



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Katowicach

LKA.410.024.01.2020

Pan
Marek Nielacny
p.o. Dyrektora Oddziału w Katowicach
Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad
ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

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	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ¹ , ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice
Kierownik jednostki kontrolowanej	Marek Niełacny, p.o. Dyrektora Oddziału ² od 28 lutego 2019 r. W okresie objętym kontrolą funkcję kierownika jednostki poprzednio pełnili: Michał Mendrok, Dyrektor Oddziału w Katowicach, od dnia 16 czerwca 2016 r. do dnia 31 maja 2017 r. oraz od dnia 15 maja 2018 r. do dnia 26 lutego 2019 r.; Przemysław Juszczak, Dyrektor Oddziału, od dnia 1 czerwca 2017 r. do dnia 15 maja 2018 r.
Zakres przedmiotowy kontroli	1. Zabezpieczenie Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez GDDKiA na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności. 2. Rozpatrywanie i realizacja roszczenia wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorze drogowym.
Okres objęty kontrolą	Lata 2017-2020 (I półrocze), z możliwością wykorzystania dowodów sporządzonych przed lub po tym okresie, jeżeli byłoby to niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia kontroli.
Podstawa prawna podjęcia kontroli	Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ³
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Katowicach
Kontrolerzy	1. Maria Talik, doradca prawny, upoważnienie do kontroli nr LKA/248/2020 z 10 września 2020 r. 2. Witold Wilk, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli LKA/308/2020 z 16 listopada 2020 r.

(akta kontroli str. 1-4)

¹ Dalej: Oddział.

² Dalej: Dyrektor Oddziału.

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

II. Ocena ogólna⁴ kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

Oddział w zbadanym zakresie, dotyczącym postanowień zawartych umów na roboty budowlane oraz umów na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami budowlanymi, jak też dotyczącym rozpatrywania roszczeń podwykonawców w ramach solidarnej odpowiedzialności i dokonywania waloryzacji wynagrodzeń wykonawców, podejmował działania mające na celu zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w zakresie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji.

Przy zawieraniu 10 poddanych badaniu umów⁵, w tym sześciu umów na roboty budowlane opartych na Warunkach Kontraktowych FIDIC⁶ oraz czterech umów na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami budowlanymi, zastosowano wzorce umowne⁷ przekazane przez Centralę GDDKiA, nie dokonując, w zakresie zbadanych postanowień umownych, zmian w tychże wzorcach (nie licząc zmian wynikających z wydanych wyroków⁸), z wyjątkiem przypadków wskazanych niżej.

W jednej ze zbadanych umów (zawartej w systemie „Buduj” w oparciu o tzw. „czerwony” FIDIC), w przypadku której, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁹ prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia z udziałem obserwatorów, w tym m.in. przedstawicieli Centrali GDDKiA wyznaczonych przez jej Dyrektora Generalnego, dokonano w zbadanym zakresie¹⁰ zmian w stosunku do wzorca umowy (Szczególnych Warunków Kontraktu¹¹), w związku z wnioskami formułowanymi w tym zakresie przez wykonawców biorących udział w negocjacjach mających za przedmiot warunki przyszłej umowy¹². Ponadto w innej umowie w sposób nie w pełni kompletny uwzględniono treść wzorca SWK przesłanego przez Centralę, po jego aktualizacji, w zakresie zapisu w jednym postanowieniu subklauzuli 4.4 (pozostałe, w zbadanym zakresie, uwzględniono), co wg wyjaśnienia Oddziału wynikało z przeoczenia.

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

⁵ Umowy na roboty budowlane z: 23 lipca 2018 r.; 26 listopada 2018 r.; 24 lipca 2019 r.; 10 października 2019 r.; 23 grudnia 2019 r.; 14 maja 2020 r. Umowy na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami z: 6 grudnia 2018 r.; 23 listopada 2018 r.; 26 lutego 2020 r.; 16 czerwca 2020 r.

⁶ Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*). Warunki Kontraktowe FIDIC, dalej: *Warunki FIDIC*.

⁷ Badaniem w tym zakresie objęto wybrane zapisy w subklauzulach Szczególnych Warunków Kontraktu (SWK) i postanowienie Aktu umowy, w którym przywołano art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej: Pzp, oraz wybrane zapisy w Umowie na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami, dot. zagadnień zw. z podwykonawcami, solidarną odpowiedzialnością i waloryzacją wynagrodzeń. Wzorce umów (kontraktów) na roboty budowlane, które w latach 2017-2020 (I półrocze) Centrala GDDKiA przekazywała oddziałom, oparte były na Warunkach Kontraktowych FIDIC (innych wzorców umów niż oparte na Warunkach FIDIC Centrala nie przekazywała).

⁸ W tym wyrok KIO z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt 173/18).

⁹ Jak wskazała jednostka, ze względu na pilną potrzebę, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W toku kontroli nie badano prawidłowości przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym sposobu ich przeprowadzenia ani zastosowanych trybów. Nie badano również przygotowania i realizacji inwestycji, poza zagadnieniami wskazanymi w obszarze pierwszym (związanymi z wybranymi postanowieniami zawartych umów poddanych badaniu) oraz w obszarze drugim (dot. roszczeń podwykonawców i waloryzacji wynagrodzeń).

¹⁰ Tj. w zakresie postanowień subklauzuli 4.4 pt. „Podwykonawcy” oraz subklauzuli 8.7, w tym pkt (e)-(i), pt. „Kary umowne”, poprzez skrócenie terminów akceptacji umów o podwykonawstwo (zgłaszania zastrzeżeń/sprzeciwów do projektów umów/umów), skrócenie terminu przewidzianego na zapłatę wynagrodzenia (faktury lub rachunku) oraz zmniejszenie wysokości przewidzianych tam kar umownych.

¹¹ Dalej: SWK.

¹² Negocjacje mające za przedmiot warunki przyszłej umowy. Według art. 61 Pzp w ramach negocjacji bez ogłoszenia zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Zbadanych 10 umów na roboty budowlane¹³, dotyczących zadań inwestycyjnych, zawartych bez zastosowania FIDIC zawierało postanowienia mające na celu zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa dotyczące takich kwestii, jak m.in. akceptacja umów o podwykonawstwo, wymogi co do terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom¹⁴, wymagane przepisami kary umowne¹⁵, czy prawo odstąpienia zamawiającego, w sytuacji konieczności wielokrotnego dokonywania przez niego bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub na sumę większą niż 5% wartości umowy, od umowy z wykonawcą¹⁶. Wszystkie umowy zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawierały postanowienia dotyczące określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp.

Jednocześnie nie wszystkie umowy zawierały postanowienia dotyczące przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, co dotyczyło pięciu z ww. 10 umów¹⁷. Zdaniem NIK, stosowne postanowienia w tej sprawie powinny zostać zamieszczone w umowach zawieranych z wykonawcami robót budowlanych, mając na uwadze konieczność skutecznego zabezpieczenia się przed ryzykami mogącymi wynikać z braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom (lub dalszym podwykonawcom), jak też dla rzetelnego wypełnienia wymogów wynikających z art. 143d ust. 1 pkt 4 Pzp.

Oddział rzetelnie prowadził działania (w zbadanym przez NIK zakresie¹⁸) mające na celu rozpatrzenie i ewentualną realizację roszczeń podwykonawców robót budowlanych, skierowanych do niego w ramach solidarnej odpowiedzialności, a także w celu niedopuszczenia do płatności należności zapłaconych wcześniej przez wykonawcę. W przypadku zaistnienia wskazanych w umowach przesłanek¹⁹, dokonywano waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcom umów na roboty budowlane, stosując właściwe wskaźniki cen obiektów drogowych i mostowych, publikowane przez Prezesa GUS oraz rzetelnie rozpatrzono roszczenie o waloryzację wynagrodzenia.

¹³ Umowy na roboty budowlane (inwestycyjne, bez remontowych i utrzymaniowych): nr O.KA.D-3.2411.7.2017; nr O.KA.D-3.2412.26.2017; nr O.KA.D-3.2412.31.2017; nr O.KA.D-3.2412.82.2018; nr O.KA.D-3.2412.6.2020; nr O.KA.D-3.2412.8.2020; nr O.KA.D-3.2412.77.2019; nr O.KA.D-3.2412.73.2018, nr O.KA.D-3.2412.12.2018, nr O.KA.D-3.2412.13.2018.

¹⁴ Termin nie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, o którym mowa w art. 143b ust. 2 Pzp.

¹⁵ Art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a-d Pzp.

¹⁶ Prawo odstąpienia od umowy, o którym mowa w art. 143c ust. 7 Pzp.

¹⁷ W tym zarówno umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane z terminem wykonywania krótszym, jak i z terminem dłuższym, niż 12 miesięcy.

¹⁸ Dotyczy zbadanej próby 10 płatności dokonanych przez zamawiającego na rzecz podwykonawców robót budowlanych oraz próby 10 wniosków o zapłatę podwykonawców robót budowlanych, które zostały w całości odrzucone przez zamawiającego.

¹⁹ Związanych ze wzrostem lub spadkiem wartości wskaźników cen obiektów drogowych i mostowych.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej²⁰ kontrolowanej działalności

OBSZAR	1. Zabezpieczenie Skarbu Państwa w kontraktach zawieranych przez GDDKiA na roboty budowlane w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.
Opis stanu faktycznego	W latach 2017-2020 (I półrocze) z zastosowaniem Warunków Kontraktowych FIDIC²¹ zawartych zostało w Oddziale, w wyniku postępowań przeprowadzonych z zastosowaniem Pzp²², łącznie sześć umów (kontraktów) na roboty budowlane, z tego cztery²³ w systemie „Projektuj i buduj” (tzw. „żółty” FIDIC²⁴) oraz dwie²⁵ w systemie „Buduj” (tzw. „czerwony” FIDIC²⁶). Jednocześnie w okresie tym zawarto łącznie cztery²⁷ umowy, zawarte w wyniku przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego²⁸, odpowiednio na pełnienie nadzoru nad realizacją ww. robót i na zarządzanie kontraktem (w odniesieniu do robót budowlanych realizowanych w oparciu o „czerwony” FIDIC) bądź na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją ww. robót oraz na zarządzanie kontraktem (w odniesieniu do robót budowlanych realizowanych w oparciu o „żółty” FIDIC). Oprócz tego w ww. latach Oddział realizował jeszcze cztery umowy na roboty budowlane w oparciu o Warunki FIDIC, zawarte jednak przed 2017 r., z tego dwie w oparciu o „czerwony” FIDIC²⁹ oraz dwie w oparciu o „żółty” FIDIC, a także dwie umowy, zawarte przed 2017 r., na pełnienie nadzoru (odpowiednio nad realizacją robót oraz nad projektowaniem i realizacją robót)³⁰ i na zarządzanie kontraktem. (akta kontroli str. 413-415, 433-434, 440, 442-443, 1032-1301) Zawierając ww. 10 umów, Oddział stosował dokumenty wzorcowe przekazane przez Centralę GDDKiA³¹. W przypadku wzorców umów na roboty budowlane, w skład

²⁰ 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.

²¹ Wskazanych niżej, tj. tzw. „żółtej książki” FIDIC, dalej: „żółty” FIDIC, oraz tzw. „czerwonej książki” FIDIC, dalej: „czerwony” FIDIC, (i opartych na nich wzorów przekazanych przez Centralę GDDKiA).

²² Z tego jedno postępowanie, stosownie do pisma Dyrektora Generalnego Dróg Krajowych i Autostrad, przeprowadzone przez inny oddział (umowa została zawarta w imieniu GDDKiA przez Dyrektora i jego Zastępcę Oddziału w Katowicach).

