



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Gdańsku

LGD.410.020.01.2020

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. (dalej: „PKP PLK S.A.”, „Zamawiający” lub „Inwestor”).
Kierownik jednostki kontrolowanej	Ireneusz Merchel, Prezes Zarządu PKP PLK S.A, od 31 marca 2016 r.
Zakres przedmiotowy kontroli	1. Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez Region Północny Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A. (dalej: „Region”) na roboty budowlane, w szczególności 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 wykorzystaniem dowodów sporządzonych przed i po tym okresie, niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia kontroli.
Podstawa prawna podjęcia kontroli	Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ¹ .
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Gdańsku
Kontroler/Kontrolerzy	1. Maria Mieszalska, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LGD/187/2020 z 9 października 2020 r. 2. Mariusz Gromadziński, starszy inspektor kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LGD/178/2020 z 29 września 2020 r. (akta kontroli str. 1-6)

II. Ocena ogólna² kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

W Regionie zabezpieczano, co do zasady, interes Skarbu Państwa (w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora) w zawartych umowach na roboty budowlane dotyczące infrastruktury liniowej oraz na zarządzanie/nadzór nad tymi robotami. Badanie 20 z 39 umów wykonawczych, zawartych w okresie objętym kontrolą w wyniku postępowań prowadzonych w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³ wykazało, że w 19 z nich zastosowano wymagane dokumenty wzorcowe przyjęte przez Zarząd⁴ PKP PLK S.A. (dalej: „Zarząd”) bez żadnych odstępstw, z odstępstwami w tekście podlegającym modyfikacji lub w tekście stałym – w celu doprecyzowania zapisów. Stwierdzona w ww. zakresie nieprawidłowość polegała na pominięciu w tekście jednej umowy obowiązkowej klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany kwoty kontraktu o wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych. Ponadto nie przeprowadzono analizy klauzuli dotyczącej waloryzacji wartości kontraktu (zastosowanej we wszystkich 14 umowach na roboty budowlane, objętych badaniem) w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniach społecznych, a w konsekwencji nie zgłoszono propozycji zmiany treści tej klauzuli na korzystniejszą dla PKP PLK S.A.

¹ Dz. U. z 2020 r. poz. 1200 (dalej: „ustawa o NIK”).

² Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

³ Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. (dalej: „prawo zamówień publicznych”).

⁴ Działający przez upoważnionego Członka Zarządu – Dyrektora ds. realizacji inwestycji.

W Regionie prowadzono systemowy monitoring płatności dokonywanych przez wykonawców na rzecz podwykonawców, jednak kontrola ujawniła przypadki nieprawidłowości towarzyszące temu procesowi, polegające na uregulowaniu liderowi konsorcjum wykonującemu umowę z 12 maja 2017 r. 34 507,9 tys. zł za roboty wykonane przez podwykonawców, mimo braku oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z płatnościami wobec podwykonawców i oświadczenia podwykonawcy w tym zakresie albo mimo posiadania takich oświadczeń sporządzonych w sposób nieprawidłowy lub niekompletny.

Środki wypłacone w ramach solidarnej odpowiedzialności podwykonawcom i dalszym podwykonawcom odzyskano w 92,8%. Stwierdzono jednak niepodjęcie (poza przesłaniem do wiadomości noty obciążeniowej i wezwania do zapłaty) wobec członka konsorcjum wykonującego powyższą umowę działań zmierzających do wyegzekwowania kwoty 1 145,4 tys. zł, stanowiącej nieodzyskane od lidera tego konsorcjum należności związane z dokonaniem przez PKP PLK S.A. bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców ww. umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

W Regionie monitorowano realizację większości roszczeń, jednak nie sprawdzono, czy generalny wykonawca zapłacił podwykonawcom wierzytelności w łącznej kwocie 1 153,7 tys. zł, dotyczące roszczeń zgłoszonych w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Stwierdzono również wykazanie przez Region w przekazanym do Biura CRI⁵ raporcie dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych według stanu na 30 czerwca 2020 r., roszczenia przejściowego⁶ w kwocie 4 249,9 tys. zł, podczas gdy kwota zgłoszona przez wykonawcę wynosiła 3 355,3 tys. zł.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej⁷ kontrolowanej działalności

OBSZAR

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

Opis stanu faktycznego

1.1. W związku z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia Region był zobowiązany do stosowania „Wytycznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych” (dalej: „Wytyczne”)⁸. Wytyczne nakładały obowiązek stosowania w przetargach wzorów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), wytworzonych w oparciu o Wytyczne.

(akta kontroli str. 5-70, 160-162, 2121-2122)

⁵ Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A.

⁶ Podtrzymanie stanowiska strony odnośnie zasadności i podstaw żądania dodatkowej zapłaty, której ostateczny wymiar na chwilę składania roszczenia przejściowego nie był znany, w związku z czym ostateczne roszczenie zostanie wniesione, po ustaleniu ostatecznych skutków wynikających ze zdarzenia.

⁷ 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.

⁸ Zgodnie z uchwałą Zarządu nr 412/2016 z 10 maja 2016 r. oraz nr 771/2018 z dnia 2 października 2018 r. w sprawie przyjęcia do stosowania Wytycznych oraz uchylenia stosowania dotychczasowych regulacji (ze zm.).

Zgodnie z Wytycznymi dokumenty bazowe (wzór siwz) ustanawiał w drodze decyzji (dalej: „Decyzja”) Członek Zarządu – Dyrektor ds. realizacji inwestycji⁹ (dalej: „Członek Zarządu”). W przypadku, gdy pojawiła się potrzeba, aby zmianę do wzoru wprowadzić pilnie, można było to uczynić w tzw. trybie przyspieszonym. Wówczas nowy dokument bazowy (zaktualizowany) wymagał jedynie akceptacji Dyrektora CRI albo jego Zastępcy (dalej: „Akceptacja”).

Na siwz składały się trzy wzory dokumentów: Instrukcja dla wykonawców, Warunki umowy (dalej: „Wzór umowy”) oraz Opis przedmiotu zamówienia/Program Funkcjonalno-Użytkowy. Wzory składały się z tekstu stałego¹⁰ i podlegającego modyfikacji (w celu dostosowania go do potrzeb i specyfiki projektu lub postępowania prowadzonego w oparciu o prawo zamówień publicznych)¹¹.

(akta kontroli str. 160-162)

Region, zgodnie z Wytycznymi, był obowiązany do stosowania następujących wzorów umów zawieranych w ramach przetargu ograniczonego/nieograniczonego (wprowadzonych decyzjami Członka Zarządu):

- 1) w formule „Projektuj i buduj” (finansowanych lub dofinansowanych z budżetu Unii Europejskiej, z wykorzystaniem FIDIC);
- 2) w formule „Buduj” (finansowanych lub dofinansowanych z budżetu Unii Europejskiej, z wykorzystaniem FIDIC);
- 3) na nadzór nad robotami budowlanymi;
- 4) w formule „Projektuj i buduj” (finansowanych ze środków krajowych), ustanowiony decyzją Członka Zarządu¹² z 15 maja 2015 r. w oparciu o Instrukcję;
- 5) w formule „Buduj” (finansowanych ze środków krajowych), ustanowiony decyzją Członka Zarządu¹³ z 13 sierpnia 2018 r.

