

Łódź, dnia 9 lipca 2019 roku

Pani  
AGNIESZKA KOWALEWSKA-WÓJCIK  
Dyrektor  
Zarządu Inwestycji Miejskich

WK-602/26/2019

Działając na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz.561 ze zm.) informuję Panią Dyrektor, że Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi przeprowadziła kontrolę gospodarki finansowej w Zarządzie Inwestycji Miejskich w zakresie udzielania zamówień publicznych i realizacji inwestycji w ramach kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Miasta Łodzi, w tym w szczególności w zakresie przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych<sup>1</sup>. Stwierdzone w wyniku czynności kontrolnych nieprawidłowości i uchybienia wynikały z nieprzestrzegania przepisów i ich wadliwej interpretacji.

## **I**

Zgodnie z art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie może być wnoszone, według wyboru wykonawcy, w jednej lub w kilku następujących formach: [1] pieniądzu; [2] poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym; [3] gwarancjach bankowych; [4] gwarancjach ubezpieczeniowych; [5] poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (art. 148 ust. 1

---

<sup>1</sup> Czynności kontrolne zostały przeprowadzone w dniach 18 lutego – 29 marca 2019 roku. W dniu 28 maja 2019 roku kierownictwo jednostki odmówiło podpisania protokołu kontroli.

ustawy). Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wniesione także w inny sposób, wskazany w art. 148 ust. 2 ustawy.

Na podstawie przedłożonego kontrolującym zestawienia, do próby kontroli przyjęto gwarancje ubezpieczeniowe należytego wykonania umów na roboty budowlane, które zostały zawarte w 2018 roku, gdzie wysokość sumy gwarancyjnej przekraczała kwotę 30 tys. zł, a wystawcą gwarancji był INTERRISK Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group. Próba kontroli objęła 13 gwarancji na łączną kwotę (sumę gwarancyjną) 7.505.085,55 zł. Zakwestionowano prawidłowość 9 gwarancji na kwotę 6.270.366,00 zł. Szczegóły zawarto w poniższej tabeli oraz dalszym opisie:

Lp.	Nr gwarancji, jej ważność oraz nazwa zobowiązanego	Suma gwarancyjna	Nr umowy i nazwa zadania
1.	32GG11/0211/18/0004 17.04.2018 – 04.10.2019 PKOZ Sławomir Ostrowski	897.900,00	333.26/DZ/2018 (17.04.2018) ROCK – Projekt nr 2 – Przebudowa, rozbudowa obiektu wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Piotrkowskiej 77 w Łodzi
2.	32GG26/0148/18/0040 27.04.2018 – 27.05.2020 IDS-BUD S.A.	238.076,09	333.20/DZ.2018 (27.04.2018) Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 1, 3, i 4 – Przebudowa ul. Próchnika na odcinku od ul. Zachodniej do ul. Piotrkowskiej, ul. Rewolucji 1905 r. na odcinku od ul. Piotrkowskiej do ul. Kilińskiego, przebudowa ul. Kilińskiego na odcinku od ul. Rewolucji 1905 r. do Narutowicza, budowa parku kieszonkowego na wysokości posesji przy ul. Kilińskiego 40 oraz zagospodarowanie terenu nieruchomości działki 534/11 obręb S-1. Inwestycja podzielona na 7 zadań
3.	32GG26/0148/18/0041 27.04.2018 – 27.05.2020 IDS-BUD S.A.	229.716,40	
4.	32GG26/0148/18/0042 27.04.2018 – 26.01.2020 IDS-BUD S.A.	388.556,26	
5.	32GG26/0148/18/0043 27.04.2018 – 27.10.2019 IDS-BUD S.A.	518.083,75	
6.	32GG26/0148/18/0044 27.04.2018 – 26.01.2020 IDS-BUD S.A.	200.371,18	
7.	32GG26/0148/18/0045 27.04.2018 – 26.11.2019 IDS-BUD S.A.	269.243,93	
8.	32GG26/0148/18/0046 27.04.2018 – 26.11.2018 IDS-BUD S.A.	35.884,39	
9.	32GG13/0016/18/0080 + aneks 11.06.2018 – 28.12.2019 PBDiM ERBEDiM sp. z o.o. oraz PRD-M sp. z o.o.	3.492.534,00	

