



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Rzeszowie

LRZ-410.020.01.2016

P/16/030

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Rzeszowie

ul. Kraszewskiego 8, 35-016 Rzeszów

T +48 17 780 23 00, F +48 17 780 23 06

lrz@nik.gov.pl

I. Dane identyfikacyjne kontroli

<i>Numer i tytuł kontroli</i>	P/16/030 – Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa i podwykonawców w umowach na realizację inwestycji drogowych prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad
<i>Jednostka przeprowadzająca kontrolę</i>	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Rzeszowie
<i>Kontrolerzy</i>	1. Dionizy Beda, upoważnienie do kontroli nr LRZ/97/2016 z dnia 13 września 2016 r. (dowód: akta kontroli str. 1) 2. Zbigniew Rudnicki, upoważnienie do kontroli nr LRZ/96/2016 z dnia 13 września 2016 r. (dowód: akta kontroli str. 2)
<i>Jednostka kontrolowana</i>	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (zwana dalej Oddziałem)
<i>Kierownik jednostki kontrolowanej</i>	Wiesław Kaczor, Dyrektor Oddziału GDDKiA w Rzeszowie
<i>Okres objęty kontrolą</i>	Lata 2011 – 2016 (I półrocze)

II. Ocena kontrolowanej działalności

Ocena ogólna

Najwyższa Izba Kontroli ocenia pozytywnie działalność kontrolowanej jednostki w zbadanym zakresie.

Uzasadnienie oceny ogólnej

Zapisy umów zawieranych przez Dyrektora Oddziału GDDKiA w Rzeszowie były zgodne z zatwierdzonymi, aktualnymi, wzorcowymi Szczególnymi Warunkami Kontraktu.

Wzory umów i umowy, GDDKiA przy udziale Oddziału dostosowywała na bieżąco do każdej zmiany przepisów oraz doświadczeń wynikających z nabywanej praktyki w trakcie realizacji kontraktów.

W umowach znajdowały się zapisy zapewniające należyłą ochronę interesu Skarbu Państwa, jak i Podwykonawców. Roszczenia podwykonawców wypłacano w terminie, w oparciu o starannie zweryfikowaną dokumentację rzeczowo-finansową, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 837 j.t.) – zwanej dalej Specustawą.

Oddział wykorzystywał wszystkie istniejące instrumenty organizacyjne i prawne w celu zwiększenia skuteczności w odzyskiwaniu wypłaconych roszczeń od wykonawców.

Skutkowało to odzyskaniem niemal 100% wypłaconych roszczeń w ramach solidarnej współodpowiedzialności.

Relatywnie niski (30,5%) stopień odzyskanych kwot w ramach Specustawy spowodowany był upadłością firm, na rzecz których dokonano wpłat z Krajowego Funduszu Drogowego.

W odniesieniu do wszystkich badanych zaległości toczą się postępowania w celu ich odzyskania na drodze sądowej.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego

Ocena zapisów umów zawieranych przez GDDKiA pod kątem umieszczania klauzul zmniejszających ryzyko podwójnej płatności za roboty budowlane oraz sposobu zabezpieczenia możliwości odzyskania środków wypłaconych z tytułu niezaspokojonych roszczeń podwykonawców

Opis stanu
faktycznego

12.

W okresie objętym kontrolą, Oddział realizował 19 umów, z tego: 12¹ umów zawartych przed wejściem w życie Specustawy² tj. do dnia 3 sierpnia 2012 r. oraz 4 umowy zawarte pomiędzy wejściem w życie Specustawy a dniem 24 grudnia 2013 r.³

3 umowy zawarte po 24 grudnia 2013 r. dotyczyły kontynuacji inwestycji po zerwaniu umów.

Wszystkie umowy były przedmiotem niniejszej kontroli. Jeden kontrakt na kontynuację budowy odcinka A-4 Tarnów Krzyż-Dębica Pustynia zawarty 7 maja 2013 r. był realizowany przez Oddział GDDKiA w Krakowie⁴.

W realizacji powyższych kontraktów wykonawcy podzlecili roboty 897 podwykonawcom, którzy złożyli 741 roszczeń na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu Cywilnego⁵ oraz 510 roszczeń w ramach specustawy, na łączną kwotę 1 022 439,7 tys. zł.

(Dowód akta kontroli str. 3, 259)

Objęte badaniem umowy z lat 2008 – 2014 r. były sporządzane według czterech wzorów Standardowych dokumentów przetargowych. W oparciu o Wzór I z 13 lipca 2007 r. sporządzono 2 umowy, o Wzór II z 16 września 2009r. 7 umów, o Wzór III z 12 listopada 2013 r. 3 umowy oraz o Wzór IV z 12 lutego 2014 r. 3 umowy. We wzorach kolejnych umów treść

¹ Kontynuacja budowy odcinka A-4 Tarnów Krzyż – Dębica Pustynia została przekazana GDDKiA O/Kraków.

² Ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 837 j.t.) – zwana dalej Specustawą

³ Wejście w życie ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473)

⁴ Projekt ten nie był objęty badaniem kontrolnym

⁵ (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.) zwany dalej k.c.

Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] była stopniowo rozszerzana pod kątem doprecyzowania procedury solidarnej płatności w oparciu o art. 647¹ § 5 k.c. Trzy umowy sporządzone w latach 2008-2009 w systemie Projektuj i Buduj miały indywidualnie sporządzone przez Oddział i zatwierdzone przez Centralę dokumenty przetargowe, w tym projekt umowy, ze względu na brak zatwierdzonego wzorca na tego typu realizację. W umowach Nr 2811/14/2009 A-4 z dnia 29 października 2009 r. Jarosław – Radymno oraz Nr 2811/115/2009 A-4 z dnia 04 listopada 2009 r. realizowanych w systemie Projektuj i Buduj, oraz Nr 0813/123/2008 z dnia 30 maja 2008 r. – Budowa obwodnicy Ropczyc, w Klauzuli 4.4 brakuje zapisów przywołujących art. 647¹ § 5 k.c.

Natomiast w przedmiotowych umowach, w subklauzuli 14.3 - *Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności* znajduje się zapis: *...Każde rozliczenie winno zawierać oświadczenie Wykonawcy, że wszystkie należne faktury Podwykonawców, których termin płatności upłynął, zostały zapłacone lub podać powody niezapłacenia całości lub części takich faktur.*

(Dowód akta kontroli str. 43-187, 243, 338-351)

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że dla zadań realizowanych w formule „Projektuj i Buduj”, GDDKiA w 2008 roku nie posiadała wzorcowych dokumentów przetargowych.

...dla ww. zadań, opracowanie pn. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zostało zlecone firmie zewnętrznej w drodze postępowania przetargowego. W ramach umowy podpisanej w listopadzie 2008 roku, Wykonawca SIWZ był zobowiązany do opracowania: Instrukcji dla Wykonawców wraz z formularzami; Warunków Kontraktu w tym Warunków Szczególnych Kontraktu obejmujących między innymi warunki określone w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy]; Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU).

Opracowane dokumenty ...podlegały procedurze zatwierdzenia, zgodnie z Zarządzeniem Nr 54 Dyrektora Generalnego z dnia 10 października 2008 roku. Dla ww. zadań SIWZ została pozytywnie zaakceptowana przez Zastępcę Generalnego Dyrektora 20 lipca 2009 roku. ...Ponieważ powyższe zadania były kontynuacją robót po poprzednim Wykonawcy, z którym zerwano umowę, więc nabyte z realizacji tych umów doświadczenia posłużyły do wprowadzenia nowych zapisów umownych mających na celu m.in. ochronę zarówno interesów podwykonawców jak i Skarbu Państwa.

Dla ww. zadań Oddział, przed wszczęciem postępowań otrzymał uzgodnione pod względem formalno-prawnym przez Biuro Prawne Centrali GDDKiA, Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia, w tym wzór umowy wraz z warunkami kontraktu.

(Dowód akta kontroli str. 188-192, 284-285, 611-612)

Dla inwestycji prowadzonych do 16 września 2009 r. obowiązywały *Standardowe dokumenty przetargowe dla robót budowlanych* będące tłumaczeniem wydania FIDIC z 1999 r., zatwierdzone przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad 13 lipca 2007 r. (Wzór I) Tom II nazwany *Warunki kontraktu zawierał Formularz Umowy, Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego oraz Szczególne Warunki Kontraktu*⁶.

⁶ Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999.

W Szczególnych Warunkach Kontraktu⁷ warunki dotyczące solidarnej płatności sformułowane były w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy], w brzmieniu: Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót, przedłoży Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera, projekt umowy z Podwykonawcą.

Zamawiający po otrzymaniu opinii Inżyniera podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tej umowy.

Jeżeli Zamawiający w ciągu 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót przedłoży Zamawiającemu zawartą z nim umowę.

W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą.

Jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, zatwierdzonym przez Zamawiającego, Wykonawca nie dokona zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. i dokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania.

Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c., będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie z zapisami Subklauzuli 2.5 – [Roszczenia Zamawiającego]. W oparciu o powyższy wzór sporządzono 2 umowy na roboty budowlane.

(Dowód akta kontroli str. 5-26, 243)

Oddział otrzymał 19 września 2009 r. uaktualnioną w dniu 25 maja 2009 r. wersję wzorcowych dokumentów przetargowych (Wzór II).

W Subklauzuli 4.4 znalazły się dodatkowe zapisy doprecyzowujące prawa i obowiązki Zamawiającego, Wykonawcy i Podwykonawców w przypadku niezapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane roboty. W oparciu o powyższy wzór sporządzono 7 umów na roboty budowlane.

(Dowód akta kontroli str. 27-42, 243)

Wzór III wzorcowych SWK został przekazany Oddziałowi przez Dyrektora Departamentu Realizacji Inwestycji 12 listopada 2013 r., przed wejściem w życie ustawy z dnia 08.11.2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych⁸, w dniu 24 grudnia 2013 r.

Odnosnie podwykonawstwa w SWK dodano dwie Subklauzule – 1.1.2.8a - Dostawca i 1.1.2.8b - Usługodawca. Usunięto dotychczasowy nagłówek

⁷ Zwane dalej SWK

⁸ Dz. U. z 2013 r., poz. 1473

Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] zastąpiono nagłówkiem „Subklauzula 4.4. Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”. Treść klauzuli 4.4 uzupełniono o zapisy dotyczące Dostawców i Usługodawców. W Subklauzuli 14.3 Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności, dodano akapit nakładający między innymi na Wykonawcę obowiązek dołączenia do rozliczenia pisemnych oświadczeń wszystkich Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców potwierdzających, że wymagalne do końca rozliczanego okresu płatności na ich rzecz zostały dokonane wraz z zestawieniem wystawionych przez nich faktur. W oparciu o powyższy wzór sporządzono 3 umowy na roboty budowlane.

(Dowód akta kontroli str. 193-203, 243)

Wszystkie badane umowy na roboty budowlane, zawierały warunki i tryb dotyczące solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i Wykonawcy za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę.

Spośród 18 badanych kontraktów, w 9 kontraktach istniały zapisy zobowiązujące wykonawców między innymi do wykazania, że wszystkie roszczenia podwykonawców, których termin minął do dnia wystawienia przejściowego świadectwa płatności zostały przez nich spłacone.

(Dowód akta kontroli str. 43-192, 338-351).

W odpowiedzi na pytanie, które zapisy miały na celu zmniejszenie ryzyka podwójnej zapłaty Zastępca Dyrektora ds. Inwestycji wyjaśnił: W Warunkach Szczególnych Umowy w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Zamawiający zawarł stosowne zapisy, które miały na celu wyeliminowanie ryzyka wystąpienia podwójnej zapłaty na rzecz Wykonawcy i zatwierdzonego Podwykonawcy.

Dla przykładu – zapisy umowne miały następujące brzmienie:

a) dla zadania „Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów – Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna”(bez węzła) – Radymno (z węzłem)- długości 25 km”: W Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] - akapit pierwszy pkt (c) - W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji projektowania lub Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą.

Jeżeli Podwykonawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane roboty, które zostały odebrane i poświadczane do zapłaty w Świadczeniu Płatności przez Inżyniera, to:

- i. Zamawiający wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że sumy należne Podwykonawcy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę. Jeżeli Wykonawca nie przedstawi racjonalnych i uzasadnionych zarzutów wobec Podwykonawcy lub nie dostarczy dowodów, że sumy Podwykonawcy należne zostały zapłacone, Zamawiający wypłaci Podwykonawcy, w terminie płatności określonym w umowie z Podwykonawcą, kwoty na które Wykonawca zalega, Zapłata Podwykonawcy żądanej kwoty zostanie dokonana w złotych polskich (PLN).
- ii. Wierzytelności nabyte względem Wykonawcy z tytułu tak zapłaconych kwot na rzecz Podwykonawcy, Zamawiający będzie miał prawo potrącić

z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie z zapisami Subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego].

