

DRUK NA 164 R

**UCHWAŁA NR.....**

**Rady Miasta Chełm**

z dnia .....

**w sprawie uznania za celowe i upoważnienia Prezydenta Miasta Chełm do zawarcia w imieniu Miasta Chełm ugody przed sądem w sprawie realizacji inwestycji pn. "Przebudowa drogi krajowej nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm" w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020, Oś priorytetowa IV Infrastruktura drogowa dla miast, Działanie 4.1. Zwiększenie dostępności transportowej ośrodków miejskich leżących w sieci drogowej TEN-T i odciążenie miast od nadmiernego ruchu drogowego.**

Na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 506 z późn. zm.) uchwała się, co następuje:

**§ 1 .** Uznaje się za celowe i upoważnia się Prezydenta Miasta Chełm do zawarcia w imieniu Miasta Chełm ugody przez sądem w sprawie realizacji inwestycji pn. "Przebudowa drogi krajowej nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm", w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020, Oś priorytetowa IV Infrastruktura drogowa dla miast, Działanie 4.1. Zwiększenie dostępności transportowej ośrodków miejskich leżących w sieci drogowej TEN-T o odciążenie miast od nadmiernego ruchu drogowego.

**§ 2 .** Wykonanie uchwały powierza się Prezydentowi Miasta Chełm.

**§ 3 .** Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Dyrektor Departamentu

Ewa Budziszewska

RADCA PRAWNY

Dot. J. K. Kowalski

## Uzasadnienie

do projektu uchwały w sprawie uznania za celowe i wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed sądem w sprawie realizacji inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm”, współfinansowanej z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020.

Umowa pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą na realizację przedmiotowej inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” została zawarta 14 czerwca 2017 r. z terminem realizacji ustalonym na 14 sierpnia 2020 r.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2018 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego o nieuzyskaniu zgody na odstępstwo od klasy drogi GP na G. Poprosił też o zatwierdzenie sposobu postępowania w zakresie wezwania dotyczącego uzupełnienia wniosku o odstępstwo w pozostałym zakresie.

Dnia 5 października 2018 r. strony podpisały Aneks nr 1 do Umowy. Aneks przewidywał zmianę terminu ukończenia zamówienia, podjęcie negocjacji celem zawarcia Aneksu do Umowy w sprawie zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy z tytułu wykonania niezbędnych do uzyskania decyzji ZRID opracowań projektowych.

13 grudnia 2018 r. wykonawca złożył Zamawiającemu powiadomienie o roszczeniu, zawierające wycenę wykonania prac projektowych na kwotę 694.553,94 zł brutto.

Wobec faktu, iż kwestia poprawności wniosku o odstępstwa od warunków technicznych na gruncie obowiązujących przepisów jest sporna, 22 lutego 2019 r. strony podpisały Aneks nr 2 do Umowy, który anulował zapisy Aneksu nr 1, zmieniał termin końcowy realizacji z dnia 14 sierpnia 2020 r. na 31 października 2020 r. oraz termin zaprojektowania inwestycji i uzyskania decyzji ZRID z 14 października 2018 r. na 31 maja 2019 r.

W dniu 1 marca 2019 r. zawarto Porozumienie nr 1 do umowy, które zawierało ogólny opis roszczeń wzajemnych stron, wynikających ze zmiany decyzji środowiskowej i braku odstępstwa oraz niewykonania przez Wykonawcę wszystkich robót przewidzianych w zamówieniu podstawowym. Porozumienie przewidywało udzielenie przez Zamawiającego zamówienia uzupełniającego, a także określało przewidywane procedury udzielenia tego zamówienia.

13 marca 2019 r. Wykonawca wezwał Zamawiającego do zapłaty kwoty 12.127.471,52 zł tytułem nieprzewidywalnego wzrostu kosztów realizacji inwestycji.

Pismem z dnia 18 marca 2019 r. Wykonawca przedłożył Zamawiającemu kolejne powiadomienie o roszczeniu dotyczącym zwiększenia kosztów, jakie mogłyby być poniesione przez Wykonawcę z tytułu wykonania zmienionego zakresu robót budowlanych w kwocie: 17.256.387,37 zł brutto.



Dnia 22 maja 2019 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Budimex S. A. z dnia 21 maja 2019 r. zawierające żądanie udzielenia Wykonawcy gwarancji zapłaty za roboty objęte zamówieniem na kwotę 116.649.169,38 złotych.

