



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura we Wrocławiu

LWR.410.021.01.2020

Pan
Ireneusz Merchel
Prezes Zarządu
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
PKP Polskiej 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 Region Śląsk, ul. Joannitów 6, 50-525 Wrocław (dalej: Region Śląski, Inwestor lub Zamawiający)
Kierownik jednostki kontrolowanej	Ireneusz Merchel, od 30 marca 2016 r. Prezes Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ¹
Zakres przedmiotowy kontroli	<ol style="list-style-type: none">1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region Śląski na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności.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 <i>Najwyższej Izbie Kontroli</i> ² (dalej: ustawa o <i>NIK</i>)
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu
Kontroler	Anna Łuczak, specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LWR/125/2020 z 7 września 2020 r.

(akta kontroli: t. I str.1-2, 9)

¹ Dyrektor Regionu Śląskiego - Jerzy Dul od 6 lipca 2016 r.

² Dz. U. z 2020 r. poz. 1200.

II. Ocena ogólna³ kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

W badanym okresie Region Śląski, zawierając umowy z wykonawcami, rzetelnie stosował, wprowadzone przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., wzory umów w formule „Projektuj i Buduj”, „Buduj” oraz na „Nadzór i zarządzanie projektem”. W zawartych umowach wprowadzono mechanizmy służące ochronie interesu Skarbu Państwa w zakresie skutków solidarnej odpowiedzialności Inwestora. Niemniej w 11 z 20 zbadanych umów, zawarto zapisy obligujące wykonawcę do utrzymania na niezmiennym poziomie wynagrodzenia netto jego pracowników, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnemu lub zwiększenia wysokości składek, co NIK uznała za nieprawidłowe. W ocenie Izby zapisy te nie chroniły interesu Skarbu Państwa.

Region Śląski prawidłowo rozpatrywał zgłaszane przez podwykonawców roszczenia z tytułu solidarnej odpowiedzialności, tj. m.in. stosownie do wymogów wynikających z art. 647¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (dalej: k.c.)⁴, Spośród 28 złożonych wniosków na łączną kwotę 20 129,6 tys. zł dwa o wartości 1 405,3 tys. zł rozpatrzono negatywnie, a 26 w wysokości 18 650,4 tys. zł pozytywnie. Do 30 czerwca 2020 r. z tytułu solidarnej odpowiedzialności wypłacono podwykonawcom łącznie 17 514,4 tys. zł, z czego w wyniku potrącenia wynagrodzenia wykonawcom odzyskano kwotę 13 528,7 tys. zł, tj. 77,2%.

NIK stwierdziła przypadek dokonania podwójnej płatności wynagrodzenia za te same prace, zarówno wykonawcy jak i podwykonawcom w kwocie 5 121,6 tys. zł, co wynikało z mechanizmu płatności wskazanego w art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (dalej: ustawa *Pzp*)⁵.

NIK zwraca uwagę, że treść wymaganych przez Inwestora oświadczeń (na podstawie art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy *Pzp*), nie dostarczała pełnej wiedzy w zakresie faktycznych zobowiązań wykonawcy wobec podwykonawców, pomimo że Inwestor, zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c., odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny cząstkowej⁶ kontrolowanej działalności

OBSZAR

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

Opis stanu faktycznego

1.1. W przypadku, gdy wykonawca nie regulował wynagrodzenia wobec podwykonawców, na podstawie art. 143c ust. 1 ustawy *Pzp* oraz art. 647¹ § 1⁷ k.c., zobowiązanie to przejmował Inwestor, tj. dokonywał płatności bezpośrednio podwykonawcy z tytułu tzw. solidarnej odpowiedzialności⁸. Ponadto zgodnie z zawartymi, na podstawie art. 142 ust. 5 ustawy *Pzp*, umowami, wykonawca był

³ Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną, jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej. W niniejszej kontroli zastosowano opisową ocenę ogólną.

⁴ Dz. U z 2020 r. poz. 1740.

⁵ Dz. U. 2019 r. poz. 1843, ze zm.

⁶ Oceny cząstkowe to oceny działalności w poszczególnych obszarach badań kontrolnych. Ocena cząstkowa może być sformułowana, jako ocena pozytywna, ocena negatywna albo ocena w formie opisowej.

⁷ Do 1 czerwca 2017 r. kwestie te uregulowane były w art. 647¹ § 5 k.c.

