”. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „*Prezes UZP*”) przeprowadził kontrolę doraźną następczą tego postępowania (sygn.: KD/34/14/DKUE), w której stwierdził naruszenie przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu tego zamówienia.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem, określonym w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP przy piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/39(5)14/PF; KW-26689/14), przekazał Informację o wynikach kontroli Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń w tym zakresie.

Pismem z dnia 17 grudnia 2014 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2//421/39(7)14/PF; KW-27064/14) Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. (znak: KW-27065/14) Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II.

Izba ustaliła, że podstawą ustaleń kontrolnych Prezesa UZP było przyjęcie, że Zamawiający nie uznając za ważną gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w konsekwencji nie podpisując umowy ze wskazanym wykonawcą, natomiast podpisując ją z kolejnym wykonawcą - Przedsiębiorstwem Wielobranżowym GRETASPORT, dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w rozdziale XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

(dalej: „SIWZ”) wskazał na wymóg wniesienia przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto podanej w ofercie w terminie: najpóźniej w dniu podpisania umowy. Wybrany w postępowaniu wykonawca - Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przed planowanym terminem podpisania umowy złożył Zamawiającemu ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania umowy kontraktu i usunięcia wad i usterek nr 32G03/0041/14/0005 z dnia 4 lutego 2014 r. Gwarancja zawierała zapis: „*niniejszym gwarantuję nieodwołanie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności:*

- a) *w okresie od 17 lutego 2014 r. do 30 października 2014 r. do kwoty 43.844,80 zł, do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy;*
- b) *w okresie od 30 września 2014 r. do 15 stycznia 2018 r. do kwoty 13.153,44 zł, do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany w przypadku nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad i usterek, ujawnionych w ww. okresie po podpisaniu protokołu zdawczo-odbiorczego, na zasadach określonych w umowie objętą gwarancją”.*

Prezes UZP wskazał, że w dniu 19 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował ww. wykonawcę, iż nie może przyjąć ww. gwarancji, gdyż nie spełnia ona wymagań ustawy Pzp i SIWZ i - jak wskazał Zamawiający: „*zgodnie z dyspozycją art. 151 ust. 3 ustawy Pzp wymagał zabezpieczenia „roszczeń z tytułu rękojmi za wady”.* Zwroty użyte przez ustawodawcę i powielony w siwz stanowi zatem o zabezpieczeniu:

- 1) *wszelkich roszczeń – zarówno umownych, jak i kodeksowych (wskazanych w art. 556-576 KC);*
- 2) *z tytułu rękojmi za wady – która to rękojmia obejmuje, zgodnie z art. 556 § 1 i 2 KC:*
 - a) *rękojmię za wady fizyczne – art. 556 § 1 KC;*
 - b) *rękojmię za wady prawne – art. 556 § 2 KC.*

Przedłożona przez Państwa gwarancja nie jest gwarancją obejmującą wszelkie roszczenia zamawiającego z tytułu wad fizycznych lub prawnych wynikające z KC lub umowy. Przykładowo pkt 1 ppkt b) gwarancji ogranicza odpowiedzialność Gwaranta do nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad i usterek i następnie w pkt 3 jest zapis, iż gwarancja jest ważna w „zakresie usunięcia wad i usterek, o których mowa w pkt 1b”. Tym samym, gwarancja jest ograniczona do wad i usterek (koniunkcja wskazująca na wady fizyczne) i tylko do zakresu usunięcia wad i usterek. Powyższe potwierdza również pkt 4 ppkt 2) gwarancji. Uwzględniając powyższe, przedłożona gwarancja nie spełnia wymagań Pzp i siwz”.

W związku ze wskazanymi zastrzeżeniami Zamawiającego do ww. gwarancji, wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. pismem z dnia 21 lutego 2014 r. złożył kolejną gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu nr 04GG03/0441/14/008 z dnia 20 lutego 2014 r. zawierającą zapis: „*niniejszym gwarantuję nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności: do kwoty 43.844,80 zł, do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji, Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu zapłaty wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy*”. Pismem z dnia 6 marca 2014 r. Zamawiający poinformował ww. wykonawcę, że nie może przyjąć ww. gwarancji, ponieważ nie spełnia ona wymagań ustawy Pzp oraz SIWZ, gdyż Zamawiający zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp wymagał zabezpieczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, wykonawca zaś przedłożył zabezpieczenie zapłaty wymagalnych kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a tym samym, powyższe jest zakresem węższym niż wymagany w SIWZ i zapisami ustawy Pzp. Zamawiający także w dniu 6 marca 2014 r. poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, że w związku z uchylaniem się firmy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. od podpisania umowy, działając w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, wybiera ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT jako najkorzystniejszą i prosi o stawienie się na podpisanie umowy.