Pismem z dnia 24 czerwca 2019 r. Zamawiający odrzucił co do zasady roszczenia Wykonawcy o zwiększenie wynagrodzenia za dodatkowy projekt o kwotę 694.553,94 złotych brutto oraz o zwiększenie wynagrodzenia za roboty o kwotę 17.256.387,37 złotych brutto (zgłoszone pismem z dnia 18 marca 2019 r.). Zamawiający wskazał na charakter zapisów PFU oraz treść udzielonych odpowiedzi na pytania Wykonawcy na etapie przetargu, a także brak inicjatywy Wykonawcy w postępowaniu przed KIO. Zamawiający powiadomił również Wykonawcę o przysługujących mu roszczeniach pieniężnych wynikających ze zmiany decyzji RDOŚ z dnia 03 czerwca 2016 r. (w wysokości 1.507.690,42 złotych brutto), odstąpienia od wykonania ronda na skrzyżowaniu z ul. Chemiczną (w wysokości 2.494.914,69 złotych brutto) oraz niezgodnionej z Zamawiającym zmiany technologii stabilizacji gruntu (w wysokości 16.380.077,53 złotych brutto). Zamawiający zaznaczył, że kierowany interesem społecznym nie wyklucza dążenia do polubownego załatwienia sporu.

Dnia 2 lipca 2019 r. Zamawiający przedłożył Wykonawcy gwarancję bankową zapłaty 116.649.169,38 złotych, wystawioną przez PKO BP SA., której koszt wystawienia wyniósł 2.601.276,48 zł.

Teren budowy został przekazany wykonawcy w dniu 8 lipca 2019 r.

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. Wykonawca złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy jednocześnie wzywając Zamawiającego do zapłaty kwoty 11.849.416,93 zł. tytułem kary umownej. Zamawiający uznał odstąpienie Wykonawcy za bezskuteczne i podał szczegółowe uzasadnienie swojego stanowiska w piśmie z dnia 15 lipca 2019 r.

16 lipca 2019 r. Zamawiający wystąpił do Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z wnioskiem o uruchomienie procedury mediacji pomiędzy Stronami, w celu doprowadzenia do ugodowego, satysfakcjonującego obie strony rozwiązania, a Wykonawca na powyższe wyraził zgodę.

Zamawiający, analizując możliwości polubownego zakończenia sporu oraz biorąc pod uwagę, iż skutki ugody będą dla Zamawiającego korzystniejsze niż przewidywany czas trwania ewentualnego postępowania sądowego, konieczność poniesienia kosztów sądowych, jak również mając na względzie aspekt społeczny realizacji zawartej Umowy, uznał, iż zawarcie niniejszego porozumienia jest zasadne i celowe, jednakże uzależnia jego ważność od zawarcia przez Strony ugody przed mediatorem wyznaczonym przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, a następnie jej zatwierdzenie przez sąd powszechny.



Ewentualne porozumienie pomiędzy stronami ma przewidywać, że Zamawiający zobowiązuje się udzielić Wykonawcy zamówienia uzupełniającego za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 6.000.000,00 złotych brutto, tytułem wykonania przebudowy odcinka ulicy tzw. „Starej” Okszowskiej o długości 470 mb wraz z przebudową gazociągu, wodociągu, sieci telekomunikacyjnych i kanalizacją deszczową oraz rozbudowy kanału technologicznego na odcinku 870 mb wraz ze studniami dla potrzeb miejskiego monitoringu.

Strony przyjęły, iż konieczność wykonania prac uzupełniających przez Wykonawcę nie była możliwa do przewidzenia w chwili ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne na zrealizowanie inwestycji oraz w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę. Okoliczność ta ujawniła się w trakcie prowadzenia przez Wykonawcę, po zawarciu Umowy, prac projektowych w roku 2017 i 2018 (na etapie opracowania koncepcji i projektu budowlanego). Strony potwierdziły również, że realizacja zamówienia uzupełniającego jest niezbędna ze względu na ważny interes społeczny.

Wypracowano także projekt ugody, która zostanie zawarta przed Sądem powszechnym, a której warunkiem koniecznym postawionym przez Budimex S. A. będzie zawarcie przez Strony Aneksu do Umowy w sprawie wykonania robót uzupełniających oraz przedłużenie terminu realizacji Umowy do dnia 31 października 2021 r.

Ponadto, w treści ugody, Wykonawca oświadczy, że zrzeka się dochodzenia od Zamawiającego następujących roszczeń:

- 1) o zapłatę kary umownej w kwocie 11.849.416,93 zł naliczonej Zamawiającemu z tytułu odstąpienia od Umowy z winy Zamawiającego,
- 2) o zapłatę kwoty 4.254.583,91 zł brutto tytułem odkupienia materiałów budowlanych zgromadzonych przez Wykonawcę na terenie budowy, przeznaczonych do realizacji Inwestycji,
- 3) o zapłatę kwoty 694.553,94 zł brutto, zweryfikowanej przez Inżyniera Kontraktu i ustalonej na kwotę 290.950,35 złotych brutto tytułem wykonania prac projektowych wykraczających poza zakres zamówienia,
- 4) o zapłatę kwoty 12.276.544,45 zł brutto tytułem nieprzewidywalnego wzrostu kosztów realizacji inwestycji,
- 5) o zapłatę kwoty 17.256.387,37 złotych brutto z tytułu wykonania zmienionego zakresu robót budowlanych,
- 6) waloryzacji wynagrodzenia określonego w Umowie oraz Aneksach do Umowy.