⁸ Zgodnie z art. 366 k.c., kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani.

uprawniony do wnioskowania o wprowadzenie przez Inwestora odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, tj. jego waloryzacji, w przypadkach, gdy umowy zawarto z Inwestorem na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Region Śląski, jako jednostka organizacyjna PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., przy zawieraniu umów z wykonawcami robót budowlanych, zobligowany był do stosowania wzorów wprowadzonych uchwałami Zarządu⁹ lub decyzjami Członka Zarządu¹⁰ PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Wzory te, tzw. dokumenty bazowe, stanowiły integralną część Regulaminów udzielania zamówień, będących załącznikami do, przyjętej przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Korporacyjnej Polityki Zakupów (dalej: KPZ)¹¹. Oddzielnie, w ramach KPZ, opracowano tzw. regulamin logistyczny dla umów w formule „Projektuj i buduj”¹² i „Buduj”¹³, finansowanych ze środków budżetu państwa lub środków własnych i regulamin unijny, dla umów w formule „Projektuj i buduj” i „Buduj”, finansowanych lub dofinansowanych z budżetu Unii Europejskiej, na podstawie wytycznych Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów (dalej: FIDIC)¹⁴. Region Śląski otrzymał także wzory umów na zarządzanie i nadzór nad projektami natomiast nie posiadał zaktualizowanych wzorów umów na prace przedprojektowe i projektowe, a przy ich zawieraniu, wykorzystywał wzory umów i zawarte umowy z lat wcześniejszych.

Przygotowane przez Region Śląski projekty umów, podlegały uzgadnianiu z komórkami merytorycznymi oraz z radcami prawnymi/zespołem ds. obsługi prawnej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Wzory umów w formule „Projektuj i buduj” zmieniano 24 razy, w formule „Buduj” – 23 razy, a wzory umów na usługi (w tym na nadzór) przekształcano 17 razy.

W PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. opracowano także „Wytyczne tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych”¹⁵. Stanowiły one instrukcję postępowania przy tworzeniu m.in. umów z wykonawcami. Sprecyzowano w nich procedury i zasady wprowadzania zmian w ustanowionych wzorach, m.in. określono zapisy podlegające edycji lub usunięciu w celu dostosowania ich do potrzeb danego kontraktu oraz obszary, których modyfikacja była niedozwolona. Region Śląski nie był uprawniony do samodzielnego

⁹ Uchwała nr 13/2017 z 10 stycznia 2017 r., zmieniająca uchwałę w sprawie przyjęcia do stosowania „Wytycznych 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 „Wytycznych 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 „Wytycznych 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. zmieniająca uchwałę w sprawie przyjęcia do stosowania „Wytycznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji w tym zakresie.

¹⁰ Decyzja nr 10/2014 z 21 kwietnia 2014 r., Decyzja nr 30/2016 z 31 maja 2016 r., Decyzja 14/2018 z 25 lutego 2018 r., Decyzja 53/2018 z 14 sierpnia 2018 r., Decyzja 4/2019 z 31 grudnia 2019 r.

¹¹ 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.,

¹² 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.

¹³ Inwestor (zamawiający) rozdziela wykonanie prac projektowych od zamówienia na wykonanie robót budowlanych.

¹⁴ Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils. Umowy typu „Projektuj i buduj” – tzw. „żółty FIDIC”, umowy typu „Buduj” – tzw. „czerwony FIDIC”.

¹⁵ 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.

wprowadzania zmian (bez uzgodnienia) w tym m.in. w zakresie solidarnej odpowiedzialności Inwestora i wykonawcy oraz waloryzacji wynagrodzenia. Wprowadzanie zmian do obowiązującego dokumentu bazowego¹⁶ przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zgodnie z przyjętą procedurą, uzgadniane było drogą elektroniczną tj. w formie e-mail oraz poprzez udostępnienie dokumentu (w trybie „śledź zmiany”) na platformie „SharePoint”¹⁷.

Badaniem objęto 20 umów dotyczących robót budowlanych w systemie „Projektuj i buduj” (osiem umów, w tym cztery umowy obejmujące warunki kontraktowe z tzw. „żółtego FIDICa”), w systemie „Buduj” (pięć umów, w tym jedna umowa na podstawie tzw. „czerwonego FIDICa) oraz siedem umów na usługi (z tego pięć na prace projektowe i dwie na sprawowanie nadzoru)¹⁸, o łącznej wartości netto 1 967 343,1 tys. zł. Spośród zbadanych umów w 15 wymaganych przypadkach zastosowano wzory ustanowione przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a w zakresie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji wynagrodzenia, jak również regulacji dotyczących podwykonawców, Region Śląski nie dokonał nieuprawnionych modyfikacji. Stwierdzone odstępstwa w stosunku do wzorów umów, dotyczyły np. rezygnacji z przywołania niektórych przepisów z uwagi na brak konieczności zastosowania wszystkich, wskazanych w dokumentach bazowych¹⁹. Ponadto w przypadku trzech spośród pięciu poddanych analizie umów typu „Buduj”²⁰, zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy, wprowadzono klauzulę waloryzacyjną²¹, pomimo że taki obowiązek nie wynikał z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, ani z dokumentów bazowych.

