

DM.8170.4.45.2018.DM

Radom, dnia 23.04.2020 r.

Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych  
ul. Jagiellońska 74  
03-301 Warszawa

W odpowiedzi na pismo znak: MJWPU.WKP-R.420-9828/17 z dnia 31.03.2020 r. dotyczące przeprowadzonej kontroli planowej w dniach od 29 stycznia do 5 marca 2020 r. w trakcie realizacji projektu pn. „Rozwój infrastruktury w zakresie zrównoważonej mobilności miejskiej na terenie Gminy Miasta Radomia oraz Powiatu Radomskiego” Gmina Miasta Radomia po zapoznaniu się z informacją pokontrolną wnosi następujące zastrzeżenia do części C informacji.

Ad. Część C pkt. 3.1

Odnosząc się do zamówienia pn.: Przebudowa chodnika na ciąg pieszo-rowerowy wzdłuż ul. Kozienickiej, na odcinku od ul. Towarowej do wiaduktu kolejowego w Radomiu” (umowa nr 116/IN/2017), któremu kontrolujący zarzucili naruszenie § 14 ust. 1 umowy o dofinansowanie nr RPMA.04.03.01-14-9828-00 w związku z naruszeniem art. 144 ust.1 Pzp polegającym na dokonaniu istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (wydłużenie terminu realizacji umowy), dodatkowo zarzucając nienaliczenie kar umownych za zwłokę przewidzianych w zawartej umowie oraz wskazując, że Beneficjent przedstawił w trakcie kontroli dokumenty, które nie uzasadniały zmiany terminu realizacji umowy aż o 95 dni (z 42 dni do 140 dni) wyjaśniamy, że:

Zamawiający przedstawił uzasadnienia do aneksów nr 1 i 2, z których wynika, dlaczego zdecydował on o wydłużeniu terminu realizacji umowy:

1. do aneksu nr 1 z dnia 19 grudnia 2017 r. wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z konieczności dokonania zmian projektowych uwzględniających istnienie niezainwentaryzowanego kanału deszczowego, konieczność przeprowadzenia czasochłonnych czynności odwodnienia wykopu (istnienie przewarstwień geologicznych z przesiąkami wód gruntowych) oraz opady deszczu ze śniegiem,
2. do aneksu nr 2 z dnia 29 grudnia 2017 r. powodem wydłużenia terminu realizacji umowy były niekorzystne warunki atmosferyczne (opady deszczu, dodatkowo

pogarszające się warunki wykonywania kanalizacji sanitarnej), brak możliwości wykonywania warstw asfaltowych z powodu niskich temperatur oraz opadów deszczu ze śniegiem.

Zamawiający znając specyfikę realizacji inwestycji drogowych przewidział sytuacje, w których dopuszcza zmianę umowy wykonawczej. Na etapie udzielania zamówienia Zamawiający zawarł zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i załączonym do dokumentacji przetargowej projekcie umowy przewidywane zmiany umowy, ich charakter oraz warunki dokonywania tych zmian. Możliwość ewentualnych zmian w umowie były znane wszystkim potencjalnym oferentom i jako przewidziane w SIWZ oraz w projekcie umowy nie powinny być traktowane jako istotna zmiana warunków umowy.

Należy również wskazać, że termin wykonania umowy nie stanowił kryterium oceny oferty na etapie udzielania zamówienia, a na liczbę ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Zamawiający nie miał wpływu (wpłynęła tylko 1 oferta).