#### Umowa nr 333.26/DZ/2018 z dnia 17 kwietnia 2018 roku

W dniu 17 kwietnia 2018 roku Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, reprezentowane przez p.o. Dyrektora ZIM Agnieszkę Kowalewską-Wójcik, zawarło umowę nr 333.26/DZ/2018<sup>2</sup> ze Sławomirem Ostrowskim, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Konserwacji Obiektów Zabytkowych Sławomir Ostrowski (93-424 Łódź, ul. Przestrzenna 82) – na realizację inwestycji pn. Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 2. Przebudowa, rozbudowa obiektu wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną

<sup>2</sup> Na dzień prowadzenia czynności kontrolnych przedmiotowa umowa została zmieniona aneksami: nr 1 z dnia 29 czerwca 2018 roku, nr 2 z dnia 28 listopada 2018 roku, nr 3 z dnia 13 lutego 2019 roku.

przy ul. Piotrkowskiej 77 w Łodzi, w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, za wynagrodzeniem w kwocie 8.979.000,00 zł.

Wykonawca wniósł gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 17 kwietnia 2018 roku, wystawioną przez INTERRISK Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group nr 32GG11/0211/18/0004. Gwarant zobowiązał się „*nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności (...) w okresie od 17.04.2018 r. do 04.10.2019 r.*<sup>3</sup> do kwoty 897.900,00 złotych (...), do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany **z tytułu zapłaty kar umownych** w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (...)- a które to należności nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego”. Żądanie zapłaty skierowane do Gwaranta winno zawierać m.in. oświadczenia Beneficjenta, że Zobowiązany nie dokonał zapłaty należności objętych gwarancją.

#### Umowa nr 333.20/DZ/2018 z dnia 27 kwietnia 2018 roku

W dniu 27 kwietnia 2018 roku Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, reprezentowane przez p.o. Dyrektora ZIM Agnieszkę Kowalewską-Wójcik, zawarło umowę nr 333.20/DZ/2018<sup>4</sup> z IDS-BUD S.A. (00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87) – na realizację inwestycji pn. Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 1, 3, i 4 – przebudowa ul. Próchnika na odcinku od ul. Zachodniej do ul. Piotrkowskiej, ul. Rewolucji 1905 r. na odcinku od ul. Piotrkowskiej do ul. Kilińskiego, przebudowa ul. Kilińskiego na odcinku od ul. Rewolucji 1905 r. do Narutowicza, budowa parku kieszonkowego na wysokości posesji przy ul. Kilińskiego 40 oraz zagospodarowanie terenu nieruchomości działki 534/11 obręb S-1, w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, za wynagrodzeniem w kwocie 18.799.320,00 zł. Inwestycja została podzielona na 7 zadań.

Wykonawca wniósł 7 gwarancji ubezpieczeniowych należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 26 kwietnia 2018 roku, wystawionych przez INTERRISK Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group: [1] nr 32GG26/0148/18/0040 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 27 maja 2020 roku do kwoty 238.076,09 zł; [2] 32GG26/0148/18/0041 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 27 maja 2020 roku do kwoty 229.716,40 zł; [3] 32GG26/0148/18/0042 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 26 stycznia 2020 roku do kwoty 388.556,26 zł; [4] 32GG26/0148/18/0043 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 27 października 2020 roku do kwoty 518.083,75 zł; [5] 32GG26/0148/18/0044 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 26 stycznia 2020 roku 200.371,18 zł; [6] 32GG26/0148/18/0045 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 26 listopada 2019 roku do kwoty 269.243,93 zł; [7] 32GG26/0148/18/0040 ważną od dnia 27 kwietnia 2018 roku do dnia 26 listopada 2018 roku do kwoty 35.884,39 zł. We wszystkich gwarancjach znajdowały się tożsame zapisy, że Gwarant zobowiązuje się „*nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności (...), do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany **z tytułu zapłaty kar umownych** w związku z niewykonaniem lub*

<sup>3</sup> Uwzględniono aneks nr 1 do gwarancji.

<sup>4</sup> Na dzień prowadzenia czynności kontrolnych przedmiotowa umowa została zmieniona aneksami: nr 1 z dnia 15 maja 2018 roku, nr 2 z dnia 26 października 2018 roku, nr 3 z dnia 29 października 2018 roku, nr 4 z dnia 1 marca 2019 roku.

