



Prezydent Miasta Rybnika

44-200 Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2
t +48 32 43 92 107, f +48 32 42 24 124
rybnik@um.rybnik.pl

**Dyrektor Delegatury
Najwyższej Izby Kontroli
w Katowicach**

Or.1710.3.2019



Rybnik, dnia 23 kwietnia 2019 r.

sygn. LKA.410.001.10.2019
P/19/001

ZASTRZEŻENIA DO WYSTĄPIENIA POKONTROLNEGO

LKA.410.001.10.2019; P/19/001
z dnia 29 marca 2019 r.
doręzonego w dniu 02 kwietnia 2019 r.

Działając na podstawie art. 54 ustawy z dnia 23 grudnia 1994r. o Najwyższej Izbie Kontroli zgłaszam zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego z dnia 29 marca 2019r. LKA.410.001.10.2019; P/19/001 zarzucając mu:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pismem Zastępcy Prezydenta Miasta Rybnika z dnia 15 grudnia 2017r. D-IV.7013.9.2017 (2017-129709) dokonano zmiany postanowień umowy na roboty budowlane, polegającego na wydłużeniu części terminów wykonania robót budowlanych określonych w jej §5 co było niezgodne z art.144 ust.1 PZP, który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy – mimo braku podstaw do takiego ustalenia oraz przyjęcia,
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że w konsekwencji treści pisma Zastępcy Prezydenta Miasta Rybnika z dnia 15 grudnia 2017r. D-IV.7013.9.2017 (2017-129709) zrezygnowano z naliczania kar umownych z tytułu niewykonania robót w terminach pierwotnie wskazanych w §5 umowy – mimo braku podstaw do takiego przyjęcia,
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu poglądu, iż zdaniem NIK, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niezrealizowanie umowy wobec braku możliwości jej realizacji w okresie lęgowym ptaków – mimo braku podstaw do takiego przyjęcia,

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że urząd nie dopełnił obowiązku przekazywania na bieżąco do IZ RPO WSL informacji o zmianach dotyczących umowy na wykonywanie robót budowlanych w ramach projektu – mimo braku podstaw do takiego przyjęcia.

Wskazując na powyższe wnoszę o:

- zmianę oceny okoliczności niedochowania terminu realizacji umowy przez Wykonawcę z przyczyn dotyczących zakazu wycinki drzew w okresie lęgowym jak również przyjęcie, iż w tym zakresie nie doszło do zmiany terminów realizacji umowy a zatem nie doszło również do naruszenia art.144§1 PZP – a w konsekwencji zmianę oceny z negatywnej na pozytywną,

- zmianę oceny okoliczności wymiany informacji z IZ RPO WSL z negatywnej na pozytywną.

UZASADNIENIE

Wystąpieniem pokontrolnym z dnia 29 marca br., NIK negatywnie ocenił okoliczności i sposób wydłużenia w 2017r. terminów na wykonanie robót budowlanych ustalonych w umowie z 25 kwietnia 2017r., obejmujących budowę nowego śladu drogi wojewódzkiej nr 935 na odcinku od ronda Raciborskiego w Żorach do ul. Wodzisławskiej w Rybniku, co nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem NIK Urząd nie dopełnił także obowiązku przekazywania na bieżąco do IZ RPO WSL informacji o zmianach dotyczących zawartej 25 kwietnia 2017r. przez Miasto umowy na wykonywanie robót budowlanych w ramach projektu.

W uzasadnieniu przyjętej oceny NIK podniósł między innymi, co następuje:

I. W zakresie zastrzeżeń dotyczących kwestii terminu realizacji umowy i jego niedotrzymania w związku z zakazem wycinki drzew w okresie lęgowym, jak również kwestia kar umownych za niedotrzymanie tegoż terminu:

„Oprócz ww. aneksów, zmiana terminów wykonania ww. umowy nastąpiła w 2017r. jak uzasadniano, w związku z brakiem możliwości wycinki drzew w okresie lęgowym ptaków, wynikającym z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych nr (...) wg której w okresie od marca do 16 października obowiązywał zakaz wycinki zieleni. (str.6 wystąpienia).” „Zastępca Prezydenta po otrzymaniu wniosku Wykonawcy robót budowlanych o przedłużenie terminów określonych w umowie z 25 kwietnia 2017r. oraz po uzyskaniu aprobującej opinii Koordynatora Czynności Nadzoru Inwestorskiego i po otrzymaniu notatki służbowej z dnia 14 grudnia 2017r., odnoszącej się do ww. wniosku, podpisanej przez Kierującą Referatem BDR i Naczelnika Wydziału Dróg Urzędu, wyraził zgodę (odręczna adnotacja na ww. notatce służbowej) na wydłużenie terminów wykonania tych robót dla poszczególnych etapów. Następnie w piśmie z 15 grudnia 2017r. skierowanym do Wykonawcy „przyjął do wiadomości” nowy termin 3 września 2018r. na realizację wiaduktu nad linią kolejową kopalni piasku Kotlewnia oraz określił nowe terminy realizacji poszczególnych etapów budowy drogi (zadanie nr 1 z umowy na roboty budowlane z 25 kwietnia 2017r.) na 3 września 2019r. Nie zawarto aneksu do umowy na roboty budowlane, odnoszącego się do zmian terminów

wykonywania robót budowlanych wprowadzonych ww. pismem z 15 grudnia 2017r.” (...) „Przedstawiony wyżej sposób wydłużenia terminów stanowił istotną zmianę umowy na roboty budowlane i był niezgodny z art.144 ustawy Pzp (...)”(str.7 wystąpienia).

W dalszej części w tym zakresie w wystąpieniu pokontrolnym stwierdzono:

„W toku realizacji zadania dokonano (pismem z 15 grudnia 2017r.) zmiany postanowień umowy na roboty budowlane, zawartej 25 kwietnia 2017r. w wyniku przetargu nieograniczonego, polegającej na wydłużeniu części terminów wykonania robót budowlanych określonych w jej §5, co było niezgodne z art.144 ust.1 ustawy Pzp, który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Nie wystąpiła bowiem, żadna z przesłanek określonych art.144 ust.1 pkt 1-6 Pzp, umożliwiająca zmianę zawartej umowy, a wydłużenie terminów miało charakter istotny w rozumieniu art.144 ust.1e pkt2 lit.a) i b) Pzp. Zmiany terminów realizacji umowy na Wniosek wykonawcy dokonał Zastępca Prezydenta Miasta w piśmie nr D-IV.7013.9.2017 (2017-129709) z 15 grudnia 2017r. skierowany do Prezesa Zarządu PUT INTERCOR sp. z o.o. w Zawierciu.”

Następnie w wystąpieniu pokontrolnym zacytowano wyjaśnienia tak Zastępcy Prezydenta Miasta jak również Prezydenta Miasta. Odnosząc się do tychże wyjaśnień w wystąpieniu stwierdzono, że:

„NIK nie podziela wyjaśnień Zastępcy Prezydenta Miasta i Prezydenta Miasta wg których nie wyrażono w ww. piśmie z 15 grudnia 2017r. zgody na wydłużenia terminów wykonania robót, ponieważ w konsekwencji zapisów ww. pisma skierowanego do Wykonawcy w odpowiedzi na jego wniosek o przedłużenie terminów realizacji umowy na roboty budowlane:

- zrezygnowano z naliczania kar umownych z tytułu niewykonania robót w terminach pierwotnych wskazanych w §5 umowy,
- uwzględniono w zaktualizowanych terminach dla obiektu WGP-02 oraz dla etapów I-IV wydłużenie ich realizacji (w ww. pisma – odpowiednio do 3 września 2018r. i do 3 września 2019r.), co skutkowało ustaleniem późniejszego terminu zakończenia realizacji umowy,
- dokonano zatwierdzenia harmonogramu robót przedstawionego przez Wykonawcę, w którym uwzględniono wydłużenie terminów ich wykonania w oparciu o ww. pismo z 15 grudnia 2017r.”