- iii. Po dokonaniu zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Podwykonawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę w terminie 7 dni po doręczeniu powiadomienia opisanego powyżej w punkcie i.
- b) Dla zadania „Budowa autostrady A-4 Tarnów – Rzeszów na odcinku od węzła Tarnów Krzyż do węzła Dębica Pustynia km około 502+796,97 do około 537+550”. Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy] – akapit 2 pkt e
W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą.
Jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, zatwierdzonym przez Zamawiającego, Wykonawca nie dokona w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania. Zapłata Podwykonawcy żądanej kwoty zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między Wykonawcą a Podwykonawcą.
Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z Art. 647¹ §5 k.c., będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie z zapisami Subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego].

(Dowód akta kontroli str. 189-190)

Do 18 objętych badaniem umów, podwykonawcy wnieśli do Zamawiającego 741 roszczeń o solidarną zapłatę za wykonanie robót w wysokości 700 043,8 tys. zł, z tego Oddział wypłacił 437 041,6 tys. zł.

Jeden wniosek o roszczenie w kwocie 268,6 tys. zł był w toku załatwiania na skutek zaskarżenia do sądu przez podwykonawcę.

Oddział odzyskał ogółem 434 385,6 tys. zł.

Do dnia zakończenia kontroli pozostała do odzyskania od 5 wykonawców, łączna kwota 2 656 tys. zł, co stanowi 0,61% wypłaconych roszczeń.

W jednym przypadku postępowanie dotyczyło podwójnej zapłaty na rzecz firmy [...] Ltd. Przypadek opisany w punkcie 42 niniejszego wystąpienia.

(Dowód akta kontroli str. 259, 285, 358)

13.

Umowy 18¹⁰ poddanych kontroli kontraktów, były zgodne z zatwierdzonymi wzorami umów, opisanymi w pkt. 12 niniejszego wystąpienia.

⁹ Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1764) i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) NIK wyłączyła jawność informacji w zakresie ujawnienia nazwy przedsiębiorcy. Wyłączenia tego dokonano w interesie przedsiębiorcy.

¹⁰ Jeden kontrakt został przekazany do realizacji Oddziałowi w Krakowie

W każdej z badanych umów, wszystkie elementy *Istotnych dla stron postanowień umowy*, obowiązujące w dniu jej sporządzenia, znalazły odniesienie w kontraktach na konkretne roboty budowlane z zachowaniem układu i treści.

(Dowód akta kontroli str. 43-187, 5-42, 223-243, 338-351)

14.

Wykonawcy 18 badanych kontraktów zatrudnili 897 podwykonawców, którzy złożyli 741 roszczeń o solidarną zapłatę w oparciu o art. 647¹ § 5 k.c. na łączną kwotę 700 043,8 tys. zł. Zamawiający odrzucił 102 roszczenia na kwotę 144 799, 4 tys. zł. Oddział wypłacił 576,5 roszczeń w kwocie 437 041,6 tys. zł z żądanych 519 363,9 tys. zł, Wykonawcy wypłacili po wezwaniu Zamawiającego 59,5 roszczeń w kwocie 32 400,4 tys. zł, a 2 Podwykonawców wycofało swoje roszczenia w kwocie 3 211,4 tys. zł. W trakcie postępowania sądowego jest sprawa o 1 roszczenia w kwocie 268,6 tys. zł.

(Dowód akta kontroli str. 259, 260-285)

W próbie 30 umów zawartych z Podwykonawcami zgłaszających roszczenia z tytułu solidarnej zapłaty na łączną kwotę 27 607,3 tys. zł, 20 roszczeń w kwocie 23 875,9 tys. zł zostało zrealizowanych przez Zamawiającego, 4 roszczenia w kwocie 1 920,4 tys. zł odrzucono, a 6 roszczeń w kwocie 1 811,0 tys. zł wypłacił Wykonawca.

Projekty 29 umów zawieranych przez Wykonawcę z Podwykonawcami były akceptowane przez Zamawiającego zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c.

W jednym przypadku brak zgody Zamawiającego na podpisanie umowy stanowił podstawę odrzucenia roszczenia solidarnej zapłaty.

(Dowód akta kontroli str. 330-337, 521-529)

W próbie 30 odrzuconych roszczeń, w 8 przypadkach - co stanowi 26,7%, brak zatwierdzenia przez Zamawiającego projektu umowy z Podwykonawcą był przyczyną odrzucenia roszczenia solidarnej zapłaty.

W związku z odrzuconymi roszczeniami, podwykonawcy nie kierowali pozwów do sądu.

(Dowód akta kontroli str. 308-309)

15.

Pośród 18 badanych umów, zawartych przez Oddział w okresie objętym kontrolą, w 9 przypadkach nie przewidywano prowadzenia specjalnego monitoringu terminowości regulowania należności Podwykonawców przez Wykonawcę.

Ustalono, że w 3 kontraktach zawartych w 2008 i 2009 r.: *Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów Korczowa na odcinku Jarosław – Radymno, Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów Korczowa na odcinku Radymno – Korczowa oraz budowa Obwodnicy Ropczyc w ciągu drogi krajowej nr 4*, dla których nie było zatwierdzonego wcześniej wzoru umowy, zlecono w trybie zamówienia publicznego opracowanie WSIZ w skład którego wchodził Wzór umowy. W powyższych umowach znalazły

się zapisy dotyczące kontroli zapłaty dla Podwykonawców opisane w punkcie 12 niniejszego Wystąpienia pokontrolnego.

W 7 umowach zawartych po 12 listopada 2013 r. znajdowały się zapisy nakazujące prowadzenie monitoringu terminowości regulowania należności Podwykonawców przez Wykonawców zapisane w Subklauzulach 4.4 i 14.3 SKW.

(Dowód akta kontroli str.43-187, 222, 338-351)

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił:

Na przedmiotowych zadaniach nie był prowadzony specjalny monitoring terminowości regulowania należności podwykonawców przez wykonawcę, ponieważ umowy zawarte z wykonawcami nie przewidywały takich czynności.

Niemniej jednak np. na kontraktach:

(i) Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów – Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna”(bez węzła) – Radymno (z węzłem)- długości 25 km

(ii) Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów – Korczowa na odcinku Radymno (bez węzła) – Korczowa – długości 22 km

Wykonawca występując do Inżyniera o wystawienie Przejściowego Świadcstwa Płatności zgodnie z Subklauzulą 14.3 SWK, zobowiązany był do przedłożenia wraz z rozliczeniem oświadczenia, że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym rozliczeniem przejściowym, zostały zapłacone, a jeżeli nie zostały zapłacone podać powody niezapłacenia całości lub części takich faktur.

Od 12 listopada 2013 roku w warunkach kontraktowych wprowadzono zapisy mające na celu wyeliminowanie zjawiska nie regulowania przez generalnego wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, o treści:

„Do rozliczenia Wykonawca dołączy pisemne oświadczenia wszystkich Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców potwierdzające, że wymagalne, do końca okresu objętego Rozliczeniem płatności na ich rzecz zostały dokonane wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT oraz oświadczeniem Wykonawcy o dokonaniu wszystkich wymagalnych płatności na rzecz Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców.

Wykonawca może zwolnić się z obowiązku przedłożenia oświadczenia Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców poprzez przedłożenie kopii wymagalnych faktur VAT Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców wraz z potwierdzeniem dokonania płatności oraz oświadczeniem Wykonawcy o dokonaniu wszystkich tych wymagalnych płatności na rzecz Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców.

W przypadku, gdy Wykonawca nie przedłoży Rozliczenia za miniony miesięczny okres rozliczeniowy, to w terminie 7 dni od upływu miesięcznego okresu rozliczeniowego, przedłoży pisemne oświadczenia wszystkich Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców wraz z zestawieniem wszystkich wymagalnych faktur oraz oświadczeniem Wykonawcy o dokonaniu wszystkich wymagalnych płatności na rzecz Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców”.

...Wyjątkiem była wszczynana przez Zamawiającego procedura solidarnej odpowiedzialności, w której Inżynier Kontraktu brał czynny udział

przekazując swoje stanowisko po zweryfikowaniu dokumentów dowodowych przedkładanych przez Podwykonawcę i Wykonawcę.

(Dowód akta kontroli str. 43-57, 243, 338-351)

16.

Na objętych kontrolą kontraktach były podpisywane jedynie aneksy do umów zawartych przez Oddział z Wykonawcą, dotyczące przedłużenia *Czasu na ukończenie* (terminu umownego) z tytułu uznanych roszczeń Wykonawcy. W tych przypadkach nie zachodziła potrzeba aktualizacji list podwykonawców.

Aktualizacja listy podwykonawców była dokonywana po wyrażeniu zgody na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą po uprzednim uzgodnieniu przez zamawiającego treści zapisów umownych.

(Dowód akta kontroli str. 565)

17.

Badanie próby 10 umów na pełnienie nadzoru inwestorskiego wykazało, że w żadnej nie zobowiązano Inspektora Nadzoru do kontrolowania rozliczeń z podwykonawcami.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił: *Umowy zawarte przez Zamawiającego z Konsultantami¹¹ na zarządzanie projektem i pełnieniem nadzoru inwestorskiego na zadaniach objętych kontrolą nie zobowiązywały Inżyniera Kontraktu czy Inspektora nadzoru do kontrolowania rozliczeń z podwykonawcami. Wyjątkiem była wszczynana przez Zamawiającego procedura solidarnej odpowiedzialności, w której Inżynier Kontraktu brał czynny udział przekazując swoje stanowisko po zweryfikowaniu dokumentów dowodowych przedkładanych przez podwykonawcę i wykonawcę.*

Wszystkie badane roszczenia solidarnej zapłaty w oparciu o art. 647¹ § 5 k.c. były poddane analizie przez Inżyniera Kontraktu. W oparciu o jego wniosek Zamawiający dokonywał zapłaty bądź odrzucenia roszczenia lub informował Zamawiającego o zaspokojeniu roszczenia przez Wykonawcę.

(Dowód akta kontroli str. 287-288, 352, 566-595.)

Na pytanie dlaczego pomimo zapisów dotyczących solidarnej płatności wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c. konsultanci nie mieli w umowach zapisanego obowiązku kontrolowania rozliczeń pomiędzy podwykonawcami a wykonawcami za wykonane i rozliczone roboty budowlane, zgodnie z art. 25 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji, wyjaśnił między innymi: *Zapisy art 25 pkt 4 ustawy Prawo budowlane dotyczą rozliczeń umowy na roboty budowlane i rozumie się przez to rozliczenia pomiędzy stronami kontraktu głównego, a nie stronami innych umów. Taki obowiązek w odniesieniu do umów podwykonawczych, czy dalszego podwykonawstwa jest przypisany wykonawcy, który zleca ich*

¹¹ W dokumentacjach kontraktów używa się przemienne pojęć: Inżynier Budowy, Inspektor nadzoru lub konsultant.

wykonanie. Należy przez to rozumieć, że GDDKiA nie miała i nie ma prawa ingerować w rozliczenie umów, których nie jest stroną.

Wynika to z faktu, że dokumenty na podstawie których wykonywane były roboty przez podwykonawców nie muszą zawierać i w większości przypadków nie zawierały elementów tożsamyh z dokumentami wymaganymi dla kontraktu głównego. Ponadto na daną pracę w kontrakcie głównym mogły się składać roboty wykonywane przez kilku podwykonawców. Stąd też, jak wskazano w odpowiedzi na poprzednie zapytanie nałożenie takiego obowiązku na Konsultanta nie było możliwe. Narzucenie takich zobowiązań, de facto niezgodnych z obowiązującym stanem prawnym, musiałyby być wskazane w warunkach kontraktu głównego na wykonanie robót, co z kolei skutecznie byłoby oprotestowywane na etapie udzielania zamówienia publicznego na roboty jako nieuprawniona ingerencja Zamawiającego w swobodę kształtowania umów.

Bowiem treść art. 25 pkt 4 ustawy Prawo budowlane odnosi się do rozliczeń budowy w zakresie rzeczowo-finansowej wartości realizowanych przez wykonawcę robót w odniesieniu do przyjętych w umowie zasad prowadzenia rozliczeń elementów składowych zamówienia. Warunkiem prowadzenia takich rozliczeń jest posiadanie stosownej wiedzy z zakresu kosztorysowania robót budowlanych, polskich norm budowlanych oraz doświadczenia w realizacji robót budowlanych w odpowiedniej specjalności. Powierzenie nadzorowi inwestorskiemu pełnienia funkcji prowadzenia rozliczeń budowy ma na celu ochronę inwestora przed problemami pojawiającymi się na budowie oraz ponoszeniem dodatkowych lub zbyt dużych kosztów inwestycji.