Wzory zostały wprowadzone do stosowania zgodnie z regulacjami obowiązującymi w trakcie ich ustanowienia, tj. Instrukcją albo Wytycznymi. Pierwotną wersję wzorów określonych w punktach 1-3 ustanowił Członek Zarządu Decyzją¹⁴ z 21 marca 2014 r., w trakcie obowiązywania poprzedzającej Wytyczne „Instrukcji tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentacji przetargowej”¹⁵ (dalej: „Instrukcja”) ¹⁶.

(akta kontroli str. 160-162)

Wszystkie ww. rodzaje wzorów umów zawierały postanowienia dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (ceny kontraktu).

Określone we wzorach umów zapisy regulujące zasady solidarnej odpowiedzialności inwestora przewidywały:

- obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie podwykonawcy części prac przewidzianych umową zawartą przez Zamawiającego z wykonawcą;
- obowiązek przedkładania Zamawiającemu projektu i kopii¹⁷ zawartej umowy z podwykonawcą oraz projektu i kopii aneksu do ww. umowy. Dla

⁹ W porozumieniu z Członkiem Zarządu – dyrektorem ds. jakości inwestycji i ryzyka operacyjnego (w wersji obowiązującej do 1 października 2018 r.).

¹⁰ Oznaczonego czarną czcionką na białym tle.

¹¹ Oznaczonego niebieską czcionką na żółtym tle. Np. oznaczenie Dziennika Ustaw dla cytowanej w tekście ustawy, zapisy mające zastosowanie do umów zawartych na okres przekraczający 12 miesięcy.

¹² Decyzja nr 30/2015 (ze zmianami).

¹³ Decyzja nr 54/2018 (ze zmianami).

¹⁴ Decyzja nr 10/2014.

¹⁵ Ustanowionej uchwałą Zarządu nr 64/2014 z 4 lutego 2014 r.

¹⁶ Zarząd uchwalając Wytyczne nie uchylił ustanowionych dotychczas, na podstawie Instrukcji, wzorów umów. Wraz z uchwaleniem Wytycznych, zmiany do wzorów umów odbywały się zgodnie z tymi Wytycznymi.

¹⁷ Potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Zamawiającego przewidziano prawo wniesienia zastrzeżeń do ww. projektów umów i aneksów oraz sprzeciwu do zawartych umów i aneksów, które mogły dotyczyć (w przypadku projektu umowy: „w szczególności”) okoliczności wymienionych w art. 143b ust. 3 prawa zamówień publicznych, tj. niezgodności projektu umowy lub umowy z wymaganiami określonymi w siwz oraz nieprawidłowo określonego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, tj. wynoszącego więcej niż 30 dni¹⁸;

- obowiązek przedłożenia Zamawiającemu oświadczenia podwykonawcy, potwierdzającego uregulowanie przez wykonawcę należnego podwykonawcy wynagrodzenia (zapłatę za wykonane prace);
- bezpośrednią zapłatę przez Zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcy (na jego żądanie), pod warunkiem niedostarczenia przez wykonawcę (na wezwanie Zamawiającego), dowodów na to, że roszczenie podwykonawcy jest niezasadne.

Zapisy regulujące zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (kwoty kontraktu) określały okoliczności powodujące zmianę zaakceptowanej przez strony (Zamawiającego i wykonawcę) ceny (kwoty kontraktu) oraz zasady ustalania (procedurę) zmiany wysokości ceny. Podstawę waloryzacji wynagrodzenia stanowiły zmiany:

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (minimalnej stawki godzinowej)¹⁹ pracowników wykonawcy;
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych²⁰;
- przepisów dotyczących podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne. Warunkiem zmiany ceny (kwoty kontraktu) w ww. okolicznościach było utrzymanie dotychczasowej wysokości wynagrodzenia netto pracowników, których zmiana dotyczyła;
- stawki podatku VAT.

Ponadto przewidziano zmianę ceny kontraktu o wskaźnik waloryzacji (wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych). Klauzulę tę od 31 stycznia 2019 r. zastąpiono (w drodze Aktualizacji) nową, określającą zasady waloryzacji kwoty kontraktu o wzrost lub spadek cen wybranych wyrobów, publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

(akta kontroli str. 160-162)

W okresie objętym kontrolą upoważnieni (przez Zarząd) przedstawiciele Regionu zawarli (w imieniu PKP PLK S.A.) dziewięć umów, których przedmiotem był nadzór inwestorski lub zarządzanie zadaniem inwestorskim oraz 30 umów, których przedmiotem było wykonanie obiektów infrastruktury liniowej.

(akta kontroli str. 71-91, 108-139, 157, 159-162)

Spośród 30 umów dotyczących wykonania obiektów infrastruktury liniowej: dziewięć²¹ zawarto w systemie „Projektuj buduj” (tzw. żółty FIDIC), cztery²² – w systemie „Buduj” (tzw. czerwony FIDIC) i 17²³ – bez wykorzystania FIDIC.

(akta kontroli str. 157, 159-162)

¹⁸ Liczonego od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej im usługi lub roboty budowlanej.

¹⁹ Ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 – dalej: „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”).

²⁰ Zgodnie z ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342, ze zm.).

²¹ Siedem w 2017 r. oraz po jednej w 2019 r. i w I półroczu 2020 r.

²² Jedną w 2017 r. i trzy w 2019 r.

²³ Osiem w 2017 r., dwie w 2018 r., cztery w 2019 r. i trzy w I półroczu 2020 r.

Badanie dobranych celowo 20 umów (pięciu zawartych w systemie „Projektuj i buduj”, czterech – w systemie „Buduj”, sześciu – bez wykorzystania FIDIC oraz pięciu dotyczących zarządzania zadaniem inwestycyjnym lub nadzorem inwestorskim) wykazało, że:

- umowy zawarto na okres przekraczający 12 miesięcy (miały do nich zastosowanie klauzule waloryzacyjne);
- umowy zostały podpisane przez Dyrektora Regionu i Zastępcę Dyrektora Regionu lub przez dwóch Zastępców Dyrektora Regionu, posiadających w chwili ich zawarcia pełnomocnictwo²⁴ (z którego m.in. wynikało, że dla skuteczności ich zawarcia wymagane było działanie z innym pełnomocnikiem);
- umowy zawarto wykorzystując obowiązujący Wzór umowy;
- odstępstwa od Wzoru umowy (osiem przypadków) dotyczyły siedmiu umów (trzech zawartych bez wykorzystania FIDIC i czterech zawartych w formule „Projektuj i buduj” z wykorzystaniem FIDIC), przy czym:
 - w pięciu przypadkach odstępstwa dotyczyły tekstu podlegającego modyfikacji:
 - ✓ w trzech umowach (zawartych bez wykorzystania FIDIC) wprowadzono (w sytuacji, w której wykonawca oczekiwał na płatność końcową) dodatkowy termin na złożenie Zamawiającemu oświadczenia podwykonawcy, potwierdzającego uregulowanie wobec niego przez wykonawcę należnego mu wynagrodzenia (zapłaty za wykonane prace);
 - ✓ w dwóch umowach (zawartych z wykorzystaniem FIDIC) usunięto zapisy dotyczące płatności zaliczkowych, gdyż ich nie przewidziano w kontrakcie;
 - w trzech przypadkach wprowadzono zmiany w tekście stałym. Zmiany dotyczyły:
 - ✓ przepisu regulującego wzrost kwoty kontraktu na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę (umowa zawarta z wykorzystaniem FIDIC) oraz przepisu opisującego reguły, według których strony będą postępowały dokonując zmiany ceny kontraktu na skutek wzrostu stawki minimalnego wynagrodzenia pracowników wykonawcy (umowa zawarta bez wykorzystania FIDIC). W obu przypadkach zmiany polegały na dodaniu wyrazu: „minimalna” obok wyrazów „stawka godzinowa”, dodaniu wyrazów „przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi” w zdaniu określającym pracowników, których zmiana minimalnej stawki godzinowej dotyczy oraz dodaniu tekstu stanowiącego odniesienie do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu – obok wyrazu „wynagrodzenia” wskazano: „(w rozumieniu przywołanej ustawy)”;
 - ✓ pominięcia w umowie tekstu dotyczącego klauzuli regulującej zmianę ceny kontraktu o wskaźnik waloryzacji (wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych).

