



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI
Delegatura w Poznaniu

LPO.410.019.01.2020

Pan
Ireneusz Merchel
Prezes Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

P/20/031 – Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej

I. Dane identyfikacyjne

| | |
|-------------------------------------|--|
| Jednostka kontrolowana | PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (dalej: Spółka albo PKP), Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, al. Niepodległości 8, 61-875 Poznań (dalej: Region, Inwestor albo Zamawiający) ¹ |
| Kierownik jednostki kontrolowanej | Ireneusz Merchel, Prezes Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., przez cały okres objęty kontrolą ² |
| Zakres przedmiotowy kontroli | <ol style="list-style-type: none">1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.2. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorze kolejowym. |
| Okres objęty kontrolą | Lata 2017-2020 (I półrocze) ³ |
| Podstawa prawna podjęcia kontroli | Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ⁴ |
| Jednostka przeprowadzająca kontrolę | Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Poznaniu |
| Kontrolerzy | <ol style="list-style-type: none">1. Tomasz Otworowski, specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LPO/111/2020 z 7 września 2020 r.2. Bartosz Tomczyk, specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LPO/130/2020 z 13 października 2020 r. |

(akta kontroli str. 1-2)

¹ Zakres przedmiotowy kontroli został ograniczony do Regionu.

² Dyrektorem Regionu przez cały okres objęty kontrolą był Paweł Neumann.

³ Z wykorzystaniem dowodów sporządzonych przed lub po tym okresie, jeżeli było to niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia kontroli (dalej także: kontrolowany okres, badany okres, lata objęte kontrolą).

⁴ Dz. U. z 2020 r. poz. 1200 (dalej: ustawa o NIK).

II. Ocena ogólna⁵ kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

NIK ocenia pozytywnie działalność Regionu w skontrolowanym zakresie.

Uzasadnienie
oceny ogólnej

Podejmowane przez Inwestora w latach 2017-2020 (I półrocze) działania przyczyniły się do należytego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację kolejowych obiektów infrastruktury liniowej.

Zamawiający rzetelnie stosował wzory umów wprowadzone przez Zarząd Spółki w zawieranych kontraktach na realizację obiektów infrastruktury liniowej w formule „Projektuj i Buduj”, „Buduj” oraz na „Nadzór i zarządzanie projektem” i nie dokonywał ich samodzielnych zmian. Skontrolowane umowy zabezpieczały interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora. Nie stwierdzono w nich postanowień niezgodnych z prawem lub kwestionowanych w orzecznictwie.

W Regionie prowadzono monitoring roszczeń podwykonawców występujących na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁶ o dokonanie wypłaty należnego wynagrodzenia w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz monitoring zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, dokonaniem waloryzacji sądowej i zastosowaniem klauzuli rebus sic stantibus⁷, o której mowa w art. 357¹ kc. Roszczenia rozpatrywano rzetelnie i obiektywnie, a w przypadkach budzących wątpliwości korzystano ze zlecanych opinii prawnych.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej⁸ kontrolowanej działalności

1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Opis stanu
faktycznego

1.1. W okresie objętym kontrolą w Regionie stosowano klauzule wzorcowe we wszystkich typach zawieranych umów na realizację kolejowych obiektów infrastruktury liniowej, tj. w kontraktach finansowanych lub dofinansowywanych ze środków pomocowych Unii Europejskiej, opartych o wytyczne Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów (dalej: FIDIC), zawartych w systemach „Projektuj i buduj” (tzw. żółty FIDIC), „Buduj” (tzw. czerwony FIDIC) oraz na zarządzanie projektem, a także w kontraktach zawartych bez wykorzystania FIDIC. Odpowiednie wzory umów wprowadzone zostały do stosowania decyzją Członka Zarządu Spółki nr 10/2014 z 21 marca 2014 r. (dla pierwszych trzech z ww. typów umów) oraz decyzją Członka Zarządu Spółki nr 30/2015 z 15 maja 2015 r. (dla umów

⁵ Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

⁶ Dz. U. 2020, poz. 1740 (dalej: kc).

⁷ Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

⁸ Oceny częściowe to oceny działalności w poszczególnych obszarach badań kontrolnych. Ocena częściowa może być sformułowana jako ocena pozytywna, ocena negatywna albo ocena w formie opisowej.

zawieranych bez wykorzystania FIDIC). Decyzja nr 10/2014 była następnie osiem razy zmieniana, w celu dostosowywania wzorców do: zmieniających się przepisów prawa, innych dokumentów bazowych wchodzących w skład dokumentacji przetargowej oraz orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, a także w celu wykonania zaleceń z przeprowadzonych kontroli (odpowiednie modyfikacje były uwzględniane w dokumencie bazowym przyjmowanym w drodze decyzji Członka Zarządu Spółki). Od lutego 2018 r. wzory te były opracowywane przez Wydział Obsługi Prawnej Spółki (wcześniej przez jej Wydział Dokumentacji) we współpracy z biurami merytorycznymi PKP, np. w zakresie finansowym, ochrony środowiska, kwestii geodezyjnych, funduszy unijnych. Komórki odpowiedzialne za realizację poszczególnych inwestycji mogły samodzielnie modyfikować odpowiednie fragmenty umowy (wzory umowy zawierały instrukcje, opisujące sposób dostosowywania niektórych postanowień umowy).