Wskazano również, że:

„NIK nie podziela także stanowiska Prezydenta Miasta, wg którego Wykonawca z którym zawarto umowę na roboty budowlane nie ponosi odpowiedzialności za wystąpienie okoliczności skutkujących brakiem możliwości jej realizacji w okresie lęgowym ptaków. Informacja o zakazie prowadzenia takiej wycinki była bowiem zapisana w sposób jednoznaczny w projekcie wykonawczym stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dot. postępowania przetargowego na realizację robót budowlanych w ramach Projektu. Potwierdził to Zastępca Prezydenta Miasta wyjaśniając przyczyny niezaczerpania do SIWZ decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr WOOŚ.4200.6.2012.AD.70 z 17 października 2014r., w której zawarto nakaz wykonania wszelkich prac związanych z wycinką zieleni w okresie od 16 października do końca lutego,

tj. poza okresem lęgowym ptaków (...)" „W ocenie NIK powoływanie się przez Wykonawcę na brak wiedzy w zakresie o zakazie wycinki zieleni w okresie lęgowym, z powodu niezamieszczania przez Miasto na stronie internetowej dot. przetargu decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, z której taki zakaz wynikał nie może stanowić okoliczności zwalniającej ze zobowiązań wynikających ze złożonej przez niego oferty, m.in. w zakresie zaproponowanych terminów realizacji robót. Informacja o zakazie wycinki w okresie lęgowym ptaków była bowiem dostępna potencjalnym wykonawcom, ponieważ została zamieszczona w dokumentacji wykonawczej stanowiącej załączniki do SIWZ. Oferent przystępujący do przetargu miał możliwość zapoznania się z wymaganiami w powyższym zakresie włącznie z treścią decyzji środowiskowej dochowując należytej staranności przed złożeniem oferty. Zdaniem NIK nieuzasadnionym było również, mając na uwadze zakaz wynikający z decyzji środowiskowej z 17 października 2014r., powoływanie się przez Miasto Rybnik na możliwość wycinki zieleni w okresie od marca do 16 października w oparciu o zapisy Informacji Generalnego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 10 sierpnia 2012r., po dokonaniu inwentaryzacji i pod nadzorem ornitologa. Stanowisko w tym zakresie potwierdził Wykonawca stwierdzając, że zapisy decyzji środowiskowej są jednoznaczne i jakiegokolwiek działania dot. wycinki zieleni narażają go na odpowiedzialność za nieprzestrzeganie przepisów dot. ochrony środowiska. Potwierdził to Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Katowicach w postanowieniu z dnia 1 sierpnia 2017r. wyjaśniającym treść decyzji środowiskowej z 17 października 2017r., w którym jednoznacznie stwierdził, że zakaz wycinki zieleni określony w pkt.1.2.1.14 tej decyzji nie dopuszcza możliwości wycinki drzew i krzewów w okresie lęgowym pod nadzorem przyrodniczym”.

II. W zakresie dotyczącym monitorowania przebiegu realizacji projektu, NIK podniósł co następuje:

„Według §14 ust.1 umowy o dofinansowanie Miasto Rybnik było zobowiązane do systematycznego monitorowania przebiegu realizacji Projektu oraz niezwłocznego informowania IZ RPO WSL o ewentualnych problemach lub o zamiarze zaprzestania jego realizacji. O dokonanych zmianach do umowy i podpisanych aneksach nie poinformowano IZ RPO WSL. Ponadto w części sprawozdawczej wniosków o płatność złożonych do IZ RPO WSL w okresie od 2 stycznia 2018r. do 18 stycznia 2019r. nie podawano informacji o opóźnieniu w realizacji robót budowlanych w ramach projektu i określeniu nowych (późniejszych) terminów ich wykonania, co szczegółowo przedstawiono w dalszej części wystąpienia pokontrolnego (...)" Dalej w wystąpieniu wskazano, że „(...) obowiązkiem beneficjenta jest gromadzenie na bieżąco poprzez moduł „Rejestr postępowań/zamówień i dokumentów” LSI 2014-2020 informacji o zamówieniach realizowanych w ramach projektu dotyczących wydatków kwalifikowalnych, a umowa na roboty budowlane dotyczyła właśnie takiej kategorii wydatków i nawet jeśli zmiany dotyczyły kwot niekwalifikowalnych to jednak były wprowadzane w ramach zamówienia (umowy) dotyczącego wydatków kwalifikowalnych. Ponadto 4 aneksy dotyczyły wydłużenia terminu realizacji umowy na roboty budowlane, które były istotne dla całego Projektu i informacje w tym zakresie powinny być niezwłocznie przekazane do IZ RPO WSL. Zgodnie z „Przewodnikiem dla beneficjentów EFRR RPO WSL 2014-2020, pkt.5.4. Kontrola zamówień”, beneficjent był zobowiązany do dostarczenia IZ RPO WSL nośnik elektroniczny (np. płytę CD) lub za pośrednictwem ePUAP/SEKAP lub LSI 2014-2020 pełną dokumentację z każdego postępowania o udzielenie zamówienia wykazanego w module „Rejestr postępowań/zamówień i dokumentów” LSI 2014-2020, wśród