Odnosząc się do zarzutu o nienaliczeniu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyjaśnia i podkreśla, że zwłoka to kwalfikowana postać opóźnienia, bo łączy się z zawinieniem po stronie wykonawcy czynności. Co oznacza, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za to, że nie wykonał jakiejś czynności w terminie z własnej winy. Często też zwłoka nazywana jest tzw. „kwalfikowanym opóźnieniem”. Rozróżnienie to wynika z przepisów kodeksu cywilnego tj. art. 476, który wskazuje, że *„Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.”*

W ocenie Zamawiającego konieczność dokonania zmian projektowych uwzględniających istnienie niezainwentaryzowanego kanału deszczowego, konieczność przeprowadzenia czasochłonnych czynności odwodnienia wykopu (istnienie przewarstwień geologicznych z przesiąkami wód gruntowych) oraz opady deszczu ze śniegiem, a następnie zaistnienie niekorzystnych warunków atmosferycznych - udokumentowane opady deszczu dodatkowo pogarszające się warunki wykonywania kanalizacji sanitarnej oraz brak możliwości wykonywania warstw asfaltowych z powodu udokumentowanych niskich temperatur oraz opadów deszczu ze śniegiem - nie stanowi zawinienia Wykonawcy, a zatem nie mogło to stanowić naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy.

Orzecznictwo sądowe wskazuje, że wprawdzie istnieje domniemanie, że wykonawca nie wykonał umowy w terminie z przyczyn zawinionych, jednakże może on uwolnić się od tej odpowiedzialności wykazując, że niewykonanie umowy w terminie było niezależne od niego, a pewne zdarzenia traktowane są jako niezawinione przez Wykonawcę, albo przez żadną ze stron umowy - warunki atmosferyczne, które uniemożliwiają wykonywanie prac budowlanych. Tym samym nie mogą one obciążać wykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. sygn.

akt. III CKN 50/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt. II CSK 318/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt. II CSK 331/12).

Zamawiający oceniając podstawę do nałożenia kary i możliwości ich dochodzenia analizował sytuację pod kątem obiektywnych przyczyn niewykonania umowy (zawinionych i niezawinionych) jak również pod kątem ewentualnego sporu sądowego i ryzyka ponoszenia dalszych kosztów z tym związanych. Analiza ta wskazała, że w powyższej sprawie warunki niewykonania umowy były w ocenie Zamawiającego obiektywnie niezależne od Wykonawcy, a zatem niezasadne byłoby nakładanie kar za zwłokę, gdy już na etapie realizacji umowy wiadome było, że niezachowanie pierwotnego terminu realizacji umowy nie było zawinione przez Wykonawcę.

Jednocześnie wyjaśniamy, że Wykonawca wielokrotnie zgłaszał problemy związane z zagrożeniem niedotrzymania terminu realizacji inwestycji np. :

- w piśmie z dnia 28.11.2017 r. (przekazane zespołowi kontrolującemu) zgłosił problem związany z wysokim stanem wód gruntowych oraz grząskim terenem, który uniemożliwiał realizację zadania,
- podczas spotkania roboczego w dniu 05.12.2017r.(pismo przekazane kontroli) Wykonawca zgłosił problem związany z kolizją projektowanej kanalizacji sanitarnej z istniejącym kanałem deszczowym, z wystąpieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych oraz problem niedotrzymania terminu zakończenia robót,
- zgodnie z notatką z dnia 07.12.2017r. ze spotkania w siedzibie Wodociągów Miejskich Wykonawca zgłosił problem związany z koniecznością dokonania zmian projektowych uwzględniających istnienie niezainwentaryzowanego kanału deszczowego.

Ponadto zgodnie z obowiązującą Polską Normą ustanowioną przez Komitet Normalizacyjny Nawierzchnie asfaltowe PN-S-96025 minimalna temperatura otoczenia (powietrza) przed przystąpieniem do robót powinna wynosić: +5 °C, nie dopuszcza się również wykonywania warstwy asfaltowej podczas opadu atmosferycznego oraz silnego wiatru (teren ul. Kozienickiej to teren o luźnej zabudowie o dużej migracji wiatrów, leżący w tzw. strefie wietrzenia miasta).