Zgodnie z wyjaśnieniami Zastępcy Dyrektora Regionu ds. Finansowych, na podstawie wprowadzonych decyzjami członków Zarządu Spółki wzorców umów (tzw. umowy bazowe) opracowywany był wzór umowy według obowiązujących w PKP zasad, z możliwością modyfikacji w celu dostosowania do specyfiki przedmiotu zamówienia, ze względu na treść zadawanych w postępowaniu przetargowym pytań oraz odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

(dowód: akta kontroli str. 17-23, 33)

W kontrolowanym okresie w Regionie zawarto łącznie 80 umów na realizację obiektów infrastruktury liniowej, z tego 22 w systemie „Projektuj i Buduj”, 17 w systemie „Buduj”, 23 bez wykorzystania FIDIC oraz 18 na zrządzenie projektem.

Szczegółowym badaniem objęto łącznie 20 umów (po pięć umów każdego typu) pod kątem stosowania przez Zamawiającego wzorów umów opracowanych przez Spółkę, a w szczególności uwzględniania w nich klauzul zabezpieczających interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.

1.1.1. Analiza 10 umów zawartych w systemach „Projektuj i buduj” oraz „Buduj” z wykorzystaniem FIDIC wykazała, że każdorazowo stosowano aktualne wzorce umów, w tym postanowienia bazowe dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora⁹ oraz waloryzacji¹⁰.

Postanowienia zawarte w analizowanych umowach zabezpieczały w tym zakresie interes Skarbu Państwa. Stwierdzono bowiem, że:

- subklauzula 1.14 wprowadziła solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy, względnie wykonawców za umowy zawierane z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami;
- subklauzula 4.4. uregulowała m.in. wymagania związane z zawieraniem przez wykonawcę umów z podwykonawcami oraz wprowadziła obowiązki w zakresie przedstawiania oświadczeń podwykonawców o uregulowaniu przez wykonawców ich należności;
- subklauzula 4.27 zagwarantowała zamawiającemu cesję korzyści ze zobowiązań podwykonawcy wobec wykonawcy, które rozciągają się poza termin wygaśnięcia okresu zgłaszania wad;
- subklauzula 8.7 wprowadziła odpowiednie kary umowne za nieprzestrzeganie warunków subklauzuli 4.4. dotyczącej podwykonawców (m.in. karę za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy albo powierzenie wykonania części przedmiotu umowy podwykonawcom bez zgody zamawiającego);

⁹ Subklauzule: 1.14, 4.4, 4.27, 8.7, 15.2.

¹⁰ Subklauzule: 1.1.4.13 (obowiązująca do 31 stycznia 2019 r.) 13.8 oraz § 6 umowy.

- subklauzula 15.2 dawała zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku dokonywania przez niego wielokrotnej lub osiągniętej określony pułap kwotowy bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- subklauzula 1.1.4.13 zawierała definicję wskaźnika waloryzacji;
- § 6 umowy umożliwiał dokonanie modyfikacji zaakceptowanej kwoty kontraktowej z powodu zmiany: wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę; przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne; zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.
- § 3 umowy określił zasadę wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. W myśl tej zasady, ww. podatek miał być rozliczany według stawki obowiązującej w dniu wykonania usługi. Zastępca Dyrektora Regionu ds. Finansowych wskazał, że art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹¹ nie określa, iż umowa powinna zawierać postanowienia przewidujące możliwość jej zmiany w tym zakresie (czyli przesłankę zmiany umowy), lecz zasady wprowadzania odpowiednich zmian. W związku z tym wprowadzono w § 3 zasadę określającą że, jeżeli w trakcie realizacji umowy zmianie ulegnie stawka podatku od towarów i usług, to nie wymaga to zmiany umowy, gdyż ta od razu przewiduje zastosowanie obowiązującej stawki podatku. Rozwiązanie to jest zgodne ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wskazał, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego z powodu ustawowej zmiany stawki podatku VAT może być dokonana albo w drodze zastosowania klauzul umownych powodujących zmianę wynagrodzenia bez konieczności zmiany umowy (klauzule waloryzacyjne), albo w drodze zmiany umowy (aneksowanie).

NIK wskazuje natomiast, że w subklauzuli 13.8 dotyczącej korekt wynikających ze zmian kosztu (w brzmieniu obowiązującym do 31 stycznia 2019 r.) zawarto nieprecyzyjne sformułowania dotyczące warunku waloryzacji, w myśl których nastąpi ona przy „wzroście wartości wskaźnika określonego według Subklauzuli 1.1.4.13 Warunków Szczególnych średnio o co najmniej 2 % za ostatnie cztery kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację”. O dwuznaczności tych postanowień świadczy m.in. składanie przez wykonawców umów wniosków dotyczących uruchomienia klauzul waloryzacyjnych i ich negatywne rozstrzygnięcie przez PKP z uwagi na przyjęcie przez wykonawców błędnej metodologii obliczeniowej waloryzacji (o czym mowa w punkcie 2.4. niniejszego wystąpienia pokontrolnego).

Zgodnie z wyjaśnieniami Zastępcy Dyrektora Regionu ds. Finansowych, za dokumenty bazowe odpowiada Centrum Realizacji Inwestycji, a Region jest zobowiązany do ich stosowania w realizowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Subklauzula 13.8 w brzmieniu obowiązującym przed 1 lutego 2019 r. nie naruszała prawa. W ocenie składającego wyjaśnienia ww. postanowienia mogą rodzić pewne wątpliwości interpretacyjne, jednak te pojawiły się dopiero na etapie realizacji umów, w związku z wnioskami składanymi przez wykonawców. Ponieważ brzmienie subklauzuli 13.8 uległo zmianie 1 lutego 2019 r., w Regionie nie widziano potrzeby podejmowania działań w tej sprawie.