Jak wskazał Zastępca Dyrektora Regionu Śląskiego, w dwóch przypadkach klauzule waloryzacyjne zostały wprowadzone, ponieważ terminy wykonania przedmiotu umowy na etapie wszczęcia postępowania nie były dokładnie znane, tzn. w jednym przypadku termin wykonania, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), określić mieli wykonawcy a w drugim przypadku pierwotny okres realizacji umowy wynosił powyżej 12 miesięcy, jednak w trakcie trwania postępowania przetargowego dokonano zmiany treści SIWZ umożliwiając wykonawcom wskazanie terminu realizacji, który do momentu otwarcia oferty nie był znany. Pozostawiono więc zapis, ponieważ już po złożeniu oferty przez wykonawcę, Inwestor nie był uprawniony do dokonywania zmian w warunkach umowy. Ostatni przypadek dotyczył postępowania w trybie z wolnej ręki (art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy *Pzp*), który upoważniał do negocjowania m.in. terminu realizacji zamówienia. W związku z brakiem wiedzy Inwestora o ostatecznym terminie realizacji, we wzorze umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, zamieszczono powyższą klauzulę.

¹⁶ Przyjętego do stosowania dla wszystkich jednostek PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

¹⁷ Pismo z dnia 4 marca 2020 r., nr ILG11-0231-11/20.

¹⁸ Z tego osiem umów typu „Projektuj i buduj” (90/106/0088/17/Z/I z 21 września 2017 r., 90/106/0091/17/Z/I z 23 października 2017 r., 90/106/0135/19/Z/I z 10 października 2019 r., 90/106/0048/18/Z/I z 11 czerwca 2018 r., 90/106/0076/18/Z/I z 24 października 2018 r., 90/106/0044/20/Z/I z 6 lipca 2020 r., 90/106/0049/20/Z/I z 23 lipca 2020 r., 90/106/0066/20/Z/I z 31 sierpnia 2020 r., pięć umów typu „Buduj” (90/106/0080/17/Z/I z 4 sierpnia 2017 r., 90/106/0112/17/Z/I z 29 listopada 2017 r., 90/106/0064/17/Z/I z 6 lipca 2017 r., 90/106/0066/18/Z/I z 13 lipca 2018 r., 90/106/0086/19/Z/I z 19 czerwca 2019 r.) siedem umów na usługi (90/106/0087/17/Z/I z 29 sierpnia 2017 r., 90/106/0076/17/Z/I z 4 sierpnia 2017 r., 90/106/0011/18/Z/I z 19 lutego 2018 r., 90/106/0111/19/Z/I z 10 września 2019 r., 90/106/0038/20/Z/I z 25 czerwca 2020 r., 90/106/0040/20/Z/I z 20 lipca 2020 r., 90/106/0063/20/Z/I z 18 sierpnia 2020 r.), zawartych w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 30 sierpnia 2020 r.

¹⁹ Usunięcie paragrafu pn. *Solidarna odpowiedzialność*, którego zamieszczenie w umowie było obligatoryjne dla umów zawieranych z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o wykonanie przedmiotu umowy, funkcjonującymi jako konsorcjum, czy klauzul waloryzacyjnych w przypadku umów zawartych na okres poniżej 12 miesięcy.

²⁰ Umowa nr 90/106/0080/17/Z/I z 4 sierpnia 2017 r., umowa nr 90/106/0112/17/Z/I z 29 listopada 2017 r., umowa nr 90/106/0066/18/Z/I z 13 lipca 2018 r.

²¹ Zasada prawna, zawarta z umowach, która określa, że w razie zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, wierzyciel powinien otrzymać równowartość ekonomiczną (wyższą lub niższą) wierzycielności w chwili jej powstania.

Ponadto Dyrektor Regionu Śląskiego wyjaśnił, że wzory umów wprowadzane były przez odpowiednią komórkę merytoryczną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., tj. zespół ds. prawnych, który czuwał nad ich aktualnością, zatem nie wnioskowano o ich zmianę. Ponadto umowy były modyfikowane także w wyniku pytań potencjalnych wykonawców i udzielanych wyjaśnień do treści SIWZ, lub w przypadku dialogu technicznego. Każda taka propozycja zmiany w stosunku do dokumentów bazowych podlegała ocenie zespołu ds. obsługi prawnej oraz komórek merytorycznych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i mogła zostać wprowadzona w drodze uchwały Zarządu.

NIK zwraca uwagę na potrzebę podjęcia działań mających na celu wprowadzenie do wzorów umów zapisów, które warunkowałyby obowiązek zastosowania klauzuli waloryzacyjnej w zależności od okresu, na jaki zostanie zawarta umów, tj. poniżej lub powyżej 12 miesięcy.