(akta kontroli str. 92-162)

Jak wyjaśnił Zastępca Dyrektora Regionu, zgodnie z § 6 Wytycznych Region konsultował telefonicznie wątpliwości co do zapisów zawartych we Wzorach umów, natomiast nie zgłaszał potrzeby dokonania aktualizacji (zmiany) Wzorów umów.

(akta kontroli str. 92-96, 102-107)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

1. Do umowy zawartej w formule „Projektuj i buduj” z wykorzystaniem FIDIC wprowadzono zmianę, w stosunku do Wzoru umowy ustanowionego Decyzją Członka Zarządu nr 30/2016, polegającą na pominięciu tekstu klauzuli nr 13.8 – „Korekty wynikające ze zmian kosztu”, pozostawiając w umowie jedno (pierwsze)

²⁴ Do zaciągania zobowiązań na dostawy, usługi i roboty budowlane, udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w Krajowym Rejestrze Sądowym – przez dwóch członków Zarządu.

z ośmiu zdań składających się na ww. klauzulę, o treści: „Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:”.

Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wyjaśnił, że wykreślenie nastąpiło w sposób niezamierzony. Subklauzula ta nawiązuje do Subklauzuli nr 1.1.4.13 (również wykreślonej w sposób niezamierzony) określającej wskaźnik waloryzacji tj. wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych określany kwartalnie przez Główny Urząd Statystyczny. Wykonawca nie występował o uzupełnienie tych zapisów. Ponadto Zastępca Dyrektora zadeklarował, że zapisy Subklauzuli zostaną wprowadzone do aneksu (do ww. umowy).

(akta kontroli str. 114-119, 158, 160-162)

2. W Regionie nie przeprowadzono analizy klauzuli (zastosowanej we wszystkich 14 umowach na roboty budowlane, objętych badaniem) dotyczącej zmiany ceny kontraktu na skutek zmiany przepisów o podleganiu ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, z obowiązkiem utrzymania dotychczasowej wysokości wynagrodzenia netto pracowników, których zmiana przepisów dotyczy.

Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wyjaśnił, że nie przeprowadzono analizy ww. klauzuli, ponieważ jej założeniem było, aby zmiana wynagrodzenia nie obejmowała sytuacji, gdy wyższe koszty wykonawcy wynikają z podwyżek przyznawanych pracownikom. Prawo zamówień publicznych 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 ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

(akta kontroli str. 101-104, 108-133, 140-156, 160-162)

Zdaniem NIK przeprowadzenie takiej analizy było zasadne, gdyż doprowadziłoby do wniosku, że obowiązek utrzymania wynagrodzenia netto pracownika (w okolicznościach opisanych w ww. klauzuli) może wpłynąć negatywnie na cenę kontraktu. Zmiana np. stawki składki na ubezpieczenie emerytalne (składka w równych częściach jest finansowana przez pracownika i pracodawcę²⁵) będzie wpływała jednakowo na wynagrodzenie pracownika netto (zmniejszała je) i brutto-brutto²⁶ (zwiększała je). Warunek utrzymania kwoty netto będzie powodował, że kwota kontraktu zwiększy się nie tylko o wzrost wynagrodzenia brutto-brutto pracownika (zwiększony narzut pracodawcy), ale także o wyrównanie wynagrodzenia netto do kwoty sprzed zmiany dokonanej na skutek jego zmniejszenia o wyższą składkę emerytalną pracownika, co dalej wpływa na wyższe wynagrodzenie brutto, brutto-brutto i cenę kontraktu. W konsekwencji nieprzeprowadzenia ww. analizy nie zgłoszono propozycji zmiany treści tej klauzuli na korzystniejszą dla PKP PLK S.A.

OCENA CZĄSTKOWA

W Regionie zabezpieczano, co do zasady, interes Skarbu Państwa (w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora) w zawartych umowach na roboty budowlane dotyczące infrastruktury liniowej oraz na zarządzanie/nadzór nad tymi robotami. Badanie 20 z 39 umów wykonawczych, zawartych w okresie objętym kontrolą w wyniku postępowań prowadzonych w oparciu o prawo zamówień publicznych wykazało, że w 19 z nich zastosowano wymagane dokumenty wzorcowe przyjęte przez

²⁵ Art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266, ze zm.).

²⁶ Brutto-brutto: kwota wynagrodzenia brutto (wskazana w umowie np. o pracę) powiększona o finansowane (z własnych środków) przez pracodawcę, składki: na ubezpieczenia emerytalne, rentowe, wypadkowe oraz fundusz pracy i fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych.

Zarząd bez żadnych odstępstw, z odstępstwami w tekście podlegającym modyfikacji lub w tekście stałym – w celu doprecyzowania zapisów. Stwierdzona w ww. zakresie nieprawidłowość polegała na pominięciu w tekście jednej umowy obowiązkowej klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany kwoty kontraktu o wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych. Ponadto nie przeprowadzono analizy klauzuli dotyczącej waloryzacji ceny kontraktu (zastosowanej we wszystkich 14 umowach na roboty budowlane, objętych badaniem) w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniach społecznych, a w konsekwencji nie zgłoszono propozycji zmiany treści tej klauzuli na korzystniejszą dla PKP PLK S.A.

OBSZAR

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

Opis stanu faktycznego

1. W okresie objętym kontrolą podwykonawcy i dalsi podwykonawcy umów dotyczących przydzielonych Regionowi przedsięwzięć na wykonanie robót budowlanych w sektorze kolejowym, zgłosili łącznie 95 roszczeń w oparciu o art. 647¹ kc²⁷, tj. dotyczących solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych. Rozpatrzono 94 roszczenia, a jedno było w trakcie rozpatrywania.

Roszczenia dotyczyły trzech umów²⁸, zawartych przez PKP PLK S.A. (reprezentowaną m.in. przez ówczesnego Dyrektora Regionu) z wykonawcami (generalnymi wykonawcami): 28 września 2016 r., 12 maja 2017 r. i 26 maja 2017 r., tj. przed nowelizacją art. 647¹ kc z 1 czerwca 2017 r.