*nienależytych wykonaniem umowy (...) – a które to należności nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego”.*

#### Umowa nr 333.19/DZ/2018 z dnia 11 czerwca 2018 roku

W dniu 11 czerwca 2018 roku Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, reprezentowane przez p.o. Dyrektora ZIM Agnieszkę Kowalewską-Wójcik, oraz Łódzka Spółka Infrastrukturalna sp. z o.o., reprezentowana przez ówczesny Zarząd, zawarły umowę nr 333.19/DZ/2018 (ŁSI 260/2018)<sup>5</sup> z Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM sp. z o.o. (97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Żelazna 3) oraz Przedsiębiorstwem Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. (97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Południowa 17/19) – na realizację inwestycji pn. Rozbudowa ul. Rokicińskiej w Łodzi na odcinku od ul. Malowniczej do granicy miasta wraz z przebudową wodociągu w ul. Rokicińskiej i Wieńcowej oraz budowa wodociągu w ul. Gajcego. Inwestycja została podzielona na 3 zadania: [1] Rozbudowa ul. Rokicińskiej w Łodzi na odcinku od ul. Malowniczej do granicy miasta, dla którego inwestorem jest Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich; [2] Przebudowa wodociągu w ul. Rokicińskiej i Wieńcowej w Łodzi, dla którego inwestorem jest ŁSI sp. z o.o.; [3] Budowa wodociągu w ul. Gajcego, dla którego inwestorem jest ŁSI sp. z o.o. Za realizację zadania nr 1, dla którego inwestorem jest ZIM, przewidziano w umowie wynagrodzenie w kwocie 34.925.339,96 zł.

Podmioty tworzące konsorcjum złożyły gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 11 czerwca 2018 roku, wystawioną przez INTERRISK Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group nr 32GG13/0016/18/0080. Gwarant zobowiązał się *„nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności (...) w okresie od 11.06.2018 r. do 28.12.2019 r.<sup>6</sup> do kwoty 3.492.534,00 złotych (...), do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu zapłaty wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (...) – a które to należności nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego”.*

W każdym postępowaniu zakończonym umowami, o których mowa powyżej, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia widniały tożsame zapisy dotyczące wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy: *„Zamawiający informuje, iż w przypadku zabezpieczeń innych niż w pieniądzu: 1) Może z tytułu poręczenia lub gwarancji żądać płatności wszelkich kwot, za jakie poręczyciel lub gwarant odpowiada w ramach poręczenia lub gwarancji, z powodu uchybień Wykonawcy w realizacji kontraktu, zgodnie z warunkami poręczenia lub gwarancji, oraz do jej wysokości. Poręczyciel lub gwarant winien bezzwłocznie wypłacić te kwoty na żądanie Zamawiającego i nie może wnieść jakiegokolwiek sprzeciwu niezależnie od powodu. Przed wniesieniem jakiegokolwiek roszczenia z tytułu zabezpieczenia, Zamawiający zawiadomi Wykonawcę podając rodzaj uchybienia, w stosunku, do którego roszczenie ma zostać wniesione. 2) Poręczenie lub gwarancja wchodzi w życie i obowiązuje od daty podpisania Umowy i będzie w mocy w wysokości 100% wysokości zabezpieczenia do dnia 30 po dacie wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, a w wysokości 30% wysokości zabezpieczenia do 15 dnia po upływie okresu rękojmi za wady. 3) Zabezpieczenie*

<sup>5</sup> Na dzień prowadzenia czynności kontrolnych przedmiotowa umowa została zmieniona aneksami: nr 1 z dnia 20 września 2018 roku, nr 2 z dnia 22 października 2018 roku, nr 3 z dnia 13 lutego 2019 roku.

<sup>6</sup> Uwzględniono aneks nr 1 do gwarancji.

wnoszone w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej winno zawierać następujące elementy: a) wskazanie Wykonawcy, wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ubezpieczenia, wskazanie Gwaranta (banku lub towarzystwa ubezpieczeniowego udzielającego gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib, b) numer umowy stanowiącej przyczynę wystawienia gwarancji, c) wskazanie sumy gwarancyjnej, d) określenie terminu ważności gwarancji, e) sformułowanie Gwaranta do bezwarunkowego i nieodwołalnego zapłacenia kwoty zobowiązania na pierwsze żądanie zapłaty, w przypadku gdy Wykonawca: - nie wykonał zamówienia w terminie wynikającym z umowy, - wykonał zamówienie objętą umową z nienależytą starannością. 24.1.13. Gwarant nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub też od przedłożenia jakiegokolwiek dokumentacji (za wyjątkiem oświadczenia informującego o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia). W przypadku przedłożenia gwarancji nie zawierającej wymienionych elementów, bądź posiadającej jakiegokolwiek dodatkowe zastrzeżenia, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. 24.1.14. Zamawiający zastrzega, iż ostateczna treść gwarancji, o której mowa w pkt 24.1.12 pkt 3) SIWZ winna być przez Wykonawcę uzgodniona wcześniej z Zamawiającym."