których wymieniono m.in. umowę z Wykonawcą wraz z ewentualnymi zmianami. Nie ma w tych przepisach żadnych wyjątków uzasadniających odstępianie od przekazywania do IZ RPO WSL zmian do umów czy kontraktów, a szczególnie z przyczyn podanych w powyższych wyjaśnieniach. Aneksy do umów należało więc przekazać bez zbędnej zwłoki w sposób ustalony w dokumentacji IZ RPO WSL. W części sprawozdawczej wniosków o płatność złożonych do IZ RPO WSL w okresie od 2 stycznia 2018r. do 18 stycznia 2019r. nie podano informacji o opóźnieniu w realizacji robót budowlanych w ramach Projektu i określeniu nowych (późniejszych) terminów ich wykonania (...)" Zdaniem NIK, ustalenie w piśmie z 15 grudnia 2017r. i późniejszych aneksach do umowy na roboty budowlane nowych wydłużonych terminów wykonania robót (...) stanowiło wystarczającą przesłankę do uznania ich za istotne zdarzenia w trakcie realizacji Projektu, o których należało na bieżąco powiadamiać IZ RPO WSL niezależnie od tego jaki wpływ miały na termin zakończenia realizacji Projektu. (...)"

Z przyjętym przez NIK stanowiskiem i oceną nie sposób się zgodzić.

A. Kwestia kar umownych:

Dnia 10 października 2016r. Miasto Rybnik ogłosiło przetarg na realizację przedmiotowej inwestycji. Jednym z podstawowych warunków przewidzianych dla jej realizacji inwestycji było zakończenie robót budowlanych nie później niż do dnia 31 lipca 2019r. Mając na uwadze informację zawartą w dokumentacji przetargowej związaną z ograniczeniami związanymi z wycinką drzew w tzw. „okresie lęgowym” a pozostającą w związku z tym: wycinką drzew w szerokim zakresie w związku z budową i koniecznością jej przeprowadzenia na początkowym etapie inwestycji – przy, co ponownie należy podkreślić, „sztywnym” terminie końcowym realizacji robót budowlanych (31 lipca 2019r.) fundamentalne znaczenie miało – tak po stronie Zamawiającego jak i potencjalnego Wykonawcy, aby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia i zawarcie stosownej umowy zostało dokonane w jak najkrótszym możliwym terminie. Termin składania ofert przewidziano na dzień 21 listopada 2016r. Dodać należy, że „okres ochronny” związany z wycinką drzew obejmuje okres od 1 marca do 15 października danego roku. W przedmiotowej sprawie na skutek wniesionego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, procedura przetargowa uległa wydłużeniu, w związku z czym ostatecznie do zawarcia umowy doszło w dniu 25 kwietnia 2017r. natomiast do przekazania placu budowy doszło w dniu 28 kwietnia 2017 roku. Nie bez znaczenia dla niniejszej sprawy była również przedłużająca się procedura zatwierdzająca postępowanie przez Urzędem Zamówień Publicznych. Oczywistym jest zatem, że Wykonawca tak podpisał samą umowę jak i odebrał plac budowy w trakcie trwania okresu „ochronnego”

Abstrahując w tym miejscu od tego, czy i jaki wpływ miała wiedza Zamawiającego i Wykonawcy (oraz pozostałych oferentów) dotycząca możliwości realizacji pierwszych etapów realizacji robót budowlanych w związku z „okresem ochronnym”, stwierdzić należy (co na marginesie przedstawiono w wyjaśnieniach z 20 lutego 2019r. Or.1710.3.2019), że przy przyjęciu faktycznej i obiektywnej niemożliwości przeprowadzenia wycinki drzew i krzewów do połowy października 2017r. nierealnym, z przyczyn obiektywnych z punktu widzenia jakiegokolwiek wykonawcy było zadośćuczynienie zobowiązaniu do zrealizowania etapów odpowiednio na 15 grudnia 2017r. i 15 grudnia 2018r.