¹¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. (dalej: Pzp).

(dowód: akta kontroli str. 7-15, 34-1255, 1886-1887)

1.1.2. Analiza pięciu umów zawartych bez wykorzystania FIDIC wykazała, że w każdym przypadku stosowano aktualny wzorzec umowy w zakresie postanowień dotyczących solidarnej odpowiedzialności inwestora¹² oraz waloryzacji¹³. Zabezpieczono interes Skarbu Państwa m.in. poprzez regulacje ujęte w:

- § 2 określającym zasady solidarnej odpowiedzialności w przypadku zawarcia umowy z podmiotami wspólnie wykonującymi umowę, związanymi umową konsorcjum lub inną umową regulującą ich współpracę;
- § 11 albo 12, ustanawiających wymagania związane z zawieraniem umowy o podwykonawstwo oraz solidarną odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy;
- § 27 albo 28, wprowadzających kary umowne za nieprzestrzeganie warunków umowy w zakresie zatwierdzania podwykonawców przez inwestora oraz za brak lub opóźnienia płatności na rzecz podwykonawców przez wykonawcę;
- § 30 albo 31, określających terminy dokonywania płatności na rzecz podwykonawcy przez wykonawcę robót oraz uzależniających zapłatę za fakturę na rzecz wykonawcy od przedłożenia przez niego dokumentów poświadczających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (w przypadku niewywiązania się z tego obowiązku inwestor przewidział wstrzymanie płatności);
- § 33 albo 34, wprowadzających uprawnienie inwestora do odstąpienia od umowy w przypadku dokonywania przez niego wielokrotnej lub osiągającej określony pułap kwotowy bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- § 32a albo 33a, określających okoliczności w jakich powstanie konieczność zmodyfikowania treści umowy w zakresie ceny (m.in. zmiany: wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, stawki podatku VAT, a także zwiększenia wysokości minimalnej stawki godzinowej lub w związku z wejściem w życie przepisów dotyczących pracowniczych planów kapitałowych), a także ustalające zasady dokonywania waloryzacji ceny.

(dowód: akta kontroli str. 1256-1640)

1.1.3. Analiza pięciu umów zawartych na zarządzanie projektem również wykazała prawidłowe stosowanie aktualnych wzorców w zakresie postanowień dotyczących solidarnej odpowiedzialności inwestora¹⁴ i waloryzacji¹⁵.

Umowy te zabezpieczały interes Skarbu Państwa dzięki:

- § 13 wprowadzającemu kary umowne dla wykonawcy za nieprzedłożenie oświadczeń o uregulowaniu należności z podwykonawcą lub przedłożenie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością lub wykonywanie usługi przez podwykonawców niez zaakceptowanych przez Inwestora;
- § 14 wprowadzającemu uprawnienie inwestora do odstąpienia od umowy w przypadku powierzenia przez wykonawcę jego obowiązków podmiotom trzecim bez zgody inwestora lub wykonywania umowy przy użyciu personelu przez niego niez zaakceptowanego;

¹² Tj. § 2, § 11 albo § 12, § 27 albo § 28, § 30 albo § 31, § 33 albo § 34.

¹³ Tj. § 32a albo § 33a.

¹⁴ Tj. § 13, §14 i § 22.

¹⁵ Tj. § 21.

- § 22 ustanawiającemu wymagania związane z zawieraniem umowy o podwykonawstwo;
- § 21 regulującemu zasady korekty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany: stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, wysokości minimalnej stawki godzinowej w związku z wejściem w życie przepisów dotyczących pracowniczych planów kapitałowych, a także określającemu tryb występowania wykonawcy o waloryzację ceny umownej.

(dowód: akta kontroli str. 1641-1883)

Zastępca Dyrektora Regionu ds. Finansowych wyjaśnił, że nie prowadzono monitoringu skuteczności poszczególnych postanowień umownych, ponieważ aktualnie (od lutego 2018 r.) komórką odpowiedzialną w PKP za dokumenty bazowe (w tym wzory umów) jest Wydział Obsługi Prawnej Centrum Realizacji Inwestycji. Wydział Zamówień Regionu stara się na bieżąco zgłaszać do ww. Wydziału w trybie roboczym (najczęściej poprzez rozmowę telefoniczną) nieścisłości i omyłki w dokumentach bazowych, które były wychwytywane w trakcie opracowywania dokumentów.

(dowód: akta kontroli str. 33)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości.

OCENA CZĄSTKOWA

NIK ocenia pozytywnie działalność Zamawiającego w skontrolowanym obszarze.

W Regionie stosowano obowiązujące w Spółce i aktualne wzory umów dla wszystkich typów kontraktów zawieranych na realizację kolejowych obiektów infrastruktury liniowej i nie zmieniano ich treści. Na próbie 20 umów zawartych w kontrolowanym okresie stwierdzono, że ich postanowienia zabezpieczały interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora. Nie stwierdzono ponadto postanowień niezgodnych z prawem lub kwestionowanych w orzecznictwie.

2. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorze kolejowym

Opis stanu
faktycznego

2.1. Monitoring roszczeń podwykonawców o jakich mowa w art. 647¹ kc, tj. tych, w których zamawiający odpowiadał solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, prowadzony był w Regionie przez wyznaczonych członków zespołów projektowych, nadzorowanych przez osoby odpowiedzialne za zarządzanie realizacją projektu inwestycyjnego¹⁶. Zespoły projektowe prowadziły swój wewnętrzny rejestr dla każdej umowy. Ponadto, jak wyjaśnił Zastępca Dyrektora Regionu ds. Projektów unijnych oraz Zastępca Dyrektora Regionu ds. Finansowych, w trakcie realizacji jednej z umów¹⁷ zawartej 23 czerwca 2017 r., do zespołu

¹⁶ Kierownik Kontraktu oraz Dyrektor Projektu.