Ponieważ nie jest możliwym w świetle prawa nałożenie na konsultanta obowiązków kontrolowania rozliczeń pomiędzy podwykonawcami a wykonawcami za wykonane na podstawie umów podwykonawczych roboty budowlane, GDDKiA wprowadziła do warunków kontraktowych zapisy mające na celu kontrolowanie wywiązywania się wykonawców z obowiązku zapłaty wymagalnych należności podwykonawcom. Zapisy te wraz z nabywaniem kolejnych doświadczeń w trakcie realizacji zadań inwestycyjnych, były odpowiednio modyfikowane.

Najwyższa Izba Kontroli uważa, że nie byłoby to ingerowaniem w rozliczanie umów lecz tylko dochowywaniem należytej staranności w kontekście odpowiedzialności jaka ciąży na inwestorze z tytułu solidarnej odpowiedzialności, jak uczynił to Oddział w 3 kontraktach realizowanych w systemie Zaprojektuj i Buduj, sporządzonych przed okresem wprowadzenia obowiązujących Oddziały wzorów umów.

(Dowód akta kontroli str. 287-288, 596-601)

18.

Kontrakty 18 kontrolowanych inwestycji zawierały w umowach, w Subklauzuli 4.4 SWK zapis obowiązku przedkładania Zamawiającemu projektu umowy z Podwykonawcą, za pośrednictwem Inżyniera Kontaktu. Zamawiający w ciągu 14 dni od złożenia projektu umowy ma zgłosić na piśmie sprzeciw lub zastrzeżenia.

Badanie próby 30 dokumentacji umów zawartych pomiędzy Wykonawcami, a Podwykonawcami robót budowlanych wykazało, że w 29 sprawach

znajdowały się wnioski Wykonawców o wyrażenie zgody Zamawiającego na podpisanie umowy z Podwykonawcą. Wszystkie zgody, oraz zastrzeżenia Zamawiającego były wyrażane na piśmie. Zamawiający zgłaszając zastrzeżenia proponował sporządzenie w oparciu o opracowany w GDDKiA wzór umowy na podwykonawstwo.

W jednej sprawie dotyczącej umowy podwykonawczej A4RzJ/56/2012 z dnia 13 sierpnia 2012 r. na roboty budowlane, zawartej między [...] ¹² na kwotę 14 327,04 zł, stwierdzono brak zgody Zamawiającego. Roszczenie tego Podwykonawcy o wypłatę należności w ramach art. 647¹ § 5 k.c. zostało z tego powodu odrzucone.

(Dowód akta kontroli str. 43-198, 308, 329-337, 538-560)

19.

Ustalono, że w próbie 30 umów zawartych między Wykonawcami a Podwykonawcami i dalszymi Podwykonawcami którzy zgłosili roszczenia o solidarną zapłatę w 29 przypadkach zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy z Podwykonawcą. W 4 przypadkach roszczenia zostały odrzucone przez zamawiającego na skutek istotnych braków w dokumentacji, w tym w jednym przypadku na skutek braku zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą.

Wszystkie badane sprawy dotyczące wypłaconych roszczeń w ramach solidarnej zapłaty zawierały zgody zamawiającego na podpisanie umowy przez Wykonawcę z Podwykonawcą.

Ponadto analiza próby 30 odrzuconych roszczeń wykazała, że w aktach 22 spraw (73,3%) istniały zgody Oddziału na zawarcie umowy z podwykonawcami. Spośród tych roszczeń 8 wniosków dotyczyło usługodawców i dostawców; w 3 przypadkach wykonawcy udowodnili zapłatę podwykonawcy roszczenia; w 4 przypadkach roszczenia dotyczyły kaucji gwarancyjnych lub kar umownych, a w 7 przypadkach brak w dokumentacji PŚP.

8 wniosków stanowiących 26,7% próby zostało odrzuconych, na skutek braku zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą.

(Dowód akta kontroli str. 308-309, 329-333, 521-538)

20.

Po uchwaleniu przepisów ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych Oddział otrzymał w dniu 12 listopada 2013 r. *Wzorcowe Szczególne Warunki Kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj”*. Warunki te określały między innymi wzór umowy z warunkami mającymi zabezpieczyć interes Skarbu Państwa w kontekście przepisów art. 647¹ § 5 k.c. oraz art.143a-143d ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do Subklauzuli 1.1.2.8 – *Podwykonawca* dodano Subklauzulę 1.1.2.8(a) – *Dostawca* – odnoszącą się do podmiotu, który zawarł z Wykonawcą umowę na dostawę materiałów lub urządzeń na potrzeby wykonania Robót, oraz Subklauzulę 1.1.2.8(b) – *Usługodawca* – odnoszącą się do

¹² Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1764) i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) NIK wyłączyła jawność informacji w zakresie ujawnienia nazw przedsiębiorców. Wyłączenia tego dokonano w interesie przedsiębiorców.

podmiotu dostarczającego wykonawcy do używania sprzęt, urządzenia lub wykonującego roboty tymczasowe.

Zmieniono dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 4.4-*Podwykonawcy* na Subklauzula 4.4- *Podwykonawcy, Dostawcy, i Usługodawcy*. Zmieniono również jej treść, między innymi, w odniesieniu do procedury skutecznego zawierania umów i zmian umów pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami; umów z dalszymi podwykonawcami w rozumieniu art. 647¹ § 3 k.c.; procedur wypłacania podwykonawcom należnych kwot według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c. do wymogów art. 147a-147c ustawy Prawo zamówień publicznych.

(Dowód akta kontroli str. 204-221)

W oparciu o powyżej opisany wzór sporządzono 3 kontrakty – nr 2811/6/2014 z dnia 9 kwietnia 2014 r. S-19 węzeł Świlcza – węzeł Rzeszów Płd., nr 2811/14/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r. – S-19 odcinek Sokołów Małop.-Stobierna oraz nr 2811/27/2014 – Rzeszów Wsch.-Jarosław.

W powyższych umowach znalazły się obligatoryjne zapisy zawierające nowe wskazania co do sposobu zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w kontekście obowiązków wynikających z przepisów art. 647¹ § 5 k.c. i wymogów określonych w art. 143a-143d Prawa zamówień publicznych określone w SWK z dnia 12 listopada 2013 r.

(Dowód akta kontroli str.3, 243,310-326)

Zastępca Dyrektora Oddziału wyjaśnił: *...Na podstawie doświadczeń w realizacji zadań z zakresu perspektywy 2007-2013 w ramach Programu Budowy Dróg Krajowych, a co za tym idzie Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko jak i wyniku wspólnej inicjatywy GDDKiA oraz środowiska inżynierów i wykonawców, w grudniu 2012 r. podjęte zostały działania w zakresie wspólnego wypracowania wzorcowych dokumentów kontraktowych, w tym wzorcowych Szczególnych Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj”. Pierwsza wersja wzorca została zamieszczona na stronie internetowej GDDKiA w listopadzie 2013 r. Opracowanie wzorca SWK jest procesem ciągłym, a rozmowy nad kolejnymi aktualizacjami wzorcowych Warunków Kontraktu trwają. Zgodnie z ogólnie przyjętą w GDDKiA inicjatywą dotyczącą wszystkich wzorcowych dokumentów, również w zakresie wzorcowej umowy na roboty budowlane, zainteresowane podmioty mogą w każdym momencie zgłaszać uwagi do jej treści. Natomiast zakres zmian dokonywanych w kolejnych aktualizacjach SWK determinowany jest zasadnością podnoszonych uwag, trafnością przedkładanych sugestii, ale przede wszystkim bogatym bagażem doświadczeń z kolejnych zrealizowanych kontraktów drogowych.*

...Wzór umowy dla realizacji inwestycji został przekazany do Oddziału pismem z dnia 12 listopada 2013 r. natomiast na nadzór projekty umów do stosowania przekazane zostały do Oddziału drogą elektroniczną.

...Przedmiotowy wzorzec w okresie 12.11.2013 r do 05.09.2016 r. podlegał 10 aktualizacjom, które przekazywane były do Oddziałów GDDKiA pismami.

...Do wprowadzanych zmian do wzorca umowy Oddział wyrażał swoje stanowisko lub proponował brzmienie tych zmian.

Nadmienić należy, iż na nadzór i realizację postanowienia umowy były akceptowane przez Centralę i przekazane do Oddziału wraz z powierzeniem wszczęcia postępowania lub przed wysłaniem zaproszeń do drugiego etapu postępowania (w przypadku przetargów ograniczonych).

(Dowód akta kontroli str. 188-189)

21.

W przypadku roszczeń o zapłatę należnego wynagrodzenia za wykonane roboty na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w ramach solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i Wykonawcy, zakres obowiązków oraz przebieg postępowania regulowała procedura zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, wprowadzona Zarządzeniem nr 12 Dyrektora Oddziału w Rzeszowie z dnia 1 lipca 2011 r w sprawie wprowadzenia Instrukcji sporządzania, kontroli i obiegu dokumentów.

(Dowód akta kontroli str. 791-794)

Badanie próby 30 odrzuconych roszczeń podwykonawców o solidarną zapłatę, na łączną kwotę 25 703,9 tys. zł wykazało, że wszystkie wnioski były poddane badaniu i opiniowaniu przez Kierownika Projektu (pracownika Oddziału) w oparciu o materiały przygotowane przez Inżyniera Kontraktu według ustalonego trybu, zgodnie z art. 647¹ k.c.

Przyczyny odrzucenia roszczeń to;

- | | |
|--|-------------|
| 1. braki w dokumentacji | 7 czyli 23% |
| 2. brak umowy z Wykonawcą | 2 czyli 7% |
| 3. usługi i dostawa materiałów | 8 czyli 27% |
| 4. brak zgody Zamawiającego | 6 czyli 20% |
| 5. zapłata roszczenia przez Wykonawcę -
wniosek składany po raz drugi | 3 czyli 10% |
| 6. żądanie dotyczące kar umownych lub kaucji
gwarancyjnej | 4 czyli 13% |

(Dowód akta kontroli str. 308-309, 517-520, 565-594, 565-595)

22.

Do 7 z 18 badanych kontraktów podwykonawcy nie składali roszczeń z tytułu solidarnej zapłaty zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. W sześciu kontraktach cena ustalona w przetargu była wyższa od wartości kosztorysowej od 104,6 do 134,3% - średnio 119,6%. W pozostałych 13 przetargach ustalono ceny niższe od wartości kosztorysowej od 50,3 do 88,3% - średnio 73,9%.

Największe ilości roszczeń 240, 189, 148, dotyczyły kontraktów, w których cena z przetargu stanowiła odpowiednio 86,2%, 118,1% oraz 74,4% wartości kosztorysowej.

Ilość roszczeń 4 podwykonawców inwestycji, których wykonawcy ogłosili upadłość lub z którymi zerwano umowę z ich winy, wyniosła łącznie 509 na kwotę 526 828,5 tys. zł, w tym:

1. A-4 Tarnów-Dębica 189 roszczeń - 241 888,4 tys. zł;

2. A-4 Rzeszów Zach.-Rzeszów Centr. 80 roszczeń – 68 404,4 tys. zł;
3. A-4 Rzeszów-Jarosław 240 roszczeń - 216 535,7 tys. zł.

(Dowód akta kontroli str. 259)

Dyrektor Generalny GDDKiA polecił przeprowadzenie planowej kontroli wewnętrznej w dniach od 15 lutego do 22 kwietnia 2016 r. pn.: „*Realizacja wniosków o spłatę niezaspokojonych roszczeń podwykonawców (w zakresie realizacji ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych z uwzględnieniem przypadków realizacji należności podwykonawcom nieobjętych ustawą)*”. Do dnia zakończenia niniejszej kontroli przedmiotowa kontrola nie zakończyła się. Oddział nie posiada żadnego dokumentu zawierającego ustalenia z przedmiotowej kontroli.

(Dowód akta kontroli str. 237-329)

Ustalone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości

Uwagi-dotyczące badanej
działalności

Oddział nie zawierał w umowach na roboty budowlane postanowień zobowiązujących Inżyniera Kontraktu do monitorowania regulowania płatności przez wykonawców na rzecz podwykonawców, co lepiej zabezpieczałoby interesy Skarbu Państwa, gdyż takich postanowień nie zawierały opracowane przez GDDKiA *Standardowe dokumenty przetargowe dla robót budowlanych*, przekazane Oddziałom do stosowania.

