



REFERAT INWESTYCJI w Wydziale Architektury i Budownictwa Starostwa Powiatowego w Jarosławiu

37-500 Jarosław, ul. Jana Pawła II 17
tel. /0-16/ 624 62 00, fax. /0-16/ 624 62 49

<http://www.starostwo.jaroslaw.pl>
e-mail: sekretariat@powiat.jaroslaw.pl

AB-I.7013.1.20.2024

Jarosław, 04.06.2024 r.

**Szanowna Pani
Grażyna Strzelec
Przewodnicząca
Rady Powiatu Jarosławskiego**

W związku z pismem nr RD/431/24/2024 z dnia 15 maja 2024r. Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych odnoszącym się do informacji przekazanych przez Pana Waldemara Zająca z dnia 22 kwietnia 2024 r. oraz z dwóch informacji z dnia 6 maja 2024 r., przedstawiam wyjaśnienia dotyczące poruszonych kwestii w zakresie zadań realizowanych przez Referat Inwestycji dotyczących prac zagospodarowania poscaleniowego w m. Pruchnik przez wykonawcę I etapu robót tj. Rafała Dzido prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: BAUMA Rafał Dzido, ul. 11 Listopada 45, 23-400 Biłgoraj.

Odnosząc się do terminu realizacji inwestycji i braku naliczenia kar umownych dla wykonawcy wyjaśniam, że przedmiotowa kwestia była już szczegółowo wyjaśniana przez Referat Inwestycji w związku z uprzednimi, powtarzającymi się zarzutami wnoszonymi przez Pana Waldemara Zająca. W przedmiotowych wyjaśnieniach, opartych przede wszystkim na podstawie dokonanej analizy, nadmieniono o realizacji inwestycji w okresie obowiązywania w stanu zagrożenia epidemicznego związanego z COVID-19 oraz terminach obowiązywania ograniczeń, jednakże podstawowe i zasadnicze wyjaśnienia koncentrowały się na przedstawieniu terminowości realizacji inwestycji i wyjaśnieniu przyczyn opóźnień w ich realizacji w oparciu o szczegółową analizę, dokonaną na etapie rozliczenia. W celu przedstawienia i potwierdzenia uprzednio złożonych wyjaśnień, przytaczam poniżej przedstawione całościowe wyjaśnienia dotyczące realizacji zamówienia pod nazwą „Wykonanie prac zagospodarowania poscaleniowego w zakresie objętym Projektem dotyczącym scalenia gruntów położonych w obszarze miasta Pruchnik realizowanym w ramach PROW na lata 2014-2020 – ETAP I” na podstawie umowy nr ZP.272.12.2022 z dnia 28 kwietnia 2022 r. zawartej przez Powiat Jarosławski z w/w Wykonawcą.

Wyjaśniam, iż Wykonawca wykonał przedmiot umowy po terminie wykonania określonym w umowie, jednakże w związku z przeprowadzonymi czynnościami odbioru końcowego oraz rozliczeniem przedmiotu zamówienia dokonano szczegółowej analizy całości dokumentów, w tym zapisów w dzienniku budowy, całości akt sprawy, postanowień umowy oraz wyjaśnień Wykonawcy pod kątem terminowości realizacji przedmiotu umowy, w wyniku której stwierdzono, że Wykonawca nie ze swojej winy nie dotrzymał terminu umowy, a zatem nastąpiło opóźnienie zwykle w realizacji umowy, a nie zwłoka czyli opóźnienie kwalifikowane, za które wykonawca ponosi odpowiedzialności. Wykonawca skutecznie wykazał, że nie ponosi odpowiedzialności w wykonaniu umowy po terminie, bowiem przeszkoda w terminowej realizacji zamówienia

wynikła z przyczyn przez niego niezawinionych, szczegółowo przedstawionych w wyjaśnieniach zawartych w pismach z dnia 29.08.2023 r. i 22.09.2023 r., potwierdzeniem czego jest sporządzona analiza, zaaprobowana przez radcę prawnego.

