



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI
Delegatura w Warszawie

LWA.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. Centrum Realizacji Inwestycji ¹ Region Centralny, ul. Chodakowska 50, 03-816 Warszawa ² .
Kierownik jednostki kontrolowanej	Ireneusz Merchel, Prezes Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. przez cały okres objęty kontrolą.
Zakres przedmiotowy kontroli	<ol style="list-style-type: none">1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region Centralny CRI PKP PLK S.A. 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) z możliwością wykorzystania dowodów sporządzonych przed lub po tym okresie, jeżeli byłoby to niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia kontroli.
Podstawa prawna podjęcia kontroli	Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ³
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Warszawie
Kontrolerzy	<ol style="list-style-type: none">1. Magdalena Żywicka, Doradca prawny, upoważnienie do kontroli nr LWA/163/2020 z 07.10.2020 r.2. Sławomir Nowak, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LWA/164/2020 z 07.10.2020 r.

(akta kontroli tom I str.1-4)

¹ Dalej: CRI.

² Dalej: Region.

³ Dz. U. z 2020 r. poz. 1200, dalej: ustawa o NIK.

II. Ocena ogólna⁴ kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

W celu zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa, w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 r. Region stosował w zawieranych kontraktach na realizację obiektów infrastruktury liniowej, wzory umów wprowadzone przez Zarząd Spółki⁵. W okresie objętym kontrolą w umowach z wykonawcami robót budowlanych w formule „Projektuj i buduj”, „Buduj” oraz na „Nadzór i zarządzanie projektem” objętych kontrolą NIK, zostały zastosowane postanowienia określające mechanizmy służące ochronie interesu Skarbu Państwa w zakresie skutków stosowania procedury solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji umownej. W Regionie prowadzono monitoring roszczeń podwykonawców dotyczących uruchomienia procedury solidarnej odpowiedzialności⁶ oraz monitoring zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych⁷, dokonaniem waloryzacji sądowej i zastosowaniem „klauzuli rebus sic stantibus”⁸. Roszczenia rozpatrywano zgodnie z wymaganiami obowiązującymi w regulacjach wewnętrznych Spółki, a w przypadkach budzących wątpliwości, korzystano ze zlecanych opinii prawnych.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej⁹ kontrolowanej działalności

OBSZAR

1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region Centralny CRI PKP PLK S.A. na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Opis stanu faktycznego

1.1 W okresie objętym kontrolą, zawierając kontrakty z wykonawcami robót budowlanych, Region zobligowany był do stosowania wzorów umów wprowadzonych uchwałami Zarządu lub decyzjami Członka Zarządu¹⁰ PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Wzory te, tzw. dokumenty bazowe¹¹, stanowiły integralną część

⁴ Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

⁵ PKP PLK S.A. Dalej także: Spółka lub Centrala Spółki.

⁶ Regulacja, która dotyczy umów zawieranych z podwykonawcami robót budowlanych i została ujęta w art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) Przepis art. 647¹ KC ustanawia ustawową podstawę do dochodzenia przez podwykonawców roszczeń o zapłatę wynagrodzenia względem ich bezpośrednich kontrahentów z umowy o roboty budowlane, a także na mocy odpowiedzialności solidarnej od inwestora.

⁷ Zasada prawna, która określa, że w razie zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, wierzyciel powinien otrzymać równowartość ekonomiczną (wyższą lub niższą) wierzytelności z chwili jej powstania.

⁸ Instytucja prawna, która pozwala stronom umowy na sądową zmianę pierwotnego zobowiązania wynikającego z tej umowy, w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków społecznych - została określona w art. 357¹ kc.

⁹ 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.

¹⁰ Decyzja nr 10/2014 z 21 marca 2014 r., Decyzja nr 30/2016 z 31 maja 2016 r., Decyzja 14/2018 z 26 lutego 2018 r., Decyzja 53/2018 z 14 sierpnia 2018 r., Decyzja 4/2019 z 31 stycznia 2019 r.

¹¹ Uchwała nr 13/2017 z 10 stycznia 2017 r., zmieniająca uchwałę w sprawie przyjęcia do stosowania „Wytucznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji w tym zakresie, Uchwała nr 771/2018 z 2 października 2018 r. w sprawie przyjęcia stosowania „Wytucznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji w tym zakresie, Uchwała nr 817/2018 z 16 października 2018 r. zmieniająca uchwałę w sprawie przyjęcia do stosowania „Wytucznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji w tym zakresie, Uchwała nr 199/2019 z 26 marca 2019 r. w zmieniająca uchwałę w sprawie przyjęcia

Regulaminów udzielania zamówień, będących załącznikami do Korporacyjnej Polityki Zakupów¹² przyjętej przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.. Przygotowano odrębne klauzule wzorcowe dla zawieranych umów w formule „Projektuj i buduj”¹³ i „Buduj”¹⁴ na realizację kolejowych obiektów infrastruktury liniowej, tj. w kontraktach finansowanych lub dofinansowanych ze środków pomocowych Unii Europejskiej, opartych o wytyczne Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów¹⁵ oraz umów na zarządzanie projektem, a także w kontraktach zawartych bez wykorzystania FIDIC.

W badanym okresie w PKP PLK obowiązywały wytyczne Zarządu¹⁶dotyczące tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych, które stanowiły instrukcję postępowania przy tworzeniu m.in. umów z wykonawcami. W wytycznych określono procedury i zasady wprowadzania zmian w ustanowionych wzorach¹⁷. Region nie mógł samodzielnie dokonywać zmian w kontraktach (tj. bez uzgodnienia z CRI) w zakresie zapisów dotyczących solidarnej odpowiedzialności oraz waloryzacji wynagrodzenia. Wprowadzanie zmian do obowiązującego dokumentu bazowego odbywało się drogą elektroniczną¹⁸.

(akta kontroli tom I str. 43-50; tom II str. 281-291)

W latach 2017-2020 (I półrocze), na podstawie udzielonych pełnomocnictw, Region zawarł w imieniu PKP PLK 160 umów na roboty budowlane oraz na nadzór i zarządzanie projektami, o łącznej wartości netto 13 544 532,55 tys. zł, w tym: 70 umów zawartych w systemie „Projektuj i buduj” - tzw. żółty FIDIC (o łącznej wartości netto 8 805 879,46 tys. zł), 9 umów z zastosowaniem warunków kontraktowych systemie „Buduj” - tzw. czerwony FIDIC (o łącznej wartości netto 3 460 887,23 tys. zł), 46 umów na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC (o łącznej wartości netto 1 023 141,16 tys. zł) oraz 35 umów na zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach projektu (o łącznej wartości netto 254 624,70 tys. zł).

Do szczegółowej analizy pod kątem stosowania przez Region przyjętych przez PKP PLK wzorów kontraktów wytypowano próbę 20 umów o łącznej wartości netto 5 130 934,0 tys. zł, tj. 37,9 % wartości ww. kontraktów zawartych przez Region badanym okresie. W badanej próbie ujęto wszystkie rodzaje kontraktów: po 5 umów każdego typu, o wartości netto odpowiednio: umowy w systemie „Buduj”

do stosowania „Wytycznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji w tym zakresie.