Prezes UZP w oparciu o powyższe podkreślił, że zastrzeżenia Zamawiającego co do treści przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej nr 32G03/0041/14/0005 z dnia 4 lutego 2014 r. są nieuzasadnione. Wskazał, że art. 151 ust. 2 ustawy Pzp stanowi jedynie, że Zamawiający może pozostawić 30% wymaganej wysokości zabezpieczenia, na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, po uznaniu robót za należyście wykonane. Podkreślił, że Zamawiający przewidział taką możliwość w § 11 pkt 3.2 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, gdzie zapisał: „*Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone w terminie i kwotach jak niżej (...) w ciągu 15 dni od terminu upływu okresu rękojmi za wady 30%*”. Prezes UZP zgodził się z Zamawiającym, że rękojmia ta obejmuje zasadniczo wszystkie wady: fizyczne i prawne, niezasadna jest jednak argumentacja Zamawiającego upatrująca w użytym w gwarancji zwrocie: „wady i usterki” jedynie wad fizycznych. Prezes UZP dodatkowo zauważył, że zgodnie z § 14 projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) – *Rękojmia za wady*, w pkt 2 sam Zamawiający zapisał, iż „*wykonawca gwarantuje nieodpłatnie usunięcie usterek i wad w okresie rękojmi*”, natomiast w pkt 5 zapisał, iż „*w przypadku nie usunięcia przez wykonawcę wad i usterek we wskazanym terminie, zamawiający zleci ich usunięcie innemu wykonawcy, a kosztami obciąży wykonawcę. W tym przypadku koszty usuwania wad i usterek będą pokrywane w pierwszej kolejności z kwoty będącej zabezpieczeniem należytego wykonania umowy*,”

zwanej kaucją gwarancyjną". W świetle powyższego Prezes UZP uznał, że wykonawca - Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przełożył ważną gwarancję ubezpieczeniową, która w pełni gwarantowała zapłatę należności w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz w przypadku nie usunięcia lub nienależytego usunięcia wad w czasie obejmującym okres rękojmi – zgodnie z § 14 pkt 3 projektu umowy – 39 miesięcy, tj. rękojmi w zakresie usunięcia wad i usterek, bez ograniczenia wad tylko do wad fizycznych.

III.

Jednocześnie też Izba na podstawie treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej ustaliła, że Zamawiający nie zgodził się z wynikami kontroli Prezesa UZP. Wskazał on na dyspozycję art. 151 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis zakłada możliwość zabezpieczenia przez Zamawiającego wszelkich roszczeń związanych z rękojmią. Podkreślił, że w zamówieniach na roboty budowlane ustawodawca przewidział szeroki katalog roszczeń przysługujących Zamawiającemu w okresie rękojmi zgodnie z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 656 § 1 kc, art. 637-638 kc oraz 556 -576 kc. Wskazane roszczenia mogą być związane zarówno z wadami fizycznymi, jak i prawnymi. Zamawiający przykładowo wskazał na następujące roszczenia:

- 1) związane z obniżeniem wynagrodzenia – art. 637 § 2 kc, art. 560 § 1 i 3 kc;
- 2) związane z wymianą rzeczy – art. 560 § 4 kc;
- 3) związane z naprawieniem szkody związanej z opóźnieniem w dostarczeniu zamiast rzeczy wadliwej takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad – art. 561 § 1 kc;
- 4) związane ze szkodą na skutek istnienia wady – art. 566 § 1 kc, art. 574 kc.

Wedle Zamawiającego gwarancja przedłożona przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. nie zabezpiecza wszystkich wymienionych roszczeń, a tym samym jest niezgodna z wymaganiami art. 151 ust. 2 ustawy Pzp, zapisami SIWZ i przepisami kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślił też, że gwarancja ta poprzez zapisy związane z koniunkcją wad i usterek odnosi się tylko do wad fizycznych, a więc nie obejmuje wad prawnych. Wskazał też, że powyższy zarzut sformułowany przez Zamawiającego nie został zakwestionowany ani przez wskazanego wykonawcę, ani przez gwaranta i nie zostały przedłożone przez nich żadne dodatkowe wyjaśnienia czy zapewnienia w tym zakresie. Zamawiający wskazał też, że owa gwarancja nie była też gwarancją obejmującą wszelkie roszczenia Zamawiającego z tytułu wad fizycznych lub prawnych wynikających z kodeksu cywilnego lub umowy. Jako przykład wskazał pkt 1 ppkt b) gwarancji, który - w ocenie Zamawiającego - ograniczał odpowiedzialność gwaranta do nie usunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek i następnie w pkt 3 zapis, iż gwarancja jest ważna w „zakresie usunięcia wad i usterek, o którym mowa w pkt 1b”. Powyższe, zdaniem Zamawiającego,