W toku kontroli nie badano prawidłowości przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym sposobu i trybów udzielania poszczególnych zamówień, lecz teksty zawartych umów (w przypadku objętej badaniem próby umów, które zawarto w oparciu o FIDIC, poprzez porównanie do wzorcowych dokumentów z Centrali GDDKiA).

²³ Z tego: jedną w 2018 r., dwie w 2019 r. i jedną w I połowie 2020 r.

²⁴ „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę”. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999.

²⁵ Jedną zawarto w 2018 r., a drugą w 2019 r.

²⁶ „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego”. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999.

²⁷ Z tego dwie w 2018 r. i dwie w I połowie 2020 r.

W przypadku pozostałych wskazanych wyżej dwóch kontraktów na roboty budowlane, które zawarto w latach 2017-2020 (I półrocze), umowa na pełnienie nadzoru nad robotami oraz na zarządzanie kontraktem została zawarta: w pierwszym przypadku - przed 2017 r., a w drugim - wg stanu na 30 czerwca 2020 r. nie została jeszcze zawarta (postępowanie przetargowe pozostawało w toku).

²⁸ Jak wyżej - na podstawie Pzp. Z tego jedno postępowanie, stosownie do pisma Dyrektora Generalnego Dróg Krajowych i Autostrad, przeprowadzone przez inny oddział GDDKiA (umowa została zawarta w imieniu GDDKiA przez Zastępców Dyrektora Oddziału w Katowicach).

²⁹ W przypadku jednej z tych umów doszło (w 2019 r.) do odstąpienia przez Zamawiającego od zawartego kontraktu.

³⁰ Każda z tych umów obejmowała nadzór nad robotami dotyczącymi łącznie dwóch odcinków budowanej autostrady.

³¹ Były one przekazywane pismami, e-mailami lub poprzez zamieszczenie na wspólnym dysku, a następnie w Intranecie, GDDKiA.

wzorcowych Warunków Kontraktu wchodziły m.in. Warunki Ogólne Kontraktu, tj. Warunki Kontraktowe FIDIC, oraz Szczególne Warunki Kontraktu (SWK), które modyfikowały Warunki Ogólne, uzupełniając, poprawiając lub wprowadzając do nich dodatkowe klauzule specjalne. Wzorce te opracowane zostały z podziałem na umowy zawierane w ww. dwóch systemach, tj. „Projektuj i buduj” (wg „żółtego” FIDIC) i „Buduj” (wg „czerwonego” FIDIC).

Umowy na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem zawierały odwołania do Warunków Kontraktu, w tym Warunków Ogólnych i SWK. Opracowany wzorzec dotyczył umowy na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz na zarządzanie kontraktem. Wzorzec ten wykorzystywany był również na potrzeby umowy o węższym zakresie, tj. umowy na pełnienie nadzoru nad realizacją robót i na zarządzanie kontraktem (bez projektowania), po jego odpowiednim dostosowaniu do zakresu rzeczowego takiej umowy (nieobejmującej projektowania). Dla umowy tylko na pełnienie nadzoru nad realizacją robót i na zarządzanie kontraktem, nie ustalono odrębnego wzorca³².

(akta kontroli str. 413-415, 433-434, 440, 442-443, 444-464, 758-1367)

W toku kontroli badania poddano zapisy wspomnianych wyżej 10 umów zawartych w latach 2017-2020 (I półrocze), w tym sześciu umów na roboty budowlane³³ (z zastosowaniem Warunków FIDIC) oraz czterech umów na pełnienie nadzoru nad robotami i zarządzanie kontraktem³⁴.

W przypadku umów na roboty budowlane³⁵, badaniem objęto wybrane zapisy zawartych umów (SWK i jedno wskazane niżej postanowienie Aktu Umowy) oraz wzorców umownych³⁶, na których je oparto, odnoszące się do podwykonawców, zagadnień związanych z solidarną odpowiedzialnością za zapłatę należnego im wynagrodzenia lub waloryzacją wynagrodzenia wykonawcy:

- w tym zapisy w subklauzulach:

4.4 „Podwykonawcy”, w tym pkt I-V;

13.8 pt. „Korekty wynikające zmian kosztu”, w tym pkt I pt. „Waloryzacja”;

- nadto wybrane zapisy w subklauzulach, jak niżej:

1.7 pt. „Cesja” (zapisy odnoszące się do obowiązku przedstawienia dowodu zaspokojenia wymagalnych płatności na rzecz wszystkich podwykonawców, o których mowa w subklauzuli 4.4³⁷);

4.2 pt. „Zabezpieczenie Wykonania” (zapis wskazujący, że zabezpieczenie wykonania, służące pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z kontraktu, służy również pokryciu zobowiązań określonych w subklauzuli 4.4);

8.7 pt. „Kary umowne” (zapisy przewidujące kary umowne za: - nieprzedłożenie do zaakceptowania zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo³⁸, której

³² Dalej umowy te będą łącznie określane jako „umowy na pełnienie nadzoru nad robotami” (bez wyszczególniania, czy umowa obejmowała także projektowanie).

³³ Umowy: z 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018 („żółty” FIDIC); z 26 listopada 2018 r. nr O.KA.D-3.2410.9.2018 („czerwony” FIDIC); z 24 lipca 2019 r. nr O.KA.D-3.2410.31.2019 („czerwony” FIDIC); z 10 października 2019 r. nr O.KA.D-3.2410.3.2018 („żółty” FIDIC); z 23 grudnia 2019 r. nr O.Op.D-3.2410.1.2019 („żółty” FIDIC); z 14 maja 2020 r. nr O.KA.D-3.2410.65.2019/2020 („żółty” FIDIC).

³⁴ Umowy: z 6 grudnia 2018 r. (nr O.KA.D-3.2413.76.2017/2018); z 23 listopada 2018 r. (nr O.KA.D-3.2410.22.2017/2018); z 26 lutego 2020 r. (nr O.Op.D-3.2410.2.2019); z 16 czerwca 2020 r. (nr O.KA.D-3.2410.67.2018/2020).

³⁵ W jednym przypadku prowadzone było, na podstawie pisma Dyrektora Generalnego, przez inny oddział GDDKiA, jednak, jak wyjaśnił Dyrektor Oddziału w Katowicach, dokumenty przetargowe do postępowania, a następnie zmiany treści SIWZ (przy czym zmiany te nie obejmowały, jak podano, wskazanych wyżej zagadnień zw. z podwykonawcami czy waloryzacją), były przygotowywane przez Oddział w Katowicach.

³⁶ Wzorce przedłożone kontrolerowi NIK przez Oddział.

³⁷ Z wyjątkiem sytuacji, gdy wierzytelność przelewana będzie bezpośrednio na rzecz podwykonawcy, którego wynagrodzenie byłoby regulowane ze środków objętych wierzytelnością będącą przedmiotem przelewu, do wysokości tego wynagrodzenia.

³⁸ W tym również z Podmiotem Udostępniającym Zasoby (PUZ) lub Podwykonawcami PUZ.

przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, zgodnie z subklauzulą 4.4; - nieprzedłożenie w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo³⁹ lub jej zmiany, zgodnie z subklauzulą 4.4; - brak zmiany jakiegokolwiek umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zgodnie z przywołanym tam punktem subklauzuli 4.4; - za wykonywanie za pomocą podwykonawców innych robót niż wskazane w umowie o podwykonawstwo⁴⁰, bez zgody zamawiającego; - brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zgodnie z subklauzulą 4.4);

14.3 pt. „Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności” (zapisy dot. obowiązku przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych, wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT, a także w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich ww. dowodów, wstrzymania przez zamawiającego wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty w wysokości odpowiadającej nieprzedstawionym dowodom zapłaty⁴¹);

14.7 pt. „Płatność” (zapis wg którego zamawiający jest uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia kar umownych, wartości wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcom lub innych wierzycelności z jakiegokolwiek należności wskazanej w fakturze VAT wystawionej przez wykonawcę);

15.2 „Odstąpienie przez Zamawiającego” (zapis przewidujący prawo zamawiającego do odstąpienia od kontraktu, w przypadku konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej);

16.3 pt. „Zaprzestanie pracy i usunięcie sprzętu wykonawcy” (zapis wskazujący, że w przypadku odstąpienia od kontraktu wykonawca bezzwłocznie dokona rozliczenia i ureguluje wszystkie wymagalne płatności względem podwykonawców i dalszych podwykonawców);

jak również zapis w Akcie Umowy (§ 4 ust. 7), odnoszący się do wprowadzania do kontraktu zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp (jak podano, na zasadach określonych w subklauzuli 13.7 Warunków Kontraktu).

W wyniku badania stwierdzono, że w zbadanym zakresie zapisy ww. umów odpowiadały wzorcom umownym, oprócz przypadków wskazanych niżej⁴²:

1) W jednym przypadku w umowie wprowadzono zmianę w zapisie subklauzuli 14.3, stosownie do wskazania zamieszczonego w piśmie Centrali GDDKiA (Departamentu Inwestycji) dotyczącym tej umowy, tj. dodano zapis⁴³, którego w ówczesnym wzorcu SWK („czerwony” FIDIC) nie było: „w wysokości odpowiadającej nieprzedstawionym dowodom zapłaty na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców”.

³⁹ J.w.

⁴⁰ J.w.

⁴¹ Zapis „w wysokości odpowiadającej nieprzedstawionym dowodom zapłaty na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców” wprowadzony do wzorca umowy („czerwony” FIDIC) w połowie 2018 r.

⁴² Ponadto w jednym przypadku Oddział wnioskował do Dyrektora Generalnego GDDKiA o wprowadzenie proponowanej zmiany (odstępstwa od zapisów wzorca umowy) w zakresie dotyczącym zapisu w jednym z podpunktów subklauzuli 4.4 SWK (o wykreślenie w tej subklauzuli zapisu pkt III „Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo”, ppkt q), który, w ocenie Oddziału, nie był wystarczająco precyzyjny, jednak wobec jej nieuzyskania zmiana ta w zawartej umowie nie została wprowadzona.

⁴³ Zapis ten dodano na końcu następującego zdania (po słowach „za odebrane roboty”): „W przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, Zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty.”.

2) W przypadku dwóch umów (jednej wg „żółtego” FIDIC i jednej wg „czerwonego” FIDIC) dokonano zmiany w stosunku do zapisów wzorca umownego z Centrali GDDKiA, w subklauzuli 13.8 pkt I „Waloryzacja”, poprzez usunięcie zamieszczonego tam zapisu o treści: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC”, w zw. z jego zakwestionowaniem w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (z 15 lutego 2018 r. sygn. 173/18)⁴⁴. Wyrok ten został wydany w postępowaniu przetargowym, w wyniku którego zawarto pierwszą z ww. umów (w odniesieniu do projektu tej umowy stanowiącego część SIWZ), a uwzględniono go również w prowadzonym w tym okresie postępowaniu, w wyniku którego zawarto drugą z ww. umów (otwarcie ofert w tym przetargu nastąpiło po dacie wydania wspomnianego wyroku KIO).
(akta kontroli str. 413-415, 433-434, 440, 442-443, 496-498, 508, 510, 514-515, 683, 707, 758-909, 1032-1186, 1368-1372)

3) W jednej z badanych umów⁴⁵, zawartej po odstąpieniu przez GDDKiA od pierwotnego kontraktu, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a dotyczącej kontynuacji robót związanych z budową odcinka autostrady w zakresie robót zabezpieczających, dokonano zmian w stosunku do obowiązującego wówczas, określonego przez Centralę GDDKiA, wzorca SWK. W zbadanym zakresie zmiany te dotyczyły kilku postanowień subklauzul 4.4 „Podwykonawcy” i 8.7 „Kary umowne” (badaniem objęto kary umowne przewidziane w wybranych punktach, tj. pkt (e)-(i), tej subklauzuli), w tym: a) terminu zgłaszania przez zamawiającego zastrzeżeń do projektów umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, oraz sprzeciwów do tych umów; b) terminu zapłaty wynagrodzenia określonego w tych projektach umów i umowach⁴⁶; c) wysokości kar umownych. Dokonano skrócenia wskazanych wyżej terminów, w stosunku do terminów ujętych we wzorcu, odpowiednio: co do zgłaszania zastrzeżeń/sprzeciwów - do 5 dni (z 14 we wzorcu), co do zapłaty wynagrodzenia - do 14 dni (z 30 we wzorcu)⁴⁷, a także obniżenia wysokości kar umownych - do wysokości 10 000 zł (z 25 000 zł we wzorcu) za każdy wskazany w postanowieniu umownym przypadek⁴⁸.