Dodatkowo Wykonawca zwrócił Zamawiającemu notę księgową wystawioną z tytułu udzielenia gwarancji bankowej zapłaty na kwotę 145.811,46 zł brutto. W ze zwrotem ww. noty księgowej, Zamawiający do chwili obecnie nie wystawił kolejnej noty księgowej.



Roboty opisane w Umowie podstawowej oraz roboty uzupełniające Wykonawca zadeklarował zrealizować w terminie do dnia 31 października 2021 r.

Natomiast Zamawiający w treści ugody sądowej miałby oświadczyć, że zrzeka się dochodzenia wobec Wykonawcy następujących roszczeń:

- 1) o obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 1.507.690,42 zł brutto tytułem zmniejszenia projektowanej powierzchni ekranów akustycznych, wynikającej ze zmiany treści decyzji RDOŚ w Lublinie,
- 2) o obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 2.494.914,69 zł brutto tytułem projektowej zmiany typu skrzyżowania drogi krajowej nr 12 z ul. Chemiczną,
- 3) o obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 16.380.077,53 zł brutto tytułem zmiany zapisów w dokumentach złożonych w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, skutkujących zmianą technologii wykonywania stabilizacji gruntu rodzimego,
- 4) o zapłatę kary umownej w kwocie 164.000,00 zł z tytułu zwłoki w zaktualizowaniu (przedłużeniu) dokumentów Wykonawcy,
- 5) o zapłatę kary umownej w kwocie 239.850,00 zł z tytułu zwłoki w wykonaniu dokumentacji projektowej, będącej przedmiotem umowy.

W trakcie posiedzenia w Prokuraturii Generalnej w dniu 20 sierpnia 2019 r. Zamawiający otrzymał zalecenie sporządzenia kompleksowej opinii prawnej, zawierającej min.:

- 1) ocenę skutków ugody przez pryzmat przesłanek wymienionych w art. 54a ustawy o finansach publicznych,
  - 2) ocenę możliwości i skutków zawarcia ugody, w kontekście dotychczasowych roszczeń i stanowisk stron oraz ocena możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego przez pryzmat przepisów Prawa zamówień publicznych i ustawy o dyscyplinie finansów publicznych,
  - 3) ocenę zasadności i skutków odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę,
- co też Zamawiający wykonał.

Opracowana w październiku br. opinia jednoznacznie wskazuje, iż zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie do postępowania innych oferentów niż ci, którzy brali w nim udział, lub zmiany te modyfikują na tyle wymagania Zamawiającego, iż inni wykonawcy byłiby zdolni sprostać wymaganiom w zakresie przedmiotu zamówienia.

Zmianą istotną w tym przypadku jest wydłużenie terminu realizacji umowy o rok tj. do 31 października 2021 r., co jest jednym z warunków zawarcia ugody przez Wykonawcę i przystąpienia do wykonywania robót.

Okoliczność istnienia sporu pomiędzy stronami nie może uzasadniać wydłużenia realizacji zawartej umowy.

Z kolei jedną z konsekwencji naruszenia zasad zmiany umowy o zamówienie publiczne w przypadku, gdy jest ona wykonywana w oparciu o środki pochodzące z dofinansowania ze środków z budżetu Unii Europejskiej, może być zarządzenie ich zwrotu w oparciu o przepisy art. 184 ust. 1 i 207 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

Zamawiający dysponuje opinią Inżyniera Kontraktu z dnia 2 grudnia 2019 r., który uznaje możliwość uznania za prawidłowy okres 22 miesięcy, będących pierwotnym terminem na realizację przedmiotu Umowy. Inżynier wskazuje, iż przy obecnym stanie realizacji prac istnieją podstawy techniczne na wykonanie przedmiotu umowy w terminie wskazanym przez Wykonawcę – Budimex S.A., licząc od momentu faktycznego rozpoczęcia prac budowlanych w terenie zgodnie z obowiązującym powszechnie prawem, m.in. prawem budowlanym oraz zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych.

Symulacja obrazująca jakiego rzędu koszty należałoby zakładać przy wybraniu ścieżki rozstrzygnięcia sprawy roszczeń wzajemnych przez sąd powszechny wskazuje, iż łączna suma kosztów procesu, jaka może zostać poniesiona przez stronę, która przegra sprawę wynosi około 1.466.000,00 złotych.

Uwzględniając ważny interes społeczny, wnosi się o wyrażenie zgody przez Radę Miasta Chełm na zawarcie ugody z Wykonawcą przed Sądem Powszechnym zgodnie z warunkami przedstawionymi przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, a wskazanymi powyżej.

Dyrektor Departamentu  
  
Ewa Budzyńska-Sawa