¹⁷ Nr 90/107/0116/17/Z/I - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin””.

wpłynęła duża liczba roszczeń, co skutkowało wprowadzeniem szczególnego rozwiązania. Zobowiązano zespół do sporządzania codziennych raportów o liczbie wpływających roszczeń, roszczeniach uwzględnionych i nieuwzględnionych. Raporty te kierowano do Dyrektora Regionu Zachodniego oraz do Kierownictwa Centrum Realizacji Inwestycji.

W okresie od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 r. w Regionie rozpatrywano 158 wniosków o wypłatę należnego wynagrodzenia w ramach procedury solidarnej odpowiedzialności, z czego 22 wnioski dotyczyły umów zawartych przed tym okresem. Łączna kwota roszczeń wyniosła 147 171,2 tys. zł. Uwzględniono 108 wniosków, co skutkowało wypłatą 115 900,0 tys. zł¹⁸ (79% łącznej wartości wnioskowanych o wypłatę wynagrodzeń).

(akta kontroli str. 6318, 6367-6383)

2.2. Inwestor, zgodnie z art. 647¹ kc, odpowiadał solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót. W świetle brzmienia ww. artykułu przed 1 czerwca 2017 r., inwestor wyrażał zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą. W wyniku nowelizacji art. 647¹ kc¹⁹ solidarna odpowiedzialność inwestora zachodziła wówczas, gdy podwykonawca został zgłoszony inwestorowi wraz z określeniem szczegółowego przedmiotu wykonywanych przez niego robót.

W związku z wypłatą należnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom w wysokości 115 900 tys. zł (z czego dla umów zawartych przed 1 stycznia 2017 r. – 11 189 tys. zł), Region odzyskał od wykonawców znaczną część środków wypłaconych w ramach spełnionych roszczeń, w łącznej wysokości 106 173,4 tys. zł (92%). Odnośnie do umów zawartych przed 1 stycznia 2017 r., odzyskano 9 606,8 tys. zł (85% dokonanych wypłat).

(akta kontroli str. 1888-3943, 6367-6368)

W wyniku analizy dziesięciu roszczeń dobranych pod względem wysokości wypłaconych kwot ustalono, że w każdej sprawie, skutkiem zapłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom było powstanie po stronie PKP roszczeń regresowych.

Pięć roszczeń zostało zgłoszonych przez podwykonawców robót budowlanych, cztery przez dostawców materiałów oraz jedno przez usługodawcę. W przypadku jednej umowy²⁰ wykonawca zwrócił się do Inwestora o zapłatę wierzytelności podwykonawcy wynikających ze wskazanych w roszczeniu podwykonawcy faktur.

W trakcie rozpatrywania roszczeń w Regionie dokonywano prawidłowej weryfikacji statusu zgłoszenia i zatwierdzenia podwykonawcy oraz zakresu i przedmiotu robót objętych umową podwykonawczą. W razie potrzeby wzywano podwykonawców do uzupełnienia roszczenia oraz złożenia niezbędnych wyjaśnień w zakresie wykazania zasadności dokonania bezpośredniej płatności na jego rzecz. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty wzywano również wykonawców do złożenia wyjaśnień w sprawie przyczyn wstrzymania płatności w ramach zawartych umów podwykonawczych oraz zgłoszenia ewentualnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej płatności wynagrodzenia podwykonawcy.

¹⁸ Uwzględniono wszystkie 22 wnioski dla umów zawartych przed 1 stycznia 2017 r., co skutkowało wypłatą podwykonawcom należnych wynagrodzeń w wysokości 11,2 mln zł.

¹⁹ Art. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. poz. 933).

²⁰ Nr 90/107/0011/17/Z/I - „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Łowicz – odcinek Sochaczew – Żychlin i odcinek Placencja – Łowicz Główny” w ramach Projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” zawartej 18 kwietnia 2017 r.

W żadnej z badanych spraw wykonawca nie dostarczył dowodów, że sumy należne podwykonawcy zostały wypłacone.

Następnie, Dyrektor Projektu zwracał się z wnioskiem do zastępców Dyrektora Regionu ds. Projektów Unijnych oraz ds. Finansowych o wyrażenie zgody na dokonanie bezpośredniej zapłaty. Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio podwykonawcom wystawiał noty obciążeniowe wzywające wykonawców do zapłaty kwoty wypłaconej na rzecz podwykonawców, z terminem płatności trzech dni od dnia otrzymania noty. W żadnej z badanych spraw wykonawcy nie uregulowali należności, co skutkowało potrąceniem przez PKP ww. wierzytelności na podstawie art. 499 kc w zw. z art. 498 § 1 i 2 kc, z wierzytelności przysługujących wykonawcom wobec Spółki.

(akta kontroli str. 1888-3943)

Sześć roszczeń dotyczyło kontraktów realizowanych przez konsorcja wykonawców, z czego w dwóch przypadkach lider konsorcjum ogłosił upadłość²¹, a w czterech odstąpiono od umowy z winy wykonawcy²². W przypadku upadłości lidera konsorcjum, uzyskano opinię prawną, z której wynikało, że złożenie wniosku o upadłość lidera konsorcjum nie mogło stanowić podstawy do wygaśnięcia ciężącego na PKP obowiązku bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia.