¹² Uchwała nr 872/2013 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 15 października 2013 r., Uchwała nr 845/2017 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 8 sierpnia 2017 r., Uchwała nr 1111/2017 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 15 listopada 2017 r., Uchwała nr 1181/2017 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 5 grudnia 2017 r., Uchwała nr 495/2019 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 13 sierpnia 2019 r., (dalej: KPZ)

¹³ System realizacji inwestycji budowlanych. Umożliwia on dopasowanie planów budowy do zmieniających się warunków oraz technicznych możliwości bez obowiązku zmiany umowy. System został opracowany, aby usprawnić wykonanie inwestycji przy jednoczesnym minimalizowaniu kosztów, co jest korzyścią zarówno dla inwestora jak i dla wykonawcy.

¹⁴ Zamawiający rozdziela wykonanie prac projektowych od zamówienia dotyczącego wykonania robót budowlanych.

¹⁵ Dalej: FIDIC. Umowy typu Projektuj i Buduj – tzw. żółty FIDIC, umowy typu Buduj – tzw. czerwony FIDIC

¹⁶ Uchwała nr 771/2018 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 2 października 2018 r., Uchwała nr 817/2018 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 16 października 2018 r., Uchwała nr 199/2019 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 26 marca 2019 r.

¹⁷ Wskazano m.in. zapisy podlegające edycji, lub usunięciu w celu dostosowania ich do potrzeb danego kontraktu oraz obszary, których modyfikacja była niedozwolona

¹⁸ Uzgodnienie zmian przyjętego do stosowania dokumentu dla wszystkich jednostek PKP PLK odbywało się e-mail oraz poprzez udostępnienie dokumentu (w trybie „śledź zmiany”) na platformie „SharePoint”.

z zastosowaniem czerwony FIDIC - 2 786 070,4 tys. zł; umowy w systemie „Projektuj i buduj” z zastosowaniem żółty FIDIC – 1 913 171,5 tys. zł; umowy na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC – 369 062,8 tys. zł oraz umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach projektu – 62 629,3 tys. zł.

(akta kontroli tom I str. 5-13; tom II str. 270-279; 319-329)

Ze 160 ww. umów, 94 umowy zostały zawarte w wyniku zamówień prowadzonych przez wydział zamówień w Regionie (w tym: 38 umów w systemie „Projektuj i buduj”, tzw. żółty FIDIC; 2 umowy na warunkach kontraktowych w systemie „Buduj”, tzw. czerwony FIDIC; 32 umowy na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC oraz 22 umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego). Wszystkie umowy podlegały uzgodnieniom z komórkami merytorycznymi, radcami prawnymi oraz zespołami obsługi prawnej. W 15 umowach zawartych przez Region uwzględniono zmiany względem dokumentacji bazowej, w tym: 5 umowach w systemie „Projektuj i buduj”, tzw. żółty FIDIC; nie dokonywano zmian w kontraktowych w systemie „Buduj” tzw. czerwony FIDIC; 2 umowach na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC oraz 8 umowach na zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego). Łącznie dokonano 249 zmian względem dokumentacji bazowej¹⁹ (w tym: 102 zmiany umowach w „Projektuj i buduj”, tzw. żółty FIDIC; 58 zmian w umowach na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC; 89 zmian w umowach na zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego). Nie dokonywano natomiast zmian w kontraktowych w systemie „Buduj”, tzw. czerwony FIDIC. W badanym okresie dokonano jednej zmiany względem dokumentacji bazowej w zakresie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji w umowie procedowanej przez wydział zamówień w Regionie, która dotyczyła robót budowlanych bez zastosowania FIDIC.

(akta kontroli tom II str. 271-280)

Przeprowadzone badanie na próbie 20 umów zawartych przez Region Centralny wykazało, że w 19 przypadkach (w tym w przypadku 14 na 15 zbadanych umów dotyczących robót budowlanych²⁰) stosowano przyjęte wzory i nie dokonywano zmian w zakresie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji ceny oraz zapisów dotyczących podwykonawców w stosunku do przyjętej dokumentacji bazowej.

(akta kontroli tom II str. 330-451)

1.2. Szczegółowe badanie zawieranych przez Region umów na roboty budowlane w zakresie zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w przedmiocie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji wykazało m.in., że zawarto w nich postanowienia zabezpieczające przed występowaniem przypadków tzw. podwójnej płatności (w sytuacji, w której zamawiający regulowałby wynagrodzenie za te same prace

¹⁹ Zmiany dotyczyły m.in.: zabezpieczenia należytego wykonania Umowy; rozszerzenie zapisów dotyczących wymagań i zatrudnienia na umowę o pracę pracowników obsługi Biura Inżyniera; wykreślenie definicji rezygnacja z wymogu przedkładania RCO (dokument miał charakter fakultatywny), wykreślenia postanowień o zatrudnianiu osób na podstawie umowy o pracę; doprecyzowania zapisów dotyczących płatności, personelu, przerehabrowanie paragrafu o ubezpieczeniu; okresu gwarancji i zgłaszania wad z umowy na roboty budowlane, zmian postanowień umowy w celu dostosowania do przedmiotu zamówienia i faktycznego zakresu prac przeznaczonych do wykonania; zapisów o kwocie warunkowej, zamknięciach torowych, zabezpieczenia wykonania, odpowiedzialności za wady, harmonogramu rzeczowo – finansowego i terminu wykonania umowy; przedmiotu umowy, wynagrodzenia i podstawy płatności, zobowiązań wykonawcy, personelu, kar umownych, wypowiedzenia umowy, poufności informacji oraz rozstrzygania sporów; uaktualnienia niektórych odnośników zmiany w § 23 i 24; dostosowania zapisu o do rozliczenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego itp.

²⁰ Tj. w przypadku: 5 kontraktów opartych o warunki kontraktowe w systemie „Buduj” tzw. czerwony FIDIC (wszystkie umowy wytypowane do badania); 5 kontraktów w systemie Projektuj i Buduj z zastosowaniem żółty FIDIC (wszystkie zbadane przypadki) i 4 (z 5 zbadanych) kontraktów na roboty budowlane bez zastosowania FIDIC.

wykonawcy, a następnie podwykonawcy)²¹ i zastosowano uregulowania zarówno w obrębie zapisów dotyczących wykonawców i podwykonawców, jak również w ramach zasad płatności wynagrodzenia oraz regulacji dotyczących kar umownych. Wszystkie badane umowy, zarówno zawarte z wykorzystaniem FIDIC oraz bez wykorzystania FIDIC, uwzględniały w swoich zapisach klauzule umowne w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności (w 14 na 15 zbadanych umów).