(akta kontroli: t. I str. 3-8, 10-38, 60-62, 710-876; t. II str. 1-239, 244-248, 268-273, 299-302; t. IV str. 4-164)

1.2. Badanie przeprowadzone na próbie 20 ww. umów zawartych przez Region Śląski z wykonawcami wykazało, że we wszystkich wymaganych przypadkach (tj. 13 umów – osiem w systemie „Projektuj i buduj” i pięć w systemie „Buduj”)²² zamieszczono zapisy służące zabezpieczeniu interesu Skarbu Państwa przed skutkami solidarnej odpowiedzialności Inwestora, tj. przed sytuacją, w której Inwestor regulował wynagrodzenie za te same prace wykonawcy, a następnie podwykonawcy (tzw. podwójna płatność). Stosowne uregulowania zawarto zarówno w obrębie zapisów dotyczących wykonawców i podwykonawców, jak i w ramach zasad płatności wynagrodzenia oraz regulacji dotyczących kar umownych. Bez względu na to, czy zawarta umowa oparta była o warunki kontraktowe FIDIC, czy nie, zawierała tożsame uregulowania dotyczące solidarnej odpowiedzialności.

W 13²³ z 20 zbadanych umów określono uprawnionych do składania wniosków o bezpośrednią zapłatę. W tym celu wskazano zasady włączania podwykonawców w proces realizacji umowy, tj.: [1] określano rodzaj prac, dla których wykonania dozwolone było zatrudnienie podwykonawcy, [2] wprowadzono obowiązek uzgadniania z Inwestorem treści projektów umów z podwykonawcami, lub przedstawiania Inwestorowi w wyznaczonym czasie kserokopii zawartych umów podwykonawczych²⁴. Dalsze mechanizmy zabezpieczające uprawniały Inwestora do zgłaszania zastrzeżeń do projektów umów, lub projektów ich zmian, żądania oświadczeń 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 zawartych umowach zobowiązano wykonawców do terminowego regulowania wynagrodzenia podwykonawcy, a weryfikacja realizacji powyższego obowiązku odbywała się poprzez składanie przez wykonawcę wraz z fakturą, oświadczeń podwykonawców, o uregulowaniu wszystkich płatności, które na dzień wystawionej przez wykonawcę faktury były wymagalne, natomiast w przypadku rozpatrywania roszczeń podwykonawców, również dokumentacji dodatkowej w postaci faktur wystawionych przez podwykonawców wraz z dowodami ich zapłaty.

Umowy te określały również procedurę weryfikacji zgłoszonych do Regionu Śląskiego roszczeń (tzw. wniosków o bezpośrednią płatność). Region Śląski

²² Pozostałe siedem umów dotyczyło prac projektowych i przedprojektowych oraz nadzoru, a przedmiot tych umów nie wymagał odwoływania się do solidarnej odpowiedzialności Inwestora i wykonawcy wobec podwykonawców.

²³ Natomiast w pozostałych siedmiu, z uwagi na przedmiot umowy, podwykonawcy nie byli uprawnieni do składania wniosków o bezpośrednią płatność.

²⁴ Umowa zawarta przez wykonawcę wyłonionego w ramach postępowania przetargowego, z zatrudnionym przez siebie podwykonawcą.

zawiadamiał wykonawcę o otrzymaniu przedmiotowego wniosku i wzywał, zgodnie z zapisami umownymi, do przedstawienia w wyznaczonym terminie, wymaganych dowodów potwierdzających uregulowanie zobowiązania, albo niezasadność złożonego wniosku. Ustalony termin odpowiedzi wykonawcy na zawiadomienie wynosił siedem dni, a zgłoszenia dokonane przez wykonawcę po jego przekroczeniu nie były brane pod uwagę. Jednocześnie kierowano pisma do podwykonawców informujące o badaniu statusu podwykonawcy oraz o przedstawienie wezwań do zapłaty skierowanych do wykonawcy, kserokopii wystawionych faktur, umowy podwykonawczej itp.

W sytuacjach budzących wątpliwości, lub niedających się rozstrzygnąć, co do wysokości roszczenia, lub co do wierzyciela, Region Śląski na mocy zapisów umownych był uprawniony do wnioskowania do sądu o zezwolenie na złożenie środków do depozytu sądowego. W okresie objętym kontrolą z zastosowaniem powyższego uprawnienia zakończyło się rozpatrzenie jednego wniosku.

Klauzula waloryzacyjna została uwzględniona w 16²⁵ z 20 objętych badaniem umów²⁶, z czego w trzech przypadkach były to umowy zawarte na okres poniżej 12 miesięcy.

Zapisy dotyczące urealnienia wynagrodzenia, w zależności od okresu, w jakim były stosowane różniły się między sobą katalogiem zdarzeń uprawniających do waloryzacji. Przykładowo w następstwie wejścia w życie ustawy z dnia 4 października 2018 r. o *pracowniczych planach kapitałowych*²⁷, od października 2019 r., jako jedną z przyczyn waloryzacji wskazywano zmiany w sposobie gromadzenia środków w pracowniczych planach kapitałowych.