(akta kontroli str. 2172-2568, 2685-3943)

W Regionie współpracowano we wszystkich rozpatrywanych roszczeniach z inżynierami, odpowiedzialnymi za zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad kontraktami (dalej: Inżynier). Zgodnie z warunkami szczególnymi zawartych umów na wykonanie robót – Subklauzula 4.4 Spółka powinna dokonać płatności wykonawcom po wykonaniu roboty, dostaw lub usługi, które zostały odebrane i poświadczone przez Inżyniera w Przejściowym Świadectwie Płatności, o którym mowa w subklauzuli 14.6. W trzech przypadkach PKP dokonały jednak płatności należnego wynagrodzenia podwykonawcom pomimo niepełnej akceptacji Inżyniera. I tak, w przypadku realizacji dwóch umów: Nr 90/107/0201/17/II²³, gdzie wpłynęło wezwanie zatwierdzonego podwykonawcy²⁴ do zapłaty należnego wynagrodzenia w wysokości 6 106 tys. EUR, Nr 90/107/0116/17/ZI²⁵ gdzie zatwierdzeni podwykonawcy²⁶ zwrócili się do Spółki o wypłatę należnego wynagrodzenia w wysokości 1 421 028,84 zł oraz 1 825 651,77 zł. Inwestor potwierdził zasadność roszczeń oraz ich pełną wysokość. Inżynier w swych opiniach również uznał zasadność roszczeń, jednak nie potwierdził ich pełnego zakresu rzeczowego.

W złożonych wyjaśnieniach zastępcy Dyrektora Regionu ds. Projektów unijnych oraz ds. Finansowych zwrócili uwagę, że podstawą odpowiedzialności PKP wobec podwykonawcy nie są postanowienia umowy z wykonawcą, lecz art. 143c Pzp i art. 647¹ kc. W obszernych wyjaśnieniach szczegółowo odnieśli się to treści ww. przepisów. Podkreślili, że regulacja wynikająca z art. 143c Pzp stanowiła samodzielny reżim odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców,

²¹ Umowa Nr 90/107/0201/17/II - „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POLiS 5.1 „Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T), etap II, odcinek Łódź Fabryczna – Łódź Kaliska/Łódź Żabieniec”, zawarta 28 grudnia 2017 r.

²² Umowa Nr 90/107/0116/17/ZI - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”, zawarta 23 czerwca 2017 r. Zamawiający 5 października 2018 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy.

²³ Zawartej 28 grudnia 2017 r.

²⁴ Dostawca specjalistycznego urządzenia do budowy tunelu.

²⁵ Zawartej 23 czerwca 2017 r. Zamawiający 5 października 2018 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy.

²⁶ Umowa na najem pracowników dla wykonywania robót budowlanych oraz podwykonawca robót budowlanych.

a przepisy kc stosowało się jedynie w zakresie, w jakim Pzp nie stanowiła inaczej²⁷. Wyjaśniający przywołali wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2018 r., sygn. IV CSK 457/17, w którego uzasadnieniu sąd wskazał, że art. 143c Pzp może stanowić samodzielną podstawę roszczeń podwykonawców wobec zamawiającego o zapłatę należnego im wynagrodzenia. Odnosząc się do uwzględnienia opinii Inżyniera stwierdzili, że do przesłanek warunkujących dokonanie bezpośredniej zapłaty wynikających z art. 143c Pzp nie należało potwierdzenie przez zamawiającego (względnie inspektora nadzoru, Inżyniera) wykonania robót budowlanych, dostaw czy usług. Co więcej, podwykonawca, zdaniem wyjaśniających, w ogóle nie musiał wykazywać, że roboty budowlane, dostawy, czy usługi zostały wykonane. Istotne było jedynie wykazanie, że w oparciu o zaakceptowaną lub zgłoszoną umowę podwykonawczą przysługiwało mu wobec wykonawcy wymagalne roszczenie o wynagrodzenie, a wykonawca uchylał się od zapłaty. To z treści umowy podwykonawczej wynikały warunki wymagalności wynagrodzenia podwykonawcy, a tym samym warunki odpowiedzialności zamawiającego. Składający wyjaśnienia zwrócili uwagę, że w umowach o roboty budowlane zawieranych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, znajdowało się zazwyczaj postanowienie²⁸, z którego wynikała szczególna rola Inżyniera w procedurze dokonywania bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Postanowienie to, jak wyjaśnili, nie było skierowane do podwykonawców, lecz do Inżyniera i wykonawcy, tj. podmiotów bezpośrednio zaangażowanych w realizację umowy. Potwierdzenie przez Inżyniera, że roboty budowlane (dostawy lub usługi) objęte wnioskiem podwykonawcy zostały odebrane i potwierdzone do zapłaty w przejściowym świadectwie płatności, stanowiło zwykle, zdaniem wyjaśniających, istotny element oceny zasadności roszczenia dochodzonego przez podwykonawcę, jednak nie mógł być to czynnik decydujący. Mogły się bowiem zdarzyć przypadki, gdy Inżynier z różnych względów nie będzie w stanie potwierdzić faktu wykonania robót budowlanych (dostaw lub usług), a pomimo tego przesłanki odpowiedzialności PKP wobec podwykonawcy zostaną spełnione. Składający wyjaśnienia wskazali również, że opieranie się przez Region wyłącznie na stanowisku Inżyniera skutkowało w takich przypadkach wysokim ryzykiem przegrania ewentualnego procesu sądowego z podwykonawcą, a w konsekwencji koniecznością zapłaty odsetek ustawowych oraz kosztów procesu²⁹.