W objętych kontrolą umowach określono zasady włączania podwykonawców w proces realizacji zamówienia poprzez określenie m.in: zakresu, lokalizacji i rodzaju prac, których wykonanie dozwolone było przez zatrudnionych podwykonawców; obowiązku uzgadniania treści projektów umów zawieranych z podwykonawcami; obowiązku przedkładania kserokopii zawartych umów z podwykonawcami w wyznaczonym terminie. Zastosowane mechanizmy zabezpieczające inwestora uprawniały Region m.in. do: zgłaszania zastrzeżeń do treści projektów umów z podwykonawcami lub projektów zmian wprowadzanych w tych umowach (aneksy); żądania oświadczeń od stron umów podwykonawczych o wyrażeniu zgody na ich zawarcie w brzmieniu przedstawionym inwestorowi; ustalania terminu powstania ewentualnego roszczenia podwykonawcy, poprzez żądanie wskazania daty rozpoczęcia robót przez danego podwykonawcę (w tym wejścia na plac budowy); prowadzenia dokumentacji w postaci faktur wystawionych przez podwykonawców wraz z dowodami ich zapłaty.

Zgodnie z postanowieniami występującymi w 15 zbadanych umowach na roboty budowlane, Region zabezpieczył sobie mechanizmy pozwalający na weryfikacji zgłoszonych roszczeń (tzw. wniosków o bezpośrednią płatność). Zgodnie z przyjętą procedurą, Region (jako inwestor) zawiadamiał wykonawcę o otrzymaniu wniosku o bezpośrednią płatność i wzywał go do przedstawienia w wyznaczonym terminie (siedmiu dni) dowodów potwierdzających uregulowanie zobowiązania. W sytuacjach budzących wątpliwości lub nie dających się rozstrzygnąć co do wysokości roszczenia, lub co do wierzyciela, na mocy zapisów umownych Region był uprawniony do złożenia spornych środków do depozytu sądowego.

W 14 z 15 zbadanych umów na roboty budowlane zastosowano klauzulę dotyczącą waloryzacji ceny. Zapisy dotyczące waloryzacji ceny znajdowały się w § 22 umowy bez zastosowania FIDIC i § 6 umów z zastosowaniem FIDIC czerwony lub żółty, w których dodatkowo, w subklauzuli 1.1.4.13²² i 13.8²³, ustalono definicję wskaźnika

²² Zgodnie z subklauzulą 1.1.4.13 „Warunków szczególnych”: wskaźnik waloryzacji oznacza wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych (kwartalny), ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz. U. z 2015 r. poz. 747, ze zm.). Z czego wynika, m.in. że waloryzacja nastąpi, jeżeli wskaźnik wzrośnie średnio o 2% za ostatnie cztery kwartały poprzedzające waloryzację, to przy interpretacji PKP PLK S.A., aby dokonać waloryzacji wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych musiał by wzrosnąć o ponad 8% na przestrzeni czterech kwartałów (roku). Zmiany w tym zakresie dokonano w styczniu 2019 r. decyzją nr 4/2019 Członka Zarządu - dyrektora ds. realizacji inwestycji PKP PLK z dnia 31 stycznia 2019 r., którą wprowadzono nowe uregulowania w zakresie waloryzacji kontraktów, obejmujące kontrakty finansowane ze środków unijnych jak i krajowych. Zapisy te umożliwiają dokonanie waloryzacji, w oparciu o wyliczony wskaźnik waloryzacji, w którym bierze się pod uwagę wzrost lub spadek cen: towarów i usług konsumpcyjnych, robocizny, paliwa, cementy, stali, kruszywa i miedzi (dla zadań związanych z pracami z siecią trakcyjną) i z wyłączeniem miedzi dla zadań bez prac związanych z siecią trakcyjną. Ustalono limit wzrostu/spadku (na podstawie dokonanej waloryzacji) na 5% wartości robót netto wskazanych w kontrakcie w dniu jego zawarcia).

²³ Treść tej klauzuli (wg brzmienia ustalonego decyzją nr 30/2016 Członka Zarządu - dyrektora ds. realizacji inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 31 maja 2016 r. zmieniającej decyzję w sprawie przyjęcia do stosowania bazowych dokumentów dla zamówień realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. była następująca: „Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu. Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią: Cena kontraktowa netto, wchodząca w skład Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określona w § 3 Umowy, będzie waloryzowana o Wskaźnik waloryzacji według SubKLAUZULI 1.1.4.13 Warunków Szczególnych. Waloryzacja nastąpi na wniosek Wykonawcy po każdym 12 miesiącach od podpisania Umowy oraz przy wzroście wartości wskaźnika określonego według SubKLAUZULI 1.1.4.13

inflacji i określono zasady wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia. Zapisy dotyczące urealnienia wynagrodzenia obowiązywały tylko w umowach zawartych na czas oznaczony, przekraczający 12 miesięcy. W zależności od okresu na jaki zawarto umowę lub zawarto aneks do niej, różnicowano katalogi zdarzeń uprawniających do waloryzacji. Na przykład od października 2019 r., w następstwie wejścia w życie ustawy z 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych²⁴, jako jedną z przyczyn waloryzacji wskazywano zmiany w sposobie gromadzenia środków w pracowniczych planach kapitałowych.

Wykonawca kontraktu, w przypadku zmiany ceny z powodu wzrostu kosztów wynikających z waloryzacji wynagrodzenia²⁵, był zobowiązany wystąpić z pisemnym wnioskiem o waloryzację, w którym miał obowiązek wykazać wartość wzrostu kosztu, przedstawiając jego kalkulację wraz z oświadczeniem o liczbie i wymiarze czasu pracy pracowników. Na podstawie zapisów zbadanych umów (14 z 15), Region był uprawniony do weryfikacji złożonych przez wykonawcę kalkulacji, w tym dostępu do dokumentów źródłowych (zgłoszenia pracowników do ZUS, list obecności osób zgłoszonych na placu budowy, umów o pracę lub cywilnoprawnych).

(akta kontroli tom II str. 330-438)

W jednej umowie objętej badaniem (Nr 90/101/0096/18/Z/I) zawartej w trybie bez zastosowania FIDIC w dniu 8 listopada 2018 r i dotyczącej wykonania robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie, w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej – Prace na moście Gdańskim w Warszawie”), dokonano zmiany w części dotyczącej podwykonawców (§ 11 pkt 12) poprzez wykreślenie części zapisów zabezpieczających zamawiającego przed tzw. podwójną płatnością²⁶, a także w treści tej umowy wykreślono zapisy dotyczące waloryzacji ceny (znajdujące się

Warunków Szczególnych średnio o co najmniej 2 % za ostatnie cztery kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację. Waloryzacja będzie obliczana na podstawie średniej wskaźników określonych według SubKLAUZULI 1.1.4.13 Warunków Szczególnych za ostatnie cztery kwartały poprzedzające waloryzację. Pierwsza waloryzacja nastąpi tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje Roboty w terminach określonych w HRF. Za zakończone Roboty, Zamawiający będzie uważał tylko te Roboty, dla których zostało wystawione Przejściowe Świadczenie Płatności. Waloryzacji będą podlegać wartości Robót poświadczonych w Przejściowych Świadczeniach Płatności. Waloryzacji nie podlegają wartości Robót wprowadzonych do Umowy na podstawie § 5 Umowy oraz SubKLAUZULI 20.1 Warunków ogólnych.

²⁴ Dz.U z 2020 r. poz. 1342 ze zm., dalej: ustawa PPK.