potwierdza, że gwarancja ta była ograniczona tylko do zakresu usunięcia wad i usterek, co potwierdza także pkt 4 ppkt 2 gwarancji. Zamawiający podniósł, że gwarancja nie obejmowała innych roszczeń, a więc np. związanych z obniżeniem wynagrodzenia, z naprawieniem szkody związanej z opóźnieniem w dostarczaniu zamiast rzeczy wadliwej takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad, szkody na skutek istnienia wady, zwrotu nakładu na rzecz wadliwą etc. Podkreślił też, że nigdzie w SIWZ, ani w projekcie umowy nie wyraził zgody na ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi i ograniczenie jej tylko do odpowiedzialności za usunięcie lub nie wad i usterek.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w Informacji o wynikach kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP.

Izba, stwierdzając powyższe, wydała przedmiotowe rozstrzygnięcie w sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego od wyników kontroli.

Izba podzieliła w pełni ustalenia faktyczne dotyczące udzielenia zamówienia publicznego objętego kontrolą Prezesa UZP, dokonane w Informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP.

Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego, stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w Informacji o wynikach kontroli.

Zdaniem Izby Zamawiający niesłusznie uznał, że pierwsza z przedłożonych przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. tytułem zapieczętowania należytego wykonania umowy gwarancja ubezpieczeniowa nr 32G03/0041/14/0005 z dnia 4 lutego 2014 r. była gwarancją nieprawidłową, ponieważ nie zabezpieczała roszczeń z tytułu rękojmi i była ograniczona tylko do odpowiedzialności za usunięcie lub nie wad i usterek. Zdaniem Izby przywołana gwarancja ubezpieczeniowa była wystarczająca dla zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający może żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub

nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 2 ustawy Pzp). Oczywistym jest także, że z zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający może dochodzić roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, jak również z tytułu rękojmi za wady. Powyższe pośrednio wynika z dyspozycji art. 151 ustawy Pzp, który to przepis w ust. 2 pozwala zamawiającemu na pozostawienie maksymalnie 30% wysokości zapiecenia należytego wykonania umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady. W ocenie Izby treść gwarancji z dnia 4 lutego 2014 r. przedłożonej przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. wskazującej na możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu nie usunięcia lub nienależytego usunięcia ujawnionych wad i usterek w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego z tytułu rękojmi. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w pojęciu tym: „wady i usterki” mieszczą się tylko wady fizyczne, zaś nie mieszczą się ewentualne wady prawne.

Zasadnym w tym zakresie było przywołanie przez Prezesa UZP w ustaleniach kontrolnych postanowień projektu umowy dotyczącego niniejszego zamówienia. Przywoływany § 14 projektu umowy wprost odnosi się do kwestii usunięcia przez wykonawcę wad i usterek w okresie rękojmi, co wskazuje na okoliczność, iż sam Zamawiający, również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sam sposób pojmował pojęcie „wad i usterek”. Zmiana jego stanowiska po wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu była nieuzasadniona.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż żadne postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu nie regulowały w sposób bardziej precyzyjny wymogów Zamawiającego co do zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi w ramach należytego zabezpieczenia umowy, którym dał wyraz dopiero po wniesieniu przez wybranego w postępowaniu wykonawcę zabezpieczenia.

W ocenie Izby nie ma znaczenia w kontekście oceny prawidłowości wniesionej przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. gwarancji tytułem należytego wykonania umowy okoliczność, iż zarzut odnoszący się do treści przedłożonej Zamawiającemu gwarancji nie był kwestionowany przez wskazanego wykonawcę czy też samego Gwaranta. Wskazany wykonawca, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego przedłożył mu kolejną gwarancję tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie miał natomiast obowiązku wchodzenia w tym zakresie w spór z Zamawiającym; tym bardziej takiego obowiązku nie miał Gwarant. Podkreślić bowiem należy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a także do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jej finansowego zabezpieczenia na zasadach określonych w tych przepisach.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby, niesłuszne są uwagi zgłoszone przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyników kontroli, wskazujące na brak możliwości uznania za prawidłowe wniesionego przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W konsekwencji także uznanie przez Zamawiającego, iż zachodzi w tym zakresie okoliczność, o której mowa w art. 93 ust. 4 ustawy Pzp i wybór oferty kolejnego wykonawcy jako najkorzystniejsza w postępowaniu, zdaniem Izby, nie było prawidłowym działaniem, zgodnym z przepisami ustawy Pzp.

Tym samym też, biorąc pod uwagę wskazaną powyżej argumentację Izby, jak również dokonując oceny stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp, zdaniem Izby w tym przypadku zastrzeżenia Zamawiającego co do wyników kontroli Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....