Łączna kwota roszczeń wyniosła 34 851,8 tys. zł. Z ww. kwoty roszczeń PKP PLK S.A. wypłaciła kwotę 17 032,5 tys. zł, z której 15 800,8 tys. zł (tj. 92,8%) odzyskano (przez potrącenie z wierzytelności wykonawców względem PKP PLK S.A.²⁹), a 1 231,7 tys. zł (tj. 7,2%) pozostało do odzyskania.

(akta kontroli str. 163-221, 803-821)

2. Na podstawie kontroli próby 10 roszczeń, w przypadku których PKP PLK S.A. wypłaciła podwykonawcom i dalszym podwykonawcom środki w łącznej kwocie 5 766,4 tys. zł ustalono, że 4 653,1 tys. zł (tj. 80,7%) odzyskano, z tego w przypadku czterech roszczeń wypłacone środki odzyskano w całości (łącznie 2 167,9 tys. zł), a w przypadku sześciu – odzyskano część wypłaconych środków (odzyskano 2 485,2 tys. zł, a 1 113,3 tys. zł, tj. 19,3%, nie odzyskano).

Na powyższe należności w kwocie 1 113,3 tys. zł składało się:

- 86,3 tys. zł, dotyczące umowy z 26 maja 2017 r. W celu dochodzenia należności skierowano do wykonawcy informację o nieuregulowaniu przez niego płatności na rzecz podwykonawcy z informacją o dokonaniu płatności przez PKP PLK S.A. i jej potrąceniu wykonawcy oraz notę obciążeniową. Dyrektor Regionu wyjaśnił, że należność zostanie potrącona przy płatności najbliższej faktury wykonawcy robót³⁰ i nie zdiagnozowano ryzyka jej nieodzyskania,

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, ze zm.).

²⁸ Będących w trakcie realizacji według stanu na 14 grudnia 2020 r.

²⁹ Żadnych wypłaconych kwot roszczeń nie odzyskano z gwarancji.

³⁰ Z wyjaśnień Zastępcy Dyrektora Regionu ds. finansowych wynika, że 23 października 2020 r. wykonawca umowy przekazał Miesięczne Rozliczenie Wykonawcy (dalej: „MRW”) i zawnioskował o wystawienie kolejnego Przejściowego Świadczenia Płatności (dalej: „PSP”). PSP nie wystawiono z uwagi na błędy i braki w komplecie dokumentów załączonym do MRW. W związku z powyższym do 11 grudnia 2020 r. nie wystawił faktury.

- 1 027,0 tys. zł, dotyczące umowy z 12 maja 2017 r. i wypłat dokonanych przez PKP PLK S.A. na rzecz podwykonawców od 20 maja 2019 r. do 19 czerwca 2019 r. W celu dochodzenia należności Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wystosował (po około roku od dokonania tych płatności) do lidera konsorcjum wykonującego umowę (i do wiadomości członka tego konsorcjum) zbiorczą notę obciążeniową³¹ – doręczoną 25 maja 2020 r. oraz wezwanie do zapłaty – doręczone 21 września 2020 r. Dyrektor Regionu wyjaśnił, że wezwanie sporządzono po szczegółowej analizie innych możliwości potrącenia. Rozpatrywano możliwość wzajemnego potrącenia należności z ewentualnych faktur wystawionych przez lidera konsorcjum. Konsorcjant odpowiedzialny za brak płatności uznając wezwanie za bezzasadne odmówił zapłaty. Z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że PKP PLK S.A. oczekiwała na otrzymanie na piśmie wyroku (z 1 grudnia 2020 r.) oddalającego apelację Zamawiającego i ostatecznie wskazującego na powstanie jego należności względem lidera konsorcjum za realizację innego kontraktu. Po otrzymaniu wyroku na piśmie Zamawiający planował dokonanie wzajemnego potrącenia należności. Z uwagi na cesję wierzytelności PKP PLK S.A. nie mogła dokonać takiego potrącenia. W związku z zaistniałą sytuacją zostanie dokonane potrącenie z bieżących płatności dla członka konsorcjum. Należności te nie były dotychczas dochodzone od współkonsorcjanta.

Zakres robót objętych roszczeniami został potwierdzony przez Zamawiającego³², jako wykonany zgodnie z umowami/kontraktami.

W przypadku ośmiu roszczeń, PKP PLK S.A. dokonała płatności podwykonawcom za roboty, za które zapłaciła już uprzednio wykonawcom, tj. powstała tzw. podwójna płatność w łącznej kwocie 3 488,5 tys. zł (z ww. kwoty odzyskano 3 402,2 tys. zł³³, tj. 97,5%, a 86,3 tys. zł, tj. 2,5% dotyczące części jednego roszczenia nie odzyskano³⁴).

Dyrektor Regionu wyjaśnił, że zapisy kontraktu oraz obowiązujących procedur nie uzależniały wypłat bezpośrednich dla podwykonawców od rozliczenia robót z Zamawiającym przez wykonawcę, a jedynie od faktycznego wykonania oraz właściwego udokumentowania prac i zasadności roszczenia.

Przed dokonaniem płatności na rzecz wykonawcy, obejmujących roboty zrealizowane przez podwykonawców będące następnie przedmiotem roszczeń, w przypadku których wystąpiła tzw. podwójna płatność w łącznej kwocie:

- 1 722,9 tys. zł (dotyczących umowy z 26 maja 2017 r.), wykonawca przedłożył oświadczenie o niezaleganiu z płatnościami wobec podwykonawców oraz oświadczenie podwykonawcy o niezaleganiu przez wykonawcę wobec niego z płatnościami – na dzień wystąpienia o PŚP, w których rozliczono te roboty i na podstawie których dokonano płatności,
- 1 765,5 tys. zł (dotyczących umowy z 12 maja 2017 r.) – w zakresie kwoty:
 - 284,2 tys. zł³⁵: wykonawca nie przedłożył oświadczenia (z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz z dowodem ich zapłaty),

³¹ W łącznej kwocie 1 145,4 tys. zł, obejmującej wszystkie należności PKP PLK S.A. od wykonawcy tej umowy. Nota zawierała wykaz kwot do zapłaty z tytułu dokonanych przez PKP PLK S.A. płatności na rzecz poszczególnych podwykonawców (w tym związanych z roszczeniami nieobjętymi szczegółowym badaniem).

³² Inżyniera Projektu, Inżyniera Tymczasowego lub inspektorów nadzoru inwestorskiego reprezentujących Zamawiającego.

³³ Z tego w przypadku siedmiu roszczeń odzyskano środki w całości (2 277,2 tys. zł), a w przypadku jednego roszczenia – w części (1 125,0 tys. zł, tj. 92,9% z kwoty 1 211,3 tys. zł).

³⁴ Należność została opisana wyżej i jej potrącenie jest planowane z najbliższej płatności dla wykonawcy.

³⁵ Roboty rozliczono w PŚP o wartości 3 251,6 tys. zł, za które PKP PLK S.A. w całości zapłaciła wykonawcy 16 stycznia 2019 r.