Region Śląski, na mocy podpisanych umów posiadał uprawnienia do weryfikacji złożonych przez wykonawcę kalkulacji (w tym dostęp do dokumentów źródłowych, tj. zgłoszenia pracowników do ZUS, list obecności, umów o pracę, lub umów cywilnoprawnych) oraz wnoszenia do nich zastrzeżeń. Zwaloryzowane wynagrodzenie, zgodnie z zasadami wskazanymi w umowach, naliczane było według stanu obowiązującego od dnia wprowadzenia przepisu powodującego jego wzrost.

Region Śląski nie monitorował skuteczności zastosowania klauzul waloryzacyjnych jak również klauzul z tytułu solidarnej odpowiedzialności, ponieważ, jak wskazał Dyrektor Regionu, zapisy te były treściami niepodlegającymi zmianom, a nad ich aktualnością czuwał zespół ds. obsługi prawnej w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

(akta kontroli: t. I str. 63-709; t. II str. 240-241, 271-275, 303-333; t. V str. 165-290)

1.3. Badanie ośmiu umów na zarządzenie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego wykazało, że zapisy chroniące interes Inwestora uwzględnione zostały w postaci regulacji dotyczących zobowiązań stron umowy, personelu wykonawcy, podwykonawców oraz waloryzacji.

Wykonawca zobowiązany był do dostarczenia w zależności od etapu realizacji umowy, w ciągu siedmiu dni od dnia podpisania umowy lub 14 dni od dnia przewidywanej daty rozpoczęcia etapu jej realizacji, wykazu personelu wraz z dowodami potwierdzającymi ich kwalifikacje. Wykonawca został także zobowiązany do wskazania inspektora nadzoru (zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. *Prawo budowlane*²⁸ (dalej: *Prawo budowlane*). Inwestor był uprawniony do zgłaszania zastrzeżeń w stosunku do przedstawionego personelu. Ponadto Inwestor obligował wykonawcę do przedstawiania wraz z wystawionymi przez siebie fakturami, oświadczeń podwykonawców o zaspokojeniu ich należności,

²⁵ W pięciu z 16 umów zawarto klauzulę waloryzacyjną, bez odniesienia się do wynagrodzenia netto.

²⁶ W przypadku pozostałych czterech umów okres ich obowiązywania, poniżej 12 miesięcy zwalniał z obowiązku zawierania klauzul waloryzacyjnych w umowach.

²⁷ Dz.U z 2020 r. poz. 1342.

²⁸ Dz. U z 2020 r. poz. 1333, ze zm.

pod karą wstrzymania części płatności przez Inwestora. Region Śląski posiadał także prawo do weryfikacji wystawionej faktury i jej załączników, natomiast płatność kwoty spornej mogła nastąpić w drodze procedury rozstrzygnięcia sporów²⁹. Wykonawca odpowiadał wobec Inwestora za wszelkie działania lub zaniechania swoich podwykonawców.

Natomiast uwzględniona w zawartych umowach waloryzacja wynagrodzenia wynikała ze zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnemu, lub zmiany wysokości składki na te ubezpieczenia, zmiany zasad gromadzenia składek i wpłat do pracowniczych planów kapitałowych oraz zmiany stawki podatku VAT, jeżeli miały one wpływ na koszty wykonania usługi. W sytuacji, gdy złożony przez wykonawcę wniosek nie uzasadniał, w ocenie Inwestora zmiany wynagrodzenia, Inwestor pozostawił sobie prawo nie wyrażenia na nią zgody.

(akta kontroli: t. II str. 334-731; t. VI str. 106-108, 123-187)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

Spośród 20 umów poddanych kontroli, 11 zawierało klauzule waloryzacyjne, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 3 ustawy *Pzp*³⁰, o następującej treści: „w przypadku zmiany przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zmianie ulegnie cena o wykazaną przez wykonawcę wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej 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”. Wskazanie metody obliczenia wartości wzrostu kosztów wykonania umowy poprzez odniesienie różnicy tych kosztów do dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia pracowników wykonawcy, naruszało interesy Skarbu Państwa, ponieważ było nieuzasadnione z punktu widzenia realnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę spowodowanych zmianami stawek na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne. Wynagrodzenie netto pracowników stanowi bowiem wynagrodzenie brutto pomniejszone o zaliczkę na podatek dochodowy, składki na przedmiotowe ubezpieczenie społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne, a także o inne potrącenia. Z kolei kwota brutto wynagrodzenia pracowników nie jest jedynym kosztem ponoszonym przez wykonawcę z tytułu ich zatrudnienia. Całkowity (realny) koszt ponoszony przez pracodawcę stanowi kwota brutto powiększona o koszt składek opłacanych dodatkowo przez pracodawcę na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, składkę na Fundusz Pracy oraz składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Z tego względu zastrzeżenie, że wzrost kosztów wykonania umowy będzie liczony przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto pracowników stanowi nieuzasadnione przerzucenie na Skarb Państwa ciężaru podniesienia płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy (wynagrodzenia brutto). W przypadku wzrostu wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, kwota netto wynagrodzenia pracowników zostanie bowiem utrzymana tylko wtedy, gdy zostanie zwiększone wynagrodzenie brutto.

