

Warszawa, dnia 11.12.2014 r.

UZP/DKUE/KD/34/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Jaktorów ul. Warszawska 33 96-313 Jaktorów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa boiska treningowego o sztucznej murawie w Chylicach Gmina Jaktorów
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	575.200,73 zł (tj. 143.099,00 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, w rozdziale XV siwz zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, wniesienia najpóźniej w dniu podpisania umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto podanej w ofercie. Zamawiający nie sprecyzował żadnych dodatkowych wymagań co do treści gwarancji.

Wybrany wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przed planowanym terminem podpisania umowy złożył 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”.*

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. Jak tłumaczy 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 z 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 wymaganych 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 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 Pzp.

Również w dniu 6 marca 2014 r. zamawiający 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.

Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenia zamawiającego co do treści przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej nr 32G03/0041/14/0005 z dnia 4 lutego 2014 r. należy uznać, za nieuzasadnione. Ustawa Pzp w art. 151 ust. 2 stanowi jedynie, że zamawiający może pozostawić 30% wymaganej wysokości zabezpieczenia, na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, po uznaniu robót za należycie wykonane. 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%*”. Zgodzić się należy z zamawiającym, że rękojmią 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.

Należy bowiem dodatkowo zauważyć, 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”.

Mając na uwadze powyższe zapisy siwz oraz projektu umowy należy wskazać, iż 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.

Reasumując należy stwierdzić, iż zamawiający nie uznając ww. gwarancji ubezpieczeniowej za ważną i w konsekwencji nie podpisując umowy z wykonawcą Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., natomiast podpisując ją z kolejnym wykonawcą Przedsiębiorstwem Wielobranżowym GRETASPORT, dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.