W postępowaniu, w tym w negocjacjach⁴⁹, brali udział jako obserwatorzy m.in. przedstawiciele Centrali GDDKiA (wyznaczeni w tym celu pismem Generalnego Dyrektora⁵⁰, a wśród nich: Radca Generalnego Dyrektora, Dyrektor Biura Kontroli i Audytu, Zastępca Dyrektora Departamentu Prawnego i Zamówień Publicznych

⁴⁴ Zapis ten został następnie wyeliminowany także ze wzorców Centrali GDDKiA.

⁴⁵ Umowa z 24 lipca 2019 r. (O.KA.D-3.2410.31.2019).

⁴⁶ Termin obejmujący określoną liczbę dni, licząc od doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy roboty budowlanej.

⁴⁷ Taki sam termin przewidziano dla płatności faktur wykonawcy przez zamawiającego (tj. również termin skrócony do 14 dni, z 30, od dnia dostarczenia do zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT).

⁴⁸ W zakresie poddanych badaniu kar przewidzianych w subklauzuli 8.7 pkt (e)-(i). Kary przewidziane w umowie w zw. m.in. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a-d Pzp (wg tego przepisu Pzp umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące: wysokości kar umownych, z tytułu: a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, c) nieprzedłożenia poświadczony za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty); także przewidziana w subklauzuli kara za wykonywanie za pomocą podwykonawców innych robót niż wskazane w umowie o podwykonawstwo (w tym z PUZ lub podwykonawcami PUZ), bez zgody zamawiającego.

⁴⁹ Wg przedłożonych przez Oddział list obecności, w poszczególnych posiedzeniach. Wg art. 61 Pzp negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Prawidłowość przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie była przedmiotem badań w ramach niniejszej kontroli NIK.

⁵⁰ Zgodnie z pismem Dyrektora Generalnego, mieli oni prawo udziału jako obserwatorzy w pracach Komisji Przetargowej oraz dostęp do wszelkich dokumentów związanych z procesem negocjacji oraz badania i oceny ofert (aż do dnia zakończenia pracy Komisji Przetargowej).

oraz Radca Prawny z tego departamentu), a także Ministerstwa Infrastruktury i Prokuraturii Generalnej. Po zakończeniu etapu negocjacji z zaproszonymi do nich wykonawcami, w toku których zgłaszali oni wnioski i uwagi, zamawiający skierował do wykonawców zaproszenie do składania ofert, przekazując im przy tym SIWZ (z 27 maja 2019 r.), w tym m.in. SWK (w dokumencie tym zamieszczone były zmiany w zakresie wskazanych wyżej subklauzul, polegające na skróceniu terminów zgłaszania zastrzeżeń/sprzeciwów do projektów umów/umów oraz terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, jak też na obniżeniu wysokości kar umownych), a pismem z 29 maja 2019 r., przed terminem składania i otwarcia ofert w postępowaniu⁵¹, przekazano do Centrali GDDKiA (do Departamentu Przygotowania i Realizacji Inwestycji, i jednocześnie do wiadomości Departamentu Prawnego i Zamówień Publicznych)⁵² dokumenty przedmiotowego postępowania obejmujące wzór (projekt) umowy, w tym m.in. SWK (wchodzące w skład ww. SIWZ).

Jak wyjaśnił Dyrektor Oddziału: *„Wszyscy obserwatorzy powołani do działania przy Komisji Przetargowej byli obecni i brali udział w prowadzonych negocjacjach z potencjalnymi Wykonawcami, podczas których ustalane były i omawiane postulowane przez Wykonawców zmiany zapisów SIWZ. Wśród obserwatorów powołanych przez GDDKiA znajdowali się: Zastępca Dyrektora Departamentu Prawnego i Zamówień Publicznych Centrali GDDKiA, Koordynator Obsługi Prawnej GDDKiA z ramienia Centrali GDDKiA, Dyrektor Departamentu Kontroli i Audytu oraz radca Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad nadzorujący pion inwestycji w GDDKiA. Uwzględniając rangę ww. osób w strukturze GDDKiA, ich udział w prowadzonych negocjacjach i wiedzę w zakresie wszystkich wprowadzanych zmian do dokumentacji przetargowej, a także specyfikę prowadzonego w nadzwyczajnych okolicznościach i trybie postępowania przetargowego, w którym pilność działania stanowiła podstawową przesłankę uzasadniającą jego udzielenie, w ocenie Oddziału uznać należy, że zmiany te zostały uzgodnione przez Centralę GDDKiA”.* Dyrektor Oddziału wskazał jednocześnie na pilność zawarcia ww. umowy, z uwagi na którą postępowanie przeprowadzono w trybie negocjacji bez ogłoszenia⁵³ i krótki okres przewidziany na jej realizację. Dyrektor wyjaśnił m.in., że w konsekwencji zaistniałych uwarunkowań faktycznych i w sytuacji odstąpienia od pierwotnego kontraktu na budowę wspomnianego odcinka autostrady, przy zaawansowaniu prac na pozostałych trzech odcinkach⁵⁴, konieczne stało się podjęcie działań umożliwiających niezwłoczne dokonanie wyboru nowego wykonawcy i kontynuowanie prac, które pozwoliłoby na pilne wykonanie robót zabezpieczających dotychczas wykonane roboty przed ich degradacją i maksymalne wykorzystanie bieżącego sezonu budowlanego (roku 2019). Wskazał przy tym, że biorący udział w negocjacjach wykonawcy, z uwagi m.in. na bardzo krótki czas przewidziany na wykonanie przedmiotowych robót budowlanych, zgłosili wnioski o zmianę zapisów przekazanego im wzorcowego SWK, których celem było umożliwienie przyspieszenia procedury obiegu dokumentów związanych z weryfikacją i zatwierdzaniem przez zamawiającego umów o podwykonawstwo oraz zmniejszenie wysokości części przewidzianych

⁵¹ Wyznaczonym zgodnie z SIWZ na 13 (wcześniej 11) czerwca 2019 r.

⁵² Wg informacji i dokumentów dostarczonych kontrolerowi przez Oddział GDDKiA.

⁵³ Powołał przy tym art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp, wg którego zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Prawidłowość przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym m.in. sposobu ich przeprowadzania i wyboru trybu, nie była przedmiotem niniejszej kontroli NIK.

⁵⁴ Jak dodał, dla ww. czterech odcinków (składających się na zadanie dotyczące budowy autostrady) założono jednolite terminy realizacji celem zapewnienia możliwości uzyskania założonego efektu.

w kontrakcie kar umownych. Zamawiający natomiast wyraził na to zgodę, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności formalne i faktyczne udzielania przedmiotowego zamówienia, a w szczególności ekstremalnie krótki czas przewidziany na jego wykonanie oraz związane z tym ryzyka spoczywające na potencjalnym wykonawcy.

Jakkolwiek, jak wskazał Oddział, SWK po zmianach przekazano do Centrali GDDKiA, przed terminem składania i otwarcia ofert, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brali udział wspomniani wyżej obserwatorzy z ramienia Centrali GDDKiA, wyznaczeni przez jej Dyrektora Generalnego (posiadający dostęp do dokumentacji postępowania), NIK zwraca uwagę, że w sytuacji wprowadzania w toku tego postępowania odstępstw od wzorcowego SWK wskazane było wystosowanie wniosku o ich uzgodnienie (akceptację) do Centrali GDDKiA, przed wprowadzeniem tychże zmian.

(akta kontroli str. 440, 442, 497, 516-519, 575-680, 684, 708-709, 716-717, 734-742, 882, 885-886, 893-894, 1032, 1038-1039, 1046-1047, 1749, 1760-1766)

4) W jednym przypadku⁵⁵, w subklauzuli 4.4 „Podwykonawcy” pkt II „Przedkładanie i akceptacja Umów o podwykonawstwo” ppkt 9, nie zamieszczono przewidzianego w aktualnym wówczas wzorze SWK⁵⁶ zapisu: „i 8a” (tj. zamieszczono tam odesłanie jedynie do podpunktu 8, bez podpunktu 8a)⁵⁷, co przedstawiono w dalszej części tego obszaru wystąpienia pokontrolnego (w sekcji dot. stwierdzonych nieprawidłowości).

(akta kontroli str. 440, 442, 444, 685, 698, 709, 717, 764, 1109, 1115)

W przypadku umów na pełnienie nadzoru nad robotami i zarządzanie kontraktem badaniem objęto wybrane postanowienia zawartych umów oraz wzorów umów, na których je oparto⁵⁸, w tym zapisy:

- w paragrafie dot. podwykonawców Konsultanta oraz w paragrafie pt. „Waloryzacja” i wybrane zapisy w paragrafie pt. „Zmiany Umowy”, odnoszące się do wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy umowy w przypadkach, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp;
- ponadto wybrane zapisy⁵⁹ w następujących paragrafach (zw. z zapewnianiem, by wykonawca robót budowlanych⁶⁰ wywiązywał się z obowiązków wobec podwykonawców tych robót⁶¹ czy monitorowaniem spraw związanych z podwykonawcami i ich udziałem w wykonywaniu robót):

⁵⁵ Umowa z 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018.

⁵⁶ Przekazanym do stosowania oddziałom e-mailem Centrali GDDKiA z 2 października 2017 r. (zamieszczonym w Intranecie GDDKiA), odnoszącym się do postępowań przetargowych na roboty, dla których zamawiający nie dokonał czynności otwarcia ofert.

Ostatnia zmiana SIWZ w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dot. zawarcia ww. umowy została opublikowana w dniu 7 grudnia 2017 r., a więc ponad dwa miesiące od przekazania ww. wersji wzorca oddziałom (inne zmiany, wynikające z ww. wzorca, przekazanego przez Centralę 2 października 2017 r., w zbadanym zakresie uwzględniono; zmiany SIWZ, polegającej m.in. na wprowadzeniu zamiennego, jednolitego SWK, dokonano w dniu 9 listopada 2017 r.). Otwarcie ofert we wspomnianym postępowaniu miało miejsce w dniu 18 grudnia 2017 r.

⁵⁷ Ppkt 8: Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem Umów o podwykonawstwo o wartości nie przekraczającej 50 000 PLN (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Ppkt 8a: W przypadku stałej współpracy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą na danym Kontrakcie obowiązek przedstawienia Umowy o podwykonawstwo powstaje z chwilą przekroczenia sumy kolejnych Umów o podwykonawstwo progu 50 000 PLN (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych).

⁵⁸ Wzorce przedłożone kontrolerowi NIK przez Oddział.

⁵⁹ Wybrane zapisy w poszczególnych punktach lub podpunktach.

⁶⁰ Wykonawca kontraktu na roboty budowlane, dalej w tym akapicie wystąpienia pokontrolnego, dla uproszczenia opisu, określaną jako: „wykonawca robót”.