Ocena cząstkowa

Najwyższa Izba Kontroli ocenia pozytywnie działalność kontrolowanej jednostki w zbadanym zakresie. Oddział na bieżąco uczestniczył w aktualizacji i stosowaniu wzorów Szczególnych Warunków Kontraktów pod kątem właściwego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa i podwykonawców w zawieranych kontraktach. Terminowo i rzetelnie rozpatrywano roszczenia o solidarną zapłatę roszczeń w oparciu o art. 647¹ § 5 k.c. Oddział osiągnął wysoki stopień odzyskania 99,31% wypłaconych roszczeń.

Prawidłowość uznania przez GDDKiA zasadności zgłoszonych roszczeń.

Opis stanu
faktycznego

Po wejściu w życie Specustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. Dyrektor Oddziału w dniu 31 sierpnia 2012 r. Zarządzeniem Nr 44 utworzył „Zespół d/s rozliczania niezaspokojonych należności przedsiębiorców”, podlegający Wydziałowi Realizacji Projektów (POLiŚ). Powołany Kierownik Zespołu posiadał zakres obowiązków i odpowiedzialności. Do czasu wejścia w życie Specustawy, spornymi sprawami pomiędzy wykonawcami i podwykonawcami dotyczącymi

zapłaty za wykonane roboty budowlane w Oddziale zajmowali się Kierownicy Projektów.

Procedury zgłaszania i rozpatrywania wniosków w zakresie realizacji Specustawy, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych były opracowane przez Centralę GDDKiA i przekazane do stosowania przez Oddziały. Ocena zgłoszeń odbywała się w oparciu o sporządzony przez Oddział, na potrzeby weryfikacji wniosków, formularz „listy sprawdzającej” obejmującej elementy zawarte w przepisach Specustawy. Dla zapewnienia sprawnej i terminowej oceny wniosków Oddział zorganizował akcyjnie doraźny zespół pracowników wspierających Zespół d/s rozliczania niezaspokojonych należności przedsiębiorców.

(Dowód akta kontroli str. 359-364, 369, 419-422, 370-372, 373-376)

Oddział stosował przepisy Specustawy od dnia 3 sierpnia 2012 r. w 8 kontraktach realizowanych w okresie objętym kontrolą.

W latach 2011–2016 I półrocze Oddział realizował 8 kontraktów o łącznej wartości 5 823 408 493,03 zł. Łączna wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na tych kontraktach wynosiła 272 213 892 zł. Zabezpieczenia te stanowiły od 1,5% do 5 % wartości badanych kontraktów.

Realizowane kontrakty objęte Specustawą to:

1. Budowa autostrady A 4 Tarnów-Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia. Wykonawca [...] ¹³. Kontrakt podpisany w dniu 7 lipca 2010 r.
Sąd ogłosił upadłość Lidera konsorcjum [...] ¹⁴ w dniu 11 czerwca 2012 r., a Partnerów konsorcjum: [...] ¹⁵ w dniu 13 czerwca 2012 r., [...] ¹⁶ w dniu 27 lipca 2012 r.
2. Budowa autostrady A 4 na odcinku Rzeszów Zachód - Rzeszów Centralny oraz drogi ekspresowej S-19, odcinek Rzeszów Zachód- węzeł Świlcza. Wykonawca to Konsorcjum 3 firm: [...] ¹⁷. Kontrakt podpisano w dniu 22 kwietnia 2010 r. Sąd ogłosił upadłość Lidera konsorcjum [...] ¹⁸ w dniu 22 sierpnia 2012 r.,
3. Przebudowa drogi krajowej nr 9, Radom- Barwinek: Część 1- Domaradz-Jasienica Rosielna. Wykonawca [...] ¹⁹ Kontrakt podpisany w dniu 4 listopada 2009 r. Sąd ogłosił upadłość wykonawcy w dniu 23 grudnia 2011 r.
4. Przebudowa drogi krajowej nr 9, Radom- Barwinek: Część 2 Jasienica Rosielna – Iskrzynia. Wykonawca [...] ²⁰ Kontrakt podpisany w dniu 4 listopada 2009 r. Sąd ogłosił upadłość wykonawcy w dniu 23 grudnia 2011 r.
5. Budowa Obwodnicy Ropczyc w ciągu drogi krajowej nr 4 (E 40) Jędrzychowice - Korczowa. Wykonawca Konsorcjum lider [...] ²¹ Kontrakt

¹³ Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1764) i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) NIK wyłączyła jawność informacji w zakresie ujawnienia nazwy przedsiębiorcy. Wyłączenia tego dokonano w interesie przedsiębiorcy.

¹⁴ J.w.

¹⁵ J.w.

¹⁶ J.w.

¹⁷ J.w.

¹⁸ J.w.

¹⁹ J.w.

²⁰ J.w.

²¹ J.w.

- podpisany w dniu 30 maja 2008 r. Sąd ogłosił upadłość wykonawcy w dniu 23 grudnia 2011 r.
- 6 Budowa Obwodnicy Jarosławia w ciągu drogi krajowej nr 4 Jędrzychowice – Korczowa. Wykonawca Konsorcjum lider [...] ²² Kontrakt podpisany w dniu 8 lutego 2010 r.
 - 7 Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów –Korczowa na odc. Radymno (bez węzła) – Korczowa długości ok. 22 km. Wykonawca [...] ²³. Kontrakt podpisany w dniu 4 listopada 2011 r.
 - 8 Budowa autostrady A-4, na odcinku Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód)-Jarosław (węzeł Wierzbna). Wykonawca Konsorcjum [...] ²⁴ Kontrakt podpisany w dniu 23 września 2010 r., a rozwiązany przez GDDKiA w dniu 14 stycznia 2014 r.

(Dowód akta kontroli str. 377, 378-383)

Przedsiębiorcy w okresie od 4 lipca 2012 do 22 lutego 2016 r. zgłosili 518 wniosków o wypłatę należności nieuregulowanych przez wykonawców robót budowlanych na łączną kwotę 322 818 551 zł. GDDKiA wypłaciła z Krajowego Funduszu Drogowego należności 308 wnioskodawcom co stanowi 59 % liczby zgłoszonych wniosków. Łączna kwota wypłaconych należności wyniosła 111 042 637,45 zł, co stanowiło 34,4 % wartości zgłoszonych roszczeń, z czego do dnia 30 czerwca 2016 r. odzyskano od wykonawców kwotę 17 814 779 zł , stanowiącą 16 % wypłaconych roszczeń.

(Dowód akta kontroli str. 384-405, 450)

23.

Oddział kwalifikował wnioskodawców do spłaty w ramach Specustawy pod względem przedmiotowym na podstawie załączonej do wniosku umowy z wykonawcą, w której określano rodzaj i zakres działania przedsiębiorcy na kontrakcie, oraz kopii faktur wystawionych wykonawcom. Pod względem podmiotowym kwalifikowano przedsiębiorców na podstawie załączanych do wniosków informacji z Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) lub wypisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (CEIDGRP), a także zaświadczeń ZUS i dokumentów PIT.

W próbie 30 roszczeń, o najwyższej wartości dotyczących 8 kontraktów, 10 wnioskodawców spełniało warunki przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁵, 20 spełniało warunki usługodawcy w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²⁶. Przedsiębiorcy przedstawiali 10 informacji z KRS, a usługodawcy 20 wypisów z CEIDGRP. Wszyscy wnioskodawcy załączyli do wniosków zaświadczenia z ZUS oraz dokumenty PIT oraz mieli zawarte umowy z wykonawcą, który uzyskał zamówienie publiczne od GDDKiA. Żaden z przedsiębiorców nie realizował robót budowlanych jako podwykonawca, natomiast umowy dotyczyły świadczenia usług (geodezyjnych, sprzętowych, transportowych) lub dostaw materiałów. Dokumenty te były podstawą do

²² J.W.

²³ J.W.

²⁴ J.W.

²⁵ Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.

²⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 893

zakwalifikowania przez Oddział wnioskowanych roszczeń do spłaty w ramach Specustawy.

(Dowód akta kontroli str.406-407,408-413,414-418)

24.

Po wejścia w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 czerwca 2013 r. K 37/12, zmieniającego podmiotowy zakres zastosowania Specustawy nie zwiększyła się liczba zgłoszeń składanych przez przedsiębiorców. Po tej dacie wpłynęły 92 zgłoszenia co stanowi 17 % z 518 zgłoszeń.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że: *Liczba zgłoszeń składanych przez Przedsiębiorców nie zwiększyła się po wejściu w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 37/12 z dnia 18 czerwca 2013 r. (wyrok wszedł w życie 9 lipca 2013 r). W oparciu o przepisy ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z udzielonych zamówień publicznych do Oddziału w Rzeszowie wpłynęło łącznie 518 zgłoszeń przedsiębiorców. Znaczna większość z tych zgłoszeń wpłynęła do Oddziału przed dniem wejścia w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Po dacie wejścia w życie przedmiotowego wyroku do Oddziału wpłynęło 92 zgłoszenia Przedsiębiorców.*

(Dowód akta kontroli str. 188-192, 384-405)

25.

Spośród 8 realizowanych kontraktów, w 5 umowach zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustalono w wysokości 5%, a w pozostałych 3 przypadkach odpowiednio po 1,5%, 2% i 3%.

Sposób ustalenia wysokości wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyjaśnił Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji podając, że: *GDDKiA żąda zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dalej ZNWU) we wszystkich przetargach, których przedmiotem są roboty budowlane lub nadzory nad realizacją tych robót, dla największych inwestycji w szczególności realizowanych w ramach PBDK. Kwestia wysokości ZNWU jakiej może żądać GDDKiA wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. zgodnie z którymi Zamawiający może żądać wniesienia ZNWU w wysokości od 2 do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Regulacja ta w ocenie GDDKiA nie wymaga opracowania szczegółowych „zasad” czy „procedur”. Niemniej jednak Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w 2008 r. mając na celu zwiększenie konkurencyjności w ogłaszanych postępowaniach przetargowych na roboty budowlane w piśmie adresowanym do Dyrektorów Oddziałów GDDKiA z dnia 9 października 2008r. sygn. GDDKiA-DRI.I-MW-076-XVII-KMK/40/08 zlecił określenie we wszystkich postępowaniach zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 5%. W przeważającej większości postępowań przetargowych na roboty budowlane, dla których umowy zostały podpisane w latach 2009-2012 wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy była określana na poziomie 5%, choć były również przypadki, w których zabezpieczenie wynosiło 10%, np. w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, które były następstwem odstąpienia przez GDDKiA od umowy pierwotnej.*

(Dowód akta kontroli str.188-192)

26.

Łączna kwota wypłaconych roszczeń z Krajowego Funduszu Drogowego, na 8 kontraktach wyniosła 111 042 637,45 zł co stanowiło 40% wartości łącznej kwoty 272 213 892,19 zł, stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umów tych kontraktów.

Ustalono, że w 3 przypadkach, kwoty należności wypłaconych przedsiębiorcom przekroczyły kwoty zabezpieczenia gwarancji należytego wykonania:

- Budowa autostrady A-4 Tarnów-Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia. Gwarancja - 87 520 437,50 zł, należności wypłacone - 97 455 643,89 zł, o 11,3% więcej od kwoty gwarancji
- Budowa autostrady A 4 odcinek węzeł Rzeszów Zachód-węzeł Centralny oraz drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Rzeszów Zachód- węzeł Świlcza. Gwarancja - 22 086 074,70 zł, należności wypłacone – 25 526 249,62 zł, o 15,6% więcej od kwoty gwarancji
- Budowa Obwodnicy Ropczyc w ciągu drogi krajowej nr 4 (E 40) Jędrzychowice- Korczowa. Gwarancja – 5 012 993,71 zł, należności wypłacone – 5 457 122,94 zł. o 8,9% więcej od kwoty gwarancji

Oddział cotygodniowo składał raport Centrali GDDKiA w formie monitoringu

Specustawy, stanowiący o zaawansowaniu procedury zgłoszeń i wypłat roszczeń przedsiębiorcom.

(Dowód akta kontroli str.384-405,377,441-450, 452-501)

27.

Oddział nie wykorzystywał do finansowania roszczeń przedsiębiorców w ramach Specustawy środków stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania umowy w trakcie realizacji kontraktów. W przypadku gdy kwota środków zabezpieczenia dobrego wykonania umowy była mniejsza od sumy roszczeń przedsiębiorców na tym kontrakcie, wartość tych środków służyła jedynie do ustalenia proporcji obliczenia należności uznanym wnioskodawcom, a płatności realizowano ze środków Krajowego Funduszu Drogowego. Z kwot gwarancji zabezpieczenia dobrego wykonania umowy odzyskiwano środki wypłacane na podstawie Specustawy.