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 147 ust. 2 zdefiniowała jedynie cel jaki pełni zabezpieczenie należytego wykonania umowy, tj. zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie pełni zatem funkcję kaucji umożliwiającej zamawiającemu pokrycie roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności wykorzystywania procedur sądowych. Gwarancja ma być bezwarunkowa, tj. gwarant nie może wymagać spełnienia dodatkowych warunków ze strony beneficjenta, aby doszło do wypłaty z gwarancji – gwarancja ma stanowić substytut pieniądza. W doktrynie podkreśla się, że zabezpieczenie ma służyć w szczególności pokryciu następujących roszczeń o zapłatę: [1] odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny – tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1145); [2] odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 ww. ustawy); [3] odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 § 1 ww. ustawy); [4] odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 ww. ustawy); [5] kary umownej (art. 483 § 1 ww. ustawy). Nie można zatem ograniczać roszczeń wyłącznie do należności z tytułu kar umownych.

Mając na uwadze powołane zapisy SIWZ uznać należy, że wykonawcy nie wnieśli zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnego z wymogami wskazanymi w powołanych dokumentach. Zamawiający winien zakwestionować zapisy powoływanych gwarancji, gdyż uzależniały wypłatę należności z tego tytułu od nałożenia kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ograniczając w ten sposób zakres ochrony zamawiającego, której służy zabezpieczenie należytego wykonania umowy<sup>7</sup>.

W dniu 13 maja 2019 roku kontrolujący przesłali jednostce kontrolowanej projekt protokołu. W odpowiedzi otrzymano pismo ZIM-DSA.0711.02.2019 z dnia 16 maja br. podpisane przez Dyrektora Zarządu Inwestycji Miejskich Agnieszkę Kowalewską-Wójcik – stanowisko ZIM w zakresie nieprawidłowości wskazanych w projekcie

---

<sup>7</sup> Ograniczenie wyłącznie do sytuacji, z którymi związana została kara umowna.

protokołu. Treść powyższego pisma stanowiła uzasadnienie odmowy podpisania protokołu kontroli w dniu 28 maja br.:

*„Zarząd Inwestycji Miejskich nie może zgodzić się z twierdzeniem Kontrolującego, że w przypadku umów: 333.26/DZ/2018 z dnia 17 kwietnia 2018 r., 333.20/DZ/2018 z dnia 27 kwietnia 2018 r., 333.19/DZ/2018 z dnia 11 czerwca 2018 r. doszło do naruszenia art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto, że treść gwarancji wskazująca na obowiązek zapłaty kar umownych ogranicza możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu nienależytego lub niewykonania przedmiotu umowy. Również, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Kontrolującego, że wykonawcy nie wnieśli zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnego z wymogami wskazanymi w SIWZ i że postanowienia gwarancji uzależniały wypłatę zabezpieczenia włącznie od nałożenia kar umownych.*

*Zarząd Inwestycji Miejskich (ZIM) wskazuje, że każda z zakwestionowanych gwarancji zapłaty zawierała wymagane ustawą Prawo zamówień publicznych oraz wymagane treścią SIWZ postanowienia tj:*

- 1. pkt 1 gwarancji: »InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Społecznych Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group (...) niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji z zapłatę należności (...)«.*

*Wymaganie takie zostało postawione w pkt 24 SIWZ.*

- 2. pkt 4 gwarancji“: »Zaplata przez InteRisk TU S.A. Vienna Insurance Group kwoty, o której mowa w pkt 1 nastąpi w terminie 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk T.U. S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z:
  - 1) pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany nie wykonał lub wykonał nienależycie umowę objętą gwarancją*
  - 2) pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany nie usunął lub nienależycie usunął wady i usterki ujawnione po podpisaniu protokołu odbioru końcowego«.**

*W żadnym miejscu gwarancji nie zostały postawione zatem dodatkowe wymagania, które uzależniałyby dokonanie zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub też od przedłożenia jakichkolwiek dokumentacji (za wyjątkiem oświadczenia informującego o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia). Z treści gwarancji nie wynika, że Gwarant wymaga przedłożenia od Zamawiającego informacji o nałożeniu kary umownej, ani tym bardziej nie wymaga złożenia wezwań do zapłaty kar umownych czy not obciążeniowych.*

*Wymagania w zakresie braku możliwości uzależniania wypłaty od spełnienia dodatkowych warunków lub złożenia dodatkowych dokumentów zostało postawione w pkt 24 SIWZ.*