²⁵ W przypadku: zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zmianie może ulec zaakceptowana Kwota Kontraktowa o wykazaną przez Wykonawcę wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń pracowników, do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia lub jej odpowiedniej części (w przypadku pracowników zatrudnionych w wymiarze niższym niż pełen etat), z uwzględnieniem wszystkich publicznoprawnych obciążeń. W przypadku zmiany przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zmianie może ulec zaakceptowana Kwota Kontraktowa o wykazaną przez Wykonawcę wartość wzrostu całkowitego kosztu zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej.

²⁶ poprzez wykreślenie zapis o treści: „W ciągu 30 dni od daty zapłaty Wykonawcy za daną część Robót Wykonawca przedłoży Zamawiającemu oświadczenia Podwykonawców oraz dalszych Podwykonawców, o których mowa w art. 143c ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, biorących udział w realizacji Robót odebranych i poświadczonych do zapłaty w Świadczeniu Płatności przez przedstawiciela Zamawiającego, że ich roszczenia za wykonanie podzleconych Robót zostały uregulowane wraz z fakturą/ rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz dowodem ich zapłaty Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych Robót, pod rygorem wstrzymania zapłaty następnych części należnego wynagrodzenia (udzielenia kolejnej zaliczki) w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.”

w § 32a) i kwoty warunkowej (zapisy znajdujące się w wykreślonym § 37). Dokonane zmiany warunków umowy nie odpowiadały wzorom kontraktów przyjętym przez Spółkę²⁷.

(akta kontroli tom II str. 356-362)

Dyrektor Regionu wyjaśnił m.in., że postanowienia § 11 pkt 12 znajdują zastosowanie w przypadku kontraktów z terminem realizacji powyżej 12 miesięcy. W omawianej umowie termin realizacji zamówienia stanowił jedno z kryteriów oceny oferty. W SIWZ określono maksymalny, deklarowany w ofercie termin realizacji zamówienia, który nie mógł przekraczać 12 miesięcy. Najkorzystniejszą ofertę złożyło Konsorcjum, które zadeklarowało 9 – miesięczny termin realizacji zamówienia. Zgodnie z terminami określonymi w harmonogramie rzeczowo – finansowym (HRF), wykonawca zadeklarował zakończenie wszystkich prac i robót objętych przedmiotem zamówienia, w tym przekazanie kompletnej dokumentacji powykonawczej, potwierdzone dokonaniem przez zamawiającego odbioru końcowego – 9 miesięcy. Zakres przedmiotu umowy objęty certyfikacją wykonawca zobowiązany był wykonać do 23.12.2019 r. Przeprowadzony odbiór końcowy polegał na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do ich zakresu (ilości) oraz jakości, zaś odbiór ostateczny polegał na ocenie ilości i jakości wykonania całości przedmiotu umowy, po dostarczeniu zamawiającemu zaktualizowanej geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej dla całości przedmiotu umowy oraz dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych. Powyższe wpłynęło na wykreślenie postanowienia zawartego § 32 a pn. „Waloryzacja ceny” - z uwagi na 9 miesięczny termin wykonania umowy. Przedmiotem umowy było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, w którym wykonawca realizował swoje obowiązki jako pracodawca uwzględniający obowiązujące stawki wynagrodzeń za pracę, stawki składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Dostarczenie przez wykonawcę kompletu dokumentów związanych z certyfikacją i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych nie ma wpływu na termin zakończenia i odbioru robót oraz uruchomienia eksploatacyjnie obiektu. Nadmienić należy, że uzyskanie certyfikacji nie jest elementem, który może podlegać waloryzacji. W odniesieniu do wykreślenia z umowy postanowień dot. kwoty warunkowej (§ 37) Dyrektor Regionu stwierdził, że kwota warunkowa nie była przewidziana w przedmiotowym zamówieniu. Postanowienia dokumentu bazowego dającego wytyczne co do formułowania postanowień umownych w tym zakresie wskazują na ich fakultatywny charakter i konieczność ich pozostawienia w treści docelowej umowy tylko wówczas, gdy znajdują zastosowanie, w przeciwnym razie podlegają wykreśleniu, tak jak miało to miejsce w przypadku ww. umowy. Dokonane zmiany nie nosiły znamion odrębności od treści dokumentów bazowych, a jedynie stanowiły wyraz dostosowania treści umowy do specyfiki przedmiotu zamówienia, w granicach wyznaczonych wytycznymi.

(akta kontroli tom I str. 245-249)

1.3. Wyniki badania próby pięciu umów na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego wskazały m.in., że zapisy chroniące interes inwestora (Regionu) uwzględnione zostały w postaci regulacji dotyczących: kar umownych (w § 13), przesłanek wypowiedzenia umowy (w § 14), podwykonawców (w § 22) oraz waloryzacji (w § 21). Zgodnie z zapisami ww. umów, wykonawca mógł powierzyć wykonywanie prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy podwykonawcom jedynie po uzyskaniu uprzedniej zgody zamawiającego, wyrażonej

²⁷ Decyzją 10/2014 z 21 marca 2014 r. zmienione, decyzją nr 54/2018 z dnia 13 sierpnia 2018 r. członka zarządu PKP PLK S.A.

w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem przepisów ustawy PZP dotyczących umowy o podwykonawstwo. Dokonanie zmiany lub rezygnacja z podwykonawcy w trakcie realizacji umowy przez wykonawcę mogło nastąpić po uzyskaniu wcześniejszej pisemnej zgody Regionu jako zamawiającego. Stwierdzenie przez zamawiającego wykonywania usługi w ramach umowy przez niezaakceptowanych podwykonawców powodowało obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości 10.000,00 zł za każdy przypadek. W przypadku zlecenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom, do każdej faktury wykonawca był zobowiązany przedłożyć oświadczenie wraz z oświadczeniami podwykonawców, że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym daną fakturą, zostały zapłacone. Zestawienie załączone do faktury VAT powinno zawierać wykaz prac wykonanych przez podwykonawców objętych tą fakturą. Wykonawca zobowiązany był również do dostarczenia zamawiającemu, w ciągu 14 dni od daty wystawienia ostatniej faktury, oświadczeń (wykonawcy i podwykonawców), że wszystkie należne faktury z tytułu realizacji umowy zostały zapłacone. W przypadku uchylania się wykonawcy od ww. obowiązków, zamawiający był uprawniony do wstrzymania płatności części wynagrodzenia objętego daną fakturą wykonawcy - do czasu przedstawienia właściwych oświadczeń lub wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że wynagrodzenie należne podwykonawcy zostało zapłacone, albo że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę. Nieprzedłożenie ww. oświadczeń o uregulowaniu należności lub przedłożenie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością obarczone było karą umowną w wysokości 500,00 zł za każdy przypadek. Jedną z przesłanek wypowiedzenia umowy przez zamawiającego było powierzenie przez wykonawcę wykonywania swoich obowiązków podmiotom trzecim bez zgody zamawiającego lub wykonywanie umowy przy użyciu personelu niezaakceptowanego przez zamawiającego.