Istotnym jest to, że wszyscy oferenci biorący udział w postępowaniu złożyli oferty w których zobowiązali się do zrealizowania tychże etapów w analogicznie proponowanych terminach.

Jednakże, co ponownie należy podkreślić, u podstaw tworzenia SIWZ przez Zamawiającego były założenia, że do zawarcia umowy i rozpoczęcia jej realizacji dojdzie bądź przed rozpoczęciem okresu „ochronnego” bądź, działając w dobrej wierze, mając na uwadze treść informacji Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 10 sierpnia 2012r., że jeżeli umowa zostanie zawarta w trakcie „okresu ochronnego” to istnieje możliwość uzyskania orzeczenie RDOŚ w Katowicach w przedmiocie odstępstw od tejże ochrony (w przedmiocie wyjaśnienia treści postanowienia uzgadniającego przedsięwzięcie). Możliwość taką potwierdziło postanowienie RDOŚ w Krakowie z 11 lipca 2017r. OO.4240.5.14.2017.EC wyjaśniające treść postanowienia uzgadniającego OO.4242.1.16.2014.EC, w którym stwierdzono, że „W związku z wnioskiem Inwestora (...) dotyczącym wyjaśnienia, iż warunek zapisany w punkcie 11c postanowienia stanowiący, iż wycinkę drzew należy przeprowadzić poza okresem lęgowym ptaków tj. od połowy sierpnia do końca lutego, tut. Organ stwierdza, iż nie wyklucza możliwości prowadzenia wycinki drzew i krzewów w okresie lęgowym, jednak wyłącznie pod nadzorem ornitologicznym. Wycinkę tę należy prowadzić poza okresem lęgowym ptaków (czyli poza okresem od 1 marca do 15 października, a jeżeli nie będzie to możliwe (np. ze względu na przyjęty harmonogram prac lub rozwiązania techniczne) dopuszcza się usunięcie drzew i krzewów w okresie lęgowym ptaków pod nadzorem specjalisty ornitologa, który przed dokonaniem wycinki dokona oględzin pod kątem obecności lęgów ptaków”. Z uwagi na powyższe w pełni uzasadniona była przyjęta przez Zamawiającego jak i wszystkich oferentów interpretacja zapisów SIWZ i Projektu Wykonawczego umożliwiająca odstępstwo od zakazu prowadzenia wycinki drzew w okresie ochronnym.

W tym miejscu wskazać więc należy, że skoro RDOŚ w Katowicach wydał analogicznie jak RDOŚ w Krakowie w podanym przykładowo przypadku, postanowienie w trybie art.113 §2 kpa w przedmiocie wyjaśnienia treści swojego postanowienia w przedmiocie uzgodnienia realizacji niniejszej inwestycji drogowej to oznacza, że treść postanowienia uzgadniającego budziła wątpliwości. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 12 czerwca 2017r. sygn. akt: II SA/Wa 553/17: „Instytucja „wyjaśnienia treści decyzji” ma służyć jednoznacznemu określeniu woli organu wyrażanej w decyzji. Jeśli wola ta w sposób jednoznaczny z powyższej decyzji wynika, wyjaśnienie jej treści jest zbędne. Innymi słowy, obowiązek udzielenia wyjaśnień powstaje wówczas, jeśli wątpliwości obiektywnie istnieją.” Por też wyrok NSA z 7 czerwca 2018r. II OSK 3090/17 w którym stwierdzono, że „Przedmiotem wyjaśnienia mogą być w szczególności niejednoznaczne lub niejasne sformułowania zawarte w rozstrzygnięciu (osnowie) decyzji, które utrudniają jednoznaczne ustalenie sensu rozstrzygnięcia.” Innymi słowy, słusznym jest twierdzenie, że zarówno Zamawiający jak i Wykonawca (oraz pozostali uczestnicy postępowania przetargowego) zasadnie uważali, że z treści postanowienia RDOŚ w Katowicach nie wynika bezwzględny zakaz przeprowadzenia wycinki drzew i krzewów do połowy października 2017r., albowiem możliwe i realne jest odstępstwo w tym zakresie. Przyjmując pogląd odmienny nie ulega wątpliwości, że RDOŚ w Katowicach odmówiłby wyjaśnienia treści swojego postanowienia uzgadniającego w przypadku, gdyby uważał, że jego treść jest jednoznaczna w przedmiotowej materii.