*Z powyższego wynika, że nie jest trafny zarzut Kontrolującego, że (strona 28 in fine i str. 29): »mając na uwadze powołane zapisy SIWZ uznać należy, że wykonawcy nie wnieśli zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z wymogami wskazanymi w powołanych dokumentach. Zamawiający winien zakwestionować zapisy powołanych gwarancji, gdyż uzależniały wypłatę należności z tego tytułu od nałożenia kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (obowiązek Beneficjenta) «.*

Wymienienie w treści gwarancji możliwości dochodzenia zapłaty zabezpieczenia z tytułu kar umownych, nie jest »dodatkowym zastrzeżeniem«, które powoduje, że Zamawiający winien uznać, że wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnego z wymogami zawartymi w SIWZ. Zastrzeżenie dotyczące zapłaty zabezpieczenia z tytułu kar umownych stanowi wręcz dodatkowe zabezpieczenie Zamawiającego stwarzające dodatkową ochronę Zamawiającego, bowiem zgodnie z treścią umowy kary umowne obejmują oprócz okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umowy również sytuacje, w których nie jest konieczne wykazanie okoliczności leżących po stronie wykonawcy jak to ma miejsce przy nienależytym wykonaniu umowy i znajduje odzwierciedlenie np. w przyjętej przez Zamawiającego karze umownej za opóźnienie, a nie za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy.

Zgodnie ze stanowiskiem judykatury (wyrok KIO z dnia 16.08.2017 r. KIO/KD/44/17) zapłata kary umownej stanowi także część umowy i niezapłacenie tych kar (umownych) stanowi nienależyte wykonanie umowy. Umowę należy bowiem traktować jako całość (art. 147 ust. 2 mówi o niewykonaniu całej umowy). Zatem każde naruszenie postanowienia umowy może być objęte gwarancją, jaką dostarczyć ma wykonawca”.

W doktrynie przyjmuje się, że ustawowe określenie celu zabezpieczenia wskazuje, że zabezpiecza ono wszelkiego rodzaju roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Z punktu widzenia omawianego przepisu obojętne jest, czy roszczenie to przysługuje zamawiającemu z mocy ustawy czy jedynie z mocy kontraktu. Roszczenie to powinno być jednakże roszczeniem pieniężnym.

Jak wskazał UZP w jednej ze swoich opinii: »zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej ustawa Pzp, zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Funkcją instytucji »zabezpieczenia« jest zatem umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez pokrycie tych roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową. Przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii związanych z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, odsyłając w tym zakresie, stosownie do dyspozycji art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Skutkiem zachowania się dłużnika niezgodnego z treścią zobowiązania jest więc jego odpowiedzialność odszkodowawcza wiążąca się jednocześnie z roszczeniem wierzyciela do naprawienia szkody. Uprawnienia przysługujące wierzycielowi w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uregulowane są w działach II i III tytułu VII księgi trzeciej Kodeksu cywilnego zatytułowanych »Skutki niewykonania zobowiązań« oraz »Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych«.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, jako sposobu naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem

zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie kary umownej.

Mając powyższe na uwadze ZIM wskazuje, że skoro zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia, roszczenia których dochodzenie dozwolone jest przepisami prawa (np. ustawą Prawo zamówień publicznych) lub postanowieniami umowy, to w tym miejscu podkreślić należy, że umowy w swej treści wskazywały m.in. wprost na możliwość pokrycia kosztów usunięcia wad wykonanych np. w ramach wykonania zastępczego przez Zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (np. § 24 ust. 11 umowy nr 333.20/DZ/2018, nr 333.26/DZ/2018).

Niezależnie od powyższego ZIM wyjaśnia, że zgodnie z treścią umowy (np. § 44 ust 1 umowy nr 333.20/DZ/2018, nr 333.26/DZ/2018 oraz § 3 ust 1 i 2 w umowie 333.19/DZ/2018) – wszystkie załączniki wymienione w treści Umowy stanowią jej integralną część i należy traktować jako wzajemnie uzupełniające się. Treść gwarancji jest niewątpliwie załącznikiem do umowy, a tym samym jej treść należy interpretować zgodnie z treścią samej umowy. Ta natomiast wskazuje, że zabezpieczenie należytego wykonania poza przypadkami wyraźnie wymienionymi w Umowie może służyć w szczególności na poczet pokrywania kar umownych i zaspokajania roszczeń Zamawiającego w okresie gwarancji w związku z niewywiązywaniem się wykonawcy z obowiązków w okresie obowiązywania gwarancji. Dodatkowo w samej treści umowy wskazane jest w jakich przypadkach Zamawiający może żądać zapłaty zabezpieczenia, a sytuacje te obejmują nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy.