#### Ad. Część C pkt. 3.2

Nawiązując do zamówienia pn.: Przebudowa drogi - ulicy Jana Pawła II w zakresie budowy drogi dla rowerów i przebudowy chodnika w Radomiu w ramach projektu pn.: „Rozwój infrastruktury w zakresie zrównoważonej mobilności miejskiej na terenie Gminy Miasta Radomia oraz Powiatu Radomskiego” (umowa nr 064/IN/2019), któremu kontrolujący zarzucili naruszenie § 14 ust. 1 umowy o dofinansowanie nr RPMA.04.03.01-14-9828-00 w związku z naruszeniem art. 144 ust.1 Pzp polegającym na dokonaniu istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (wydłużenie terminu realizacji umowy); dodatkowo zarzucając nienaliczenie kar umownych za zwłokę przewidzianych w zawartej umowie oraz wskazując, że Beneficjent nie przedstawił w trakcie kontroli dokumentów uzasadniających wydłużenie terminu realizacji umowy o 127 dni (z 68 dni wydłużono do 195 dni) wyjaśniamy, że:

Zamawiający przedstawił uzasadnienia do aneksów nr 1 i 2, z których wynika, dlaczego zdecydował on o wydłużeniu terminu realizacji umowy na podstawie § 8 ust. 1 lit. a) („Zamawiający przewiduje możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy



*maksymalnie o okres odpowiadający okresowi trwania przeszkody uniemożliwiającej realizację przedmiotu umowy, jeżeli w trakcie obowiązywania umowy wystąpią okoliczności uniemożliwiające jej realizację zgodnie z warunkami opisanymi w umowie, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca ani Zamawiający”):*

1. aneks nr 1 z dnia 9 grudnia 2019 r. wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z konieczności wykonania dodatkowych uzgodnień i robót z Polską Spółką Gazownictwa celem usunięcia kolizji z chodnikiem przy połączeniu ulicy Jana Pawła II z ul. Osiedlową; wystąpiły również przerwy w realizacji umowy spowodowane wyjątkowo niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (nasiąknięte podłoże gruntowe w wyniku czego podbudowa z kruszywa łamanego musiała zostać zdjęta i ponownie ułożona); przewidywana prognoza pogody, temperatura oraz prędkość wiatru wykluczyły możliwość układania warstwy ścieralnej na drodze dla rowerów; wystąpiła również konieczność wykonania dodatkowych uzgodnień w sprawie zmiany lokalizacji stacji rowerowej.
2. aneks nr 2 z dnia 20 grudnia 2019 r. powodem wydłużenia terminu realizacji umowy były niekorzystne warunki atmosferyczne. Ze względu na to, że nie można było przewidzieć czy warunki atmosferyczne jakie wystąpią do 15 marca 2020 r. pozwolą na wykonanie wszystkich robót, konieczne było wydłużenie terminu realizacji zamówienia do okresu gdy wszystkie roboty bitumiczne będzie można wykonać zgodnie z obowiązującymi normami - koniec zimy; tym samym przedłużyły się również sprawy związane z wykonaniem dodatkowych uzgodnień i robót z Polską Spółką Gazownictwa.

Zamawiający znając specyfikę realizacji inwestycji drogowych przewidział sytuacje, w których dopuszcza zmianę umowy wykonawczej. Na etapie udzielania zamówienia Zamawiający zawarł zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i załączonym do dokumentacji przetargowej projekcie umowy przewidywane zmiany umowy, ich charakter oraz warunki dokonywania tych zmian. Możliwość ewentualnych zmian w umowie były znane wszystkim potencjalnym oferentom i jako przewidziane w SIWZ oraz w projekcie umowy nie powinny być traktowane jako istotna zmiana warunków umowy.

Zaznaczamy, że termin wykonania umowy nie stanowił kryterium oceny oferty na etapie udzielania zamówienia, a na liczbę ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Zamawiający nie miał wpływu (wpłynęło 7 ofert).