W 3 przypadkach z 8 realizowanych kontraktów, kwota roszczeń przedsiębiorców była wyższa od kwoty zabezpieczenia dobrego wykonania i wystąpiła konieczność obliczenia proporcji do ustalenia należności przedsiębiorców.

W tym celu stosowano algorytm polegający na podzieleniu kwoty gwarancji ustalonej w kontrakcie, przez sumę wartości zgłoszeń umieszczonych na liście przedsiębiorców zatrudnianych przez wykonawców na tym kontrakcie, pomnożone przez 100% .

W przypadku kontraktów, na których doszło do odstąpienia od umowy tj. „Budowa autostrady A-4, Tarnów Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia ”, oraz odcinka A-4 Rzeszów Zachód – Rzeszów Centralny i odc. S-19 Rzeszów Zachód – Świlcza” oraz „odcinka A-4 Rzeszów – Jarosław”, należności wypłacone przedsiębiorcom

i podwykonawcom zostały odzyskane wskutek dokonania korekty rozliczenia gwarancji tych wykonawców.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że: *...Oddział sprawdzał stan zaspokojenia roszczeń przedsiębiorców, ale było to związane z monitorowaniem wpływających zgłoszeń niezaspokojonych należności oraz dokonywanymi spłatami w oparciu o przepisy ustawy i pozostawało bez związku z faktem posiadania lub zwrotu zabezpieczenia.*

(Dowód akta kontroli str. 353, 375, 377, 789-876)

28.

Spłacane zobowiązania zgodnie z art. 3. Specustawy dotyczyły zamówień publicznych, których przedmiotem były roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane w zakresie budowy dróg, które zostały rozpoczęte przed dniem wejścia w życie tej ustawy.

Do dnia zakończenia kontroli, Oddział zwrócił 2 z 8 poddanym kontroli wykonawcom, kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że : *W odniesieniu do 8 kontraktów, w których stosowano przepisy Specustawy były dwa przypadki zwrotu wykonawcy gwarancji należytego wykonania kontraktu:*

- a) *w odniesieniu do kontraktu „Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4, Rzeszów – Korczowa na odcinku Radymno (bez węzła) – Korczowa długości ok. 22 km”, Zamawiający zwrócił Wykonawcy 70% Gwarancji należytego wykonania. W dniu 31 marca 2016 roku został zwrócony oryginał Gwarancji Nr DDF/3342/2009 wraz z Aneksami przedłużającymi jej ważność na kwotę w wysokości 28.994.129,32 zł. Zwrot gwarancji w 2016 r. nie miał wpływu na dokonanie w dniu 25.03.2013 r., w dniu 11.09.2014 r. oraz w dniu 20.11.2015 r. ogłoszeń o otwarciu 21-dniowego terminu na składanie zgłoszeń przedsiębiorców.*
- b) *w odniesieniu do kontraktu „Budowa obwodnicy Jarosławia w ciągu drogi krajowej Nr 4 Jędrzychowice – Korczowa”, Zamawiający zwrócił Wykonawcy w dniu 16.05.2013 r. Gwarancję Należytego Wykonania Umowy w kwocie 18.577.907,55 zł. Zwrot gwarancji nie miał wpływu na dokonanie w dniu 05.03.2013 r. ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu na składanie zgłoszeń przedsiębiorców. Równocześnie informuję, że Wykonawca przedłożył oddzielne Gwarancje Usunięcia Wad i Usterek na wymaganą umową kwotę, które wystawiono w dniu 04.02.2010 r. z okresem obowiązywania do 22.04.2017 r.*

(Dowód akta kontroli str. 505-506, 773-782)

29.

Przy zgłaszaniu roszczeń przedsiębiorcy spełniali przesłanki określone w art. 5 ust.1 Specustawy. W próbie badanych 30 zgłoszeń, dołączone były

dokumenty świadczące o zaleganiu przez wykonawcę z zapłatą za zrealizowane usługi lub dostawy więcej niż 30 dni.

W 5 (16,7%) przypadkach załączono do zgłoszeń dowody upadłości wykonawców głównych.

(Dowód akta kontroli str. 408-413, 414-418)

30.

W próbie 30 badanych zgłoszeń były dołączone przez przedsiębiorców dokumenty, o których mowa w art. 5 ust. 2 Specustawy:

- w 30 przypadkach załączono umowy zawarte między wykonawcą, a przedsiębiorcą;
- oraz 30 oświadczeń, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego, oraz że nie są one objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone. Dokumenty te były opatrzone klauzulą: *”Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie nieprawdziwego oświadczenia”*.

Ponadto do powyższych dokumentów dołączano:

- w 28 przypadkach wezwania do zapłaty należności, doręczonych wykonawcy, których termin upłynął bezskutecznie;
- w 17 przypadkach pozwy wniesione przeciwko wykonawcy o zapłatę należności;
- a w 10 zgłoszeniach dołączono pisemne oświadczenia wykonawcy o uznaniu należności przedsiębiorcy.

(Dowód akta kontroli str. 414-418)

31.

Dyrektor Oddziału po dokonaniu weryfikacji zgłoszeń opublikował w dziennikach o zasięgu ogólnokrajowym (Dziennik Gazeta Prawna, Rzeczpospolita) 11 ogłoszeń, dotyczących realizacji 8 kontrolowanych kontraktów, o otwarciu 21 dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń niezaspokojonych należności przedsiębiorców. Pierwsze ogłoszenie opublikowano w dniu 29 sierpnia 2012 r. Z uwagi na dużą ilość zgłoszeń dotyczących kontraktów „Zaprojektowanie i wykonanie autostrady A-4 Rzeszów – Korczowa na odc. Radymno”, oraz „Budowa autostrady A-4, odc. Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) - Jarosław (węzeł Wierzbna)”, ogłoszenia były publikowane trzykrotnie.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że: *...Wobec faktu, że wartość zgłoszeń umieszczonych na przedmiotowej liście sporządzonej po ukazaniu się pierwszych ogłoszeń dotyczących obu ww. kontraktów była niższa od kwoty zabezpieczenia, a przedsiębiorcy nadal zwracali się do GDDKiA o dokonanie spłaty niezaspokojonych należności, należało dokonać kolejnych ogłoszeń.*

Wartości zgłoszeń umieszczonych na listach sporządzonych w wyniku trzykrotnej publikacji ogłoszeń nadal nie przekroczyła wartości zabezpieczeń, o których mowa w art. 147 PZP.

I tak wartość zgłoszeń umieszczonych na liście dotyczącej kontraktu:

- „Zaprojektowanie i wykonanie A-4 Rzeszów – Korczowa na odc. Radymno – Korczowa” wynosiła 13.957.432,88 zł i 54.229,56 euro, natomiast wartość zabezpieczenia wynosiła 41.420.184,74 zł,
- „Budowa autostrady A-4 , odc. Rzeszów (węzeł Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna)”, wynosiła 1.259.624,92 zł, natomiast wartość zabezpieczenia wynosiła 109.796.204,38 zł.

(Dowód akta kontroli str. 451, 354)

32.

W wyniku wszystkich ogłoszeń w prasie, po upływie 21 dniowego terminu na dokonanie zgłoszeń, Dyrektor Oddziału sporządził 14 list przedsiębiorców uprawnionych do otrzymania należności dotyczących omawianych kontraktów, w tym w 4 przypadkach listy zostały sporządzane dwukrotnie, a w jednym trzykrotnie.

Oddział monitował wnioskodawców o konieczności uzupełnienia złożonych wniosków o brakujące dokumenty oraz zawiadamiał wnioskodawców o umieszczeniu ich wniosków na liście przedsiębiorców.

(Dowód akta kontroli str. 452-501)

33.

W 3 z 8 (37%) realizowanych kontraktów, suma kwoty należności wynikająca z zgłoszeń, wynosiła 150 014 165,79 zł i była większa od pierwotnej tj. wartości gwarancji należytego wykonania na dzień jej wniesienia wynoszącej 118 337 911,05 zł. W związku z powyższym zachodziła konieczność ustalenia proporcji, w jakim stopniu należności mogły być zaspokajane, stosownie do zapisów art. 5 ust. 4 Specustawy.

W przypadku kontraktu - Budowa autostrady A-4 na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia, wartość pierwotnej gwarancji należytego wykonania wynosiła 87 520 437,50 zł ,a suma zgłoszeń wyniosła 118 826 911,39 zł.

Ustalenie proporcji: kwota gwarancji 87 520 437,50 zł, podzielona przez sumę zgłoszeń umieszczonych na liście 118 826 911,39 zł, pomnożona przez 100% daje wynik 73,6537%.

W kontrakcie Budowa autostrady A-4 na odcinku węzeł Rzeszów Zachód- węzeł Centralny oraz drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Rzeszów Zachód- węzeł Świlcza, wartość pierwotnej gwarancji należytego wykonania wynosiła 22 086 074,70 zł, a suma zgłoszeń 25 804 479,84 zł.

Ustalenie proporcji: 22 086 074,70 zł: 25 804 479,84 zł x 100% = 85,5900%.

W kontrakcie Budowa Obwodnicy Ropczyc w ciągu drogi krajowej nr 4 (E 40) Jędrzychowice – Korczowa, wartość pierwotnej gwarancji należytego wykonania wynosiła 5 012 993,71 zł, a suma zgłoszeń umieszczonych na liście 5 382 774,56 zł.

Ustalenie proporcji: 5 012 993,71 zł : 5 382 774,56 zł x 100% = 93,1302 %.
W wyniku korekt przeprowadzonych weryfikacji ustalono ostateczną proporcję zaspokajania roszczeń na poziomie odpowiednio: 89,44494858249%, 86,52299115141 % i 93,130292828017%.
Współczynnik redukcji był ustalony przez Oddział po zakończeniu weryfikacji zgłoszeń, natomiast w przypadku upadłości wykonawców kwota zgłoszeń była ustalana przez Sąd i te kwoty podlegały obniżeniu o współczynnik redukcji.

Wszystkie roszczenia zgłoszone i przyjęte dotyczące tych kontraktów były przeliczane wg obliczonej ostatecznie proporcji i w takiej kwocie wypłacane.

(Dowód akta kontroli str. 375-377)

34.

W próbie 30 badanych roszczeń, w 19 przypadkach wystąpiły wypłaty zaliczek na poczet należności przedsiębiorcom umieszczonym na liście, a w 11 przypadkach, roszczenia wypłacono bez zaliczek.

Wypłaty zaliczek dokonano w 4 przypadkach na podstawie nieprawomocnego nakazu wypłaty należności, w 4 przypadkach na podstawie nieprawomocnego wyroku Sądu i w 13 przypadkach na podstawie spisu wierzycieli, gdzie w 2 przypadkach doręczono po dwa z wymienionych dokumentów. (w 1 przypadku nieprawomocny wyrok sądowy oraz spis wierzycieli, a w drugi nieprawomocny nakaz zapłaty oraz spis wierzycieli).

Do wszystkich zgłoszonych roszczeń dołączone były oświadczenia przedsiębiorców, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego, oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone. W tych oświadczeniach przedsiębiorcy zawierali klauzule o świadomości odpowiedzialności karnej za złożenie nieprawdziwego oświadczenia.

(Dowód akta kontroli str. 414-415)

35,1.

Kwoty roszczeń wypłacane przedsiębiorcom były wyliczane na podstawie kwot zgłoszenia umieszczonych na liście z uwzględnieniem ewentualnej proporcji, oraz kwot zatwierdzonych sądownie na podstawie list wierzytelności i informacji sądu o braku sprzeciwu do wierzytelności.

Na 30 badanych wypłat należności przedsiębiorcom, w 3 przypadkach wypłacono roszczenia w kwocie zgodnej z kwotą zgłoszenia, w 17 przypadkach dotyczących kontraktu realizowanego przez [...] ²⁷, zredukowano roszczenia do 89,44% zgłoszonej kwoty, w 6 przypadkach przedsiębiorcy zatrudniani przez Firmę [...] ²⁸, zgłoszone kwoty mieli zredukowane do 85,59%, w 1 przypadku dotyczącym kontraktu Budowa

²⁷ Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1764) i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) NIK wyłączyła jawność informacji w zakresie ujawnienia nazwy przedsiębiorcy. Wyłączenia tego dokonano w interesie przedsiębiorcy.

²⁸ J.w.

Obwodnicy Ropczyc, realizowanym przez [...] ²⁹ zredukowano zgłoszone należności do poziomu 93,13%, a w 3 przypadkach kwota wypłaty ustalona była w postępowaniu sądowym.

(Dowód akta kontroli str. 414-418, 450, 719)

35,2.

Ustalono w badanej próbie 30 roszczeń, kwoty do wypłaty wyliczone były na podstawie załączonych 30 faktur, 16 wezwań do zapłaty, 17 pozwów sądowych, 22 zgłoszeń wierzytelności, 10 ugody uznania długu oraz 26 wezwań do zapłaty.