że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia o PŚP, zostały zapłacone ani oświadczenia podwykonawcy w powyższym zakresie (podwykonawca ten wystąpił z roszczeniem dotyczącym m.in. zobowiązania, którego termin wymagalności upłynął przed wystąpieniem przez wykonawcę o to PŚP, w konsekwencji czego PKP PLK S.A. zapłaciła temu podwykonawcy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora – 7,8 tys. zł³⁶),

- 1 481,3 tys. zł³⁷: wykonawca przedłożył oświadczenia, że zostały zapłacone wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym poprzednim rozliczeniem przejściowym (zamiast: których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o dane PŚP³⁸),

co oznacza naruszenie zapisów Subklauzuli 14.3. i 14.6 warunków szczególnych ww. umowy zawartej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Inżynierowie Projektów wystąpili do wykonawców o wyjaśnienie zaległości objętych roszczeniami lub przekazanie potwierdzeń zapłaty za faktury nimi objęte, przy czym w przypadku ośmiu roszczeń, na podstawie których wypłacono podwykonawcom łącznie 4 225,3 tys. zł³⁹ za roboty odebrane i poświadczane do zapłaty wykonawcy w PŚP – nie wezwali do dostarczenia (poza dowodami, że poświadczane sumy należne podwykonawcy za roboty zostały zapłacone) dowodów, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę, o czym mowa w Subklauzuli 4.4. ust. 12 warunków szczególnych umowy z 12 maja 2017 r. i Subklauzuli 4.4. ust. 11 warunków szczególnych umowy z 26 maja 2017 r.

Lider konsorcjum wykonującego umowę z 12 maja 2017 r. nie potwierdził wierzytelności objętych roszczeniami. PKP PLK S.A. potrąciła całość wypłaconych środków z wierzytelności przysługujących PKP PLK S.A. od wykonawcy tej umowy. Dyrektor Regionu wyjaśnił, że płatności dla podwykonawców zrealizowano niezwłocznie po przedłożeniu rekomendacji Inżyniera Projektu w celu zaspokojenia roszczeń i możliwości potrącenia należności w stosunku do wykonawcy z kolejnych faktur.

Wykonawca umowy z 26 maja 2017 r. potwierdził wystąpienie wierzytelności w kwocie 511,6 tys. zł (odzyskane poprzez potrącenie). Zaś w przypadku roszczenia w kwocie 1 211,3 tys. zł (z której 1 125,0 tys. zł odzyskano poprzez potrącenie, a 86,3 tys. zł nie odzyskano) z wyjaśnień Zastępcy Dyrektora Regionu ds. finansowych wynika, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi w zakresie wyjaśnień przyczyn braku zapłaty, ale prace ujęte w fakturach potwierdził w protokołach odbioru. Wykonawca miał pełną wiedzę, co do rozpatrywanego wezwania podwykonawcy. Po dokonaniu płatności przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy, poinformowano wykonawcę o potrąceniu wypłaconych kwot z bieżących, wstrzymanych faktur oraz przyszłych rozliczeń (wobec ww. informacji wykonawca nie zgłosił sprzeciwu).

(akta kontroli str. 163-221, 223-723, 794-1356, 1455-1915, 1956-1976, 1987-1991, 2000-2001)

³⁶ W przypadku pozostałej kwoty, tj. 276,4 tys. zł termin płatności faktur podwykonawców upłynął po wstrzymaniu przez PKP PLK S.A. płatności na rzecz lidera konsorcjum.

³⁷ Roboty rozliczono w trzech PŚP (o wartości – kolejno – 10 914,7 tys. zł, 9 989,4 tys. zł i 10 352,2 tys. zł), za które PKP PLK S.A. zapłaciła w całości.

³⁸ Termin płatności wszystkich faktur podwykonawców upłynął po wstrzymaniu przez PKP PLK S.A. płatności na rzecz lidera konsorcjum.

³⁹ Z tego 2 502,4 tys. zł dotyczyło dwóch roszczeń w związku z realizacją umowy z 12 maja 2017 r., a 1 722,9 tys. zł – sześciu roszczeń w związku z realizacją umowy z 26 maja 2017 r.

3. Na podstawie kontroli próby 10 roszczeń, w przypadku których PKP PLK S.A. nie wypłaciła podwykonawcom i dalszym podwykonawcom środków finansowych w łącznej kwocie 7 341,8 tys. zł ustalono, że:

- w przypadku trzech roszczeń w łącznej kwocie 1 659,3 tys. zł PKP PLK S.A. nie wypłaciło podwykonawcom:
 - 629,0 tys. zł, ponieważ – jak wynika z wyjaśnień Zastępcy Dyrektora Regionu ds. finansowych – podwykonawca nie uzupełnił wezwania do zapłaty o wskazane przez Region dokumenty, bez których niemożliwe było dalsze procedowanie sprawy (brak protokołów odbioru, umowy podwykonawczej oraz zleceń, na podstawie których zostały wystawione faktury, dokumenty nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem). Według stanu na 5 listopada 2020 r. wykonawca uregulował 564,6 tys. zł, tj. 89,8%, a 64,4 tys. zł pozostało do zapłaty;
 - 472,9 tys. zł, ponieważ – jak wynika z wyjaśnień Zastępcy Dyrektora Regionu ds. finansowych – projekt umowy przedwstępnej, na podstawie której wystawiono faktury wskazane w roszczeniu został odrzucony przez Inżyniera Projektu i Zamawiającego. Wykonawca nie złożył ponownie poprawionego projektu umowy, poinformował natomiast, że częściowo uregulował należności i dalej będzie systematycznie spłacał zobowiązania wobec podwykonawcy. Podwykonawca złożył oświadczenie o niezaleganiu przez wykonawcę z płatnościami wymagalnymi na ponad miesiąc po upływie terminu wymagalności faktur objętych roszczeniem;
 - 557,4 tys. zł, ponieważ zawarto porozumienie pomiędzy generalnym wykonawcą, a podwykonawcą o spłacie przez generalnego wykonawcę zobowiązań w ratach (w ustalonych terminach i kwotach);
- 4 528,8 tys. zł zostało uregulowane przez wykonawców (z tego 1 985,5 tys. zł dotyczyło całości czterech roszczeń, a 2 543,3 tys. zł – części trzech roszczeń);
- w przypadku pozostałej kwoty 1 153,7 tys. zł (dotyczącej części trzech powyższych roszczeń), z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że wypłacone przez Zamawiającego środki zaspokoiły roszczenia podwykonawców i nie wystąpili oni z kolejnymi roszczeniami o zapłatę pozostałych kwot, zatem roszczenia uznano za zaspokojone. Niemniej jednak z ustaleń kontroli wynika, że w Regionie nie sprawdzono, czy jeśli generalny wykonawca uznał wiarygodność za zasadną to czy ją zapłacił, o czym mowa w Procedurze nr 32⁴⁰. Ponadto w przypadku jednego z tych roszczeń, PKP PLK S.A. dokonała wypłaty wykonawcy, pomimo nieprzedłożenia przez niego faktury podwykonawcy, której termin płatności upłynął na dzień wystąpienia o PŚP, jak również w okresie rozliczeniowym je obejmującym i dowodu jej zapłaty, czym naruszono zapisy Subklauzuli 14.3. i 14.6 warunków szczególnych umowy z 12 maja 2017 r., a która to faktura została następnie ujęta w kwocie 63,5 tys. zł w roszczeniu podwykonawcy.