⁶¹ Podwykonawcy wykonawcy kontraktu na roboty budowlane, dalej w tym akapicie jako: „podwykonawcy robót”.

pt. „Ogólne obowiązki Konsultanta”, dotyczące: - wspomagania kierownika projektu w prowadzeniu rozliczeń związanych ze składanymi wnioskami podwykonawców robót o ich finansowe zaspokojenie, w przypadku nieuregulowania ich należności przez wykonawcę robót, przyjmowania i weryfikowania kompletności i terminowości ww. wniosków; - bieżącego prowadzenia zestawienia pozwalającego na identyfikację podwykonawców robót⁶²; - prowadzenia rejestru podwykonawców robót oraz działań kontrolnych i monitoringu tych podwykonawców w zakresie wskazanym w warunkach kontraktu; - sprawdzania prawidłowości i kompletności wniosków dot. zatwierdzenia podwykonawców robót zgodnie z kontraktem, wartości i zakresu wykonywanych prac przez podwykonawcę wykonawców robót; - sprawdzania i zatwierdzania inwentaryzacji robót wykonanych przed danego podwykonawcę wykonawcy robót, w przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy o podwykonawstwo przez wykonawcę robót lub jego podwykonawcę albo wystąpienia sporu między tymi stronami;

pt. „Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem”, dotyczące: - identyfikowania ryzyka powstania potencjalnych roszczeń m.in. ze strony wykonawcy robót⁶³ i informowania o tym kierownika projektu, - niezwłocznego powiadamiania kierownika projektu o wszelkich roszczeniach wykonawcy robót, - rozpatrywania roszczeń i powiadomień o roszczeniach wykonawcy oraz przedstawiania merytorycznego stanowiska w odniesieniu do nich z pełną dokumentacją roszczenia na zasadach określonych w kontrakcie.

W wyniku przeprowadzonego badania stwierdzono, że w zbadanym zakresie zapisy ww. umów odpowiadały wzorcom umownym przekazanym Oddziałowi przez Centralę GDDKiA. Ponadto ustalono, że: w przypadku tych umów⁶⁴ występowało do Centrali GDDKiA o różne odstępstwa od zapisów wzorca umowy, jednak w innym zakresie niż podlegający badaniu w toku nin. kontroli⁶⁵. Wyjątkiem była propozycja wprowadzenia do umowy dodatkowych zapisów (dodatkowego paragrafu), odnoszących się do zmian umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia, w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 Pzp. W odpowiedzi Centrali GDDKiA⁶⁶ na ww. propozycję (z lipca 2019 r.) poinformowano m.in., że zapis zamieszczony w obowiązującym wtedy wzorze⁶⁷ jest wystarczający, gdyż Konsultant, zgodnie z zapisami tego paragrafu, może wystąpić z wnioskiem o zwiększenie wynagrodzenia, a wówczas zamawiający określi, jakie dokumenty są konieczne do uznania wniosku Konsultanta. Ostatecznie, w nowym wzorze umowy na nadzór przekazanym⁶⁸ przez Centralę kilku oddziałom, w tym m.in. Oddziałowi w Katowicach, w listopadzie 2019 r. z poleceniem jego przyjęcia jako obowiązującego wzoru do zastosowania wprowadzenia do toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zapisy w ww. paragrafie zostały zmodyfikowane⁶⁹ w stosunku do wcześniejszej wersji wzorca, w tym poprzez dodanie nowych zapisów, określających zasady wprowadzania zmian wysokości

⁶² Także zestawienia pozwalającego na weryfikację rzeczywistego udostępniania zasobów przez PUZ wykonawcy robót.

⁶³ W zapisie umowy: roszczeń ze strony wykonawcy i stron trzecich.

⁶⁴ Badaniem w tym zakresie objęto wyłącznie wskazane na wstępie cztery umowy, które zostały zawarte w latach 2017-2020 (I półrocze).

⁶⁵ Wnioskowano m.in. o zmiany w § 13 czy § 17 wzoru umowy, jednak w zakresie innych punktów (zapisów) niż podlegające badaniu w toku kontroli, nieodnoszących się do podwykonawców robót.

⁶⁶ Departamentu Przygotowania i Realizacji Inwestycji.

⁶⁷ Tj. w § 38 ust. 4 pkt 10, wg którego w przypadku zmian prawa opisanych w art. 142 ust. 5 Pzp, Konsultant ma prawo wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia.

⁶⁸ Przesłany im pocztą elektroniczną. Wzór zmodyfikowany został, jak podano, w zw. z wyrokiem i odwołaniami składanymi, w odniesieniu do prowadzonych w GDDKiA postępowań o udzielenie zamówień publicznych, do KIO.

⁶⁹ W brzmieniu ustalonym przez Centralę GDDKiA.

wynagrodzenia należnego wykonawcy umowy w przypadkach wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp.

Wzór ten podlegał następnie, jak podał Dyrektor Oddziału w Katowicach, dalszym modyfikacjom w wyniku uwag zgłaszanych przez oddziały (w zakresie wskazanych zagadnień zw. z podwykonawcami czy waloryzacją, Oddział w Katowicach nie zgłaszał uwag do niego), w wyniku czego Centrala GDDKiA przekazała⁷⁰ w dniu 5 grudnia 2019 r. kolejne, zaktualizowane wzory⁷¹, w tym wzór umowy, który zastosowano w prowadzonym postępowaniu przetargowym i umowie. Postępowanie to prowadzone było, na podstawie pisma Dyrektora Generalnego, przez inny oddział GDDKiA, jednak, jak wyjaśnił Dyrektor Oddziału w Katowicach, dokumenty przetargowe do postępowania, a następnie zmiany⁷² treści SIWZ, były przygotowywane przez Oddział w Katowicach.

(akta kontroli str. 413-415, 434, 440, 443, 499-501, 537-575, 683-684, 707-708, 910-1031, 1187-1367, 1368-1372)

W odniesieniu do umów zawieranych w latach 2017-2020 (I półrocze) ustalone i przekazane Oddziałowi przez Centralę GDDKiA wzory umów na roboty budowlane i umów na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami budowlanymi były wyłącznie wzorami umów opartych na zastosowaniu Warunków Kontraktowych FIDIC („żółty”, „czerwony”)⁷³. Natomiast dla umów zawieranych bez zastosowania FIDIC wzorów takich Centrala GDDKiA nie opracowała. Również Oddział, jak podał jego Dyrektor, dla umów zawartych bez zastosowania FIDIC nie wprowadził do stosowania własnych wzorców umownych. Dyrektor Oddziału wyjaśnił przy tym, że w Oddziale projekt umowy każdorazowo podlega weryfikacji radcy prawnego, zapewniającego obsługę prawną Oddziału, z uwzględnieniem charakteru przedmiotu zamówienia oraz specyfiki jego realizacji i jest on dostosowywany do wymogów wynikających z przepisów prawa obowiązujących na dzień weryfikacji projektu.

W wyniku badania próby 10 umów na roboty budowlane w sektorze drogowym⁷⁴ zawartych w Oddziale w latach 2017-2020 (I półrocze), dotyczących zadań inwestycyjnych, które realizowano bez wykorzystania Warunków FIDIC, obejmującego wybrane zapisy w tychże umowach, stwierdzono, że:

1) Wszystkie ww. umowy zawierały postanowienia mające na celu zabezpieczenie interesu GDDKiA (zamawiającego/inwestora) w zakresie zagadnień związanych odpowiednio z podwykonawcami, solidarną odpowiedzialnością wobec nich lub

⁷⁰ Również pocztą elektroniczną.

⁷¹ Jak podano w e-mailu Centrali GDDKiA, dokumenty do uwzględniające wyroki KIO oraz zgłaszane uwagi oddziałów.

⁷² Które nie obejmowały już jednak wskazanych na wstępie zagadnień, zw. z podwykonawcami czy waloryzacją.

⁷³ Innych wzorców umów niż oparte na ww. Warunkach FIDIC Centrala nie przekazywała.

⁷⁴ Łączna liczba wykazanych w toku kontroli przez Oddział umów na roboty budowlane w sektorze drogowym (inwestycyjne, bez remontowych lub utrzymaniowych), które zawarto w latach 2017-2020 (I półrocze), nieopartych na ww. warunkach FIDIC („żółty”, „czerwony”) wyniosła 31. Do badania wytypowano umowy, spośród wykazanych przez jednostkę kontrolowaną zawartych umów bez zastosowania FIDIC, dotyczących odpowiednio budowy/przebudowy dróg lub takich ich elementów, jak m.in. jezdnie, chodniki, ciągi pieszo-jezdne czy pieszo-rowerowe, zjazdy, zatoki autobusowe, skrzyżowań, drogowych obiektów inżynierskich w ciągach dróg (wraz z dojazdami do nich), w tym rozbiórki takiego obiektu wraz z odbudową odcinka drogi, a także zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż dróg krajowych, wraz z budową drogi serwisowej/ciągu pieszo-jezdnego czy innych elementów (np. zjazdów do posesji, chodników na odcinkach, gdzie nie zaprojektowano ciągu pieszo-jezdnego, czy też inne jeszcze roboty budowlane), oraz trzy inne umowy na budowę zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż dróg krajowych, w których uwzględniono postanowienia o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, do których odnosi się art. 142 ust. 5 Pzp. Umowy nr O.KA.D-3.2411.7.2017; nr O.KA.D-3.2412.26.2017; nr O.KA.D-3.2412.31.2017; nr O.KA.D-3.2412.82.2018; nr O.KA.D-3.2412.6.2020.; nr O.KA.D-3.2412.8.2020; nr O.KA.D-3.2412.77.2019; nr O.KA.D-3.2412.73.2018, nr O.KA.D-3.2412.12.2018, nr O.KA.D-3.2412.13.2018 (z tego na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wg terminów podanych w tychże zawieranych umowach, umowy nr: O.KA.D-3.2411.7.2017; O.KA.D-3.2412.31.2017; O.KA.D-3.2412.77.2019; O.KA.D-3.2412.12.2018, O.KA.D-3.2412.13.2018).

waloryzacją wynagrodzeń, w tym m.in. postanowienia dotyczące: - obowiązku przedkładania przez wykonawcę, podwykonawców lub dalszych podwykonawców zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo mających za przedmiot roboty budowlane⁷⁵ i projektów ich zmian, a następnie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych już umów, a także akceptowania przez GDDKiA umów o podwykonawstwo; - określenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (nie dłuższego niż 30 dni od dnia doręczenia odpowiednio wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane roboty budowlanej, dostawy lub usługi⁷⁶); - kar umownych, w tym m.in. w sytuacji wykonywania robót objętych przedmiotem umowy przez podmiot inny niż wykonawca lub inny niż podwykonawca skierowany do wykonania robót zgodnie z procedurą określoną w umowie, a także za każdy przypadek braku zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, dalszemu podwykonawcy, za każdy przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania zamawiającemu projektu umów o podwykonawstwo, mającej za przedmiot roboty budowlane lub projektu jej zmiany, za każdy przypadek nieprzedłożenia w terminie⁷⁷ poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, za każdy przypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, dalszemu podwykonawcy⁷⁸.

W umowach tych zamieszczono także postanowienia dotyczące m.in. zasad dokonywania bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego na rzecz podwykonawców (dalszych podwykonawców), wskazujące na prawo do potrącenia kwoty należności zapłaconej bezpośrednio podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), odpowiednio z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z wszelkich wierzytelności wykonawcy wobec zamawiającego, w tym z należnego wykonawcy wynagrodzenia⁷⁹, jak też wskazujące, że konieczność wielokrotnego dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w umowie, może stanowić podstawę do odstąpienia od niej przez zamawiającego z winy wykonawcy⁸⁰. Podkreślono też, że w przypadku zawarcia umowy o podwykonawstwo wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie o podwykonawstwo.