Waloryzacja wynagrodzenia, zgodnie z zapisami ww. umów, mogła nastąpić tylko w przypadku uznania przez zamawiającego wniosku wraz z wyliczeniem przedstawionym przez wykonawcę, w którym uzasadni on korektę ceny umownej w związku ze zmianą: stawki VAT²⁸, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę²⁹, a także zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym albo ubezpieczeniu zdrowotnemu albo wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jeżeli wykonawca wykaże, że zmiany te miały wpływ na koszty wykonania usługi. W sytuacji, kiedy wniosek i wyliczenia nie uzasadniają korekty wynagrodzenia, zamawiający (Region) nie wyraża zgody na taką zmianę.

(akta kontroli tom II str. 439 -451)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości

OCENA CZĄSTKOWA

Region stosował przekazane przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do stosowania aktualne wzory umów na roboty budowlane i nadzór nad realizacją projektu, w których zawarto postanowienia zabezpieczające interes Skarbu Państwa w zakresie skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. Badanie przeprowadzone na próbie 20 umów (wszystkich typów) zawartych w kontrolowanym okresie, wykazało, że nie zawierały one postanowień niezgodnych z prawem.

²⁸ W stopniu odpowiadającym zmianie stawki podatku VAT (+/-)

²⁹ Ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

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

Opis stanu faktycznego

2.1 Monitoring roszczeń podwykonawców zgłaszanych w trybie art. 647¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny³⁰ prowadzony był w Regionie w zespołach projektowych nadzorowanych przez osoby odpowiedzialne za zarządzanie realizacją projektu inwestycyjnego, tj. dyrektorów projektu - zgodnie z wymaganiami obowiązującymi w regulacjach wewnętrznych Spółki³¹ oraz przy użyciu platformy EPM³². Dla dwóch umów³³ wprowadzono szczególne rozwiązanie w postaci dodatkowego monitoringu roszczeń³⁴. Raporty te, sporządzane przez Wydział Ekonomiczno – Finansowy, kierowane były do Wydziału Operacyjnego Biura Centrum oraz do wiadomości dyrektora Centrum, dyrekcji Regionu i Wydziału ds. Obsługi Prawnej w Regionie.

(akta kontroli tom I str. 43-50, 56-73; tom II str. 295-299)

W okresie objętym kontrolą rozpatrywanie i realizacja wniosków dotyczących uruchomienia procedury solidarnej odpowiedzialności w trybie art. 647¹ § 1 kc w Regionie odbywała się w oparciu o akty wewnętrzne Spółki³⁵ oraz zapisy umowne w zawieranych kontraktach budowlanych³⁶. Osobą odpowiedzialną za rozpatrywanie i realizację wniosków był dyrektor projektu, w ramach którego takie roszczenie zaistniało³⁷. Dyrektor projektu podejmował decyzję co do zasadności

³⁰ Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm., dalej: kc.

³¹ Procedura obowiązująca w Podręczniku procedur wdrażania projektów kolejowych Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020 stanowiąca załącznik do Uchwały Nr 208/2018 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 14 marca 2018 r. oraz obowiązująca w okresie od 18 listopada 2014 r. do dnia 14 marca 2018 r. (uchwalono nową wersję podręcznika) na podstawie uchwały Nr 892/2014 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe z dnia 18 listopada 2014 r.) Dalej: Podręcznik procedur wdrażania projektów kolejowych.

³² System Oracle Enterprise Performance Management.

³³ Umowa nr 90/101/0038/17/ZI (LK7) oraz umowa nr 90/101/0094/17/ZI/(E20). Dla pierwszej umowy ze względu na dużą ilość roszczeń podwykonawców firmy Astaldi wprowadzono szczególne rozwiązanie w postaci dodatkowego wewnątrz spółkowy monitoring roszczeń, a raportowanie w okresie od października 2018 r. do lipca 2019 r. miało charakter codziennych sprawozdań o liczbie wpływających roszczeń, roszczeniach uwzględnionych i nieuwzględnionych. Z kolei dla drugiej umowy dodatkowy monitoring wynikał z konieczności wskazywania wypłat w ramach kwartalnych raportów przedkładanych do CUPT z uwagi na ujęcie tych wypłat, jako kosztów kwalifikowanych.

³⁴ W zakresie tych roszczeń w okresie od października 2018 do lipca 2019 r. zobowiązano zespół do sporządzania codziennych raportów w zakresie ilości i wartości dziennych bezpośrednich zapłat dokonanych na rzecz podwykonawców w odpowiedzi na wpływające roszczenia, które zostały pozytywnie uwzględnione i przekazane do wypłaty. Od sierpnia 2019 r. do połowy stycznia 2020 r. częstotliwość powyższego raportowania zmniejszyła się do raportu tygodniowego. Od stycznia 2020 roku w związku z zaspokojeniem większości roszczeń podwykonawców charakter raportowania przybrał formę informacji przekazywanej w momencie dokonania bezpośredniej płatności.

³⁵ Podręcznik Zarządzania Sporami Inwestycyjnymi w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. stanowiący załącznik do Uchwały Nr 960/2016 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 4 października 2016 r. Dalej: Podręcznik zarządzania sporami w PKP. Podręcznik procedur wdrażania projektów kolejowych w PKP. Podręcznik procedur wdrażania projektów kolejowych w ramach instrumentu „Łącząc Europę” (Connecting Europe Facility – CEF) stanowiący załącznik do Uchwały nr 92/2016 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 2 lutego 2016 r. Dalej: Podręcznik procedur wdrażania projektów kolejowych „Łącząc Europę” w PKP.

³⁶ Subklauzula 1.14 Warunków Szczególnych Kontraktu – Solidarna odpowiedzialność.

³⁷ Podstawowym dokumentem regulującym zakres obowiązków Dyrektora projektu oraz podlegającego mu Zespołu jest Regulamin Organizacyjny PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji stanowiący załącznik do Uchwały Nr 682/2018 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 28 sierpnia 2018 r. Zgodnie z § 36 ust. 3 i 4 w/w Regulaminu, Dyrektor projektu odpowiada za realizację przypisanego mu projektu i występuje, jako reprezentant Zamawiającego na podstawie i w zakresie pełnomocnictwa udzielonego w odrębnym trybie. Dyrektor projektu uczestniczy we wszystkich fazach realizacji projektu (od fazy przygotowania do fazy zakończenia i rozliczenia realizacji).

roszczenia, przekazując ją w formie pisemnej lub mailowej kierownikowi kontraktu. Przed podjęciem decyzji dyrektor projektu mógł zasięgnąć opinii komórki organizacyjnej ds. doradztwa technicznego lub komórki organizacyjnej ds. obsługi prawnej w Regionie oraz właściwej komórki ze względu na charakter zagadnienia zarówno w Regionie, jak i w Centrali Spółki.