(akta kontroli str. 163-221, 223-286, 689-722, 724-820, 824-1017, 1357-1474, 1494-1501, 1523-1526, 1593-1683, 1916-1960, 1968-1971, 1977-1986, 2000-2001)

W zakresie objętym właściwością Regionu, PKP PLK S.A. otrzymała dwa nakazy zapłaty łącznej kwoty 409,5 tys. zł w postępowaniu upominawczym, dotyczące solidarnej zapłaty na rzecz dalszego podwykonawcy.

⁴⁰ Procedura nr 32 w pkt 12.9.2. „Procedura postępowania w przypadku otrzymania wezwania do zapłaty od Podwykonawcy z tytułu solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu Cywilnego/z tytułu bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na podstawie art. 143c Ustawy Prawo Zamówień Publicznych” ujętej w „Podręczniku procedur wdrażania projektów kolejowych Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020”.

Z powyższej kwoty 125,0 tys. zł dotyczyło roszczenia dochodzonego wyłącznie na drodze postępowania sądowego, tj. przed wystąpieniem na drogę sądową dalszy podwykonawca nie skierował do PKP PLK S.A. wezwania do zapłaty związanego z tym roszczeniem. Roszczenie zrealizowano poprzez bezpośrednią zapłatę przez PKP PLK S.A. na rzecz dalszego podwykonawcy⁴¹. Pozostałą kwotę – 284,5 tys. zł, objętą powyższymi nakazami, zapłacił wykonawca.

W związku z dochodzeniem roszczeń na drodze postępowania sądowego PKP PLK S.A. poniosła (27 maja 2020 r.) dodatkowe koszty w łącznej kwocie 7,1 tys. zł⁴², które w całości zostały zwrócone przez wykonawcę. Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wskazał, że w wyniku błędu w wezwaniu nie uwzględniono opłaty od zażalenia w kwocie 80,0 zł i w kolejnym wezwaniu wezwie wykonawcę do zwrotu tych kosztów.

(akta kontroli str. 186, 1756-1767, 1817-1822, 1869-1882, 1992-2000)

4. W okresie objętym kontrolą wykonawcy umów dotyczących przydzielonych Regionowi przedsięwzięć na roboty budowlane w sektorze kolejowym nie zgłosili roszczeń o zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*, o której mowa w art. 357¹ kc, uruchomienie umownych klauzul waloryzacyjnych w związku z art. 358¹ § 2 kc lub o dokonanie waloryzacji sądowej na podstawie art. 358¹ § 3 kc.⁴³ W powyższym okresie również nie rozpatrywano ani nie realizowano takich roszczeń.

Natomiast na podstawie Subklauzuli 13.8 umowy zawartej w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC złożono jeden wniosek o waloryzację zaakceptowanej kwoty kontraktowej określonej w umowie. Ponieważ wniosek nie został zaakceptowany (nie dokonano waloryzacji) wykonawca zgłosił powiadomienie o roszczeniu na podstawie Subklauzuli 20.1, które według stanu na 8 października 2020 r. było roszczeniem przejściowym. Sposób realizacji tego roszczenia bardziej szczegółowo opisano w kolejnym punkcie.

Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wyjaśnił, że:

- roszczenia waloryzacyjne dotyczące realizacji umów na roboty budowlane procedowane były w poszczególnych zespołach projektów krajowych i unijnych, a w związku z tym monitorowane były przez Dyrektorów Projektów i Kierowników Kontraktów,
- roszczenia te monitorowano zgodnie z obowiązującym „Podręcznikiem zarządzania sporami inwestycyjnymi w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”, postanowieniami stosownych zapisów Subklauzul Warunków Ogólnych i Warunków Szczególnych umów oraz stosownymi zapisami poszczególnych umów, a nie zmiany wynagrodzeń czy cen materiałów budowlanych,
- co miesiąc, począwszy od grudnia 2019 r. przekazywano do Biura CRI informacje dotyczące roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych (art. 357¹ kc, art. 632 kc lub Subklauzula 13.8), w związku z pismem Ministerstwa Infrastruktury z 5 grudnia 2019 r. dotyczącym przekazywania informacji na temat roszczeń wykonawców wobec PKP PLK S.A.,
- w związku z powyższym prowadzono zintegrowany rejestr roszczeń, których podstawą prawną był art. 357¹ kc, art. 632 kc lub Subklauzula 13.8.

(akta kontroli str. 163-177, 222, 1596-1598, 2002-2016)

5. W okresie objętym kontrolą jedyny wniosek o uruchomienie umownych klauzul waloryzacyjnych złożono 25 października 2018 r. na podstawie Subklauzuli 13.8

⁴¹ Roszczenie objęte badaniem, o którym mowa w pkt 2 niniejszego wystąpienia pokontrolnego.

⁴² Obejmujące koszty procesu i koszty postępowania zażaleniewego.

⁴³ Zgodnie z 358¹ § 4 kc z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa

umowy zawartej 12 maja 2017 r. w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC. Dotyczył on waloryzacji zaakceptowanej kwoty kontraktowej określonej w umowie.

PKP PLK S.A. nie dokonało waloryzacji z powodu opóźnienia Wykonawcy w realizacji robót w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego, tj. niespełnienia przesłanki do jej dokonania określonej w Subklauzuli 13.8. – wykonania robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

W związku z niedokonaniem waloryzacji, 22 listopada 2018 r. na podstawie Subklauzuli 20.1 wykonawca złożył powiadomienie o roszczeniu i od stycznia 2019 r. do października 2020 r.⁴⁴, co miesiąc przedkładał roszczenia przejściowe z informacją, że roszczenie „z uwagi na charakter ciąglej podstawy do jego wniesienia stanowi Roszczenie przejściowe, w związku z powyższym Wykonawca ostateczne roszczenie w przedmiotowej sprawie wniesie w terminie kontraktowym, po ustaleniu ostatecznych skutków wynikających ze zdarzenia”.

W raporcie przekazywanym przez Region do Biura CRI dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych (art. 357¹ kc, art. 632 kc lub Subklauzula 13.8) wskazano, że według stanu na 30 czerwca 2020 r. kwota roszczenia przejściowego wynosiła 4 249,9 tys. zł, podczas gdy z roszczenia przejściowego wniesionego przez wykonawcę wynikała kwota 3 355,3 tys. zł, tj. niższa o 894,6 tys. zł.

Zastępca Dyrektora Regionu ds. finansowych wyjaśnił, że roszczenie miało status roszczenia przejściowego. Wykonawca nie przedłożył pełnego szczegółowego roszczenia odpowiadającego warunkom i wymogom określonym w warunkach kontraktu, tzn. nie określił dokładnej żądanej wartości płatności dodatkowej oraz przedłużenia czasu na ukończenie, dlatego nie można było określić dokładnej wartości roszczenia. Roszczenie monitorowane było przez Inżyniera projektu oraz Zespół projektowy.

(akta kontroli str. 163-177, 222, 1596-1598, 2002-2120)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

1. W Regionie nie podjęto (poza przesłaniem do wiadomości noty obciążeniowej i wezwania do zapłaty) działań w celu wyegzekwowania od członka konsorcjum wykonującego umowę z 12 maja 2017 r. kwoty 1 145,4 tys. zł, stanowiącej nieodzyskane od lidera tego konsorcjum należności związane z dokonaniem przez PKP PLK S.A. bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców tej umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora (zgodnie z art. 141 Prawa zamówień publicznych wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy).