2) W pięciu umowach nie zamieszczono postanowień, które odnosiłyby się do uwarunkowania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, co przedstawiono w dalszej części wystąpienia pokontrolnego (w sekcji dot. stwierdzonych nieprawidłowości). W pozostałych umowach natomiast zamieszczono zapis wskazujący, że: *„Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane Roboty jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia*

⁷⁵ W przypadku podwykonawców i dalszych podwykonawców wraz ze zgodą wykonawcy na zawarcie umowy o treści zgodnej z przedłożonym projektem.

⁷⁶ Stosownie do art. 143b ust. 2 Pzp.

⁷⁷ We wskazanym w umowie, a także art. 143b ust. 5 Pzp, terminie do 7 dni od dnia jej zawarcia.

⁷⁸ Tj. kary umowne w przypadkach, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a-d Pzp.

⁷⁹ W umowach zamieszczono m.in. postanowienie, że zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 (§ 1 i 5) KC, będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub wszelkich wierzytelności wykonawcy względem zamawiającego, w tym z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

⁸⁰ O czym mowa także w art. 143 ust. 7 Pzp.

Podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w § (...) biorącym udział w realizacji odebranych Robót”.

3) W sześciu umowach⁸¹, które zawarto po 1 czerwca 2017 r., zamieszczono niezaktualizowany zapis⁸², w którym, wspominając o zapłaceniu należności bezpośrednio Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 Kodeksu Cywilnego, powołano art. 647¹ § 5 kc, bez § 1 tego artykułu⁸³ (w trzech pozostałych umowach w identycznym postanowieniu powołano art. 647¹ § 1 i 5 kc). Wg wyjaśnienia Dyrektora Oddziału⁸⁴, uprawnienie Zamawiającego do potrącenia kwoty wypłaconego wynagrodzenia, w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynika wprost z art. 143c ust. 6 Pzp⁸⁵, a zakres odesłania do art. 647¹ kc w ww. postanowieniach umownych nie wpływa na uprawnienia zamawiającego względem wykonawcy wynikające z dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

Jakkolwiek z ww. postanowienia umownego wynika, iż nie chodzi w nim o potrącenie w sytuacji zapłaty wynagrodzenia tylko dalszym podwykonawcom, ale i podwykonawcom, NIK zwraca uwagę, że postanowienia umowne winny podlegać bieżącej aktualizacji, odpowiadającej zmianom zachodzącym w obowiązujących przepisach.

4) We wszystkich umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a nadto w dwóch zawartych na okres krótszy (do 12 miesięcy)⁸⁶, zamieszczono postanowienia określające zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W trzech z ww. umów⁸⁷ zawarto zapis, że wynagrodzenie wykonawcy nie podlega waloryzacji w okresie trwania umowy, z zastrzeżeniem § 26 w zakresie okoliczności wskazanych w § 26 ust. 1 pkt 2 i 3 umowy (postanowienia te dotyczyły sytuacji,

⁸¹ Umowy nr nr O.KA.D-3.2412.26.2017 z 01.08.2017 r.; nr O.KA.D-3.2412.31.2017 z 18.12.2017 r.; nr O.KA.D-3.2412.82.2018 z 27.11.2018 r.; nr O.KA.D-3.2412.6.2020 z 02.04.2020 r.; nr O.KA.D-3.2412.8.2020 z 14.05.2020 r.; nr O.KA.D-3.2412.77.2019 z 03.06.2020 r.

Taki zapis także w innych jeszcze umowach zawieranych przez Oddział w latach 2017-2020 (I półrocze), dotyczących np. remontów czy naprawy i utrzymania dróg.

⁸² Zapis w postanowieniu, że: *Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 Kodeksu Cywilnego, będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub wszelkich wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, w tym z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*

⁸³ Art. 647¹ § 5 kc (do 31 maja 2017 r.) brzmiał: *Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.* Aktualnie (od 1 czerwca 2017 r.) przepis ten brzmi: *Przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.* Natomiast art. 647¹ § 1 kc (od 1 czerwca 2017 r.) brzmi: *Inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę.*

⁸⁴ Jak również jego Zastępcy i pracownicy Oddziału poprzednio zajmujący stanowisko Dyrektora Oddziału.

⁸⁵ W umowach, oprócz ww. postanowienia, zamieszczono też ponadto postanowienie, że: *W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, Zamawiający dokona potrącenia kwoty wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*

⁸⁶ Wg terminów podanych w zawieranych umowach.

⁸⁷ W tym dwóch na okres dłuższy niż 12 miesięcy i jednej do 12 miesięcy (wg terminów podanych w tychże zawieranych umowach). Umowy nr: O.KA.D-3.2412.12.2018 z 14.06.2018 r., nr O.KA.D-3.2412.13.2018 z 15.06.2018 r., nr O.KA.D-3.2412.73.2018 z 07.03.2019 r.

o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp⁸⁸; w paragrafie tym wskazano również na sytuacje o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 1⁸⁹).

Jak wyjaśnił Dyrektor Oddziału⁹⁰, przytoczony zapis należy rozumieć, jako odnoszący się wyłącznie do umownej waloryzacji wynagrodzenia (wskazanie, że w oparciu o postanowienia umowy waloryzacja będzie możliwa jedynie we wskazanych przypadkach), w postanowieniu tym nie wskazano bowiem (tak jak to miało miejsce w zapisie, który zamieszczony był we wskazywanej wyżej subklauzuli 14.3 wzoru SWK, zakwestionowanym przez KIO), że wyłączone zostaje zastosowanie art. 358¹ § 3 kc, art. 634 § 2 kc czy art. 357¹ kc, i nie taka była intencja zamawiającego przy konstruowaniu tego postanowienia umownego (uwzględniono tym samym, że ww. przepisy kc mają charakter norm bezwzględnie wiążących).

Przyjmując ww. wyjaśnienie, NIK zwraca uwagę, że bezpośrednie wskazanie w treści ww. postanowienia, iż zapis „nie podlega waloryzacji w czasie trwania umowy” odnosi się wyłącznie do waloryzacji umownej, mógłby przyczynić się do jego większej jednoznaczności i przejrzystości, eliminując potencjalne wątpliwości w tym zakresie.

(akta kontroli str. 417-418, 425-427, 431, 435, 469, 685-688, 692-697, 699-706, 709-710, 712-714, 717-718, 720-722, 751-757, 1368-1372, 1373-1677)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

1. W pięciu⁹¹ zbadanych umowach na roboty budowlane⁹², dotyczących zadań inwestycyjnych, które zawarto bez zastosowania FIDIC, nie zamieszczono postanowień dotyczących przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Stosowne postanowienia w tej sprawie powinny zostać zamieszczone w umowach zawieranych z wykonawcami robót budowlanych, mając na uwadze konieczność pełnego i skutecznego zapewnienia eliminowania ryzyk mogących wyniknąć dla Oddziału (zamawiającego/inwestora) z braku wywiązania się przez wykonawcę z jego obowiązków w zakresie zapłaty wobec podwykonawców lub dalszych podwykonawców oraz możliwości monitorowania i weryfikacji tego przez zamawiającego, jak też dla rzetelnego wypełnienia wymogów wynikających z art. 143d ust. 1 pkt 4 Pzp.

(akta kontroli str. 417-418, 426-427, 685-687, 692-693, 695-696, 699-701, 703-704, 709-710, 712-714, 717-718, 720-722, 1368-1372, 1373-1465)

Dyrektor Oddziału, wraz ze swoimi Zastępcami oraz pracownikami Oddziału poprzednio zajmującymi stanowisko Dyrektora Oddziału, wyjaśnili, że w ocenie Oddziału w umowach kompleksowo uregulowano zagadnienia dotyczące

⁸⁸ Tj. w przypadku zmiany: wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (pkt 2), zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne (pkt 3).

⁸⁹ W ustępie 1 ww. § 26 (pt. „Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy”), wśród okoliczności, w przypadku wystąpienia których może nastąpić zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, wskazano również zmianę, o której mowa w art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp, tj. zmianę stawki podatku od towarów i usług (podano przy tym, że w przypadku tej zmiany wartość wynagrodzenia netto wykonawcy nie zmienia się, a wartość wynagrodzenia brutto zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług).

⁹⁰ Jak również jego Zastępcy i pracownicy Oddziału poprzednio zajmujący stanowisko Dyrektora Oddziału.

⁹¹ W tym nr O.KA.D-3.2411.7.2017 z 31.05.2017 r.; nr O.KA.D-3.2412.82.2018 z 27.11.2018 r.; nr O.KA.D-3.2412.6.2020 z 02.04.2020 r.; nr O.KA.D-3.2412.8.2020 z 14.05.2020 r.; nr O.KA.D-3.2412.77.2019 z 03.06.2020 r.

⁹² W tym zarówno umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane z terminem wykonywania krótszym, jak i z terminem dłuższym, niż 12 miesięcy.

podwykonawstwa, w tym zawarto postanowienia zapewniające wywiązywanie się przez wykonawców z obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom (dalszym podwykonawcom). Wśród postanowień tych wymienili oni m.in. postanowienia przewidujące kary umowne, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a-d Pzp, w szczególności karę za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom (dalszym podwykonawcom). Wskazali przy tym, że w ocenie Oddziału, opartej o dotychczasowe doświadczenia, kary te skutecznie pełnią funkcję prewencyjną, dyscyplinując podmioty odpowiedzialne za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom.

W odniesieniu natomiast do umów o roboty budowlane, których termin wykonywania był dłuższy niż 12 miesięcy, przywołując przepisy Pzp (art. 143a ust. 1-2), wyjaśnili, że przepisy te z mocy prawa kształtują treść umowy o roboty budowlane i nie muszą być powtarzane w jej treści (mechanizm w nich przewidziany obowiązuje ex lege). Powołano przy tym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 sierpnia 2014 r.⁹³.

Ponadto w wyjaśnieniach podano, że Oddział, mimo braku zapisów w umowie w tej sprawie, stosował praktykę polegającą na żądaniu od wykonawców oświadczeń podwykonawców o niezaleganiu z płatnościami na ich rzecz (na potwierdzenie przywołanej w wyjaśnieniach praktyki przedłożono przykładowe, poświadczane za zgodność z oryginałem kserokopie takich oświadczeń⁹⁴). Wskazano przy tym, że zobowiązanie do przedkładania przez wykonawców takich oświadczeń znajduje oparcie w postanowieniu umownym dotyczącym obowiązku współdziałania wykonawcy z zamawiającym (uwzględniania jego uwag i zaleceń), który to obowiązek przewidziano wprost w umowach (w paragrafie pt. „Obowiązków stron”). W ramach niego, jak podano, wykonawca winien umożliwić zamawiającemu zweryfikowanie wywiązania się przez niego z zobowiązań umownych. Składający wyjaśnienia wskazali też, że ich zdaniem brak roszczeń ze strony podwykonawców dot. braku lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę należnego im wynagrodzenia potwierdza, że stosowane przez Oddział rozwiązania zabezpieczają interes podwykonawców i Skarbu Państwa.

Jednocześnie w ww. wyjaśnieniach wskazano, że Oddział *uznaje za zasadne uwzględnienie w tworzonych aktualnie (w związku z wejściem w życie z dniem 01.01.2021 nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych) wzorach umów o roboty budowlane wskazanych w zadanym pytaniu postanowień określających precyzyjnie zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, pod warunkiem przedstawienia przez niego określonych (konkretnie wskazanych) dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom (dalszym podwykonawcom), zgodnie z nowym art. 437 Pzp odpowiadającym w tym zakresie obecnemu art. 143d Pzp.*

(akta kontroli str. 685-687, 692-693, 695-696, 699-701, 703-704, 709-710, 712-714, 717-718, 720-722)

Jednocześnie NIK nadmienia, że w przypadku pozostałych pięciu badanych umów⁹⁵, gdzie zamieszczono zapis⁹⁶ wskazujący, iż warunkiem zapłaty

⁹³ Sygn. 1586/14, wraz z komentarzem do Pzp, w którym również powołano m.in. ten wyrok.