(akta kontroli tom I str. 43-50, 56-73; tom II str. 295-299)

W przypadku konieczności wypłaty roszczenia należnego podwykonawcy, dyrektor projektu składał pisemny wniosek o wypłatę wynagrodzenia dla podwykonawcy, który był weryfikowany przez Wydział ds. Obsługi Prawnej oraz Wydział Ekonomiczno – Finansowy, a następnie podpisywany według kompetencji finansowych przez dwóch zastępców Dyrektora Regionu lub Zastępcę Dyrektora Regionu z Dyrektorem Regionu. W przypadku, gdy roszczenie było niezasadne, proces realizowany w ramach procedury kończył się na poziomie zespołu projektowego, o czym informowano w piśmie skierowanym do podwykonawcy o odmowie zapłaty wraz z podaniem przyczyn. W przypadku gdy wykonawca przysyłał informację do Regionu wraz z oświadczeniem podwykonawcy, iż należności zostały uregulowane, Region podejmował decyzję, iż roszczenie było niezasadne³⁸.

(akta kontroli tom II str.295-299; tom II str. 476)

W okresie od 1 stycznia 2017 do 30 czerwca 2020 r. do Regionu wpłynęło łącznie 148³⁹ wniosków dotyczących uruchomienia procedury solidarnej odpowiedzialności w trybie art. 647¹ § 1 kc ⁴⁰ (w 2017 r. – nie wpłynął żaden wniosek, w 2018 r. – 73 wnioski, w 2019 r. – 58 wniosków, w I półroczu 2020 r. – 15 wniosków) na łączną kwotę zgłoszonych roszczeń w wysokości 164 900,8 tys. zł (w 2017 r. – brak roszczeń, w roku 2018 - 67 680,9 tys. zł, w roku 2019 - 76 754,6 tys. zł, w roku 2020 r. (I półrocze) - 20 465,3 tys. zł). Spośród złożonych wniosków, w Regionie rozpatrzono pozytywnie 130 wniosków na łączną kwotę roszczeń 131 511,0 tys. zł oraz negatywnie 16 wniosków na łączną kwotę roszczeń 33 594,6 tys. zł, a 2 wnioski, do dnia zakończenia czynności kontrolnych, były w trakcie rozpatrywania. W okresie objętym kontrolą Region odzyskał 88 991, 8 tys. zł wypłaconych roszczeń poprzez potrącenie z wierzytelności przysługujących wykonawcom wobec Spółki.

(akta kontroli tom I str. 35, 74-79; tom II str. 473-475)

W wyniku analizy roszczeń dobranych pod względem najwyższych wysokości wypłaconych kwot na łączną kwotę 61 840,7 tys. zł. ustalono, że w każdej sprawie, skutkiem zapłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom, było powstanie po

³⁸ W zakresie zespołu IRR 1/3 ds. modernizacji linii kolejowej nr 7 roszczenia w ramach solidarnej odpowiedzialności były realizowane w formie ugód mediacyjnych pomiędzy zamawiającym a danym podwykonawcą podpisywanych przez osoby z Dyrekcji Regionu posiadające pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki PKP i osoby uprawnione ze strony podwykonawców do reprezentowania Spółki na podstawie udzielonych pełnomocnictw.

³⁹ 2 wnioski zostały złożone przed rokiem 2017 - wnioski te były procedowane w okresie objętym kontrolą. Łączna kwota zgłoszonych roszczeń przed 2017 r. wyniosła 204,8 tys. zł.

⁴⁰ Zgodnie z art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. 2019 r. poz. 1145) w brzmieniu obowiązującym od 1 czerwca 2017 r. inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Zgodnie z art. 647¹ § 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. 2016 r. poz. 380) w brzmieniu obowiązującym do 31 maja 2017 r. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

stronie PKP roszczeń regresowych. W trakcie rozpatrywania roszczeń w Regionie dokonano prawidłowej weryfikacji statusu zgłoszenia i zatwierdzenia podwykonawcy oraz zakresu i przedmiotu robót objętych umową podwykonawczą. W razie potrzeby wzywano podwykonawców do uzupełnienia złożonych wniosków dotyczących wypłaty roszczenia o brakujące dokumenty oraz złożenia niezbędnych wyjaśnień w zakresie wykazania zasadności dokonania na jego rzecz bezpośredniej płatności. 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. 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. Pozostała do odzyskania od wykonawcy kwota 17 333,3 tys. zł dotyczyła jednego kontraktu (Centrala PKP PLK S.A. jest w trakcie postępowania sądowego w tej sprawie)⁴¹ i od jego wyniku zależy możliwość odzyskania środków od wykonawcy.

Dyrektor Regionu wyjaśnił m.in., iż ryzyko nieodzyskania środków wypłaconych podwykonawcom związane jest z sytuacją prawną Lidera Konsorcjum, który objęty jest właściwą prawu włoskiemu procedurą „concordato preventivo”. Podmiot ten kwestionuje zasadność roszczeń Spółki i powołuje się na okoliczność objęcia ich konsekwencjami postępowania upadłościowego. Postępowania sądowe z Liderem Konsorcjum jest na etapie początkowym (sądy nie przeprowadziły jeszcze postępowania dowodowego).

(akta kontroli tom I str.36-38, 241; tom II str. 471-472)

W latach 2017 – 2020 (I półrocze) mechanizm rozliczania finansowego z wykonawcą określały w Regionie warunki umowne zawarte w dokumentach bazowych Spółki, które miały za zadanie eliminację ryzyka podwójnej płatności za te same prace⁴². Dla umów opartych o wytyczne FIDIC kluczowymi subklauzulami opisującymi ten mechanizm była subklauzula 14.3 „Występowanie o przejściowe świadectwa płatności”⁴³, subklauzula 14.6 „Wystawianie przejściowych świadectw płatności” oraz subklauzula 14.7 „Płatność”. Płatność wykonawcy realizowana była na podstawie otrzymanych faktur wraz z PŚP. Wykonawca występował z wnioskiem do Inżyniera projektu o wystawienie PŚP, które wraz z protokołami odbioru było podstawą do wystawienia faktury przez wykonawcę. Każde rozliczenie przejściowe zawierało oświadczenie wykonawcy i podwykonawców, że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o PŚP, zostały zapłacone. Dokumenty rozliczeniowe były weryfikowane i wystawiane przez inżyniera⁴⁴.

⁴¹ W lutym 2019 r. Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej w imieniu PKP PLK S.A. złożyła pozew sądowy do Sądu Okręgowego w Warszawie przeciwko Konsorcjum, w którym m.in. zostało ujęte roszczenie z tytułu rekompensaty za poniesione koszty bezpośrednich płatności na rzecz Podwykonawców udokumentowane notami obciążeniowymi od nr 1 do nr 10 za okres od 31.10.2018 do 30.11.2018 r. Przygotowanie pozwu sądowego w imieniu PKP PLK S.A. przeciwko Astaldi prowadzone było przez Prokuraturę Generalną Rzeczypospolitej Polskiej we współpracy z radcami prawnymi Spółki. Ponadto w lipcu 2020 r. zostało sporządzone jednostronne potrącenie nr IREEF1g-323-14/2020 rozliczające zatrzymane kwoty zobowiązań wynikających z faktury nr ZFV38000014, ZFV38000015 z notami obciążeniowymi od nr 11 do nr 19 za okres od 11.12.2018 do 20.02.2019 r.