W konsekwencji powyższego, w związku z realizacją ww. umowy od 7 stycznia 2020 r. do 10 czerwca 2020 r.⁴⁵ PKP PLK S.A. wypłaciła na rzecz członka konsorcjum wykonującego tą umowę łącznie 35 145,5 tys. zł, mimo że posiadała należności, związane z realizacją ww. umowy, od lidera tego konsorcjum w łącznej kwocie 1 145,4 tys. zł z tytułu dokonanych od 20 maja 2019 r. do 19 czerwca 2019 r. (tj. od około pół roku wcześniej) bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców tej umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że należności nie były dochodzone od członka konsorcjum, obecnie realizującego samodzielnie prace w ramach

⁴⁴ Według stanu na 21 października 2020 r.

⁴⁵ Według stanu na 2 grudnia 2020 r.

kontraktu, z uwagi na umożliwienie mu zachowania płynności finansowej. Obciążenie go zaległościami płatniczymi zawinionymi przez lidera konsorcjum byłoby do tej pory niekorzystne dla dalszej realizacji inwestycji. Analizowane były możliwości odzyskania należności od lidera konsorcjum i podejmowane wszelkie próby ich odzyskania od lidera, łącznie z możliwością jej potrącenia z jego należności dotyczących innych kontraktów. Po wyczerpaniu tych możliwości Zamawiający podjął kroki mające na celu odzyskanie należności w ramach solidarnej odpowiedzialności wierzycieli. Zostanie dokonane potrącenie należności od członka konsorcjum.

W ocenie NIK powyższe wyjaśnienia nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla nieskorzystania dotychczas z prawa dochodzenia od członka konsorcjum należności PKP PLK S.A. i dokonywania na jego rzecz płatności, ponieważ ponosił on solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego za wykonanie umowy, w tym za wykonanie umów podwykonawczych.

(akta kontroli str. 163, 167-221, 223, 794-802, 821, 824-935, 1455-1486, 1502, 1504-1514, 1522-1530, 1572-1573, 1586-1591, 1593-1595)

2. PKP PLK S.A. zapłaciła liderowi konsorcjum wykonującemu powyższą umowę z 12 maja 2017 r.:

- 3 251,6 tys. zł za roboty obejmujące roboty wykonane przez podwykonawców, które następnie były objęte roszczeniami, w przypadku których wystąpiła tzw. podwójna płatność w łącznej kwocie 284,2 tys. zł, pomimo braku oświadczenia wykonawcy (z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz z dowodem ich zapłaty), że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia o PŚP, na podstawie którego wykonawca wystawił fakturę uregulowaną przez PKP PLK S.A. w ww. kwocie, zostały zapłacone oraz pomimo braku w powyższym zakresie oświadczenia podwykonawcy (podwykonawca ten wystąpił z roszczeniem dotyczącym m.in. zobowiązania, którego termin wymagalności upłynął przed wystąpieniem przez wykonawcę o to PŚP, w konsekwencji czego PKP PLK S.A. zapłaciła temu podwykonawcy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora – 7,8 tys. zł);
- 31 256,3 tys. zł za roboty rozliczone w trzech PŚP obejmujących roboty wykonane przez podwykonawców, które następnie były objęte roszczeniami, w przypadku których wystąpiła tzw. podwójna płatność w łącznej kwocie 1 481,3 tys. zł, pomimo że wykonawca przedłożył oświadczenia, że zostały zapłacone wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym poprzednim rozliczeniem przejściowym⁴⁶, zamiast których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o dane PŚP⁴⁷. Ponadto na podstawie jednego z powyższych PŚP, PKP PLK S.A. dokonała zapłaty wykonawcy, pomimo nieprzedłożenia faktury podwykonawcy, której termin płatności upłynął na dzień wystąpienia o PŚP, jak również w okresie rozliczeniowym je obejmującym oraz braku dowodu jej zapłaty (a która następnie została ujęta w kwocie 63,5 tys. zł w roszczeniu podwykonawcy).

Tymczasem z zapisów Subklauzuli 14.6. warunków szczególnych ww. umowy wynikało, że PŚP mogło być wstrzymane, jeżeli nie zostały przedłożone wymagane oświadczenia wykonawcy oraz podwykonawców, a z zapisów

⁴⁶ Tj. kolejno: od 1 października 2018 r. do 31 października 2018 r., od 1 listopada 2018 r. do 20 listopada 2018 r. i od 11 grudnia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r.

⁴⁷ Kolejno: 8 listopada 2018 r., 27 listopada 2018 r. i 16 stycznia 2019 r.

Subklauzuli 14.3 – że każde rozliczenie przejściowe będzie zawierać oświadczenie wykonawcy i podwykonawców (z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz z dowodem ich zapłaty), że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o PŚP, zostały zapłacone.

Z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że płatności dokonano po uzyskaniu rekomendacji Inżyniera Projektu.

W ocenie NIK uzyskanie rekomendacji Inżyniera Projektu nie było wystarczające do dokonania wskazanych płatności, ponieważ zgodnie z zapisami powyższych Subklauzul umownych niezbędne było również uzyskanie kompletnych oświadczeń.

W konsekwencji dokonania przez PKP PLK S.A. wypłaty na rzecz lidera konsorcjum pomimo braku oświadczenia wykonawcy i podwykonawcy, PKP PLK S.A. dokonała na jego rzecz 16 stycznia 2019 r. zapłaty kwoty 3 251,6 tys. zł, w której rozliczono roboty za okres 21 listopada 2019 r. do 10 grudnia 2019 r., za które w części – 7,8 tys. zł zapłaciła ponownie 19 czerwca 2019 r. podwykonawcy tych robót⁴⁸, a w przypadku, których termin płatności⁴⁹ upłynął 8 grudnia 2019 r., tj. przed dokonaniem płatności przez PKP PLK S.A. wykonawcy za te roboty. Ponadto PKP PLK S.A. dokonała 31 stycznia 2019 r. i 4 lutego 2019 r. kolejnych płatności na rzecz wykonawcy w łącznej kwocie 10 352,2 tys. zł, na podstawie m.in. oświadczenia wykonawcy o braku zaległości wobec podwykonawców, dotyczącego kolejnego okresu rozliczeniowego, tj. od 11 grudnia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r., a nie stanu na dzień wystąpienia o to PŚP, tj. 16 stycznia 2019 r., wskutek czego nie odnosiło się ono do zobowiązania wykonawcy, którego termin płatności upłynął 8 grudnia 2019 r.

Ponadto PKP PLK S.A. dokonała zapłaty wykonawcy na podstawie m.in. oświadczenia podwykonawcy o braku wobec niego zaległości wykonawcy (przy nieprzedłożeniu faktury i potwierdzenia jej zapłaty), pomimo że ze zgłoszonego później przez podwykonawcę roszczenia wynikało, że posiadał należności od wykonawcy w kwocie 63,5 tys. zł, których termin płatności upłynął na dzień wskazany w oświadczeniu.