⁹⁴ Realizacja tej praktyki i jej prawidłowość nie podlegała badaniom w toku niniejszej kontroli. W odniesieniu do robót budowlanych, realizowanych na podstawie umów zawartych przez Oddział poza FIDIC, nie badano umów o podwykonawstwo, ich treści ani akceptowania ich przez Oddział, jak również nie badano przebiegu realizacji tych umów ani umów zawartych przez GDDKiA z wykonawcami robót budowlanych (pod względem rzeczowym ani finansowym, w tym zagadnień związanych z dokonywaniem wypłat na rzecz wykonawcy czy podwykonawców). W ramach obszaru drugiego wystąpienia pokontrolnego badaniu poddano próbę roszczeń podwykonawców, która dotyczyła umów (kontraktów) opartych na FIDIC.

⁹⁵ Umowy nr O.KA.D-3.2412.26.2017 z 01.08.2017 r. i nr O.KA.D-3.2412.31.2017 z 18.12.2017 r., ponadto nr O.KA.D-3.2412.73.2018 z 07.03.2019 r., nr O.KA.D-3.2412.12.2018 z 14.06.2018 r. i nr O.KA.D-3.2412.13.2018 z 15.06.2018 r.

wynagrodzenia wykonawcy jest przedstawienie przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom, ograniczono się do powtórzenia brzmienia art. 143a ust. 1 pkt 1 Pzp⁹⁷.

Jak wyjaśnili Dyrektor Oddziału, a także jego Zastępca ds. Inwestycji i pracownik poprzednio zajmujący stanowisko Dyrektora Oddziału, ww. postanowienie zamieszczone w umowach jest prawidłowe pod względem prawnym i w wystarczający sposób spełniające swoją praktyczną funkcję. Zdaniem składających wyjaśnienia, brak jest przepisów zobowiązujących zamawiającego do precyzowania treści tego typu klauzuli, a obowiązek przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jest wymogiem wystarczająco precyzyjnym i zrozumiałym dla stron umowy, natomiast jego powtórzenie w umowie nie może uznać za błędne czy niewystarczające, gdyż ewentualne wątpliwości, jak wskazali, mogą zostać bez trudu rozstrzygnięte na ogólnych zasadach umowy, w tym w ramach obowiązku współdziałania jej stron, jak też na gruncie przepisów i ustalonych w tej mierze zwyczajów. Jednocześnie, jak wyjaśniono, nie zastosowano przy tym określeń, które w przesadny sposób ograniczałyby możliwości wykazania przez wykonawcę spełnienia wskazanego obowiązku.

(akta kontroli str. 417-418, 426-427, 469, 753-757, 1466-1596, 1613-1677)

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień, NIK wskazuje, że wymóg przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty mu wynagrodzenia, dowodów potwierdzających faktyczną zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom (lub dalszym podwykonawcom) stanowi szczególnie istotny instrument, który powinien służyć pełnemu i skutecznemu zapewnieniu eliminowania ryzyk wynikających z braku wywiązywania się przez wykonawcę z jego obowiązków w zakresie zapłaty wobec podwykonawców oraz monitorowania i weryfikacji tego przez zamawiającego. Wymóg ten ma również znaczenie m.in. w kontekście zamieszczonych w umowach postanowień przewidujących kary umowne, o których mowa w art. 143d ust. 7 pkt a Pzp (z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom). W związku z powyższym, w umowach powinny zostać zamieszczone stosowne postanowienia, dotyczące przedstawiania przez wykonawców dowodów potwierdzających prawidłową, terminową zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w tym jednocześnie także dla zapewnienia zamawiającemu rzeczywistej możliwości realizacji ww. postanowień dot. obowiązku zapłaty przez wykonawcę kar umownych, w przypadku zaistnienia wskazanych w nich sytuacji. Powyższe dotyczy nie tylko umów z terminem wykonywania dłuższym niż 12 miesięcy, do których odnosi się również art. 143a Pzp, lecz - zdaniem NIK - celowe jest także w odniesieniu do pozostałych umów o roboty budowlane (do 12 miesięcy), mając na uwadze konieczność rzetelnego i skutecznego zabezpieczenia się przed ryzykami mogącymi wynikać z braku

⁹⁶ Zapis o treści: Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane Roboty jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w § (odpowiednio: 16 lub 17) biorącym udział w realizacji odebranych Robót.

⁹⁷ Nie doprecyzowując przy tym kwestii związanych z ww. uwarunkowaniem zapłaty i obowiązkami wykonawcy w tym zakresie, np. dotyczących możliwych, minimalnych wymagań co do dowodów służących potwierdzeniu faktycznej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom; składania tych dowodów; wymogu przedkładania wraz z fakturą wykonawcy także zestawienia wymagalnych faktur wystawionych przez podwykonawców i dalszych podwykonawców; lub też innych wymogów mających na celu zapewnienie zamawiającemu stosownej możliwości weryfikacji, czy przedłożone mu dowody zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców dokumentują zapłatę całości wymagalnego wynagrodzenia przysługującego tym podmiotom, czy pozostałych jeszcze kwestii w ww. zakresie.

zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Zdaniem NIK, wskazywane w wyjaśnieniach postanowienie umowne dotyczące obowiązku współdziałania wykonawcy z zamawiającym, z uwagi na jego jedynie bardzo ogólny charakter, jak również wspomniana w wyjaśnieniach praktyka, nie zastępują zamieszczenia w umowie postanowień określających stosownie zobowiązania wykonawcy w zakresie dotyczącym przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Także dotychczasowy brak zmaterializowania się określonych ryzyk (wskazywany w wyjaśnieniach dotychczasowy brak roszczeń podwykonawców) nie oznacza, że postanowienia takie nie powinny zostać w umowach zamieszczone.

Dodać należy, że analiza charakteru przepisów Pzp (art. 143a ust. 1-2) nie prowadzi zdaniem NIK do wniosku, że zamawiający nie powinien zamieścić w zawieranych umowach wskazanych wyżej postanowień w zakresie przedstawiania przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom (lub dalszym podwykonawcom). Zauważyć bowiem należy, że również w orzecznictwie (w tym wyroku KIO, który powołano w wyjaśnieniach) wskazano, iż *zamawiający postąpił poprawnie wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty⁹⁸ ma on przygotować wraz z fakturą, gdyż jest to dla wykonawcy bardziej korzystne niż gdyby dopiero po przedstawieniu mu faktury zamawiający zaczął wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód*, jak również, przywołując art. 143d ust. 1 pkt 4 Pzp, stosownie do którego, jak wskazano: *zamawiający w umowie powinien zawrzeć zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowanej przedstawieniem dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom*, podkreślono, że: *zgodnie z założeniami ustawodawcy zamawiający powinien takie warunki w umowie ukształtować, a tym samym można założyć, że mają być one w niej bardziej szczegółowe niż w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie nakładałby obowiązku przepisywania przepisów bezwzględnie obowiązujących z ustawy*. Na zamawiającym spoczywa zatem dochowanie staranności w tym zakresie, co powinno znaleźć stosowny wyraz w postanowieniach umowy.

2. W przypadku jednej z umów na roboty budowlane, spośród zbadanych umów (kontraktów) zawartych z wykorzystaniem FIDIC⁹⁹, w zakresie jednego z postanowień umownych, w sposób nie w pełni kompletny uwzględniono zapisy wzorca umowy, przesłanego po jego aktualizacji przez Centralę GDDKiA oddziałom do stosowania.

W SWK, w subklauzuli 4.4 „Podwykonawcy” pkt II „Przedkładanie i akceptacja Umów o podwykonawstwo” ppkt 9, nie zamieszczono przewidzianego w aktualnym wówczas wzorze SWK¹⁰⁰ zapisu: „i 8a” (tj. zamieszczono tam odesłanie jedynie do

⁹⁸ Jak podano w treści ww. wyroku, chodziło o dokumenty mające stanowić dowód zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom.

⁹⁹ Umowa zawarta z wykorzystaniem „żółtego” FIDIC (z 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018).

¹⁰⁰ Przekazanym do stosowania oddziałom e-mailem Centrali GDDKiA z 02.10.2017 r. (zamieszczonym w Intranecie GDDKiA), odnoszącym się do postępowań przetargowych na roboty, dla których zamawiający nie dokonał czynności otwarcia ofert.

Ostatnia zmiana SIWZ w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dot. zawarcia ww. umowy została opublikowana w dniu 7 grudnia 2017 r., a więc ponad dwa miesiące od przekazania ww. wersji wzorca oddziałom (inne zmiany, wynikające z ww. wzorca, przekazanego przez Centralę 2 października 2017 r., w zbadanym zakresie uwzględniono; zmiany SIWZ, polegającej m.in. na wprowadzeniu zamiennego, jednolitego SWK, dokonano w dniu 9 listopada 2017 r.). Otwarcie ofert we wspomnianym postępowaniu przetargowym miało miejsce w dniu 18 grudnia 2017 r. (od przekazania ww. wzorca do dnia otwarcia ofert SIWZ zmieniała była sześciokrotnie).

podpunktu 8, bez podpunktu 8a)¹⁰¹. Wg wzoru SWK zapis w ww. ppkt 9 powinien brzmieć: „W przypadku, o którym mowa w podpunkcie 8 i 8a, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dostawy, usługi, Zamawiający informuje o tym Wykonawcę oraz Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę i wzywa Wykonawcę do doprowadzenia do zmiany tej umowy w terminie 14 dni od dnia doręczenia Wykonawcy tego wezwania, pod rygorem wystąpienia o zapłatę Kary umownej”.

Dyrektor Oddziału, wraz z Zastępcą Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji i poprzednim Dyrektorem Oddziału, wyjaśnili, że nieuwzględnienie w ww. subklauzuli 4.4 zapisu „i 8a” wynikało z nieumyślnego przeoczenia. Ich zdaniem, powyższa omyłka, z uwagi na wyłącznie porządkowy charakter zapisu „i 8a”, pozostawała bez wpływu na uprawnienia Zamawiającego dotyczące zgłaszania uwag do treści umów podwykonawczych, których przedmiotem są dostawy lub usługi, nie ingerując w zabezpieczenie zarówno interesu Skarbu Państwa, jak i podwykonawców.

Zdaniem NIK ww. zapis powinien zostać uwzględniony w umowie (przy dokonywaniu kolejnych zmian SIWZ, do której załączony był jej wzór), mając na uwadze, że przyczyniał się on do lepszego zapewnienia dokonywania przez wykonawcę robót budowlanych w stosownym terminie wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, o których tam mowa, uczestniczącym w procesie realizacji kontraktu na roboty budowlane, a tym samym również służyło lepszej ochronie GDDKiA, w zakresie wywiązywania się przez wykonawcę z dokonywania płatności na rzecz podwykonawców. .

Jednocześnie Dyrektor Oddziału wskazał, że w celu wyeliminowania w przyszłości podobnych ryzyk w Oddziale zostaną podjęte działania mające na celu poprawę w zakresie prawidłowego wprowadzania we wzorcowych umowach obowiązujących zapisów.

(akta kontroli str. 440, 442, 444, 685, 698, 709, 717, 764, 1109, 1115, 1760-1765)

OCENA CZĄSTKOWA

Przy zawieraniu 10 poddanych badaniu umów¹⁰², w tym sześciu umów na roboty budowlane opartych na Warunkach Kontraktowych FIDIC oraz czterech umów na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami budowlanymi, zastosowano wzorce umowne przekazane przez Centralę GDDKiA, nie dokonując, w zakresie zbadanych postanowień umownych, zmian w tychże wzorcach (nie licząc zmian wynikających z wydanych wyroków), z wyjątkiem przypadków wskazanych niżej.