Dyrektor Regionu wyjaśnił, że: „założeniem przedmiotowego zapisu umowy jest, aby zmiana wynagrodzenia nie obejmowała sytuacji, gdy wyższe koszty wykonawcy

²⁹ Opisanej w zawartych umowach.

³⁰ Zgodnie z tym przepisem umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

wynikają z podwyżek przyznawanych pracownikom, co stanowiłoby obejście przepisów art. 144 ustawy *Pzp*. Ustawa nie wskazuje, w jaki sposób i w jakim zakresie wynagrodzenie wykonawcy powinno zostać zwiększone w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne, lub zdrowotne. Stosowany zapis odpowiada, zatem wymaganiom ustawy”.

NIK nie podziela stanowiska Dyrektora Regionu. Wskazanie bowiem w umowach konieczności zachowania dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia, implikuje konieczność podwyższenia kwoty brutto wynagrodzenia pracownika a zatem i obliczenia zwiększonych kosztów realizacji umowy, tak aby obejmowały one nie tylko wzrost składek opłacanych przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, ale także podniesienie płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy w takim zakresie, aby zachowane zostało ich dotychczasowe wynagrodzenie netto.

(akta kontroli: t. I str. 60-62, 81, 134, 174, 256, 351, 386, 484, 559, 606-607, 662; t. VI str. 102-105)

OCENA CZĄSTKOWA Inwestor rzetelnie stosował dostarczone przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wzory umów na roboty budowlane, a w zawartych umowach wprowadził zapisy chroniące interes Skarbu Państwa w zakresie skutków solidarnej odpowiedzialności Inwestora. Niemniej jednak w 11 z 20 zbadanych umowach zawarto zapisy obligujące wykonawcę do utrzymania na niezmiennym poziomie wynagrodzenia netto jego pracowników, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnemu lub zwiększenia wysokości składek, co NIK uznała za nieprawidłowe. W ocenie Izby zapisy te nie chroniły interesu Skarbu Państwa.

OBSZAR **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. W okresie od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 r. do Regionu Śląskiego wpłynęło łącznie 28 wniosków o dokonanie bezpośredniej płatności na podstawie art. 647¹ § 1 k.c. Łączna kwota zgłoszonych roszczeń wyniosła 20 129,6 tys. zł. Spośród złożonych wniosków dwa, na kwotę 1 405,3 tys. zł, rozpatrzono negatywnie z uwagi na niedotrzymanie warunków umownych, tj. terminu zgłoszenia podwykonawców. Kwota roszczeń rozpatrzonych pozytywnie, wyniosła 18 650,3 tys. zł, z czego do 30 czerwca 2020 r.³¹ Region Śląski wypłacił 17 514,4 tys. zł. W wyniku potrącenia z wynagrodzenia wykonawców Inwestor odzyskał kwotę 13 528,7 tys. zł. W badanym okresie Region Śląski nie uruchomił żadnej gwarancji należytego wykonania umowy.

2.1.1. Analiza ww. roszczeń zgłoszonych przez podwykonawców i jednocześnie wypłaconych na ich podstawie kwot przez Region Śląski, wykazała przypadek (umowa z wykonawcą w trakcie realizacji), w którym Inwestor uregulował wynagrodzenie³² za te same prace najpierw wykonawcy, a następnie podwykonawcy, na łączną kwotę 5 121,6 tys. zł. Zgodnie z zawartą umową, wykonawca wraz z wystawioną Inwestorowi fakturą w okresach miesięcznych, zobligowany był do dołączenia oświadczeń: własnego i podwykonawców, o opłaceniu wszystkich faktur podwykonawców, które stały się wymagalne w okresie, za który wykonawca wystawił przedmiotową fakturę³³. Obowiązek przedłożenia oświadczenia o uregulowaniu wynagrodzenia wymagalnego wynikał

³¹ Umowa z jednym wykonawcą na dzień 30 czerwca 2020 r. pozostawała jeszcze w realizacji.

³² Wynikające z wystawianych przez wykonawców, w okresach miesięcznych, faktur.