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 7 umowy nr 333.20/DZ/2018, nr 333.26/DZ/2018 w przypadku jakiegokolwiek sprzeczności w zapisach zawartych w umowie (co odnosi się również do załączników do umowy) oraz z dokumentami wymienionymi w ust. 6 umowy tj. SIWZ zaistniałe rozbieżności należy tłumaczyć zgodnie z celem umowy w sposób zapewniający prawidłową realizację inwestycji. W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści umowy oraz dokumentów należy mieć na względzie, iż zamiarem zamawiającego i celem umowy jest zapewnienie (...) zgodności przedmiotu umowy z obowiązującymi normami i przepisami. Zgodnie z art. 65 k.c. w przypadku ujawnienia rozbieżności lub sprzeczności w treści umowy lub dokumentów przyjmować się będzie znaczenie i treść korzystniejszą pod względem zapewnienia jakości wykonania przedmiotu umowy, analogicznie też w przypadku ujawnienia wątpliwości lub sprzeczności co do zakresu obowiązków wykonawcy pierwszeństwo będzie nadawać się znaczeniu stwierdzającemu istnienie obowiązku, pomijając się będzie zaś znaczenie zmierzające do zwolnienia wykonawcy z realizacji obowiązku.

Nie można zatem treści gwarancji ubezpieczeniowych należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek interpretować w sposób zawężający poprzez interpretację jedynie pkt 1 dokumentu gwarancji w oderwaniu od pozostałej treści samej gwarancji oraz w oderwaniu od treści umowy. Mając na uwadze, iż gwarancje stanowią element umowy, należy zatem postanowienia gwarancji interpretować w zgodzie z postanowieniami umów, ta zaś w przypadku ujawnienia rozbieżności lub sprzeczności treści gwarancji w stosunku do SIWZ nakazuje przyjąć interpretację dokumentów zgodnie z celem umowy w zakresie istnienia obowiązków wykonawcy wynikających z przepisów prawa.”

Nawiązując do powołanego pisma Zarządu Inwestycji Miejskich, Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi podziela stanowisko wyrażone w przywołanej opinii Urzędu



Zamówień Publicznych dotyczącej charakteru prawnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe jednak nie odnosi się do kwestionowanych przez Izbę gwarancji ubezpieczeniowych, które ZIM uznał za spełniające zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz czyniące zadość normie prawnej wyrażonej w art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść złożonych gwarancji wskazywała, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zastępować wyłącznie kary umowne, co jednocześnie uniemożliwiało wypłatę sumy gwarancyjnej na zaspokojenie innych należności (roszczeń) zgłaszanych przez zamawiającego. **Zakres przedmiotowy roszczeń, które mogły być zaspokojone z gwarancji obejmuje jedynie to co w gwarancji wskazano, czyli roszczenia z tytułu kar umownych.**

Nietrafne jest także stanowisko kontrolowanego, który treść gwarancji (czyli umowy między wykonawcą a gwarantem) odczytuje poprzez pryzmat przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też treść innych czynności prawnych, w szczególności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Strony umowy gwarancji ustaliły jej zakres przedmiotowy w określony sposób, czyli ograniczyły odpowiedzialność gwaranta do kar umownych, i brak jest podstaw, by swobodnie i zgodnie wyrażoną wolę stron modyfikować w sposób wskazany wyżej przez kontrolowanego. W konsekwencji brak jest podstaw do wyciągania wniosku, iż strony umówiły się inaczej niż wynika to z umowy gwarancji, czyli że gwarancja obejmuje również inne roszczenia niż w niej wyraźnie wskazane.

Tytułem uzupełnienia należy dodać, że takie stanowisko jest prezentowane także w orzecznictwie organów administracyjnych i sądowych:

Kolegium RIO we Wrocławiu w uchwale z dnia 9 lipca 2014 roku nr 58/14 stwierdziło: „(...) *Niezależnie od powyższego, Kolegium zwraca uwagę, że zgodnie z art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający ma możliwość, bez konieczności wdawania się w spór z dłużnikiem, pokrycia przynajmniej w części swych wierzytelności. Natomiast kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy jest niezależna od innych należności. Jest to klauzula, którą strony mogą umieścić w umowie postanawiając, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy. Zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, tytułem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej).*”

Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 roku sygn. akt VI ACa 1390/12 zważył m.in.: „Apelacja okazała się bezzasadna. Chybiony jest zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Istotą sprawy była treść umowy w przedmiocie gwarancji ubezpieczeniowej zawartej pomiędzy pozwanym/gwarantem/, a Zakładem Budowlano- (...) Sp. z o.o. w W./zleceniodawcą/ na rzecz osoby trzeciej /powoda - beneficjenta gwarancji / jako zabezpieczenie umowy z dnia 28 stycznia 2009 r., zawartej pomiędzy powodem a zakładem Budowlano- (...) Sp. z o.o. w W. oraz zakres i rodzaj roszczeń, wynikających dla powoda z tejże gwarancji ubezpieczeniowej. Sąd Okręgowy zatem rozpoznał istotę sprawy, co wynika wprost

z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne [...] Kwestia nienależytego wykonywania zobowiązania przez (...) sp. z o.o. została jedynie wskazana ubocznie, natomiast Sąd I instancji zasadnie skupił się na problematyce treści gwarancji ubezpieczeniowej. Wbrew zarzutom skarżącego Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił i wyłożył jej postanowienia, które jasno wynikają ze złożonego w sprawie dokumentu /k. 9/. Z brzmienia drugiego akapitu w/w dokumentu jasno wynika, iż pozwany zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych zawartej umowy, do zapłaty na pierwsze żądanie beneficjenta kwoty do wysokości 587.374,32 zł w przypadku, gdyby zleceniodawca /wykonawca robót budowlanych/ nie zapłacił w terminie zastrzeżonych kar umownych, będąc do tego zobowiązanym w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem postanowień umownych. Tym samym, skoro strony umowy określiły jej zakres przedmiotowy w ten sposób, tj. ograniczając odpowiedzialność gwaranta do kar umownych, brak jest jakichkolwiek podstaw do wyciągnięcia wniosku, iż odpowiedzialność ta miałaby również obejmować inne roszczenia kierowane przez zamawiającego do wykonawcy. Jedynym więc warunkiem formalnym istotnie było złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie gwarancji, tj. do dnia 31 października 2010 r., niemniej jednak oświadczenie to z istoty rzeczy winno odnosić się do gwarantowanych roszczeń, nie zaś mieć inny zakres przedmiotowy, jak to miało miejsce w rozważanym przypadku. Powód złożył bowiem oświadczenie - żądanie z dnia 20 września 2010 r. /k - 8, uzupełnione na żądanie pozwanego pismem z dnia 22.10.2010 r. /k. 62/, dotyczące zapłaty z tytułu niewykonania zobowiązań z umowy z dnia 28.01.2009 r., zaś na to żądanie składały się /jak ustalono na podstawie zeznań strony powodowej /k. 387/ wynagrodzenia wypłacone przez powoda podwykonawcom i równowartość stwierdzonych wad. Natomiast roszczenie z tytułu kar umownych, którego dotyczyła odpowiedzialność ubezpieczyciela, w ogóle nie zostało wyartykułowane, a przede wszystkim, jak zasadnie wskazał Sąd I instancji, pierwszy raz zostało zgłoszone samemu wykonawcy dopiero w dniu 20 kwietnia 2011 r. /k. 177/, a więc po upływie terminu wskazanego w gwarancji. Tym samym, roszczenie w tym przedmiocie, tj. kar umownych, nie zostało zgłoszone w tym terminie, tj. do dnia 31 października 2010 r., pozwanemu, odpowiedzialnemu za działania (...) z tytułu udzielonej gwarancji.

Niezasadne są w konsekwencji podniesione przez skarżącego zarzuty naruszenia prawa materialnego. Istotnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. wynika solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy w stosunku do podwykonawcy, niemniej jednak zasada tego przepisu nie przekłada się na zakres przedmiotowy umowy zawartej przez wykonawcę z ubezpieczycielem, którą strony kształtują samodzielnie, mając na uwadze zasady art. 353<sup>1</sup> k.c. Stosownie z kolei do treści art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych /Dz. U. 2010. 113. 759 ze zm./ w zw. z art. 148 ust. 1 pkt 4 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy: zamawiający mógł żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z uwagi na wartość kwotową robót nie było w przedmiotowym przypadku obligatoryjnego wymogu takiego żądania, zgodnie z ust. 3 art. 147, nie ma to jednak o tyle znaczenia, że umowa powoda i wykonawcy w § 9 takowe zabezpieczenia: w formie gotówkowej i gwarancji bankowej przewidywała, stanowiąc iż służy ono pokryciu roszczeń zamawiającego wynikających z zapisów umowy. Ponadto, z przepisów Prawa zamówień publicznych nie można konstruować,