W jednej ze zbadanych umów (zawartej w systemie „Buduj” w oparciu o tzw. „czerwony” FIDIC), w przypadku której, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia z udziałem obserwatorów, w tym m.in. przedstawicieli Centrali GDDKiA

¹⁰¹ Ppkt 8: Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem Umów o podwykonawstwo o wartości nie przekraczającej 50 000 PLN (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Ppkt 8a: W przypadku stałej współpracy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą na danym Kontrakcie obowiązek przedstawienia Umowy o podwykonawstwo powstaje z chwilą przekroczenia sumy kolejnych Umów o podwykonawstwo progu 50 000 PLN (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych).

¹⁰² Umowy na roboty budowlane z: 23 lipca 2018 r.; 26 listopada 2018 r.; 24 lipca 2019 r.; 10 października 2019 r.; 23 grudnia 2019 r.; 14 maja 2020 r. Umowy na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad robotami z: 6 grudnia 2018 r.; 23 listopada 2018 r.; 26 lutego 2020 r.; 16 czerwca 2020 r.

wyznaczonych przez jej Dyrektora Generalnego, dokonano w zbadanym zakresie¹⁰³ zmian w stosunku do wzorca umowy (SWK), w związku z wnioskami formułowanymi w tym zakresie przez wykonawców biorących udział w negocjacjach mających za przedmiot warunki przyszłej umowy. Ponadto w innej umowie w sposób nie w pełni kompletny uwzględniono treść wzorca SWK przesłanego przez Centralę, po jego aktualizacji, w zakresie zapisu w jednym postanowieniu subklauzuli 4.4 (pozostałe, w zbadanym zakresie, uwzględniono), co wg wyjaśnienia Oddziału wynikało z przeoczenia.

Zbadanych 10 umów na roboty budowlane¹⁰⁴, dotyczących zadań inwestycyjnych, które zawarto bez zastosowania FIDIC, zawierało postanowienia mające na celu zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa dotyczące takich kwestii, jak m.in. akceptacja umów o podwykonawstwo, wymogi co do terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom¹⁰⁵, wymagane przepisami kary umowne¹⁰⁶, czy prawo odstąpienia zamawiającego, w sytuacji konieczności wielokrotnego dokonywania przez niego bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub na sumę większą niż 5% wartości umowy, od umowy z wykonawcą¹⁰⁷. Wszystkie umowy zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawierały postanowienia dotyczące określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp.

Jednocześnie nie wszystkie umowy zawierały postanowienia dotyczące przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, co dotyczyło pięciu z ww. 10 umów¹⁰⁸. Zdaniem NIK, stosowne postanowienia w tej sprawie powinny zostać zamieszczone w umowach zawieranych z wykonawcami robót budowlanych, mając na uwadze konieczność skutecznego zabezpieczenia się przed ryzykami mogącymi wynikać z braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom (lub dalszym podwykonawcom), jak też dla rzetelnego wypełnienia wymogów wynikających z art. 143d ust. 1 pkt 4 Pzp.

OBSZAR

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

Opis stanu faktycznego

W okresie objętym kontrolą do Oddziału wpłynęło 113 roszczeń/wniosków podwykonawców robót budowlanych o zapłatę na łączną kwotę 53 608,5 tys. zł (w tym 111 wniosków dotyczyło umów zawartych przed 1 stycznia 2017 r.). Do 30 czerwca 2020 r. załatwiono 108 wniosków, z tego: 20 wniosków zamawiający załatwił poprzez zapłatę w całości, 25 wniosków poprzez zapłatę w części a w pozostałej części odrzucił, 13 wniosków załatwił poprzez zapłatę w części

¹⁰³ Tj. w zakresie postanowień subklauzuli 4.4 pt. „Podwykonawcy” oraz subklauzuli 8.7, w tym pkt (e)-(i), pt. „Kary umowne”.

¹⁰⁴ Umowy na roboty budowlane (inwestycyjne, bez remontowych i utrzymaniowych): nr O.KA.D-3.2411.7.2017; nr O.KA.D-3.2412.26.2017; nr O.KA.D-3.2412.31.2017; nr O.KA.D-3.2412.82.2018; nr O.KA.D-3.2412.6.2020; nr O.KA.D-3.2412.8.2020; nr O.KA.D-3.2412.77.2019; nr O.KA.D-3.2412.73.2018, nr O.KA.D-3.2412.12.2018, nr O.KA.D-3.2412.13.2018.

¹⁰⁵ Termin nie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, o którym mowa w art. 143b ust. 2 Pzp.

¹⁰⁶ Art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a-d Pzp.

¹⁰⁷ Prawo odstąpienia od umowy, o którym mowa w art. 143c ust. 7 Pzp.

¹⁰⁸ W tym zarówno umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane z terminem wykonywania krótszym, jak i z terminem dłuższym, niż 12 miesięcy.

a w pozostałej części zapłacił wykonawca, 21 wniosków zamawiający odrzucił w całości, a pozostałych 29 wniosków załatwiono poprzez zapłatę w całości przez wykonawcę¹⁰⁹. Do 9 grudnia 2020 r. załatwiono kolejne trzy wnioski na łączną kwotę 871,7 tys. zł, z których jeden zamawiający załatwił poprzez zapłatę i w pozostałej części odrzucił, a pozostałe dwa zapłacił w całości wykonawca. Według danych Oddziału, zamawiający wypłacił podwykonawcom robót budowlanych kwotę 17 517,4 tys. zł¹¹⁰, w tym 4 569,6 tys. zł na podstawie art. 647¹ kc i 12 947,8 tys. zł, w oparciu o zawarte z wykonawcą porozumienie (wraz z aneksem)¹¹¹, w którym przywołano instytucję przekazu określoną w art. 921¹ kc.

Jak wyjaśnił Z-ca Dyrektora Oddziału, przyczyną zawarcia, uzgodnionego z Centralą GDDKiA, porozumienia była m.in. konieczność uspokojenia nastrojów wśród podwykonawców, którzy zaprzestali strajków na budowie i blokowania drogi krajowej nr 1. Zastosowanie przewidzianej w porozumieniu konstrukcji¹¹², pozwoliło na istotne uproszczenie stosunków między kontrahentami (zamawiającym, wykonawcą i podwykonawcami) poprzez spełnienie świadczenia przez zamawiającego bezpośrednio na rzecz odbiorców przekazu, tj. podwykonawców. Rozwiązanie to zapewniło szybki transfer środków finansowych bezpośrednio do podwykonawców, co pozwoliło zachować przez nich płynność finansową, uratować miejsca pracy i uniknąć ryzyka ich upadłości. Z-ca Dyrektora stwierdził m.in., że płatność została dokonana z wykorzystaniem przysługującej wykonawcy, w stosunku do zamawiającego, wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za wykonane zgodnie z kontraktem roboty budowlane, tj. za pomocą środków pieniężnych wykonawcy, a nie zamawiającego.

Zamawiający nie odzyskał¹¹³ od wykonawcy wypłaconej podwykonawcom, w oparciu o art. 647¹ kc, kwoty 4 569,6 tys. zł (wszystkie płatności na rzecz podwykonawców robót budowlanych dotyczyły jednego kontraktu). Dyrektor Oddziału wyjaśnił, że wystawił i przekazał wykonawcy noty obciążeniowe z tego tytułu, a w związku z nieuregulowaniem ich przez wykonawcę, należności z nich wynikające zostaną potrącone w ostatecznym rozliczeniu kontraktu, które jest aktualnie przygotowywane przez inżyniera kontraktu.

(akta kontroli str. 26-29, 83-90, 231- 236, 260-289, 502-503, 1751-1755)

W toku kontroli badaniem objęto próbę 10 płatności dokonanych przez zamawiającego na rzecz podwykonawców robót budowlanych na łączną kwotę 4 427,6 tys. zł¹¹⁴ (tj. 91,0% wszystkich płatności wykazanych przez Oddział jako dokonane na podstawie art. 647¹ kc). W wyniku przeprowadzonego badania ustalono, że prowadzono działania mające na celu uregulowanie roszczeń

¹⁰⁹ Po otrzymaniu wniosku o zapłatę zamawiający wzywał wykonawcę do ustosunkowania się co do zasadności dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz danego podwykonawcy. W związku z tym wykonawca, po otrzymaniu wezwania, w części przypadków regulował zobowiązania podwykonawców objęte danym roszczeniem.

¹¹⁰ Według stanu na 30 czerwca 2020 r. Do 9 grudnia 2020 r. dokonano kolejnej, jednej płatności na podstawie art. 647¹ kc w kwocie 10,5 tys. zł.

¹¹¹ Prawidłowość zawarcia porozumienia z 28 marca 2019 r. (wraz z aneksem z 11 kwietnia 2019 r.) oraz jego realizacja nie była przedmiotem badań w ramach niniejszej kontroli NIK. Oddział dokonał płatności na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców wskazanych przez wykonawcę w załączniku do ww. porozumienia.

¹¹² Jak wyjaśnił, zgodnie z istotą przekazu (art. 921¹ k.c.), kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Przekazany zostaje upoważniony do spełnienia świadczenia do rąk odbiorcy na rachunek przekazującego (w wykonaniu jego zobowiązania). Odbiorca zaś zostaje upoważniony do przyjęcia świadczenia od przekazanego, ale na rachunek przekazującego. Udzielenie tego upoważnienia powoduje, że jedno świadczenie stanowi wykonanie dwóch zobowiązań.

¹¹³ Do 18 grudnia 2020 r.

¹¹⁴ Wybrano 10 płatności o największej wartości. W okresie objętym kontrolą wszystkie dokonane przez Oddział płatności w ramach solidarnej odpowiedzialności dotyczyły jednego kontraktu. Były to płatności dotyczące następujących roszczeń (wg identyfikatora Centralnego Zasobu Danych): 2345-2346, 2662, 2665, 2690, 3080, 3085, 3225, 3332, 3395 i 3634.

podwykonawców i jednocześnie niedopuszczenie do sytuacji, w której płatność dotyczyłaby należności zapłaconej już przez wykonawcę.

Po otrzymaniu przez Oddział danego wniosku o zapłatę, zamawiający zwracał się do inżyniera kontraktu i wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zasadności dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Do wniosku podwykonawcy załączyli m.in. protokoły odbioru robót podpisanych przez wykonawcę (wykonawca nie zgłosił uwag co do wykonanych robót), faktury wystawione na podstawie protokołów odbioru robót, z których wynikały wymagalne należności dla podwykonawcy oraz dowody przekazania tych faktur wykonawcy. W przypadku istnienia dalszych podwykonawców zaakceptowanych przez zamawiającego żądano od podwykonawcy przedłożenia oświadczeń dalszych podwykonawców o uregulowaniu wszystkich wymagalnych zobowiązań przez podwykonawców, a gdy wnioski były niekompletne wzywano do ich uzupełnienia.

Po zweryfikowaniu otrzymanej dokumentacji, uzyskaniu informacji od wykonawcy, że należności nie zostały uregulowane i nie kwestionuje on wystawionych faktur (nie zgłasza uwag co do zasadności dokonania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy), a od inżyniera kontraktu informacji, że dany podwykonawca wykonał roboty zgodnie z umową, a zobowiązania wynikające z zasady solidarnej odpowiedzialności uważa za zasadne, zamawiający regulował roszczenia na rzecz podwykonawców. Następnie, informował wykonawcę, inżyniera kontraktu i danego podwykonawcę o dokonaniu zapłaty. W celu uniknięcia zapłaty wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wartość wynikającą z kontraktu, sprawdzano łączną wartość dotychczas wykonanych robót.