(akta kontroli str. 223, 824-935, 1314-1378, 1455-1474, 1503, 1515-1525, 1531-1565, 1574-1595)

3. W zakresie części trzech roszczeń w łącznej kwocie 1 153,7 tys. zł w Regionie nie sprawdzono, czy jeśli generalny wykonawca uznał wierzytelność za zasadną to ją zapłacił, mimo takich zaleceń w Procedurze nr 32.

Dyrektor Regionu wyjaśnił, że w Regionie nie posiadano dokumentów potwierdzających, czy i kto uregulował powyższe roszczenia. Podwykonawcy przedłożyli „aktualne” oświadczenia o braku zaległości wykonawcy⁵⁰. Z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że środki wypłacone przez Zamawiającego zaspokoiły roszczenia podwykonawców i nie wystąpili oni z kolejnymi

⁴⁸ W ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora w związku z wniesionym przez niego roszczeniem (pismem z 8 kwietnia 2019 r.).

⁴⁹ Przez wykonawcę na rzecz podwykonawcy za te roboty.

⁵⁰ Z przedłożonych dokumentów wynika, że dwóch podwykonawców przedłożyło oświadczenia o braku wymagalnych wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia przysługujących mu od wykonawcy, według stanu na dzień przypadający po upływie terminu wymagalności faktur objętych roszczeniami. Natomiast „aktualne” oświadczenie jednego z podwykonawców nie obejmowało terminu wymagalności niektórych objętych roszczeniem zobowiązań podwykonawcy.

roszczeniami o zapłatę powyższych, pozostałych kwot dotyczących tych roszczeń, zatem roszczenia uznano za zaspokojone.

Zdaniem NIK, brak kolejnych roszczeń podwykonawców oraz ich oświadczenia o braku zaległości wykonawcy, nie były wystarczającymi przesłankami dla uznania, że roszczenia zostały zrealizowane przez wykonawcę i zostały zaspokojone. Ponadto biorąc pod uwagę, że PKP PLK S.A. została wezwana do zapłaty podwykonawcom wynagrodzenia w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora, ponoszenie takiej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 kc (w brzmieniu sprzed nowelizacji z 1 czerwca 2017 r.) oraz ryzyko, że niezrealizowanie roszczenia może skutkować skierowaniem sprawy na drogę postępowania sądowego i poniesieniem związanych z tym dodatkowych kosztów, w Regionie należało dołożyć należytej staranności przy sprawdzaniu, czy roszczenia zostały uregulowane.

(akta kontroli str. 163, 167-169, 229-286, 824-1017, 1357-1381, 1433-1474, 1515-1517, 1593-1595)

4. W raporcie przekazywanym przez Region do Biura CRI dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych (art. 357¹ kc, art. 632 kc lub Subklauzula 13.8) wskazano, że według stanu na 30 czerwca 2020 r. kwota przejściowego roszczenia waloryzacyjnego wynosiła 4 249,9 tys. zł, podczas gdy z roszczenia przejściowego wniesionego przez wykonawcę wynikała kwota 3 355,3 tys. zł⁵¹, tj. niższa o 894,6 tys. zł.

Z wyjaśnień Dyrektora Regionu wynika, że w raporcie pomyłkowo przyjęto wartość roszczenia – 4 249,9 tys. zł. Omyłka nie miała wpływu na procedurę rozpatrzenia roszczenia i jego zasadności.

(akta kontroli str. 163, 167-169, 174-175, 222, 1455-1521, 1572-1573, 2002-2069)

OCENA CZĄSTKOWA

W Regionie prowadzono systemowy monitoring płatności dokonywanych przez wykonawców na rzecz podwykonawców, jednak kontrola ujawniła przypadki nieprawidłowości towarzyszące temu procesowi, polegające na uregulowaniu liderowi konsorcjum wykonującemu umowę z 12 maja 2017 r. 34 507,9 tys. zł za roboty wykonane przez podwykonawców, mimo braku oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z płatnościami wobec podwykonawców i oświadczenia podwykonawcy w tym zakresie albo mimo posiadania takich oświadczeń sporządzonych w sposób nieprawidłowy lub niekompletny.

Środki wypłacone w ramach solidarnej odpowiedzialności podwykonawcom i dalszym podwykonawcom odzyskano w 92,8%. Stwierdzono jednak niepodjęcie (poza przesłaniem do wiadomości noty obciążeniowej i wezwania do zapłaty) wobec członka konsorcjum wykonującego powyższą umowę działań zmierzających do wyegzekwowania kwoty 1 145,4 tys. zł, stanowiącej nieodzyskane od lidera tego konsorcjum należności związane z dokonaniem przez PKP PLK S.A. bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców ww. umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

W Regionie monitorowano realizację większości roszczeń, jednak nie sprawdzono, czy generalny wykonawca zapłacił podwykonawcom wierzytelności w łącznej kwocie 1 153,7 tys. zł, dotyczące roszczeń zgłoszonych w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Stwierdzono również wykazanie przez Region w przekazanym do Biura CRI raporcie dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych, roszczenia

⁵¹ Kwota 4 249,9 tys. zł została po raz ostatni wykazana w roszczeniu przejściowym nr 18o z 27 lutego 2020 r., a w roszczeniach od nr 18p z 26 marca 2020 r. do nr 18w z 8 października 2020 r. (ostatnie roszczenie według stanu na 21 października 2020 r.) wykazano kwotę 3 355,3 tys. zł.

na 30 czerwca 2020 r. w kwocie 4 249,9 tys. zł, podczas gdy kwota zgłoszona przez wykonawcę wynosiła 3 355,3 tys. zł.

IV. Uwagi i wnioski

W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK, przedstawia następujące wnioski:

Wnioski

1. Podjęcie działań w celu dokonania w dokumentach wzorcowych zmiany brzmienia klauzuli dotyczącej waloryzacji kwoty kontraktu na skutek zmiany przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, w sposób zabezpieczający interes Inwestora przed nieuzasadnionymi roszczeniami wykonawców.
2. Uwzględnienie w działaniach podejmowanych w celu odzyskania należności związanych z realizacją umowy z 12 maja 2017 r. w większym stopniu również członka konsorcjum wykonującego tę umowę.
3. Wzmocnienie nadzoru nad prawidłowością i kompletnością oświadczeń składanych przez wykonawców umów, dotyczących płatności dokonywanych na rzecz ich podwykonawców.
4. Sprawdzenie, czy generalny wykonawca zapłacił podwykonawcom części trzech roszczeń zgłoszonych w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora w łącznej kwocie 1 153,7 tys. zł.
5. Wzmocnienie nadzoru nad rzetelnością danych przekazywanych do Biura CRI w raportach obejmujących poziom roszczeń zgłaszanych przez wykonawców z tytułu waloryzacji cen kontraktowych.

Uwagi

Najwyższa Izba Kontroli nie formułuje uwag.

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 Gdańsku. 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
wykonania wniosków

Zgodnie z art. 62 ustawy o NIK należy poinformować Najwyższą Izbę Kontroli, w terminie 21 od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie 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.

Gdańsk, 20 stycznia 2021 r.

Kontroler

Maria Mieszalska

główny specjalista kontroli
państwowej

mieszalska

WICEDYREKTOR DELEGATURY
NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI
w Gdańsku
Ewa Duszka