³³ Dodatkowo wykonawca dołączał do faktury zestawienie zawierające wykaz prac wykonanych przez podwykonawców objętych tą fakturą.

z artykułu 143a ust.1 pkt 1 ustawy *Pzp*, zgodnie z którym przy wynagrodzeniu wypłacanym w częściach „warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia (...)”.

Treść oświadczeń nie dostarczała Inwestorowi pełnej wiedzy dotyczącej faktycznych zobowiązań wykonawcy wobec podwykonawców, pomimo że zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.

Region Śląski dokonywał wypłat podwykonawcom, zgodnie z art. 647¹ § 3 k.c., tj. do wysokości wynagrodzenia ustalonego w umowie pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą.

2.1.2. Region Śląski, na podstawie otrzymanej od wykonawcy faktury, zobligowany był regulować zobowiązanie z zastosowaniem mechanizmu podzielonej płatności, o którym mowa w art. 108a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o *podatku od towarów i usług*³⁴ (dalej: *ustawa o VAT*). Mechanizm ten polegał na zapłacie kwoty podatku VAT wynikającej z otrzymanej faktury, na rachunek VAT wykonawcy, a kwoty netto „na rachunek bankowy, albo na rachunek w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, dla których jest prowadzony rachunek VAT, albo rozliczanej w inny sposób”. W związku z tak skonstruowanym przepisem, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w sytuacji regulowania podwykonawcom wynagrodzenia z tytułu solidarnej odpowiedzialności, przyjęło schemat postępowania polegający na zapłacie na rachunek VAT wykonawcy, kwoty VAT, wynikającej w wystawionej przez wykonawcę faktury, natomiast kwotę netto sprzedaży, wykazaną na tej fakturze przeznaczano na wypłatę wynagrodzenia dla podwykonawców, bez zastosowania mechanizmu podzielonej płatności. Wysokość wynagrodzenia należnego podwykonawcom, wskazana w złożonych przez nich wnioskach o bezpośrednią płatność, podlegała weryfikacji w stosunku zarówno do zapisów umowy podwykonawczej, jak również faktur wystawionych przez podwykonawcę dla wykonawcy. W przypadku dziewięciu podwykonawców, Region Śląski, przekazał podwykonawcom wnioskowane przez nich kwoty zawierające należne im od wykonawcy wynagrodzenie brutto, w tym podatek VAT w łącznej wysokości 739,5 tys. zł.

Dyrektor Regionu wyjaśnił, że brak było innej możliwości wykonania obowiązku zapłaty, jako dłużnik solidarny, w szczególności płatności kwoty VAT na rachunek VAT podwykonawcy. Takie działanie byłoby ze szkodą dla podwykonawcy, bowiem naraziłoby go na solidarną odpowiedzialność za podatek VAT wykonawcy. Jak stanowi, bowiem art. 108a ust. 5 ustawy o *VAT*, w przypadku, gdy płatność zostanie dokonana w sposób określony w art. 108a ust. 2 tej ustawy na rzecz podatnika innego niż wskazany na fakturze, o której mowa w ust. 3 pkt 3 tego artykułu, podatnik na rzecz którego dokonano tej płatności, odpowiada solidarnie wraz z dostawcą tych towarów lub usługodawcą za nierozliczony przez dostawcę towarów, lub usługodawcę podatek wynikający z tej dostawy towarów lub tego świadczenia usług, do wysokości kwoty otrzymanej na rachunek VAT. Ponadto Dyrektor Regionu wyjaśnił, że podwykonawcy, w związku z brakiem zapłaty przez ich zleceniodawcę, byli uprawnieni do skorygowania kwoty podatku VAT należnego z tytułu faktur wystawionych dla wykonawcy na zasadzie art. 89a ustawy o *VAT*. Zastosowany tryb płatności chronił zatem zarówno interesy PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jak i podwykonawców.

(akta kontroli: t. II str. 240-243, 249-267, 294-295; t. III str. 1-495; t. IV str. 1-544; t. V str. 165-693; t. VI str. 109-118, 123-191)

³⁴ Dz. U z 2020 r. poz. 106, ze zm.

2.2. Według stanu na 30 czerwca 2020 r. należności Regionu Śląskiego z tytułu wynagrodzeń wypłaconych bezpośrednio podwykonawcom wyniosły 5 121,6 tys. zł. Region Śląski kierował do wykonawców noty obciążające, wezwania do zapłaty oraz pisemne zawiadomienia o potrąceniach, dokonanych w oparciu o art. 498 ust. 1 i art. 499 k.c. Jak wskazała Kierownik Projektu, odzyskanie kwoty 5 121,6 tys. zł, jest utrudnione z uwagi na ogłoszoną przez wykonawcę upadłość, pierwotnie układową³⁵, a następnie likwidacyjną.