⁴² W umowach z wykonawcami wprowadza się jako warunek zapłaty na rzecz wykonawcy między innymi obowiązek przedłożenia oświadczenia podwykonawców o otrzymaniu wymaganych należności (art. 143 d ust. 1 pkt 4 pzp).

⁴³ Dalej: PŚP.

⁴⁴ W umowach dla projektów krajowych wykonawca przedkłada zamawiającemu oświadczenia podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, o których mowa w art. 143 c ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, biorących udział w realizacji prac i robót odebranych i poświadczonych do zapłaty w fakturze przez

2.3. Na podstawie analizy roszczeń zgłoszonych przez podwykonawców, które zakończyły się odmową wypłaty lub częściową odmową wypłaty na łączną kwotę wnioskowanych roszczeń 21 142,3 tys. zł stwierdzono m.in., że przyczynami takiej odmowy był fakt, iż w czterech zgłoszonych roszczeniach wierzytelność została uregulowana przez wykonawcę po otrzymaniu z Regionu wezwania do zapłaty na rzecz podwykonawcy. W jednym przypadku wykonawca częściowo uregulował wierzytelność, a częściowo wystąpił do Regionu o potrącenie wierzytelności przysługującej wykonawcy i dokonanie częściowej bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy przez Region w trybie art. 647¹§ 1 k.c. W dwóch kolejnych roszczeniach odmówiono wypłaty, gdyż zgłoszona kwota roszczeń była kwotą zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z uwagi na brak zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej, nie było podstaw do wypłaty roszczenia. W kolejnym badanym roszczeniu – inżynier projektu zweryfikował⁴⁵ i potwierdził zasadność płatności roszczenia co do prawidłowej wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy (w oparciu o otrzymane pismo od wykonawcy) i w tym przypadku dokonano częściowej bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy, a w pozostałej części odmówiono wypłaty roszczenia. W kolejnym przypadku roszczenie okazało się niezasadne, gdyż wykonawca rozwiązał umowę z podwykonawcą ze względu na realizację robót niezgodnie z umową i dokumentacją projektową. Wykonawca naliczył kary umowne podwykonawcy. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy, część kwoty została rozliczona z podwykonawcą zgodnie z ustaleniami między stronami (umowa podwykonawcza), natomiast pozostała kwota została przez wykonawcę zatrzymana na poczet gwarancji należytego wykonania umowy - zgodnie z umową podwykonawczą (podwykonawca nie przedłożył gwarancji bankowej ani ubezpieczeniowej). W pozostałym przypadku odmówiono wypłaty roszczenia, gdyż podwykonawca nie przedstawił prawidłowych protokołów obmiaru będących podstawą wystawienia faktur zgodnie z umową podwykonawczą (brak prawidłowego wykonania wszystkich prac), a tym samym brak było podstaw do wystawienia faktur przez podwykonawcę. Ponadto wartość, o której zwrot wniósł podwykonawca, razem z zapłaconymi fakturami przez wykonawcę, przekraczała wartość umowy podwykonawczej. Jedno z badanych roszczeń podwykonawcy zostało wypłacone w wyniku wyroku sądowego⁴⁶. Postępowanie dotyczyło żądania podwykonawców o zapłatę wynagrodzenia zatrzymanego na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy⁴⁷, które według stanowiska Spółki nie zostało uznane jako zasadne do wypłaty⁴⁸. Podwykonawcy nie zgodzili się z decyzją Spółki i sprawę skierowali do Sądu. Na podstawie wyroku Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego Spółka dokonała zapłaty wynikających z nich należności. W celu odzyskania wypłaconych środków z tytułu roszczeń podwykonawców z art. 647¹§ 1 kc, w dniu 16.04.2020 r.

przedstawiciela zamawiającego, że ich roszczenia za wykonanie podzleconych prac lub robót zostały uregulowane wraz z dowodami zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, pod rygorem wstrzymania zapłaty następnych części należnego wynagrodzenia (udzielenia kolejnej zaliczki) w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Roszczenie zostało uregulowane na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy z dnia 14.03.2019 r. (Sygn. akt XXVI GC 924/17) oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie VII Wydział Gospodarczy z dnia 28.01.2020 r. (Sygn. akt VII AG 578/19).

⁴⁷ Kwota stanowiąca w sumie zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które zostało pozyskane poprzez zatrzymanie przez wykonawcę z wartości faktur wystawionych za roboty budowlane przez podwykonawcę.

⁴⁸ Opinia prawna Rady prawnego zatrudnionego w Regionie Centralnym z dnia 13 listopada 2017 r. nr IREOP1-071-MG-88/17.

została złożona skarga kasacyjna, która zaskarża w całości wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie⁴⁹. Do dnia zakończenia kontroli NIK skarga kasacyjna jest rozpatrywana przez Sąd Najwyższy. Kwota utracona z uwagi na brak możliwości odzyskania od Wykonawcy wyniosła 73,6 tys. zł – koszty sądowe i odsetki.

(akta kontroli tom I str. 36-38; tom II str. 292)

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 Wydziale Operacyjnym w Biurze Centrum, które na bieżąco aktualizowało tabele roszczeń wykonawców. Raporty te kierowano również do wiadomości Dyrektora Regionu.

(akta kontroli tom I str.56-73; tom II str. 295-299, 476)

W latach 2017 – 2020 (I półrocze) w Regionie prowadzono bieżący monitoring cen, w tym odnoszących się do kluczowych materiałów budowlanych wykorzystywanych w trakcie realizacji zamówień publicznych przez PKP PLK. S.A. Polegał on na wykorzystaniu bieżących danych cenowych publikowanych w systemach publikacji cenowych BISTYP, INTERCENBUD, SEKOCENBUD. Powyższe dane/publikacje Region posiadał w wersji papierowej (książki) oraz elektronicznej (na nośnikach CD) i były one zdeponowane w siedzibie Wydziału Wycen Inwestycyjnych.

(akta kontroli tom I str. 56-73)

Rozpatrywanie i realizacja wniosków dotyczących uruchomienia umownych klauzul waloryzacyjnych w Regionie odbywało się w oparciu o akty wewnętrzne Spółki oraz podpisane umowy na kontrakty budowlane, które zawierały szczegółowe regulacje dotyczące procedury rozpatrywania klauzul waloryzacyjnych⁵⁰. Osobą odpowiedzialną za rozpatrywanie i realizację wniosków (tak jak w przypadku procedury solidarnej odpowiedzialności) był również dyrektor projektu, w ramach którego takie roszczenie zaistniało. W trakcie rozpatrywania roszczeń waloryzacyjnych inżynier projektu dokonywał weryfikacji zasadności wniosku wykonawcy w oparciu o weryfikację danych wymaganych subklauzulą 1.1.4.13⁵¹ oraz weryfikację spełnienia warunku realizacji robót określonych w HRF⁵². Po ostatecznym rozstrzygnięciu wniosku, w przypadku braku podstaw do wypłaty należnej wierzytelności, Region pisemnie informował wnioskodawcę o realizacji roszczenia.