Niewykonanie zobowiązania w terminie, uprawnia Zamawiającego do skorzystania z przysługujących mu praw, przewidzianych w umowie. W tym miejscu wyjaśniam, że na podstawie art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W przedmiotowej sprawie zastosowanie znajduje pkt 1 i 2 przywołanego przepisu, który zapewnia, aby w toku realizacji zamówienia wyłączone zostało ryzyko wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

W §27 ust. 2 pkt 1 umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne w określonych przypadkach z tytułu **zwłoki** w wykonaniu przedmiotu umowy. Z przepisu art. 476 Kodeksu cywilnego wynika domniemanie, że dłużnik nie wykonujący swojego zobowiązania w terminie popada w zwłokę, chyba, że udowodni, iż niewykonanie zobowiązania w terminie nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. Ponadto w §27 ust. 11 umowy zastrzeżono, iż „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za uchybienia uzgodnionym terminom wykonania przez Wykonawcę zobowiązań przyjętych niniejszą umową powstałe z winy Zamawiającego. W przypadku wystąpienia przestojów z winy Zamawiającego, uzgodnione terminy wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań przedłużone zostaną o czas trwania przestojów”.

Przedstawiając szczegółowo kwestię wykonania umowy wyjaśniam, że zakończenie robót zostało potwierdzone przez uprawnionego kierownika budowy oraz inspektora nadzoru, a następnie potwierdzone protokołem odbioru końcowego przez powołaną przez Zamawiającego Komisję Odbioru, zgodnie z trybem określonym w umowie. Na etapie prowadzonych czynności w zakresie odbioru i rozliczenia przedmiotu zamówienia, pismem z dnia 23.08.2023r. (data wpływu 29.08.2023r.) Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące przyczyn przekroczenia realizacji terminu określonego w umowie, kolejne wyjaśnienia zostały przedłożone w piśmie z dnia 22.09.2023r. W powyższych wyjaśnieniach Wykonawca argumentował przekroczenie terminu wykonania umowy powołując się na szereg uwarunkowań, z których część została uznana przez Zamawiającego jako nieuzasadnione np. awaria maszyn budowlanych, czy też konieczność wykonania robót dodatkowych, które nie zostały potwierdzone protokołami konieczności, jak również czas oczekiwania na materiały budowlane. Jednakże większość przytoczonych argumentów w ocenie Zamawiającego, w świetle przytoczonych przepisów prawa oraz postanowień zawartej umowy jest uzasadniona i została potwierdzona na podstawie analizy całości akt sprawy i znajduje zastosowanie w indywidualnych okolicznościach przedmiotowej sprawy. W szczególności uwarunkowania te stanowiły okoliczności niezależne od Wykonawcy, które stanowiły utrzymujące się warunki atmosferyczne uniemożliwiające realizację prac oraz konieczność zmiany projektu, na podstawie którego były prowadzone roboty i czas niezbędny do realizacji robót na podstawie zmiany projektu, a także okoliczności, które przyczyniły się uchybienia uzgodnionym terminom wykonania przez Wykonawcę zobowiązań przyjętych niniejszą umową powstałe z winy Zamawiającego tj. okres braku zapewnienia przez Zamawiającego Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone i ich wystąpienie przyczyniło się do niewykonania zobowiązania w terminie umownym i były następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Na tej podstawie, w ocenie Zamawiającego Wykonawca skutecznie wykazał, że po jego stronie nie było winy w niewykonaniu w terminie umowy. Szczegółowa analiza pod kątem liczby dni i przytoczonych wyjaśnień i uznania

przedstawionych argumentów, jak również negatywna ocena okoliczności nieuzasadnionych, została przedstawiona w szczegółowej „Analizie dokumentacji w kontekście zwłoki w realizacji zamówienia” stanowiącej załącznik do pisma.

Precyzując poszczególne okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, to w pierwszej kolejności uwzględniając właściwość zobowiązania i cel umowy, jakim było wykonanie prac zagospodarowania poscaleniowego obejmującego roboty ziemne, roboty melioracyjne i roboty drogowe na terenie m. Pruchnik, stanowiący rozległy obszar oraz jego uwarunkowania, w części obszar górzysty i pagórkowaty o wzniesieniach i stromych stokach, to nie można odmówić racji Wykonawcy, że prace takie nie mogły być z przyczyn technologicznych i zgodnie ze sztuką budowlaną realizowane w warunkach opadów i po ich ustaniu, ponieważ w sytuacji wystąpienia w terenie gleby nadmiernie przesiąkniętej wodą, ich prowadzenie i kontynuowanie nie mogło bowiem doprowadzić do realizacji celu umowy, jakim było wykonanie prac zagospodarowania poscaleniowego, wymagających użycia w większości ciężkich maszyn budowlanych, uwzględniając warunki terenowe, jak również położenie części terenu w strefie osuwiskowej i zagrożenia ruchami mas ziemnych.