(akta kontroli str. 2172-2492, 2685-3160, 6320-6339, 6341-6343)

2.3. Z ogólnej liczby rozpatrywanych 158 wniosków o wypłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia w Regionie negatywnie rozpatrzono 50 (tj. 32%), na łączną kwotę 31 271,1 tys. zł (tj. 21% całkowitej kwoty wnioskowanej przez podwykonawców).

(akta kontroli str. 6367-6368)

Z wybranych dziesięciu roszczeń o wypłatę należnego wynagrodzenia podwykonawcom (oraz dalszym podwykonawcom) sześć z nich rozpatrzono negatywnie z uwagi na brak zgłoszenia umowy podwykonawczej, z czego w dwóch³⁰ brak ten stanowił jedyną podstawę ww. rozstrzygnięcia. W uzasadnieniach pism do wykonawców powoływano się na brak spełnienia

²⁷ Patrz Nowicki Józef Edmund, Kolecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV.

²⁸ Subklauzula 4.4 ust. 12 Warunków Szczególnych.

²⁹ Patrz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. XXVI GC 912/19.

³⁰ Umowa podwykonawcza na mechaniczne karczowanie krzaków wraz z oczyszczeniem terenu oraz roboty rozbiórkowe oraz umowa podwykonawcza na usługi transportowe oraz rozładunek wagonów kolejowych w ramach zasadniczej umowy Nr 90/107/0116/17/Z/I - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

warunków uznania roszczenia w trybie art. 647¹ § 1 kc, z których wynikało, że PKP odpowiadały solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, jedynie wtedy, gdy szczegółowy przedmiot został zgłoszony Spółce przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót. Ponadto, Inwestor odnosił się w uzasadnieniu ww. pism do niewypełnienia obowiązku określonego w art. 143b ust. 8 Pzp³¹, z którego wynikało, że wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zobowiązany był przedłożyć zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem były dostawy lub usługi, w terminie siedmiu dni od dnia jej zawarcia. W przypadku wykonawców umów o roboty budowlane był to również termin siedmiu dni (art. 143b ust. 5 Pzp). W kolejnych trzech³² z ww. sześciu roszczeń, uzasadnienie negatywnego ustosunkowania się do wezwania do zapłaty przez Zamawiającego dotyczyło również niezrealizowania pełnego zakresu robót lub wykonania ich niezgodnie z warunkami umowy, a w jednym zobowiązanie podwykonawcy nie dotyczyło robót objętych umową podwykonawczą³³.

Spośród pozostałych czterech roszczeń, Zamawiający nie uwzględnił wezwania do zapłaty w dwóch przypadkach, w związku z niezrealizowaniem przedmiotu umowy³⁴, w jednym wskutek wcześniejszego uregulowania części roszczenia przez wykonawcę³⁵ a w kolejnym, wskutek nieuznania związku zakresu usług podwykonawczych z koniecznością realizacji przedmiotu zamówienia. W ostatnim przypadku podwykonawca zawarł umowę na świadczenie usług³⁶, jednak w związku z brakiem regulacji płatności przez wykonawcę, skierował do Inwestora wezwanie do zapłaty należnego wynagrodzenia za pełnienie usług ochrony, w łącznej

³¹ Będącego jedną z przesłanek do dokonania zapłaty w myśl art. 143c Pzp, który stanowił, że zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane.

³² Dwa roszczenia dotyczyły umowy podwykonawcy na opracowanie dokumentacji projektowej w ramach umowy Nr 90/107/0201/17/II „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.1 „Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T), etap II, odcinek Łódź Fabryczna – Łódź Kaliska/Łódź Żabieniec”, a jedno umów zlecenia podwykonawcy na dostawę materiałów w ramach umowy Nr 90/107/0116/17/Z/I - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

³³ Umowa dalszego podwykonawcy z podwykonawcą na świadczenie usług sprzętowo-transportowych dla inwestycji umowa Nr 90/107/0012/17/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Konin – odcinek Barłogi – Swarzędz w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – Pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”.

³⁴ Umowa podwykonawcza na opracowanie dokumentacji projektowej zawarta przez konsorcjum wykonawców w ramach umowy Nr 90/107/0217/18/Z/I - „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 352 – Zadanie A Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny - Police” oraz umowa podwykonawcza na dostawę kolejowych podkładów strunobetonowych zawarta na potrzeby realizacji umowy Nr 90/107/0073/19/Z/I - „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 358 Zbąszynek – Gubin realizowanego w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 358 Zbąszynek – Gubin na odcinku Zbąszynek – Czerwińsk – II Etap.”.

³⁵ Umowa podwykonawcza zawarta na dostawę podkładów kolejowych na potrzeby umowy Nr 90/107/0217/18/Z/I - „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 352 – Zadanie A pn. Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny - Police”.

³⁶ W zakresie ochrony, z wykonawcą umowy Nr 90/107/0116/17/Z/I - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”. Umowa została zawarta 23 czerwca 2017 r., a 5 października 2018 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od niej z winy wykonawcy.

wysokości 768 886,03 zł³⁷. W opinii prawnej sporządzonej na zlecenie Regionu, stwierdzono brak podstaw do zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Realizowane przez niego usługi, w świetle treści ww. opinii, nie stanowiły części zamówienia będącego przedmiotem umowy łączącej wykonawcę z PKP niezależnie od tego, czy podlegały odbiorowi czy też stanowiły rezultat umowy w przedmiocie zamówienia publicznego. Do umów o podwykonawstwo, jak to wskazano w opinii, nie można zaliczać umów, jakie wykonawca zawiera z innymi podmiotami w zakresie obsługi własnego przedsiębiorstwa. Stanowisko odmienne wyraził w swojej opinii Inżynier, potwierdzając jednocześnie świadczenie usługi ochrony w czasie i zakresie wskazanym w wezwaniu. Zamawiający w całości negatywnie ustosunkował się jednak do roszczenia podwykonawcy, uzasadniając to brakiem związku świadczenia usług objętych umową podwykonawczą z realizacją zamówienia kontraktowego.