Wartości usług ustalone w umowach zawartych pomiędzy Wykonawcą a przedsiębiorcami na usługi sprzętowe, usługi geodezyjne, badania laboratoryjne czy dostawy materiałów były określane jako ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe. Faktury wystawiane przez przedsiębiorców i przyjmowane przez wykonawców, zgodnie z zawartą umową, obejmowały kwoty wyliczone na podstawie zrealizowanych jednostek pomnożonych przez ustaloną cenę jednostkową. Kwoty wypłacanych przedsiębiorcom roszczeń, objętych kontrolą, nie przekraczały wartości ujętych w kontraktach zawartych pomiędzy Oddziałem a Wykonawcami.

(Dowód akta kontroli str. 414-415,)

36.

Oddział wypłacał przedsiębiorcom należności po złożeniu kompletu dokumentów wymaganych przez przepisy Specustawy i sprawdzeniu przez Kierownika Zespołu ds. rozliczania niezaspokojonych należności przedsiębiorców.

W badanych 30 roszczeniach przedsiębiorcy do uzyskania wypłaty należności złożyli dokumenty stanowiące: 6 wyroków sądowych, 6 dokumentów ugody sądowej, 4 prawomocne nakazy zapłaty, 15 list wierzycieli. W 1 przypadku złożono zarówno wyrok jak również listę wierzytelności.

Kwoty uznanych roszczeń były wypłacane przedsiębiorcom w terminie od 66 dni do 623 dni od daty zgłoszenia, w tym w 4 przypadkach terminy te przekraczały 1 rok.

Przyczyny zwłoki w terminach wypłat wyjaśnił Kierownik Zespołu ds. rozliczania niezaspokojonych należności przedsiębiorców, podając:

Składając zgłoszenie niezaspokojonej należności do GDDKiA przedsiębiorca zobowiązany był do załączenia m.in. kopii pozwu wniesionego przeciwko wykonawcy lub zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym wykonawcy. Z reguły, dokumenty te składane były do sądów na krótko przed zgłoszeniem niezaspokojonej należności do GDDKiA.

W tym miejscu wskazać należy na treść art. 7 „specustawy”, zgodnie z którym przedsiębiorcom umieszczonym na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 jest wypłacana należność lub kwota ustalona zgodnie z art. 5 ust. 4, pomniejszona o kwotę zaliczki po doręczeniu przez nich:

1) prawomocnego orzeczenia sądu, albo

²⁹ J.w.

- 2) ugody zawartej przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą i wykonawcą, opatrzonej klauzulą wykonalności, albo
- 3) listy wierzytelności pod warunkiem nie złożenia w stosunku do danej wierzytelności sprzeciwu, o którym mowa w art. 256 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze lub zatwierdzonej przez sędziego-komisarza listy wierzytelności - obejmujących należność.

Ponadto, do wskazanych dokumentów należy dołączyć oświadczenia, o których mowa w art. 8 oraz w art. 7 ust. 3 „specustawy”.

Wobec powyższego, GDDKiA może dokonać spłaty należności dopiero wówczas, gdy przedsiębiorca doręczy jeden ze wskazanych wyżej dokumentów obejmujący należność oraz oświadczenie.

Z uwagi na długi czas trwania postępowań sądowych (w tym również postępowań upadłościowych), przedsiębiorcy doręczali wskazane wyżej dokumenty upoważniające GDDKiA do dokonania spłaty należności, długo po dacie dokonania zgłoszenia niezaspokojonej należności.

I tak, na przykład, do jednego ze zgłoszeń złożonego do GDDKiA w dniu 27.08.2012 r. dołączono zgłoszenie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym wykonawcy. W dniu 12.05.2013 r. przedsiębiorca złożył sprzeciw do listy wierzytelności. W oparciu o art. 260 Prawa upadłościowego i naprawczego „Po uprawomocnieniu się postanowienia sędziego-komisarza w sprawie sprzeciwu, a w razie jego zaskarżenia, po uprawomocnieniu się postanowienia sądu, sędzia-komisarz dokonuje zmian na liście wierzytelności na podstawie tych postanowień oraz zatwierdza listę wierzytelności. Prawomocne postanowienie w tym względzie zostało doręczone do GDDKiA w dniu 31.03.2014 r., a następnie w dniu 02.04.2014 r. przedsiębiorca doręczył wymagane przez „specustawę” oświadczenia. Stąd też, spłata niezaspokojonej należności zgłoszonej Generalnemu Dyrektorowi w 2012 roku została dokonana dopiero w roku 2014.

(Dowód akta kontroli str. 414-415, 507-508)

37.

W próbie 30 badanych zgłoszeń, 26 (86,7%) dotyczyło upadłych wykonawców.

Do zgłoszeń było załączonych 15 informacji sądowych zawierających odpis wyciągu z listy wierzytelności oraz informacje o braku sprzeciwu co do tej wierzytelności, 4 prawomocne nakazy zapłaty, 7 ugód sądowych.

W dokumentach tych były wyszczególnione kwoty wierzytelności uznanych przez syndyka lub nadzorcy sądowego lub sędziego i na tej podstawie były uznane do zapłaty przez Oddział.

(Dowód akta kontroli str. 414-418)

38.

Po dokonaniu weryfikacji zgłoszeń przedsiębiorców i sporządzeniu listy przedsiębiorców zgłaszających roszczenia po ogłoszeniu 21 dniowego terminu Oddział sprawdzał stosunek kwoty roszczeń do kwoty zabezpieczenia o której mowa w art. 147 Ustawy Prawo zamówień publicznych i podejmował decyzje co do możliwości ewentualnego ponownego sporządzenia listy przedsiębiorców.

W badanej próbie 30 roszczeń były 4 przypadki sporządzenia listy dwukrotnie, w wyniku czego w jednym przypadku liczba przedsiębiorców wzrosła o 9, a roszczenia na tej liście wzrosły o 21%; w drugim przypadku

liczba przedsiębiorców wzrosła o 6, a kwota roszczeń o 53%; w trzecim przypadku liczba przedsiębiorców wzrosła o 4, a roszczenia o 7%; w czwartym przypadku liczba przedsiębiorców wzrosła o 3, a kwota roszczeń o 1%. W przypadku gdy listy były sporządzane trzykrotnie ilość przedsiębiorców wzrosła o 2, a kwota roszczeń o 5%.

(Dowód akta kontroli str. 452-501)

39.

W odniesieniu do 8 kontraktów, w 5 przypadkach Sądy ogłosiły upadłość wykonawców.

Ustalono, że w próbie 30 zgłoszeń przedsiębiorców realizujących zadania na rzecz upadłych wykonawców, Dyrektor Oddziału 77 razy zawiadamiał sędziego-komisarza o dokonanych płatnościach oraz o ich wysokości na rzecz uprawnionych przedsiębiorców.

(Dowód akta kontroli str. 416-418)

40.

Oddział spośród 518 zgłoszonych przez przedsiębiorców wniosków, rozpatrywanych w oparciu o Specustawę, odrzucił 196 wniosków o łącznej wartości 181 101 090,92 zł.

Na 196 odrzuconych wniosków 20 przedsiębiorców odwołało się od decyzji Oddziału, który w odniesieniu do wszystkich podtrzymał swoje stanowisko. Z tego 13 odwołujących się złożyło pozew przeciwko GDDKiA do Sądu. Łączna kwota pozwów wynosiła 5 524 199,61 zł. W wyniku 6 rozstrzygniętych przez Sądy spraw, 5 wyroków utrzymało decyzje Oddziału o łącznej wartości roszczeń 1 886 816,73 zł, a w jednym przypadku w wyroku ustalono należność dla wnioskodawcy w kwocie 6 000 zł. W trakcie rozpatrywania sądowego pozostaje 7 spraw.

Z kolei Oddział pozwał do Sądu 5 przedsiębiorców o zwrot nienależnie wypłaconych na poczet roszczeń zaliczek w łącznej kwocie 579 157,62 zł z powodu nie złożenia dokumentów określonych w art. 7 ust.1 Specustawy.

Z próby wybranych do kontroli 30 odrzuconych wniosków o łącznej wartości 29 191 823,98 zł, 8 wniosków odrzucono z powodu możliwości zaspokojenia roszczeń na podstawie art. 647¹ §5 k.c. (art. 1, ust. 2 Specustawy). 15 wniosków odrzucono z powodu przekroczenia 21 dniowego terminu określonego w treści ogłoszenia, 3 wnioski odrzucono z powodu braku dołączenia dokumentów ujętych w art. 5 ust. 2 Specustawy, 4 zgłoszenia zostały odrzucone ponieważ były to zgłoszenia dalszych

podwykonawców robót nie kwalifikujących się do uznania w ramach Specustawy.

(Dowód akta kontroli str. 384-405, 502-504, 763-771)

Zastępca Dyrektora ds. Inwestycji wyjaśnił, że: *Spośród 196 odrzuconych zgłoszeń przedsiębiorców rozpatrywanych w oparciu o „specustawę”, w 20 przypadkach miały*

miejsce „odwołania od decyzji” odmawiającej wpisania przedsiębiorcy na listę, o której mowa w art. 5 ust. 4 specustawy. Powodem odmowy było:

- nie doręczenie do GDDKiA wymaganych ustawą dokumentów (art. 5 ust. 2),
- złożenie zgłoszenia po terminie wskazanym w ogłoszeniu w przypadku, gdy ustalona została proporcja zaspokajania (art. 5 ust. 4 w zw. z art. 9),
- zgłoszenie należności nie podlegającej zaspokojeniu w związku z wyłączeniem zawartym w art. 1 ust. 2,
- zawarcie przez przedsiębiorcę umowy z podwykonawcą, a więc nie spełnienie warunku wskazanego w art. 1 ust. 1.

W każdym z tych przypadków, decyzja odmawiająca wpisania na listę, po rozpatrzeniu „odwołania”, została podtrzymana przez GDDKiA.

W siedmiu przypadkach przedsiębiorcy nie zgadzając się z rozstrzygnięciem Oddziału, wystąpili do sądów z powództwem przeciwko GDDKiA. Cztery postępowania zakończyły się oddaleniem powództwa. Dwa postępowania toczą się w II instancji, w pierwszej instancji sąd uznał racje GDDKiA. Tylko w jednym przypadku sąd uznał, że przedsiębiorcy należna jest część zgłoszonej kwoty w wysokości 6.000,00 zł. Przedsiębiorca wystąpił zatem przeciwko GDDKiA o zapłatę pozostałej kwoty zgłoszonej należności w wysokości 29.168,61 zł. Do dnia składania niniejszych wyjaśnień sąd nie wyznaczył jeszcze terminu rozprawy.

(Dowód akta kontroli str. 506

Ustalone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości

Ocena częściowa

Najwyższa Izba Kontroli ocenia pozytywnie działalność kontrolowanej jednostki w zbadanym zakresie.

Oddział dokonywał weryfikacji dokumentacji związanej z realizacją roszczeń przedsiębiorców w oparciu o przekazane przez Centralę GDDKiA *Procedury zgłaszania i rozpatrywania wniosków w zakresie realizacji ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych*.

Działania te podjęto natychmiast po wejściu w życie Specustawy. Wprowadzenie procedur pozwoliło na terminowe i rzetelne rozpatrywanie roszczeń przedsiębiorców.

Jako dobrą praktykę należy uznać działania Oddziału dotyczące powołania doraźnego zespołu pracowników wspierających Zespół d/s rozliczania niezaspokojonych należności przedsiębiorców, co skutkowało sprawną i terminową oceną wniosków.

Duże trudności, w odzyskiwaniu wypłaconych roszczeń od wykonawców, spowodowane było ogłoszeniem upadłości i zerwaniem umowy przez 6 z 8 wykonawców realizujących badane kontrakty. Skutkowało to koniecznością dochodzenia zwrotu wypłaconych roszczeń na drodze sądowej.

Prawidłowość i skuteczność podejmowanych przez GDDKiA działań mających na celu odzyskanie wypłaconych kwot na podstawie Kodeksu Cywilnego i Specustawy

Opis stanu
faktycznego

41.

Na dzień 30 czerwca 2016 r. Oddział wypłacił w ramach Specustawy roszczenia 308 przedsiębiorcom w kwocie 111 042 637,45 zł, w tym wypłacono 223 wnioskodawcom zaliczki na poczet roszczenia w kwocie 34 878 238,98 zł.

Oddział do dnia 30 czerwca 2016 r. odzyskał od wykonawców 4 kontraktów, środki w kwocie 17 814 779,62 zł, co stanowi 16 % kwoty wypłaconej. Pozostaje do odzyskania kwota 93 227 857,83 zł.