Wykonawca powoływał się na występowania warunków atmosferycznych uniemożliwiających realizację przedmiotu zamówienia, które występowały również po upływie terminu realizacji umowy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. IICSK 331/12 co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania. Nie jest wykluczone odwoływanie się do takiej przyczyny, jeżeli powstała ona lub trwa nadal po upływie terminu spełnienia świadczenia. Za powyższym stanowiskiem przemawia również wzgląd na potrzebę racjonalnego wyważania interesów uczestników obrotu prawnego.

Przyczyną opóźnienia była również potrzeba zmiany projektu w zakresie zabezpieczeń przepustu z uwagi na uwarunkowania terenowe. Okoliczności te pojawiły się niespodziewanie i spowodowały niezawinione opóźnienie, ponieważ zmiany te zgodnie z umową wymagały akceptacji projektanta opracowującego projekt budowlany, w związku z powyższym czas oczekiwania na uzgodnienia projektowe nie stanowi okoliczności zawinionej przez Wykonawcę i czas przestoju tym spowodowany został uwzględniony przez Zamawiającego, jednakże okres wykonania tych robót, przypadł na miesiące zimowe i wiosenne, dla których koniecznym jest występowanie przez kilka dni sprzyjających warunków atmosferycznych, w szczególności w postaci braku opadów i zewnętrznej temperatury powietrza, utrzymującej się przez kilka dni na poziomie umożliwiającym wykonanie robót ziemnych.

Na opóźnienie w Wykonaniu zamówienia wpłynął również przedstawiony przez Wykonawcę brak dostępności materiałów budowlanych w postaci rur przepustowych, których czas oczekiwania został udokumentowany i wynosił 172 dni. Jednakże czas oczekiwania na zamówione materiały nie uwzględniono jako niezawiniony, gdyż w tym okresie wykonawca mógł wykonywać szereg innych prac, które były prowadzone. Zamawiający uwzględnił jednak czas niezbędny do montażu tych rur, który wynosił 1,5 miesiąca i w konsekwencji doprowadził do wstrzymania pracy na tym fragmencie inwestycji i przeniesienia ich na wiosnę. Na skutek przesunięcia terminów, w warunkach atmosferycznych typowych dla zimowej i wczesnowiosennej pory roku, ukończenie prac w tym zakresie było uniemożliwione, co bezspornie potwierdzając zapisy w dzienniku budowy. Nie stałoby się tak, gdyby na opóźnienie nie wpłynął brak dostępności materiałów i wówczas termin układania tych rur przypadłby jeszcze na okres, gdy temperatury były wyższe i bez nadmiernych opadów atmosferycznych, a czas wykonania tych robót był w istocie możliwy. Była to więc okoliczność niezawiniona przez Wykonawcę. W tym miejscu należy wskazać, że umowa z Wykonawcą została zwarta w okresie obowiązywania art. 15r¹ ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Wskazany przepis chronił wykonawców zamówień publicznych, zakazując zamawiającym potrącania kar umownych zastrzeżonych w umowie na wypadek jej niewykonania lub nienależytego wykonania z wynagrodzenia wykonawcy czy z innych jego wierzytelności, a także zakazywał korzystania

z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zakaz ten obowiązywał od 1 stycznia 2021 r. do 24 sierpnia 2022 r., a następnie na podstawie wprowadzonego przepisu przejściowego, zakaz ten został wydłużony do 1 kwietnia 2023r.

Ponadto analizując okoliczność braku odpowiedzialności przez Wykonawcę uchybienia uzgodnionym terminom wykonania zobowiązań powstałe z winy Zamawiającego, Wykonawca argumentował dwukrotny okres braku zapewnienia przez Zamawiającego Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (łącznie 3 miesiące), do którego na podstawie §6 pkt 3 umowy był zobowiązany Zamawiający w zakresie całości przedmiotu umowy oraz przez cały okres jego realizacji.

W konsekwencji powyższych okoliczności Zamawiający uznał, że opóźnienie w realizacji prac nie było zawinione, a tym samym naliczanie kar umownych i dokonanie ich potrącenia było niezasadne.