Odnosząc się do zarzutu o nienaliczeniu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyjaśnia i podkreśla, że zwłoka to kwalfikowana postać opóźnienia, bo łączy się z zawinieniem po stronie wykonawcy czynności. Co oznacza, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za to, że nie wykonał jakiejś czynności w terminie z własnej winy. Często też zwłoka nazywana jest tzw. „kwalfikowanym opóźnieniem”. Rozróżnienie to wynika z przepisów kodeksu cywilnego tj. art. 476, który wskazuje, że „Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.”

W ocenie Zamawiającego konieczność dokonania dodatkowych uzgodnień i robót z Polską Spółką Gazownictwa celem usunięcia kolizji z chodnikiem; konieczność wykonania dodatkowych uzgodnień w sprawie zmiany lokalizacji stacji rowerowej oraz wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych - temperatury poniżej -10°C oraz częste opady deszczu, które wykluczyły możliwość układania warstwy ścieralnej na drodze dla rowerów- nie stanowią zawinienia Wykonawcy, a zatem nie mogło to stanowić naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy.

Orzecznictwo sądowe wskazuje, że wprawdzie istnieje domniemanie, że wykonawca nie wykonał umowy w terminie z przyczyn zawinionych, jednakże może on uwolnić się od tej odpowiedzialności wykazując, że niewykonanie umowy w terminie było niezależne od niego, a pewne zdarzenia traktowane są jako niezawinione przez Wykonawcę, albo przez żadną ze stron umowy - warunki atmosferyczne, które uniemożliwiają wykonywanie prac budowlanych. Tym samym nie mogą one obciążać wykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. sygn. akt. III CKN 50/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt. II CSK 318/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt. II CSK 331/12).

Zamawiający oceniając podstawę do nałożenia kary i możliwości ich dochodzenia analizował sytuację pod kątem obiektywnych przyczyn niewykonania umowy (zawinionych i niezawinionych) jak również pod kątem ewentualnego sporu sądowego i ryzyka ponoszenia dalszych kosztów z tym związanych. Analiza ta wskazała, że w powyższej sprawie warunki niewykonania umowy były w ocenie Zamawiającego obiektywnie niezależne od Wykonawcy, a zatem niezasadne byłoby nakładanie kar za zwłokę, gdy już na etapie realizacji umowy wiadome było, że niezachowanie pierwotnego terminu realizacji umowy nie było zawinione przez Wykonawcę.

#### Ad. Część C pkt. 3.3

W związku z zamówieniem pn.: „Przebudowa drogi gminnej - ul. Św. Brata Alberta w Radomiu w zakresie budowy drogi dla rowerów, chodnika i zieleńca bez naruszenia krawężnika w ramach projektu pn.: „Rozwój infrastruktury w zakresie zrównoważonej mobilności miejskiej na terenie Gminy Miasta Radomia oraz Powiatu Radomskiego” (umowa nr 078/IN/2019), któremu kontrolujący zarzucili naruszenie § 14 ust.1 Umowy o dofinansowanie nr RPMA.0403.01-14-9828-00 w związku z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp polegającym na dokonaniu istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (wydłużenie terminu realizacji umowy); dodatkowo zarzucając nienaliczenie kar umownych za zwłokę przewidzianych w zawartej umowie oraz wskazując, że Beneficjent nie przedstawił w trakcie kontroli dokumentów uzasadniających wydłużenie terminu realizacji umowy o 117 dni (z 45 dni wydłużono do 162 dni) wyjaśniamy, że:

Zamawiający przedstawił uzasadnienia do aneksów nr 1 i 2, z których wynika, dlaczego zdecydował on o wydłużeniu terminu realizacji umowy na podstawie § 8 ust. 1 lit. a) („Zamawiający przewiduje możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy maksymalnie o okres odpowiadający okresowi trwania przeszkody uniemożliwiającej realizację przedmiotu umowy, jeżeli w trakcie obowiązywania umowy wystąpią okoliczności uniemożliwiające jej realizację zgodnie z warunkami opisanymi w umowie, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca ani Zamawiający”):

1. aneks nr 1 z dnia 19 grudnia 2019 r. wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z konieczności uzgodnień i przeprojektowania geometrii ścieżki ze względu na bliskość drzew, trwała procedura dotycząca wgrożenia się w pas drogowy, warunki atmosferyczne (częste opady i duża prędkość wiatru) uniemożliwiały wykonanie warstwy ścieralnej na drodze dla rowerów oraz wykonanie oznakowania poziomego.