(akta kontroli: t. II str. 242-243; t. VI str. 117-118)

2.3. Spośród zgłoszonych wobec Regionu Śląskiego roszczeń z tytułu solidarnej odpowiedzialności, dwa na kwotę 1 405,3 tys. zł, rozpatrzono negatywnie. Przyczyną odmowy bezpośredniej zapłaty było niedopełnienie obowiązku przedstawienia umowy podwykonawczej, ani przez wykonawcę ani przez podwykonawcę (w tym umowy na roboty dodatkowe). W toku kontroli NIK nie stwierdzono, aby którekolwiek z roszczeń zgłoszonych w terminie od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 r., zostało wypłacone w wyniku wyroków sądowych.

(akta kontroli: t. IV str. 1-100; t. VI str. 117-118)

2.4. W okresie objętym kontrolą nie stwierdzono przypadków uruchomienia klauzul waloryzacyjnych, z tego powodu Region nie prowadził monitoringu dokonanych zmian w wynagrodzeniu wykonawcy, a analiza cen poszczególnych materiałów, robót i sprzętu, których wzrost uprawniał wykonawcę do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia, odbywała się głównie na etapie składania przedmiotowego wniosku przez wykonawcę. Kosztorysy przedstawione przez wykonawcę zweryfikowane zostały w oparciu o ceny podane w aktualnych biuletynach Sekocenbud.

(akta kontroli: t. II str. 20-243, 251-252, 255, 261; t. VI str. 117-118)

2.5. Region Śląski od 1 stycznia 2017 r. do 30 czerwca 2020 r. otrzymał i negatywnie rozpatrzył jeden wniosek waloryzacyjny, motywowany wzrostem cen materiałów budowlanych na łączną kwotę 12 944,5 tys. zł. Wykonawca i Inwestor nie doszli do porozumienia w zakresie interpretacji klauzul umownych dotyczących sposobu wyliczania 2% wskaźnika wzrostu cen dóbr konsumpcyjnych. Wykonawca sumował kwartalne wskaźniki publikowane przez Główny Urząd Statystyczny, a Inwestor uważał, że zsumowane wskaźniki należy podzielić przez liczbę kwartałów. Takie stanowisko Regionu Śląskiego wynikało z dostarczonej na zlecenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., opinii prawnej.

Region Śląski w okresie objętym kontrolą nie zastosował klauzuli rebus sic stantibus³⁶ a żadna waloryzacja, na dzień 30 czerwca 2020 r. nie została zasądzona przez sąd.

(akta kontroli: t. II str. 240-243, 249-267; t. V str. 601-649; t. VI str. 117-118)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

OCENA CZĄSTKOWA

Region Śląski prawidłowo rozpatrywał zgłaszane przez podwykonawców roszczenia z zakresu solidarnej odpowiedzialności, tj. stosownie m.in. do wymogów wynikających z art. 647¹ § 1 k.c. W okresie objętym kontrolą nie dokonywano waloryzacji wynagrodzenia, a jedyny złożony w tym zakresie wniosek został rozpatrzony negatywnie, z uwagi na przyjęcie odmiennego od wnioskującego sposobu wyliczania wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. NIK stwierdziła przypadek dokonania podwójnej płatności wynagrodzenia za te same prace, zarówno wykonawcy jak i podwykonawcom, w kwocie 5 121,6 tys. zł, co wynikało z mechanizmu płatności wskazanego w art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

³⁵ Postanowienie Sądu Rejonowego w Zielonej Górze z dnia 2 stycznia 2020 r. sygn.. akt V GR 7/19.

³⁶ Klauzula związana z nadzwyczajną zmianą stosunków, wprowadzająca podstawę do sądowej zmiany lub rozwiązania umowy – art. 357¹ k.c.

NIK zwraca uwagę, że treść wymaganych przez Inwestora oświadczeń (na podstawie art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy *Pzp*), nie dostarczała pełnej wiedzy w zakresie faktycznych zobowiązań wykonawcy wobec podwykonawców, pomimo że art. 647¹ § 1 k.c. określał obowiązek solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.

IV. Uwagi i wnioski

- Uwagi Najwyższa Izba Kontroli nie formułuje uwag.
- Wniosek W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o *NIK*, wnosi o:
- podjęcie działań mających na celu wprowadzenie we wzorach umów klauzuli waloryzacyjnej, zgodnej z zasadami wynikającymi z art. 142 ust. 5 pkt 3 ustawy *Pzp*.

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 we Wrocławiu. 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.

Obowiązek
poinformowania
NIK o sposobie
wykorzystania uwag
i wykonania wniosków

Zgodnie z art. 62 ustawy o *NIK* należy poinformować Najwyższą Izbę Kontroli, w terminie 21 od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków pokontrolnych oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Wrocław, grudnia 2020 r.

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura we Wrocławiu

p.o. Dyrektor
Marcin Kaliński

Kontroler
Anna Łuczak
Specjalista kontroli państwowej

.....
podpis

.....
podpis