W kontekście powyższego, w tym miejscu odnieść się należy do obowiązujących poglądów doktryny i orzecznictwa związanych z odpowiedzialnością dłużnika za wykonanie zobowiązania oraz skutków jego niewykonania lub nienależytego wykonania.

Przyjdzie podkreślić, że do zawartej z Wykonawcą umowy o roboty budowlane zastosowanie w głównej mierze mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu Cywilnego.

Zgodnie z treścią art. 484 kc:

§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

§ 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

W przypadku kar umownych za zwłokę zasadność ich dochodzenia rozpatrywana jest w szczególności w kontekście ogólnej przesłanki kontraktowej odpowiedzialności dłużnika za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kc) (por. Wyrok SA w Białymstoku I ACa 450/17 z 17.11.2017r. zgodnie z którym : „Zakres odpowiedzialności dłużnika z tytułu kar umownych wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 kc”, podobnie wyrok SA w Katowicach I AGa 80/18 z 28.02.2018r. „zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., gdyż od przewidzianego tym przepisem odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody. Dłużnik jest zatem zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Zgodnie natomiast 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.”

Norma art.471 kc kształtująca odpowiedzialność dłużnika, opiera się na zasadzie winy, która statuuje domniemanie przedmiotowej winy, jednakże jest to domniemanie wzruszalne, mogące zostać przez dłużnika obalone. Zgodnie z komentarzem do art. 471 KC (red. Osajda 2019, wyd. 21/W. Borysiak ,system legalis), „w przypadku odpowiedzialności dłużnika opartej na zasadzie winy istnieją dwa sposoby na zwolnienie się przez niego z odpowiedzialności. Pierwszym sposobem będzie wykazanie okoliczności, która była przyczyną wykonania lub niewykonania zobowiązania, za którą on nie odpowiada. (...) Drugim sposobem będzie wskazanie, że dłużnik dochował przy wykonywaniu zobowiązania należytej staranności. Przeprowadzenie tego ostatniego dowodu przez dłużnika zwolni go z odpowiedzialności niezależnie od tego, jaka była rzeczywista przyczyna niewykonania zobowiązania (zob. T.Pajor, Odpowiedzialność dłużnika, s.275-278 i cyt. tam literaturę oraz T. Wiśniewski, w: Gudowski, Komentarz, 2013, Ks. III cz.1, art.471, Nb8).” Podobnie red. Załucki 2019, wyd. 1/Szancitło w komentarzu do art.471 kc (system legalis) : „Zasadne jest połączenie obydwu tych stanowisk, albowiem ekskulpacja nastąpi zarówno wówczas, gdy dłużnik wykaże, że określona przyczyna naruszenia obowiązku wynikła z okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, jak i wtedy, gdy wykaże dochowanie należytej staranności przy wykonywaniu zobowiązania niezależnie od tego, jaka była faktyczna przyczyna naruszenia zobowiązania (zob. wyrok SA w Warszawie z 20.05.2016r. VI ACa

1155/14, *Legalis*; też T. Wiśniewski, w: J. Gudowski, *Komentarz KC*, t.3, 2018, art. 471, pkt 8, wyr. SN z 9.01.2002r., V CKN 630/00, *Legalis*, i z 7.7.2005r. V CK 869/04, *Legalis*).

W świetle powyższego, w razie przyjęcia obiektywnej niemożności zrealizowania prac budowlanych w ramach *przedmiotowego przedsięwzięcia* z uwagi na przyjęcie, że zakaz prowadzenia prac polegających na wycince drzew w okresie od 1 marca do 15 października, ma charakter bezwzględny, to nie można twierdzić, że przedmiotowa niemożność wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pogląd taki należy zdecydowanie odrzucić mając na uwadze zasadę doświadczenia życiowego.