Zamawiający wystawił, w okresie od 2 września 2019 r. do 30 czerwca 2020 r., dla wykonawcy noty księgowe obciążające go kwotami wynikającymi z dokonanych płatności na rzecz podwykonawców, z terminem płatności do 14 dni od dnia ich otrzymania. Do 18 grudnia 2020 r. wykonawca nie uregulował tych not, a zamawiający nie podjął w stosunku do wykonawcy kolejnych czynności w celu wyegzekwowania należności. Jak podano powyżej, należności wynikające z wystawionych not obciążeniowych zostaną potrącone w ostatecznym rozliczeniu kontraktu.

(akta kontroli str. 53-90)

W 47 przypadkach, na łączną kwotę 21 809,2 tys. zł¹¹⁵, zamawiający odmówił w całości lub w części wypłaty roszczeń złożonych w ramach solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i zamawiającego¹¹⁶. W trzech przypadkach podwykonawcy robót budowlanych, w związku z odmową zapłaty roszczenia przez zamawiającego, wnieśli pozew do sądu (w jednej sprawie sąd umorzył postępowanie, gdyż podwykonawca wycofał pozew, a pozostałe dwie sprawy są w toku postępowania sądowego). Jak wskazał Dyrektor Oddziału, Skarb Państwa nie poniósł kosztów w związku z wniesieniem spraw do sądu.

Na podstawie badanej próby 10 rozpatrywanych wniosków o zapłatę, które zostały w całości odrzucone, na łączną kwotę 9 435,3 tys. zł¹¹⁷ (tj. 21,3% odrzuconych w części lub całości liczby wniosków), ustalono, że: każdorazowo występowano do inżyniera kontraktu i wykonawcy o zajęcie stanowiska co do zasadności dokonania

¹¹⁵ Według stanu na 9 grudnia 2020 r. (jedno roszczenie rozpatrzone po 30 czerwca 2020 r.).

¹¹⁶ W tym w czterech przypadkach, na łączną kwotę 1 425,5 tys. zł, w wyniku ponownego wniesienia tego samego roszczenia.

¹¹⁷ Wybrano 10 wniosków o zapłatę o największej wartości, które zostały odrzucone w całości, dotyczące różnych podwykonawców robót budowlanych z czterech kontraktów (tj. wszystkich umów, w których podwykonawcy wnieśli wnioski o zapłatę, a w wyniku ich rozpatrzenia odrzucono te wnioski). Były to następujące roszczenia (wg identyfikatora Centralnego Zasobu Danych): 170, 172, 173, 214, 309, 2366, 2489, 2544, 3221 i 3545.

zapłaty podwykonawcom robót budowlanych. W wyniku przeprowadzonej analizy otrzymanej dokumentacji, w tym uzyskania stanowiska wykonawcy i inżyniera kontraktu, zamawiający odmówił wypłaty roszczeń. Wśród przyczyn odrzucenia wniosków wskazano, że wniesione roszczenia dotyczyły: kwot zatrzymanych z tytułu gwarancji należytego wykonania umów¹¹⁸, wynikały z umowy podwykonawczej niezatwierdzonej przez zamawiającego, a także dotyczyły kwestii spornych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą, w tym związanych z zakresem i jakością wykonanych przez podwykonawcę robót czy z karami umownymi nałożonymi przez wykonawcę¹¹⁹. Wśród badanych 10 spraw, w jednym przypadku podwykonawca złożył pozew do sądu (jedna z ww. spraw będących w toku postępowania sądowego).

(akta kontroli str. 26-29, 33-52)

Dla umów realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC dokonywano waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcom umów na roboty budowlane na podstawie subklauzuli 13.8 „Korekty wynikające ze zmian kosztu”, w tym o wskazaną w jej treści metodologię opartą o dane publikowane przez Prezesa GUS. W okresie objętym kontrolą, w Oddziale realizowano osiem umów¹²⁰ na roboty budowlane, w których waloryzacja wynagrodzenia odbywała się w oparciu o ww. subklauzulę. Wykonawca w składanych do inżyniera kontraktu wnioskach o wystawienie przejściowych świadectw płatności wskazywał kwotę zwiększonego o waloryzację wynagrodzenia, a następnie inżynier kontraktu weryfikował złożony wniosek, w tym kwotę zwaloryzowanego wynagrodzenia.

Dla weryfikacji wniosków złożonych przez danego wykonawcę w zakresie należnej waloryzacji wynagrodzenia, w Oddziale analizowano (monitorowano) wskaźniki opublikowane przez Prezesa GUS odnoszące się do cen robót budowlano-montażowych, w tym ich składowe. Na podstawie wybranych dwóch kontraktów¹²¹ ustalono, że wyliczając kwoty waloryzacji wynagrodzenia stosowano właściwe wartości wskaźników cen obiektów drogowych i mostowych, ogłoszonych przez Prezesa GUS.

W okresie objętym kontrolą łączna kwota samej waloryzacji wynagrodzenia wyniosła *per saldo* 19 661,2 tys. zł (wykonawcy wnioskowali o zwiększenie wynagrodzenia na łączną kwotę 25 287,9 tys. zł). Różnica pomiędzy wnioskowaną kwotą waloryzacji a wypłaconą wynikała przede wszystkim z faktu, iż wartość robót wykazana we wnioskach o wystawienie przejściowych świadectw płatności, sporządzanych przez wykonawców po weryfikacji przez inżynierów kontraktu, uległa zmniejszeniu (tym samym zmniejszeniu uległa kwota waloryzacji). W poszczególnych ww. umowach, wzrost wynagrodzenia w związku z jego waloryzacją kształtował się od 0,42% do 1,01%, a w jednym przypadku wynagrodzenie zmniejszyło się o 0,21%.

Ponadto, w odniesieniu do trzech kontraktów¹²² wykonawcy umów na roboty budowlane wystąpili z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia na podstawie subklauzuli 20.1 „Roszczenia wykonawcy”, w tym w dwóch przypadkach w związku

¹¹⁸ Dotyczyło to przypadków ustanowienia gwarancji należytego wykonania umowy poprzez potrącenie wynagrodzenia za wykonane roboty (rozliczenia dotyczące potrącenia wskazywano w protokołach odbioru robót).

¹¹⁹ Wykonawca potrącał podwykonawcom z należnego im wynagrodzenia nałożone przez niego kary umowne.

¹²⁰ Dotyczy umów z: 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018, 26 sierpnia 2015 r. nr O/KA/I4.29.A1-ODCINEK I.2014/2015, 4 marca 2016 r. nr O.KA.I4.27.A1-OdcinekH.2014/2016, 12 października 2015 r. nr O/KA/I4.30.A1-ODCINEK F. 2014/2015, 24 lipca 2019 r. nr O.KA.D-3.2410.31.2019, 31 sierpnia 2015 r. nr O/KA/I4.28.A1-ODCINEK G.2014/2015, 10 października 2019 r. nr O.KA.D-3.2410.3.2018 i 26 listopada 2018 r. nr O.KA.D-3.2410.9.2018.

¹²¹ Doboru próby dokonano w sposób losowy, wybrano dwa z ośmiu kontraktów, pierwszy zawarty 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018 i drugi zawarty 26 listopada 2018 r. nr O.KA.D-3.2410.9.2018.

¹²² Dotyczy umów z: 23 lipca 2018 r. nr O.KA.D-3.2411.40.2017/2018, 26 sierpnia 2015 r. nr O/KA/I4.29.A1-ODCINEK I.2014/2015 i 4 marca 2016 r. nr O.KA.I4.27.A1-OdcinekH.2014/2016.

z subklauzulą 13.7 („Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego”), z powodu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej¹²³ (obydwa przypadki były w trakcie rozpatrywania). W trzecim przypadku wykonawca wniósł roszczenie dotyczące nieuprawnionego, jego zdaniem, zmniejszenia kwoty waloryzacji wynagrodzenia o 143,1 tys. zł w oparciu o subklauzulę 13.8 („Korekty wynikające ze zmian kosztu”)¹²⁴. W odpowiedzi¹²⁵, zamawiający poinformował wykonawcę, że wyliczona przez niego kwota waloryzacji obejmowała również kwoty wynagrodzenia z przejściowych świadectw płatności wystawionych przed miesiącem, za który zostało wystawione pierwsze przejściowe świadectwo płatności za roboty budowlane, co było sprzeczne z ww. subklauzulą, zgodnie z którą „kwoty płatne wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie poczynwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze przejściowe świadectwo płatności za wykonane roboty budowlane”. Ponadto, w jednym przypadku dokonano waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 142 ust. 5 ust. 2 Pzp (zwiększając je o kwotę 63,5 tys. zł, zgodnie z wnioskiem wykonawcy)¹²⁶.

W okresie objętym kontrolą nie wystąpiły przypadki dokonania waloryzacji sądowej (na podstawie art. 358¹ § 3 oraz art. 632 § 2 kc), jak również zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, o której mowa w art. 357¹ kc.

Wykonawcy umów na roboty budowlane nie wnieśli, do 29 grudnia 2020 r., pozwów do sądu w sprawie waloryzacji wynagrodzenia.

(akta kontroli str. 83-87, 97-136, 1075, 1123)

Stwierdzone
nieprawidłowości

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

OCENA CZĄSTKOWA

Oddział rzetelnie prowadził działania (w badanym przez NIK zakresie¹²⁷) mające na celu rozpatrywanie i ewentualną realizację roszczeń podwykonawców robót budowlanych, skierowanych do niego w ramach solidarnej odpowiedzialności, a także w celu niedopuszczenia do płatności należności zapłaconych wcześniej przez wykonawcę. W przypadku zaistnienia wskazanych w umowach przesłanek¹²⁸, dokonywano waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcom umów na roboty budowlane, stosując właściwe wskaźniki cen obiektów drogowych i mostowych, publikowane przez Prezesa GUS oraz rzetelnie rozpatrzone roszczenie o waloryzację wynagrodzenia.

IV. Uwagi

W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK, zwraca uwagę na konieczność:

Uwagi

1. zamieszczania w umowach na roboty budowlane, zawieranych bez wykorzystania Warunków Kontraktowych FIDIC, stosownych postanowień dotyczących przedstawiania przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

¹²³ Wykonawcy umów wnioskowali o zwiększenie wynagrodzenia na łączną kwotę 4 360,5 tys. zł.

¹²⁴ Wykonawca wnioskował o zwaloryzowanie wynagrodzenia o kwotę 325,0 tys. zł, a zamawiający uznał kwotę 181,9 tys. zł.

¹²⁵ Z dnia 24 listopada 2020 r.

¹²⁶ Wykonawca umowy wnioskował o zwiększenie wynagrodzenia o kwotę 63,5 tys. zł. Dotyczy umowy realizowanej poza Warunkami Kontraktowymi FIDIC.

¹²⁷ Dotyczy zbadanej próby 10 płatności dokonanych przez zamawiającego na rzecz podwykonawców robót budowlanych oraz próby 10 wniosków o zapłatę podwykonawców robót budowlanych, które zostały w całości odrzucone przez zamawiającego.

¹²⁸ Związanych ze wzrostem lub spadkiem wartości wskaźników cen obiektów drogowych i mostowych.

2. uwzględnianie w zawieranych umowach na roboty budowlane wszystkich aktualnych wzorcowych postanowień umownych, wdrożonych przez Centralę GDDKiA do powszechnego stosowania w strukturze organizacyjnej GDDKiA.

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 Katowicach. 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

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

Katowice, dnia 18 stycznia 2021 r.

Kontrolerzy
Maria Talik
doradca prawny

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Katowicach

.....
Witold Wilk
gł. specjalista kontroli państwowej
.....