(akta kontroli tom I str. 56-73; tom II str. 295-299)

W okresie od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 roku do Regionu wpłynęło 49 wniosków dot. uruchomienia umownych klauzul waloryzacyjnych w trybie art. 358¹§ 2 kc⁵³ (w 2017 r. brak wniosków, w 2018 r. wpłynęły 4 wnioski, w 2019 r. wpłynęło 27 wniosków, w I półroczu 2020 r. wpłynęło 18 wniosków) na łączną kwotę zgłoszonych roszczeń w zakresie waloryzacji umownej 120 635 tys. zł (w 2017 r. – brak roszczeń, w 2018 r. – 12 352,4 tys. zł, w 2019 r. – 66 989, 4 tys. zł, w I półroczu 2020 r. – 41 293,2 tys. zł). Z 49 wniosków pozytywnie rozpatrzono 16 w zakresie

⁴⁹ Zaskarżonemu wyrokowi zarzuca się naruszenie praw materialnych.

⁵⁰ Procedury, które obowiązywały w Podręcznikach wskazanych dla procedury solidarnej odpowiedzialności. subklauzula 13.8 oraz weryfikacja danych wymaganych subklauzulą 1.1.4.13 oraz weryfikacja spełnienia warunku realizacji robót określonych w HRF.

⁵¹ Subklauzula 1.1.4.13 „Wskaźnik Waloryzacji”.

⁵² Harmonogram Rzeczowo Finansowy.

⁵³ Zgodnie z art. 358¹§ 2 strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądz miernika wartości.

zmiany (zwiększenia) wynagrodzenia wykonawców na łączną kwotę 60 671 tys. zł⁵⁴. 31 wniosków rozpatrzono negatywnie na łączną kwotę roszczeń 41 295,24 tys. zł. 2 wnioski, do dnia zakończenia czynności kontrolnych, były w trakcie rozpatrywania. Przyczyną odmowy realizacji wniosków dotyczących waloryzacji umownej było m.in. to, że wskaźnik wzrostu określony w subklauzuli 13.8 warunków szczególnych kontraktu, nie osiągnął poziomu 2 % za cztery poprzedzające kwartały, nie dokonano również zmian wynagrodzenia roszczeń oddalone z uwagi na trwające negocjacje sposobu rozliczeń – konieczność wprowadzenia korekty współczynników.

(akta kontroli tom I str. 39, 260-265)

2.5 W wyniku badania próby złożonych wniosków w zakresie uruchomienia umownych klauzul waloryzacyjnych, które zostały rozpatrzone w Regionie Centralnym na łączną kwotę 6589,8 tys. zł ustalono m.in., że we wszystkich przypadkach, które zostały rozpatrzone negatywnie wykonawca przyjął błędną metodologię obliczenia waloryzacji umownej.

Zgodnie z 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. Inwestor zakwestionował jednak sposób obliczania wskaźnika waloryzacji przez wykonawcę⁵⁵. Obliczony przez Wykonawcę wskaźnik wzrostu nie przekraczał progu 2 % umożliwiających zastosowanie waloryzacji ceny kontraktowej i uzyskany wynik skutkowało nieuwzględnieniem roszczeń.

(akta kontroli tom I str. 40-42, 105; tom II str. 293-294)

W okresie objętym kontrolą Region Centralny nie zastosował klauzuli rebus sic stantibus, a żadna waloryzacja, nie została zasądzona przez Sąd na dzień 30 czerwca 2020 roku.

(akta kontroli tom I str. 260-265)

W Regionie do badanych wniosków uzyskano dwie opinie prawne z zewnętrznych kancelarii prawnych dotyczące interpretacji postanowień Subklauzuli 13.8 Warunków kontraktu, tj.: opinię prawną z dnia 13 lutego 2019 r.⁵⁶ oraz z dnia 13 grudnia 2019 r.⁵⁷, których przedmiotem była ocena zasadności wniosku Wykonawcy o dokonanie waloryzacji. Zgodnie z tymi opiniami 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. Wskaźnik waloryzacji, o którym

⁵⁴ Łączna kwota zmiany wynagrodzenia wykonawcy (zmniejszenie wynagrodzenia) w okresie objętym kontrolą wyniosła 28 548,3 tys. zł.

⁵⁵ Wskaźnik waloryzacji, o którym mowa w subklauzuli 1.1.4.13 WSU oznacza wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych (kwartalny) ogłaszany w Dzienniku Urzędowym GUS.

⁵⁶ Zlecona dla projektu „Poprawa przepustowości linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Kutno, Etap I” w trakcie rozpatrywania złożonego przez Wykonawcę wniosku waloryzacyjnego oraz złożonego powiadomienia o roszczeniu przejściowym dotyczącym waloryzacji.

⁵⁷ Zlecona dla projektu CEF „Prace na liniach kolejowych nr 14, 811 na odcinku Łódź Kaliska – Zduńska Wola – Ostrów Wlkp., Etap I: Łódź Kaliska – Zduńska Wola w trakcie rozpatrywania złożonych przez Wykonawcę dwóch wniosków dotyczących uruchomienia klauzul waloryzacyjnych. Wykonawca ze względu na odrzucenie tych wniosków złożył również powiadomienie o roszczeniu przejściowym w tym zakresie.

mowa w subklauzuli 1.1.4.13 WSU oznacza wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych (kwartalny) ogłaszany w Dzienniku Urzędowym GUS. Warunkiem dokonania waloryzacji jest, by na dzień złożenia wniosku Wykonawca realizował roboty w terminach określonych w HRF.

Dyrektor Regionu wyjaśnił, iż w trakcie rozpatrywania wniosków o uruchomienie umownych klauzul waloryzacyjnych, w tym roszczeń waloryzacyjnych zgłaszanych na podstawie subklauzuli 13.8 kontraktów budowlanych, w sprawach bardziej skomplikowanych korzystano z opinii prawnych wydanych przez zewnętrzne kancelarie prawne lub też z wewnętrznych opinii prawnych sporządzonych przez prawników zatrudnionych w Spółce.

(akta kontroli tom I str. 109-226)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

OCENA CZĄSTKOWA

Region prowadził monitoring roszczeń podwykonawców w ramach procedury solidarnej odpowiedzialności oraz monitoring zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych. Roszczenia rozpatrywano zgodnie z wymaganiami obowiązującymi w regulacjach wewnętrznych Spółki, a w przypadkach budzących wątpliwości, korzystano ze zlecanych opinii prawnych.

IV. Uwagi i wnioski

W związku z niestwierdzeniem nieprawidłowości, Najwyższa Izba Kontroli nie formułuje uwag ani wniosków pokontrolnych.

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 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 Warszawie.

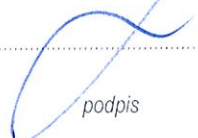
Warszawa, dnia 20 stycznia 2021 roku

Kontrolerzy
Magdalena Żywicka
Doradca Prawny



.....
podpis

Sławomir Nowak
Główny specjalista ds. kontroli państwowej



.....
podpis

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Warszawie
Dyrektor
p.o. WICEDYREKTOR
Delegatury Najwyższej Izby Kontroli
w Warszawie

Wojciech Wojciechowski
podpis