Od 4 wykonawców kontraktów w stosunku do których ogłoszono upadłość nie odzyskano żadnej kwoty.

Oddział nie ponosił żadnych kosztów związanych z ugodami i wypłatami odszkodowań.

W okresie od 30 czerwca 2016 r. do 9 grudnia 2016 r. Oddział odzyskał z wypłaconych przedsiębiorcom środków kwotę 15 638 2017,53 zł.

Na dzień 9 grudnia 2016 r. łącznie odzyskano 33 876 291,96 zł co stanowi 30,5 %, a pozostało do odzyskania od upadłych wykonawców kwota 77 589 650,30 zł.

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił: *Do daty niniejszego pisma, (29.11.2016 r.) od wszystkich Wykonawców i przedsiębiorców, odzyskano łącznie kwotę należności głównej w wysokości 33.945.971,61 zł.*

Oddział, od początku realizacji procesu spłat dokonywanych na rzecz przedsiębiorców w oparciu o specustawę, prowadził działania zmierzające do odzyskiwania wypłaconych kwot.

Polegały one na wysyłaniu do wykonawców wezwań do zapłaty oraz not obciążeniowych obejmujących wszystkie wypłacone kwoty. Następnie, w przypadku wykonawców znajdujących się w upadłości, przekazywano kancelariom prawnym obsługującym Oddział dokumenty w celu dokonania przez te kancelarie zgłoszeń wierzytelności w postępowaniu upadłościowym.

Dokonano zgłoszeń wierzytelności w toczących się postępowaniach upadłościowych i restrukturyzacyjnych:

- [...] ³⁰.

Dokonywano także potrąceń z wierzytelności Wykonawców wobec Oddziału i rozliczenia wierzytelności objętych roszczeniami GDDKiA. Rozliczenia roszczeń GDDKiA ze specustawy dokonano wobec:

- [...] ³¹ w kwocie 6.183.128,80 zł,

- [...] ³² w kwocie 458.649,37 zł,

- Konsorcjum: [...] ³³ w kwocie 26.548.428,62 zł,

- [...] ³⁴ w kwocie 685.965,17 zł.

Działania Oddziału dotyczyły całości wypłaconych na podstawie specustawy kwot, które do dnia 30.06.2016 r. mogły zostać zgłoszone w postępowaniach upadłościowych lub potrącone.

³⁰ J.w.

³¹ J.w.

³² J.w.

³³ J.w.

³⁴ J.w.

Ponadto, wystąpiono z pozwem przeciwko Konsorcjum w składzie [...] ³⁵ obejmującym także m.in. należności ze specustawy. Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrokiem zaocznym z dnia 29.09.2016 r. zasądził od [...] ³⁶, na rzecz GDDKiA kwotę 67.942.229,30 zł, w tym kwotę należności ze specustawy w wysokości 13.511.441,48 zł. Wyrok nie jest prawomocny. Obecnie kancelaria prawna Bird & Bird reprezentująca GDDKiA w tym postępowaniu prowadzi analizę możliwości wyegzekwowania zasądzonych kwot z majątku firmy [...] ³⁷, a także kwestię związaną z możliwością rozszerzenia powództwa o dalsze wierzycelności GDDKiA wynikające ze specustawy.

Dodatkowo informuję, że w ramach postępowania sądowego przeciwko [...] ³⁸, w którym interwenientem ubocznym jest [...] ³⁹ w upadłości układowej i Nadzorca sądowy [...] ⁴⁰, uzyskano nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.05.2016 r. (Sygn. Akt. XXV C 97/13), który po uprawomocnieniu się, będzie podstawą do zaspokojenia roszczeń SP GDDKiA z tytułu kwot wypłaconych na podstawie specustawy w wysokości 43.760.218,75 zł. Postępowanie sądowe miało związek z kontraktem na budowę autostrady A-4 na odcinku Tarnów Krzyż – Dębica Pustynia realizowanym przez Konsorcjum: [...] ⁴¹.

Oddział podejmował także działania wobec przedsiębiorców o zwrot wypłaconych zaliczek, wobec nie doręczenia do Oddziału dokumentów wskazanych w art. 6 specustawy. Dotychczas łącznie podjęto działania o zwrot zaliczek (pozew, zgłoszenie wierzycelności) w stosunku do 7 przedsiębiorców na łączną kwotę 1.197.154,32 zł. Sprawy są w toku.

Oprócz ww. kwot dochodzonych od przedsiębiorców z tytułu zwrotu wypłaconych zaliczek, do daty niniejszego pisma odzyskano od dwóch przedsiębiorców kwotę 69.679,65 zł.

(Dowód akta kontroli str. 354-355, 450)

Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił, że: „Istnieje ryzyko nie odzyskania wszystkich kwot należności wypłaconych w oparciu o przepisy specustawy. Nie zakończyły się jeszcze prawomocnie wszystkie postępowania upadłościowe wykonawców oraz postępowania sądowe wobec wykonawców o zwrot należności wobec przedsiębiorców o zwrot zaliczek. Dotychczas na listach wierzycelności [...] ⁴² uznano wierzycelności GDDKiA ze specustawy w kwotach odpowiednio 16.599.020,25 zł oraz 3.958.886,71 zł. Nie można na dzień dzisiejszy oszacować, jaka część z kwot uznanych na listach wierzycelności zostanie odzyskana z majątku wykonawców. Tym bardziej nie można oszacować jaka część z kwot zgłoszonych i jak dotychczas nie uznanych na listach wierzycelności zostanie uznana i odzyskana.

(Dowód akta kontroli str. 355)

42.

Podwykonawcy i dalsi podwykonawcy złożyli do Oddziału 741 roszczeń na

³⁵ J.w.

³⁶ J.w.

³⁷ J.w.

³⁸ J.w.

³⁹ J.w.

⁴⁰ J.w.

⁴¹ J.w.

⁴² J.w.

kwotę 700 043 838,38 zł, z czego odrzucono 102 roszczenia na kwotę 144 799 394,48 zł. czyli 20,7%.

Wykonawcy po wezwaniu przez Oddział wypłacili podwykonawcom 59,5 roszczeń w kwocie 32 400 409,71 zł, a podwykonawcy wycofali 2 roszczenia w kwocie 3 211 499,81 zł.

Oddział zrealizował 576,5 roszczeń z wnioskowanej kwoty 519 363 876,45 zł, wypłacając po analizie dokumentów, kwotę 437 041 587,90 zł, z czego:

- z potrąceń wykonawcom kwotę 325 803 225,35 zł;
- z gwarancji kwotę 105 548 831,20 zł
- oraz innych źródeł kwotę 3 033 555,57 zł.

W toku załatwiania (odwołanie do sądu) pozostaje sprawa odzyskania od wykonawcy 1 roszczenia w kwocie 268 657,93 zł, co stanowi 0,61% kwoty wypłaconych roszczeń.

(Dowód akta kontroli str. 259, 358)

Oddział prowadził do dnia zakończenia kontroli 5 postępowań sądowych, w celu odzyskania wypłaconej, w ramach solidarnej zapłaty, łącznej kwoty 2 655 975,78 zł co stanowi 0,61% wypłaconych roszczeń.

(Dowód akta kontroli str. 358)

W odpowiedzi na pytanie *Jakie jest ryzyko nieodzyskania wypłaconych kwot podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności (art.647¹ §5 k.c.)* Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił: *Dyrektor Oddziału dostrzega ryzyko nie odzyskania części wypłaconych podwykonawcom roszczeń w ramach solidarnej odpowiedzialności, dlatego podejmuje wszelkie kroki prawne umożliwiające ich odzyskanie.*

Wartość dotychczas odzyskanych od wykonawców należności, wypłaconych podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności, kształtująca się na poziomie 99 % oraz opisane poniżej działania pozwalają jednakże stwierdzić, iż prawdopodobieństwo odzyskania wszystkich przysługujących Skarbowi Państwa należności jest bardzo wysokie.

- *W przypadku kontraktu dot. odc. A4 Krzyż – Dębica Pustynia niezaspokojone wierzytelności są zgłaszane do masy upadłości członków konsorcjum, którzy zostali postawieni w stan upadłości. Oddział dodatkowo pozwał Bank [...] ⁴³ – w związku z niewywiązaniem się gwaranta (banku) z obowiązku wypłaty kwoty gwarancyjnej (43 760 218,75 zł) z tyt. gwarancji bankowej należytego wykonania kontraktu. W dniu 23 maja 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok, w którym zasądził od Banku [...] ⁴⁴ wypłatę na rzecz GDDKiA całej kwoty gwarancyjnej. Wyrok nie jest prawomocny – Bank złożył apelację. W przypadku uzyskania środków z gwarancji należytego wykonania kontraktu oddział rozliczy niezaspokojone kwoty powstałe na skutek zrealizowanych płatności solidarnych (na chwilę obecną kwota niezaspokojona z tego tyt. wynosi 505 621,99 zł).*

⁴³ J.w.

⁴⁴ J.w.

- W przypadku kontraktu dot. odc. A4 Rzeszów Zachód – Rzeszów Centralny oraz odc. S19 Rzeszów Zachód – Świlcza_ do odzyskania pozostała kwota 593 508,33zł. Przedmiotowa kwota zawarta jest w pozwie sygn. akt XXVc701/14 przeciwko Konsorcjum Wykonawcy. W dniu 29.09.2016r. SO w Warszawie XXV Wydział Cywilny wydał wyrok częściowy przeciwko [...] ⁴⁵ zasądzający od w/w podmiotu na rzecz SP-GDDKiA kwotę 67 942 229,30zł wraz z odsetkami ustawowymi. Kwota ta zawiera wymienione płatności solidarne. Obecnie kancelaria prowadząca sprawę z ramienia SP-GDDKiA sprawdza możliwość windykacji kwoty z wyroku.

W związku z upadłością likwidacyjną jednego z konsorcjantów [...] ⁴⁶ przedmiotowe wierzytelności zostały przekazane również do kancelarii zajmującej się na zlecenie SP-GDDKiA odzyskiwaniem wierzytelności od podmiotów znajdujących się w upadłości.

- W przypadku kontraktu dot. odc. A4 Rzeszów Centralny – Rzeszów Wschód GDDKiA wystąpiła z pozwem do banku gwaranta generalnego wykonawcy o spieniężenie gwarancji. Sąd Okręgowy w Warszawie w dniu 11 sierpnia 2016 r. ogłosił wyrok, w którym zasądził od [...] ⁴⁷ działającej w Polsce przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego [...] ⁴⁸ na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 21 971 915,19 zł wraz z odsetkami za opóźnienie wypłaty za okres od 18 lipca 2012 r. do dnia zapłaty. Obecnie toczy się postępowanie apelacyjne w przedmiotowej sprawie. W przypadku utrzymania w mocy wyroku Sądu I instancji kwoty pozostałe do odzyskania zostaną zaspokojone.

W przypadku odrzucenia wyroku I instancji przez sąd apelacyjny, zostaną podjęte kolejne kroki prawne w celu odzyskania kwot.

- W przypadku kontraktu dot. budowy odc. S19 Stobierna – Rzeszów do odzyskania pozostała kwota wypłacona podwykonawcy – firmie [...] ⁴⁹, w wysokości 386.458,39 zł.

(Dowód akta kontroli str. 355)

W jednym przypadku na Kontrakcie dot. odcinka S-19 Stobierna – Rzeszów (Nr 2811/1/2010) nastąpiła podwójna zapłata 386 458,39 zł roszczenia zgłoszonego przez Podwykonawcę [...] ⁵⁰ Sp. z o.o.

Począwszy od dnia 17 września 2012 r. GDDKiA 7 krotnie odmówiła solidarnej płatności roszczenia za budowę ekranów akustycznych na skutek uzyskania informacji od Wykonawcy, że ten dokonał potrąceń wzajemnych wierzytelności z Podwykonawcą. Podwykonawca zaskarżył dokonane przez Wykonawcę potrącenia z wynagrodzenia różnicy wynikłej z zastosowania innych niż w umowie, tańszych materiałów przy realizacji robót, uzyskując w dniu 25 lutego 2015 r. wyrok w I Instancji dla siebie pozytywny. W oparciu

⁴⁵ J.w.

⁴⁶ J.w.

⁴⁷ J.w.

⁴⁸ J.w.

⁴⁹ J.w.