Jak wyjaśnili zastępcy Dyrektora ds. Projektów unijnych oraz ds. Finansowych, pozycja przedmiarowa dotycząca utrzymania zaplecza placu budowy nie uwzględniała wyodrębnionych kosztów ochrony. Ponadto z kolejnej opinii prawnej zamówionej przez Region wynikało, że zapewnienie ochrony placu budowy wiąże się z ochroną interesu wykonawcy, który w ten sposób minimalizuje ryzyka związane z nienależytym wykonaniem umowy.

(akta kontroli str. 3944-5738, 6343-6344)

2.4. Monitoring zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych i dokonaniem waloryzacji sądowej (art. 358¹ kc) oraz zastosowaniem klauzuli rebus sic stantibus (art. 357¹ kc) prowadzony był w Regionie przez zespoły projektowe realizujące kontrakty budowlane. Inżynier w przejściowych świadectwach płatności, w odrębnym arkuszu prowadził rejestr pozytywnie rozpatrzonych zmian wynagrodzenia. Jak wyjaśnili zastępcy Dyrektora Regionu ds. projektów unijnych ds. Finansowych, zespoły projektowe oraz Inżynier nie prowadzili monitoringu cen kluczowych materiałów budowlanych wykorzystywanych w czasie realizacji umów. Zamawiający, Inżynier oraz wykonawcy, zgodnie z postanowieniami umownymi, opierali się na wskaźnikach statystycznych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy (Podstawowe kategorie makroekonomiczne – Dane do waloryzacji kolejowych kontraktów infrastrukturalnych).

(akta kontroli str. 6319)

W okresie objętym kontrolą, do Zamawiającego wpłynęło dziewięć wniosków dotyczących uruchomienia klauzul waloryzacyjnych na łączną kwotę 61 940,5 tys. zł, w tym jeden dotyczący zastosowania klauzuli rebus sic stantibus na kwotę 10 565,6 tys. zł. Sześć wniosków zostało rozpatrzonych, a trzy były w trakcie procedowania³⁸.

³⁷ W kolejnym uszczegółowieniu wezwania podwykonawca wzywał do zapłaty należności już w wysokości 1 104 933,59 zł.

³⁸ Wniosek o uruchomienie klauzul waloryzacyjnych wykonawcy o wartości 23,5 mln zł przy realizacji umowy Nr 90/107/0012/17/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Konin – odcinek Bartogi – Swarzędz w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – Pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”; wniosek o uruchomienie klauzul waloryzacyjnych wykonawcy o wartości 4,0 mln zł przy realizacji umowy Nr 90/107/0011/17/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Łowicz – odcinek Sochaczew - Żychlin i odcinek Placencja – Łowicz Główny w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – Pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” oraz wniosek o zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus o wartości 10,6 mln zł przy realizacji umowy Nr 90/106/0086/16/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego dla Projektu POMŚ 5.2-12 „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich etap I – Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim”.

Negatywnie rozstrzygnięto cztery wnioski³⁹ o łącznej wartości 15,7 mln zł, z uwagi na przyjęcie przez wykonawców błędnej metodologii obliczeniowej waloryzacji. Zgodnie ze szczególnymi warunkami umowy, waloryzacja ceny kontraktowej mogła nastąpić w oparciu o wskaźnik waloryzacji cen dóbr inwestycyjnych (kwartalny) ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Waloryzacja mogła zostać przeprowadzona na wniosek wykonawcy po każdym 12 miesiącach od podpisania umowy oraz przy wzroście wartości ww. wskaźnika średnio o co najmniej 2% za ostatnie cztery kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację. Waloryzacja kontraktowa była obliczana na podstawie średniej wskaźników waloryzacji cen za ostatnie cztery kwartały poprzedzające waloryzację. Zamawiający zakwestionował jednak sposób obliczenia wskaźnika waloryzacji. Wykonawcy w przedstawianej metodologii stosowali średnią geometryczną, a nie matematyczną, która stanowiłaby sumę liczb podzieloną przez ich liczbę. Obliczony w ten sposób wskaźnik nie przekraczał progu 2% umożliwiających zastosowanie waloryzacji ceny kontraktowej i uzyskany wynik skutkowało nieuwzględnieniem roszczeń.

(akta kontroli str. 5739-6311, 6366)

Dwa wnioski o waloryzację ceny kontraktowej⁴⁰ zostały rozpatrzone pozytywnie. W obu przypadkach, po dokonaniu odpowiedniego skorygowania metodologii obliczeniowej waloryzacji ceny kontraktowej, Region wypłacił wnioskodawcom należne wynagrodzenie zwaloryzowane o łączną kwotę 8 234 tys. zł.

(akta kontroli str. 5870-5899, 5926-5946)

2.5. W wyniku wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, według stanu na dzień 6 października 2020 r. Inwestor nie odzyskał od wykonawców łącznie 9 726,6 tys. zł (tj. 8% całkowitej wypłaconej kwoty wynagrodzeń), z czego 1 582,2 tys. zł dotyczyło umów zawartych przed 1 stycznia 2017 r.⁴¹ Pozostała do odzyskania kwota w wysokości 8 144,4 tys. zł dotyczyła jednego kontraktu⁴², gdzie w dniu 5 października 2018 r. Spółka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy, a następnie w celu odzyskania należności wniesiono do sądu pozew.