Wskazać w tej mierze warto również na pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 17 czerwca 2016r. IV CSK 674/15, zgodnie z którym: „Zgodnie z art. 140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną, powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli. Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w oznaczonym terminie mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym (...). Na ogół również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, zatem nie były znane, nie są objęte ryzykiem wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że także w toku wykonywania umowy zawartej w oparciu przepisy Prawa zamówień publicznych na zamawiającym, jako wierzycielu, spoczywa obowiązek współdziałania w wykonaniu zobowiązania (art. 354 § 2 KPC). Dłużnik może się zwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na opóźnieniu albo zwłoce w spełnieniu świadczenia, może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie świadczenia. Z tych względów nie jest wykluczone odwołanie do takiej przyczyny istniejącej okresowo oraz powstałej lub trwającej nadal po upływie terminu spełnienia świadczenia, w tym sumowanie przy wyliczaniu kary umownej różnych okresów nie pozostających w bezpośredniej ciągłości czasowej, wyliczonych odpowiednio do kolejnych okresów opóźnienia.”

Wreszcie wskazać należy, że całkowicie nietrafne jest stwierdzenie, że na podstawie pisma z dnia 15 grudnia 2017r. uznać można, że na jego podstawie „zrezygnowano z naliczania kar umownych z tytułu niewykonania robót w terminach pierwotnych wskazanych w §5 umowy”. Takie stwierdzenie nie znajduje bowiem żadnego oparcia w pozyskanym w ramach kontroli materiale. O rezygnacji z „czegoś” można mówić gdy zasadnie można się tego domagać, bądź gdy określony przedmiot istnieje. Stwierdzenie o braku podstaw do naliczania kar umownych nie stanowi o odstąpieniu od możliwości domagania się nich (bo wtedy należałoby tą okoliczność traktować jako rezygnację z dochodzonego roszczenia, bądź – w najdalszym możliwym aspekcie – jako zwolnienie z długu, co w żaden sposób nie miało miejsca). W ramach danych znanych okoliczności można bowiem ocenić czy dane roszczenie znajduje uzasadnienie czy też nie, a oczywiście w razie zmiany stanowiska, można go dochodzić. Odmienny pogląd doprowadziłby bowiem do sytuacji paradoksalnej polegającej na tym, że bez znaczenia dla wiedzy odnoszącej się do okoliczności danej sprawy, obowiązkiem byłoby dochodzenie roszczenia nawet w sytuacji, gdy dochodzący dokonuje oceny, że brak jest ku temu podstaw. Jedynym,

i wyłącznie jedynym rozumieniem treści pisma z 15 grudnia 2017r. jest jego dosłowna interpretacja w tym zakresie, a mianowicie o stwierdzeniu braku podstaw do naliczenia kar umownych, a nie do rezygnacji „z ich dochodzenia”.

W świetle dotychczasowego stanowiska zawartego w niniejszych zastrzeżeniach i wskazanych w nich okoliczności, podkreślić zatem należy, że w ocenie składającego zastrzeżenia, nie wystąpiły przesłanki uzasadniające naliczenie i dochodzenie kar umownych za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy.

B. Kwestia „przedłużenia” terminu realizacji umowy o okres związany z zakazem wycinki drzew.

W przedmiotowej kwestii wskazać należy, co następuje:

Przed wszystkim zwrot „przyjąć do wiadomości” oznacza literalnie, że odbiorca oświadczenia został o tym poinformowany i jest tego świadomy. W razie braku jakiejkolwiek dodatkowej wiedzy w zakresie okoliczności składania takiego oświadczenia, rozszerzająca wykładnia takiego zwrotu jest niedopuszczalna.

Nie pozwalają na to w szczególności następujące wnioski wynikające z wystąpienia pokontrolnego:

1) Rezygnacja z kar umownych.

Wniosek ten jest nietrafny. Jak już wyżej wskazano, z kar umownych nie „zrezygnowano” lecz uznano brak podstaw do ich naliczenia w oparciu o art. 484 w zw. z art.471kc w zw. z §15 umowy z 25 kwietnia 2017r.

2) Uwzględnienie w zaktualizowanych terminach dla obiektu WGP – 02 oraz dla etapów I-IV wydłużenia ich realizacji, co skutkowało ustaleniem późniejszego zakończenia realizacji umowy/dokonanie zatwierdzenia harmonogramu robót przedstawionego przez wykonawcę, w którym uwzględniono wydłużenie terminów ich wykonania w oparciu o pismo z 15 grudnia 2017r.