Podsumowując, dla powstania obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary, a także niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, przy czym niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi jednocześnie stanowić okoliczność, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność. Nie można żądać zapłaty kary umownej, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest efektem zdarzeń, za które Wykonawca nie ponosi winy. Ciężar wykazania braku winy spoczywa na Wykonawcy. W wyniku szczegółowej analizy wyjaśnień Wykonawcy dokonanych w pismach z dnia 29.08.2023 r. i 22.09.2023 r. oraz stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, w ocenie Zamawiającego Wykonawca wykazał, że po jego stronie nie było winy w niewykonaniu w terminie zobowiązania umownego. Istota analizy sprowadzała się do wyjaśnienia, czy Wykonawca popadł w opóźnienie z uwagi na okoliczności przez siebie zawinione, a zatem czy Zamawiający mógł dokonać potrącenia kar umownych. Na podstawie powyższej analizy dokonanej w oparciu o postanowienia umowy oraz obowiązujące przepisy prawa stwierdzono, że Wykonawca nie ze swojej winy nie dotrzymał terminu umowy, a zatem nastąpiło opóźnienie zwykłe w realizacji umowy, a nie zwłoka czyli opóźnienie kwalifikowane, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Ocena dowodów została dokonana w sposób wszechstronny z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danej sprawy, uwzględniając w sposób logiczny konieczność wykonywania robót dla tego rodzaju robót jakim są zagospodarowania poscaleniowe pod względem technologicznym i możliwe do zrealizowania w odpowiednich warunkach atmosferycznych. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że nie zaistniały podstawy do naliczania kary umownej. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w wykonaniu umowy po terminie, bowiem przeszkody w terminowej realizacji zamówienia wynikały z przyczyn przez niego niezawinionych, w związku z powyższym z powodu wskazanych i udowodnionych okoliczności Zamawiający nie miał podstaw do naliczenia kar umownych.

Odnosząc się do zarzutu wykonania rekultywacji, które nie były ujęte w decyzji scaleniowej, wyjaśniam, że nie znajdują one potwierdzenia, ponieważ na podstawie zawartej umowy nie zostały wykonane roboty rekultywacyjne, które nie były ujęte w w/w decyzji scaleniowej. W piśmie powołano się na wykonanie robót na przełomie lipca/sierpnia 2023r., natomiast zgodnie z posiadanymi dokumentami, w szczególności na podstawie analizy zapisów dziennika budowy prowadzonym dla przedmiotowego zadania, w tym okresie nie były wykonywane roboty budowlane.

W związku ze sformułowaniem przez Pana Waldemara Zajęcą zarzutu wykonania rekultywacji, które nie były objęte decyzją scaleniową wydaną dla m. Pruchnik, określonych przez niego jako „samowolne wykonania rekultywacji” oraz „Nieprawidłowości przy zagospodarowaniach poscaleniowych” wyjaśnić należy przede wszystkim, że to Pan Waldemar Zajęć do dnia 29 maja 2023r., po którym terminie przebywał na zwolnieniu lekarskim, pełnił funkcję Kierownika Referatu Inwestycji, jak również pełnił czynną funkcję Inspektora nadzoru inwestorskiego w imieniu Powiatu Jarosławskiego (ostatni wpis w dzienniku budowy został dokonany w dniu 13.05.2023r.), a także był jednym z koordynatorów robót dotyczących prac zagospodarowania poscaleniowego w m. Pruchnik na postawie umowy zlecenia, a zatem to do jego

obowiązków należała nadzorowanie i kontrolowanie robót oraz egzekwowanie ewentualnych nieprawidłowości. Ponadto analizując całość zarzutów wnoszonych przez Pana Waldemara Zająca w kolejnych pismach, należy stwierdzić przede wszystkim, że nie znajdują one potwierdzenia, ponadto podkreślić należy, że są formułowane w powtarzalny sposób, ponieważ Pan Zając zarzuca nieustannie nieprawidłowości w działaniach innych osób, również na podstawie opinii innych osób, opartych również na informacjach uzyskanych od innych osób lub w spotkaniach, w których nie brał udziału (np. sformułowanie: „*bez udziału Kierownika Referatu*”), jednocześnie pomijając swój udział w pełnieniu w/w funkcji i realizacji wynikających z nich obowiązków, a także odpowiedzialności za pełnione przez siebie funkcje, co podważa ich wiarygodność i budzi wątpliwość co do faktycznej celowości składanych przez niego zarzutów i zażaleń.

STAROSTA
Kamil Dziukiewicz
Kamil Dziukiewicz

Otrzymują:

1. Adresat
2. A/a