Zamawiający znając specyfikę realizacji inwestycji drogowych przewidział sytuacje, w których dopuszcza zmianę umowy wykonawczej. Na etapie udzielania zamówienia Zamawiający zawarł zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i załączonym do dokumentacji przetargowej projekcie umowy przewidywane zmiany umowy, ich charakter oraz warunki dokonywania tych zmian. Możliwość ewentualnych zmian w umowie były znane wszystkim potencjalnym oferentom i jako przewidziane w SIWZ oraz w projekcie umowy nie powinny być traktowane jako istotna zmiana warunków umowy.

Na marginesie należy wskazać, że termin wykonania umowy nie stanowił kryterium oceny oferty na etapie udzielania zamówienia, a na liczbę ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Zamawiający nie miał wpływu (wpłynęło 3 oferty).

2. Odnosząc się do zarzutu o nienaliczeniu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyjaśnia i podkreśla, że zwłoka to kwalfikowana postać opóźnienia, bo łączy się z zawinieniem po stronie wykonawcy czynności. Co oznacza, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za to, że nie wykonał jakiejś czynności w terminie z własnej winy. Często też zwłoka nazywana jest tzw. „kwalfikowanym opóźnieniem”. Rozróżnienie to wynika z przepisów kodeksu cywilnego tj. art. 476, który wskazuje, że *„Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.”*

W ocenie Zamawiającego konieczność dokonania dodatkowych uzgodnień i przeprojektowania geometrii ścieżki ze względu na bliskość drzew i wystąpienie wgrożenia w pas drogowy oraz wystąpienie częstych opadów atmosferycznych i silnego wiatru, które uniemożliwiały wykonanie warstwy ścieralnej na drodze dla rowerów oraz wykonanie oznakowania poziomego - nie stanowią zawinienia Wykonawcy, a zatem nie mogło to stanowić naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy.

Orzecznictwo sądowe wskazuje, że wprawdzie istnieje domniemanie, że wykonawca nie wykonał umowy w terminie z przyczyn zawinionych, jednakże może on uwolnić się od tej odpowiedzialności wykazując, że niewykonanie umowy w terminie było niezależne od niego, a pewne zdarzenia traktowane są jako niezawinione przez Wykonawcę, albo przez żadną ze stron umowy - warunki atmosferyczne, które uniemożliwiają wykonywanie prac budowlanych. Tym samym nie mogą one obciążać wykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. sygn. akt. III CKN 50/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt. II CSK 318/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt. II CSK 331/12).

Zamawiający oceniając podstawę do nałożenia kary i możliwości ich dochodzenia analizował sytuację pod kątem obiektywnych przyczyn niewykonania umowy (zawinionych i niezawinionych) jak również pod kątem ewentualnego sporu sądowego i ryzyka ponoszenia dalszych kosztów z tym związanych. Analiza ta wskazała, że w powyższej sprawie warunki niewykonania umowy były w ocenie Zamawiającego obiektywnie niezależne od Wykonawcy, a zatem niezasadne byłoby nakładanie kar za zwłokę, gdy już na etapie realizacji umowy wiadome było, że niezachowanie pierwotnego terminu realizacji umowy nie było zawinione przez Wykonawcę.

W związku z powyższymi zastrzeżeniami do punktu C, Gmina Miasta Radomia przekazuje w załączeniu z zaakceptowanym pozostałym zakresem podpisany egzemplarz informacji pokontrolnej.

PREZYDENT MIASTA

  
Radosław Witkowski

Otrzymują:

1. Adresat,
2. a/a.