jak to czyni apelant, wymogów dla innych podmiotów, ubezpieczycieli. Mają oni swobodę zawarcia określonej umowy ubezpieczeniowej, zaś to rzeczą wykonawcy było zawarcie z ubezpieczycielem umowy o treści, jakiej się zobowiązał względem inwestora w § 9 umowy z dnia 28.01.2009 r., z tym lub innym, bądź kilkoma ubezpieczycielami. **W związku z tym powód /beneficjent gwarancji/ otrzymując od gwaranta dokument gwarancji z dnia 29 kwietnia 2009 r. i konstatując, iż zakres przedmiotowy teże gwarancji nie obejmuje wszystkich roszczeń odszkodowawczych, a tylko ich określony rodzaj, względnie, iż jest niesatysfakcjonujący zbyt krótki termin zgłaszania roszczeń do gwaranta, winien nie akceptować jej treści, lecz zwrócić się do wykonawcy, kwestionując niezgodność jej z zapisem §9 umowy i postulując zmianę, zatrzymując jednocześnie zabezpieczenie pieniężne do czasu przedstawienia umowy w przedmiocie gwarancji satysfakcjonującej stronę powodową, zgodną z zapisem § 9 umowy 28 stycznia 2009 r. /k. 14 odwrót/. Skoro tak się nie stało to zakres przedmiotowy roszczeń teże gwarancji obejmuje jedynie to co w niej wskazano, czyli roszczenia z tytułu kar umownych, nie obejmuje zaś roszczeń, które strona powodowa zgłosiła w żądaniu z dnia 20 września 2010 r., stanowiących należności podwykonawców i roszczeń z tytułu wad.** Natomiast nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji oznacza, iż nie wolno np. gwarantowi podnosić przeciwko beneficjentowi zarzutów ze stosunku podstawowego, łączącego tego ostatniego z wykonawcą /por. uchwała SN z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, odnośnie innego rodzaju gwarancji, tj. bankowej/, nie oznacza on natomiast, iż beneficjentowi /który nie jest stroną gwarancji, lecz osobą trzecią na rzecz której ma być spełnione świadczenie ubezpieczeniowe/ służy prawo samodzielnego „rozszerzenia” zawartej gwarancji, co do roszczeń nią nie objętych. Gwarancja bowiem, jak każda umowa ubezpieczeniowa, obejmuje takie uprawnienia i obowiązki, jakie strony w niej przewidziały. Tym samym skoro strona powodowa, jako beneficjent, nie zgłosiła w terminie przewidzianym w gwarancji roszczenia co do kar umownych, nie może skutecznie domagać się zarówno zapłaty części tego roszczenia /do wysokości sumy gwarancyjnej/ jak i z wyżej wskazanych przyczyn - innych roszczeń nieobjętych zakresem teże gwarancji. Ubocznie już należy dodać, iż powód mógł zgłosić roszczenie co kar umownych, oparte na § 10 ust. 2 umowy z dnia 28.01.2009 r. jeszcze w październiku 2010 r. po odstąpieniu od umowy z dnia 8.10.2010 r. przez wykonawcę /k. 98/, które to pismo wpłynęło do powoda w dniu 13.10.2010 r. /co wynika z pisma Gminy wzywającego (...) do zapłaty kar umownych - k. 177/.

Odpowiedzialność za stwierdzone naruszenia i nieprawidłowości ponoszą pracownicy Zarządu Inwestycji Miejskich w zakresie nałożonych na nich obowiązków wynikających m.in. z zakresów czynności.

## II

Informując o powyższych nieprawidłowościach proszę Panią Dyrektor o podjęcie działań mających na celu ich wyeliminowanie oraz zapobieżenie występowaniu w przyszłości. W związku z powyższym Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi kieruje wniosek pokontrolny, by egzekwować od wykonawców wnoszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które czyni zadość art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w szczególności zabezpiecza interesy Miasta

Łodzi – Zarządu Inwestycji Miejskich z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę.

Podając powyższe do wiadomości, zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych, proszę Panią Dyrektor o przesłanie informacji o sposobie wykonania zalecenia pokontrolnego lub przyczynach jego niewykonania w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, do wniosku zawartego w II części wystąpienia pokontrolnego przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do Kolegium Izby.

Zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego, za pośrednictwem Prezesa Izby.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżeń może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Bieg terminu, o którym mowa wyżej ulega zawieszeniu na czas rozpatrzenia zastrzeżenia w odniesieniu do wniosków pokontrolnych objętych zastrzeżeniem.

Do wiadomości:

1. Prezydent Miasta Łodzi HANNA ZDANOWSKA.
2. aa.