Wniosek ten również jest nietrafny – wskazać bowiem należy, że gdy wykonawca opóźnia się z realizacją określonego etapu przedmiotu umowy, oczywistym jest, że może zadeklarować, że termin realizacji całego przedmiotu umowy bądź innej jego części zostanie wykonany w późniejszym terminie. W związku z tym, przyjęcie do wiadomości wskazania tychże późniejszych terminów przez wykonawcę nie może w żaden sposób stanowić o tym, że Zamawiający wyraził zgodę na powyższe i tym samym „w konkludentny” sposób przedłużono termin realizacji umowy. Oczywistym i nie budzącym wątpliwości jest to, że na gruncie stosunków cywilnoprawnych gdy dłużnik będący „po terminie” realizacji umowy wskazuje wierzycielowi nowy termin jej wykonania, to oczekuje również w tym zakresie stosownej reakcji wierzyciela. Wierzyciel natomiast potwierdzając przyjęcie do wiadomości tego oświadczenia nie przedłuża w tym zakresie terminu realizacji umowy a jedynie uzyskuje wiedzę o momencie, w którym ta umowa będzie zrealizowana. Jeżeli w ślad za taką umową – w przypadku gdy jest ona realizowana etapami – dłużnik przedstawia harmonogram dalszych prac, to jego akceptacja w jakikolwiek sposób nie

skutkuje umownym „przedłużeniem” jej obowiązywania w tym sensie, że strony nie zmieniają poszczególnych terminów wykonania zobowiązania przewidzianych w umowie.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 139§2 Pzp w związku z art. 77§1 kc na gruncie niniejszej sprawy zmiana umowy wymaga pisemnego aneksu pod rygorem nieważności. Umowę o wykonanie robót budowlanych, będącej przedmiotem wystąpienia, podpisały zgodnie z udzielonym upoważnieniem: Zastępca Prezydenta Miasta oraz Naczelnik Wydziału Dróg Urzędu Miasta – łączna reprezentacja oznacza w tym przypadku, że w razie braku modyfikacji tejże reprezentacji jedna z ww. osób nie może w sposób wiążący aneksować nawet w sposób „konkludentny” treści zawartej umowy. Na powyższe wskazuje również to, że wszelkie zmiany terminu realizacji umowy przybierały formę pisemnego aneksu podpisanego przez upoważnione osoby.

C. Kwestia obowiązku informacyjnego IZ RPO WSL.

Zgodnie z treścią §14 ust.1 zawartej przez Miasto umowy z IZ RPO WSL, Miasto zobowiązane jest do systematycznego monitorowania przebiegu realizacji zadania, co czyni poprzez udział w cotygodniowych naradach koordynacyjnych z udziałem Wykonawcy i Koordynatora Czynności Nadzoru inwestorskiego a także wykonywane miesięczne raporty z postępu realizacji projektu. Jednocześnie Miasto Rybnik zobowiązane jest do niezwłocznego informowania IZ RPO WSL o ewentualnych problemach lub zamiarze zaprzestania realizacji projektu. Z uwagi na fakt, iż w dotychczasowym okresie realizacji projektu nie doszło do sytuacji mającej znamiona czy też symptomy zaprzestania jego realizacji a problemy zidentyfikowane w okresie rzeczowej realizacji zadania mające wpływ na postęp prac były przekazywane IZ RPO WSL wraz z propozycją ich rozwiązania (np. pismo z dnia 14 września 2017r. roku dotyczące konieczności zmiany technologii budowy obiektów WGP-8, MGP-10 wraz z wyrażoną przez IZ RPO WSL zgodą). Zdaniem Miasta, o tych kwestiach, które miały charakter istotny i w rzeczywistości zdaniem Miasta wymagały powiadomienia oraz akceptacji IZ RPO WSL, Miasto dokonało stosownego powiadomienia. Podkreślić należy że postanowienia §14 ust.1, jak wynika z ich treści, nie mają charakteru „bezwzględного” w tym sensie, że obowiązek, o którym mowa w §14 dotyczy informowania o ewentualnych problemach w realizacji projektu.

Mając zatem na uwadze argumentację przywołaną w niniejszym piśmie wnoszę i wywodzę jak na wstępie.


ZASTĘPCA PREZYDENTA

Janusz Koper


PREZYDENT MIASTA

Piotr Kuczeła