⁵⁰ J.w.

o nowe okoliczności, Podwykonawca po raz kolejny zwrócił się do GDDKiA o solidarną płatność na podstawie art. 647¹ §5 k.c. Zamawiający w dniu 24 października 2014 r. zawarł z Podwykonawcą porozumienie w sprawie zapłaty Podwykonawcy kwoty 386 458,39 zł. W §3 porozumienia zapisano, że w przypadku niekorzystnego - prawomocnego dla Skarbu Państwa i [...] ⁵¹. rozstrzygnięcia, [...] ⁵². zobowiązuje się zwrócić na rzecz Skarbu Państwa kwotę 386 458,39 zł jako nienależną, w terminie 14 dni. Oddział wezwał 18 marca 2015 r. Wykonawcę do zwrotu wypłaconego Podwykonawcy roszczenia. Podwykonawca uzyskał 30 kwietnia 2015 r. korzystny dla siebie prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego i poprzez działania komornicze ściąga od wykonawcy zaległą należność. Po ponownym wezwaniu przez Oddział Wykonawcy do zwrotu wypłaconego roszczenia, Wykonawca informuje, że w wyniku prawomocnego wyroku sądowego, spełnił świadczenie względem Podwykonawcy w pełnej wysokości i załączył potwierdzenia przelewów dokonane na konto komornicze. Oddział w dniu 4 września 2015 r. wysłał do Wykonawcy noty obciążeniowe, a 15 września 2015 wzywa Podwykonawcę do zwrotu obranego świadczenia w trybie §3 Porozumienia. Oddział otrzymał 7 stycznia 2016 r. zawiadomienie o ogłoszeniu upadłości układowej firmy [...] ⁵³. z informacją o możliwości zgłoszenia swoich wierzytelności Sędziemu Komisarzowi - co uczynił 25 lutego 2016 r.

Kierownik Projektu Aleksander Trzciniecki złożył informacje, że w związku z brakiem możliwości uruchomienia gwarancji należytego wykonania umowy, Oddział 5 września 2016 r. podejmuje decyzję o skierowaniu sprawy na drogę sądową przeciwko Wykonawcy i składa wniosek do Kancelarii Prawnej Oddziału o zgłoszenie do Prokuratora zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa przez Podwykonawcę [...] ⁵⁴., w związku z pobraniem zapłaty za ten sam zakres wykonanych robót zarówno od Inwestora jak i Wykonawcy.

W dniu 7 grudnia 2016 r. Oddział przekazał do Prokuratury Rejonowej w Krakowie Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez osoby pełniące funkcję Organu Założycielskiego Spółki [...] ⁵⁵. w przedmiotowej sprawie.

(Dowód akta kontroli str. 283, 613-716, 712)

Odnośnie zapłaty roszczenia Podwykonawcy [...] ⁵⁶. Zastępca Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji wyjaśnił: *Po rozpatrzeniu złożonego przez podwykonawcę wniosku GDDKiA Oddział w Rzeszowie odmówił solidarnej płatności gdyż okazało się, iż Wykonawca dokonał potrąceń wzajemnych wierzytelności z Podwykonawcą, o czym poinformował Zamawiającego.*

Podwykonawca skierował sprawę na drogę sądową i w następstwie tego powstały nowe okoliczności powodujące, iż Zamawiający w dniu 24.10.2014 r. zawarł z Podwykonawcą Porozumienie ws. zapłaty - na podstawie art. 647 (1) § 5 k.c., wynagrodzenia należnego Podwykonawcy. Na podstawie zawartego z GDDKiA

⁵¹ J.w.

⁵² J.w.

⁵³ J.w.

⁵⁴ J.w.

⁵⁵ J.w.

⁵⁶ J.w.

porozumienia Firma [...] ⁵⁷ otrzymała należność od Zamawiającego w ramach solidarnej płatności. Przedmiotową należność na rzecz Podwykonawcy uregulował również Wykonawca z uwagi na wyrok Sądu Apelacyjnego.

Zamawiający dochodzi zwrotu należności zarówno od Wykonawcy jak i Podwykonawcy, tj. Wykonawca został wezwany do uregulowania wierzytelności Zamawiającego wynikających z solidarnej płatności dokonanej na rzecz Podwykonawcy oraz wezwany został również Podwykonawca (Firma [...] ⁵⁸) do zwrotu nienależnie pobranego świadczenia.

Jednocześnie z uwagi na to, iż Zamawiający został zawiadomiony o ogłoszeniu upadłości układowej firmy [...] ⁵⁹, w dniu 25 lutego 2016 r. do Sądu Rejonowego dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie wysłane zostało zgłoszenie wierzytelności Skarbu Państwa, należnych od Firmy [...] ⁶⁰.

Ponadto GDDKiA Oddział w Rzeszowie jest w trakcie przygotowywania wniosku do Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa o wystąpienie z pozwem przeciw Wykonawcy o zwrot kwoty wypłaconej firmie [...] ⁶¹.

(Dowód akta kontroli str. 356-357)

43.

Oddział zgodnie z art. 6 Specustawy wypłacał przedsiębiorcom umieszczonym na listach przedsiębiorców uprawnionych do otrzymania należności, zaliczki na poczet zgłoszonych należności w oparciu o dołączone do wniosku nieprawomocne orzeczenia Sądu, zasądzające należność albo spisu wierzycieli. Wypłacono 223 zaliczki przedsiębiorcom w łącznej kwocie 34 878 238,98 zł .

5 przedsiębiorców, którzy otrzymali zaliczki na poczet należności, pomimo wezwań do uzupełnienia dokumentów, nie przedłożyło do Oddziału dokumentów określonych w art. 7 ust. 1 i 7 ust. 3 Specustawy i w związku z tym nie mogło otrzymać pełnej kwoty wstępnie uznanych roszczeń. Przedsiębiorcy ci winni zgodnie z art. 11 ust. 2 Specustawy zaliczkę zwrócić Oddziałowi

Poszczególne przedsiębiorcy nie przedłożyli:

- 1 prawomocnego orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą a wykonawcą, opatrzonej klauzulą wykonalności (kwota zaliczki 457 771,55 zł),
- listy wierzytelności w stosunku do której nie wniesiono sprzeciwu lub zatwierdzonej przez sędziego komisarza listy wierzytelności (kwota zaliczki 1 959,47 zł),
- listy wierzytelności obejmującej zgłoszoną niezaspokojoną należność wraz z pismem sędziego-komisarza informującym o braku wniesienia sprzeciwu (kwota zaliczki 8 292,67 zł),
- listy wierzytelności obejmującej zgłoszoną niezaspokojoną należność wraz z pismem sędziego-komisarza informującym o braku wniesienia sprzeciwu oraz oświadczenia, o którym mowa

⁵⁷ J.W.

J.W.

⁵⁹ J.W.

⁶⁰ J.W.

⁶¹ J.W.

w art. 8 i art. 7 ust. 3 Specustawy (kwota zaliczki wypłaconej 7 032,33 zł, kwota do zwrotu 2 705,96 zł),

- prawomocnego orzeczenia Sądu w procesie o dochodzenie należności od Wykonawcy, a także aktualnego oświadczenia, o którym mowa w art. 7 ust.3 Specustawy (kwota zaliczki 108 427,97 zł).

W celu odzyskania wypłaconych kwot Oddział skierował sprawy dotyczące wymienionych wyżej dłużników do rozstrzygnięcia sądowego.

Radca Prawny Pełnomocnik Oddziału wystąpił kolejno w dniach 27 kwietnia 2016 r., 27 września 2016 r. i 2 listopada 2016 r. do Sądu z 3 pozwami o zapłatę z wnioskiem o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym wypłaconych zaliczek w łącznej kwocie 12 958,10 zł.

(Dowód akta kontroli str. 733-745)

Dyrektor Oddziału w dniu 8 czerwca 2015 r. wystąpił do Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa o wniesienie pozwu o zwrot zaliczki w kwocie 457 771,55 zł.

(Dowód akta kontroli str. 746-748)

Prokuratura Generalna Skarbu Państwa w dniu 1 sierpnia 2016 r. wystąpiła do Sądu Okręgowego w Tarnowie z pozwem o zapłatę w postępowaniu upominawczym kwoty 108 428 zł nierozliczonej zaliczki przedsiębiorcy.

(Dowód akta kontroli str. 749-762)

44.

Na dzień 30 czerwca 2016 r. w badanej próbie 30 zaspokojonych roszczeń przedsiębiorców w 17 przypadkach nastąpiło odzyskanie od wykonawców wypłaconych przedsiębiorcom kwot i przekazanie na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego. W dniach 24 grudnia 2013 r., 11 lipca 2013 r., 4 maja 2015 r. nastąpiło odzyskanie od wykonawców wypłaconych w łącznej kwocie 4 538 661,66 zł i w tym samym dniu odzyskane kwoty zostały przekazane na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego. Następnie w 4 przypadkach w dniu 7 stycznia 2016 r. odzyskano środki w łącznej kwocie 3 991 410,64 zł pobranej z gwarancji ubezpieczeniowej Wykonawcy i przekazano je w dniu 16 lutego 2016 r. (przeksięgowano) w tej samej kwocie na rachunek KFD (O.R.Z.F-1.3213.10.2016).

Łącznie do 30 czerwca 2016 r. w analizowanej próbie odzyskano i przekazano na rachunek KFD, środki w kwocie 8 530 072,30 zł.

W okresie od 30 czerwca 2016 r. do 9 grudnia 2016 r. w badanej próbie nastąpiło 6 przypadków odzyskania środków. W dniu 14 października 2016 r. odzyskano i przekazano w tym samym dniu na rachunek KFD środki w łącznej kwocie 2 642 023,64 zł .

W okresie od wejścia w życie Specustawy do dnia 30 czerwca 2016 r. odzyskano i przekazano na rachunek KFD, środki w kwocie 17 814 779,62 zł.

Zastępca Dyrektora ds. inwestycji wyjaśnił, że : W dniu 07.01.2016r. została wydana korekta oświadczenia o rozliczeniu gwarancji - pismo nr O.Rzł-4.Kp-9.4170.02A.1.2016. Korekta ta skutkowała przekazaniem dyspozycji przeksięgowania kwot potrąconych z gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy w latach 2012-2015 pomiędzy rachunkami bankowym w Banku Gospodarstwa Krajowego.

W związku z w/w korektą oświadczenia o rozliczeniu gwarancji należało dodatkowo dokonać:

- korekty dokumentów księgowych tj. not obciążeniowych (korekcie podlegało 5 not obciążeniowych). Z uwagi na ilość operacji księgowych podlegających korekcie tj. 562 pozycje proces ten wymagał czasu i analizy

został przez pracowników Wydziału Finansowo – Księgowego przeprowadzony możliwie najszybciej jak to możliwe. Podkreślenia wymaga fakt, że korekty dotyczyły różnych lat i różnych źródeł finansowania zadania.

- złożenia dyspozycji rozliczenia środków z gwarancji do Banku Gospodarstwa Krajowego co miało miejsce w dniu 16.02.2016. Z uwagi na fakt, iż korekta dotyczyła 155 pozycji płatności w kilku źródłach finansowania proces ten nie mógł być wykonany pochopnie lecz wymagał szczegółowej analizy i uzgodnienia z bankiem formy złożenia dyspozycji obejmującej wszystkie korygowane płatności z lat 2012-2015 dotyczące potrąceń z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Reasumując dyspozycja z dnia 16.02.2016r. stanowiła jedynie zmianę przeznaczenia środków potrąconych z gwarancji poprzez ich wewnętrzne przeksięgowanie w Banku a z uwagi na skomplikowany charakter i konieczność wnikliwej analizy korygowanych dokumentów została dokonana w możliwie szybkim czasie.

(Dowód akta kontroli str. 789-790)

Ustalone
nieprawidłowości

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

Ocena częściowa

Oddział prawidłowo realizował działania dotyczące roszczeń podwykonawców, określone w kodeksie cywilnym oraz roszczenia dostawców i usługodawców w oparciu o przepisy Specustawy. Do dnia zakończenia kontroli Oddział odzyskał od wykonawców 30,5% wypłaconych roszczeń w ramach Specustawy oraz 99,31% kwot wypłaconych podwykonawcom w ramach solidarnej zapłaty. NIK zauważa niski procent odzyskanych kwot w ramach Specustawy i stwierdza, że w odniesieniu do wszystkich badanych zaległości toczą się postępowania w celu ich odzyskania. Trudności w odzyskiwaniu, przedmiotowych środków od Wykonawców, spowodowane są upadłością ich firm. Obecnie tempo odzyskiwania wypłaconych roszczeń uzależnione jest od terminów i rozstrzygnięć sądowych.

V. Pozostałe informacje i pouczenia

Prawo zgłoszenia
zastrzeżeń

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

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 Rzeszowie.

Trzebowniko, dnia

Kontrolerzy

Dionizy Antoni Beda
Doradca techniczny

.....
podpis

Zbigniew Rudnicki
Doradca techniczny

.....
podpis

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Rzeszowie

Dyrektor

Wiesław Motyka

.....
podpis