(akta kontroli str. 6367-6368)

³⁹ Wniosek o wartości 11,7 mln zł dotyczący waloryzacji wartości umowy Nr 90/107/0013/17/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin - Bartogi w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – Pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”; wniosek o wartości 3,5 mln zł dotyczący waloryzacji wartości umowy 90/107/0293/18/Z/I – „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 odcinek Rokietnica – Wronki w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”; wniosek o wartości 0,1 mln zł dotyczący waloryzacji wartości umowy Nr 90/107/0096/17/Z/I – „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek Leszno – Czempin w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin” oraz wniosek o wartości 0,4 mln zł dotyczący waloryzacji wartości umowy Nr 90/107/0120/18/Z/I – „Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) na stacji Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

⁴⁰ Wnioski dotyczyły umów Nr 90/107/0001/15/Z/I – „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin” oraz Nr 90/107/0024/19/Z/I – „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

⁴¹ Na którą składają się kwoty 951,1 tys. zł gdzie PKP zawarły w 2017 r. ugodę sądową w wyniku, której zrzekły się roszczeń regresowych w stosunku do wykonawcy, związanych z zaspokajaniem w terminach późniejszych nieuznanymi roszczeniami podwykonawców oraz 631,1 tys. zł gdzie toczy się postępowanie sądowe.

⁴² Umowa nr 90/107/0116/17/Z/I - „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

Wykonawca umowy⁴³, powołując się na art. 357¹ k.c., 16 stycznia 2020 r. skierował przeciwko PKP pozew, domagając się wypłaty wynagrodzenia waloryzowanego o 10 565,6 tys. zł. Prokuratoria Generalna zakwestionowała pozew⁴⁴, uznając całkowitą i oczywistą niezasadność powództwa i brak podstaw do zastosowania w tym przypadku klauzuli rebus sic stantibus. W chwili zakończenia czynności kontrolnych NIK⁴⁵ trwało postępowanie sądowe.

(akta kontroli str. 5969-6311)

W Regionie uzyskano dwie opinie prawne dotyczące interpretacji postanowień Subklauzuli 13.8 Warunków Kontraktu, tj.:

- opinię prawną z 22 sierpnia 2019 r.⁴⁶, której przedmiotem było wyjaśnienie poprawności metodologii obliczania wartości wskaźnika waloryzacji w zakresie zastosowania średniej arytmetycznej albo geometrycznej wskaźników cen dóbr inwestycyjnych, terminu możliwości zastosowania waloryzacji, jej zakresu oraz określenia kwartału bazowego do obliczenia wzrostu ww. wskaźnika.

- opinię prawną z 25 listopada 2019 r.⁴⁷, w której potwierdzono warunki zastosowania waloryzacji wynagrodzenia. Zgodnie z tą opinią, waloryzacji dokonuje się na wniosek wykonawcy po każdym 12 miesiącach od podpisania umowy oraz przy wzroście wartości wskaźnika średnio o co najmniej 2% za ostatnie cztery kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację.

Z uwagi na zbieżność postanowień umownych ww. opinie zostały również wykorzystane przy rozpatrywaniu roszczeń waloryzacyjnych zgłoszonych do czterech innych zadań.

(akta kontroli str. 5739-6311, 6317-6318)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości.

OCENA CZĄSTKOWA

NIK ocenia pozytywnie działalność Zamawiającego w skontrolowanym obszarze.

W Regionie prowadzono monitoring roszczeń wykonawców występujących na podstawie art. 647¹ kc o dokonanie wypłaty należnego wynagrodzenia w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz monitoring zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, dokonaniem waloryzacji sądowej, a także zastosowaniem klauzuli rebus sic stantibus. Roszczenia rozpatrywano rzetelnie i obiektywnie, a w przypadkach o dużym stopniu złożoności lub występujących wątpliwości korzystano ze zleczonych opinii prawnych.

IV. Uwagi i wnioski

W związku z niestwierdzeniem nieprawidłowości, NIK nie formułuje uwag ani wniosków.

⁴³ Umowa nr 90/106/0086/16/Z/I – „Wykonanie robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego dla Projektu POMŚ 5.2-12 „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich etap I – Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim”.

⁴⁴ W stanowisku z 26 maja 2020 r.

⁴⁵ Tj. 30 listopada 2020 r.

⁴⁶ Zlecona do umowy nr 90/107/0096/17/Z/I „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 odcinek Leszno – Czempin w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin”.

⁴⁷ Zlecona do umowy nr 90/107/0013/17/Z/I „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno - odcinek Żychlin - Barłogi w ramach Projektu pn. "Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa - Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”.

V. Pozostałe informacje i pouczenia

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Prawo zgłoszenia
zastrzeżeń

Zgodnie z art. 54 ustawy 5 ustawy o NIK kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do dyrektora Delegatury NIK w Poznaniu. Prawo zgłaszania zastrzeżeń, zgodnie z art. 61b ust. 2 ustawy o NIK, nie przysługuje do wystąpienia pokontrolnego zmienionego zgodnie z treścią uchwały w sprawie zastrzeżeń.

Poznań, 17 grudnia 2020 r.

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Poznaniu

Kontrolerzy
Tomasz Otworowski
specjalista kontroli państwowej

Dyrektor
z up. Grzegorz Malesiński
p.o. Wicedyrektor

.....
podpis

.....
podpis