



KIN.430.002.2021
Nr ewid. 29/2021/P/20/031/KIN

Informacja o wynikach kontroli

**ZABEZPIECZENIE INTERESU SKARBU PAŃSTWA
W ZAKRESIE WALORYZACJI
I SOLIDARNEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI INWESTORA
W UMOWACH NA REALIZACJĘ
OBIEKTÓW INFRASTRUKTURY LINIOWEJ**

DEPARTAMENT INFRASTRUKTURY

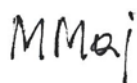
MISJA

Najwyższej Izby Kontroli jest dbałość o gospodarność i skuteczność w służbie publicznej dla Rzeczypospolitej Polskiej

WIZJA

Najwyższej Izby Kontroli jest cieszący się powszechnym autorytetem najwyższy organ kontroli państwowej, którego raporty będą oczekiwanym i poszukiwanym źródłem informacji dla organów władzy i społeczeństwa

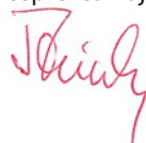
p.o. Dyrektor Departamentu Infrastruktury



Marek Maj

Akceptuję:

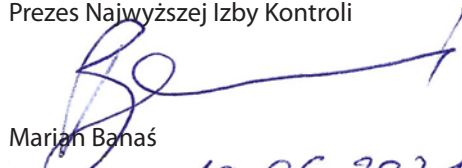
Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli



Tadeusz Dziuba

Zatwierdzam:

Prezes Najwyższej Izby Kontroli



Marian Banaś

Warszawa, dnia 10. 06. 2021

Najwyższa Izba Kontroli
ul. Filtrowa 57
02-056 Warszawa
T/F +48 22 444 50 00

www.nik.gov.pl

SPIS TREŚCI

WYKAZ STOSOWANYCH SKRÓTÓW, SKRÓTOWCÓW I POJĘĆ.....	4
1. WPROWADZENIE.....	6
2. OCENA OGÓLNA	8
3. SYNTEZA WYNIKÓW KONTROLI	10
4. WNIOSKI.....	16
5. WAŻNIEJSZE WYNIKI KONTROLI	18
5.1. Sprawowanie przez Ministra Infrastruktury nadzoru nad realizacją rządowych programów budowy infrastruktury liniowej w zakresie stosowanych przez inwestorów wzorów kontraktowych oraz nad utworzonymi organami pomocniczymi o charakterze doradczym.....	18
5.1.1. Działania Ministra w celu opracowania i wdrożenia zmian szczególnych warunków kontraktów uwzględniających problematykę waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora.....	18
5.1.2. Nadzór Ministra nad całokształtem działalności rad ekspertów	19
5.1.3. Działania Ministra w zakresie monitoringu oraz analiz skuteczności dokonanych zmian szczególnych warunków kontraktu	21
5.2. Sprawowanie przez ministra infrastruktury nadzoru nad działalnością PKP PLK S.A. i GDDKiA w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń.....	21
5.3. Zabezpieczenie interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez PKP PLK S.A. i GDDKiA na roboty budowlane, w szczególności w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora	23
5.3.1. Ochrona interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez PKP PLK S.A. w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.....	23
5.3.2. Ochrona interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez GDDKiA w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora	28
5.4. Rozpatrywanie i realizacja przez PKP PLK S.A. i GDDKiA roszczeń wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorach kolejowym i drogowym.....	34
5.4.1. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń zgłaszanych do PKP PLK S.A.....	34
5.4.2. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń zgłaszanych do GDDKiA	37
5.5. Sprawowanie przez zarząd PKP PLK S.A. i Generalnego Dyrektora DKiA Nadzoru nad podległymi jednostkami organizacyjnymi w zakresie stosowanych wzorów kontraktowych	40
6. ZAŁĄCZNIKI	42
6.1. Dane GDDKiA Dotyczące Skuteczności Nowego Mechanizmu Waloryzacji.....	42
6.2. Metodyka kontroli i informacje dodatkowe.....	44
6.3. Analiza stanu prawnego i uwarunkowań organizacyjno-ekonomicznych.....	54
6.4. Wykaz aktów prawnych dotyczących kontrolowanej działalności	69
6.5. Wykaz podmiotów, którym przekazano informację o wynikach kontroli.....	70

Wykaz stosowanych skrótów, skrótowców i pojęć

Centrala CRI	Centrala Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.;
Centrala GDDKiA	Centrala Generalnej Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad;
CUPT	Centrum Unijnych Projektów Transportowych;
GUS	Główny Urząd Statystyczny;
inwestor	oddział GDDKiA, region CRI – podmiot o którym mowa w art. 18 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.) – ustawa Prawo budowlane . Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy, do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie realizacji zadań, o których mowa w powołanym przepisie ustawy;
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza;
MI	Ministerstwo Infrastruktury;
Minister lub minister właściwy ds. transportu	Minister Infrastruktury (do 21 stycznia 2018 r. Minister Infrastruktury i Budownictwa) ¹ ;
obiekt liniowy	zgodnie z art. 3 pkt 3a ustawy Prawo budowlane jest to obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego;
oddział GDDKiA	oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad;
PGRP	Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej;
PKP PLK S.A.	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.;
Program Drogowy	Program Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2014–2023 (z perspektywą do 2025 r.) ustanowiony uchwałą nr 156/2015 Rady Ministrów z dnia 8 września 2015 r. ze zmianami, wykonywany przez Generalnego Dyrektora DKiA i nadzorowany przez Ministra;
Program Kolejowy	Krajowy Program Kolejowy do 2023 roku ustanowiony uchwałą nr 162/2015 Rady Ministrów z dnia 15 września 2015 r. ze zmianami, wykonywany przez PKP PLK S.A. i nadzorowany przez Ministra;
PŚP	przejściowe świadectwo płatności;
radcy ekspertów	Minister właściwy ds. transportu utworzył w 2016 r. dwa organy pomocnicze o charakterze doradczym do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji drogowych i kolejowych, tj. Radę Ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji kolejowych (Rada Kolejowa) oraz Radę Ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji drogowych (Rada Drogowa);
region CRI	region CRI PKP PLK S.A.;
roboty budowlane;	w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane: budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego
SIDIR	Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców;

¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Infrastruktury (Dz. U. poz. 192); wcześniej – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa (Dz. U. poz. 2080).

solidarna odpowiedzialność	zgodnie z art. 366 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, ze zm.) – ustawa Kc , solidarność dłużników polega na tym, że kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani;
ustawa o drogach publicznych	ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 470, ze zm.);
ustawa o Radzie Ministrów	ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2021 r. poz. 178);
ustawa Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm., obowiązująca do 31 grudnia 2020 r.);
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów;
UZP	Urząd Zamówień Publicznych;
waloryzacja	zasada prawna, która określa, że w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, wierzyciel powinien otrzymać równowartość ekonomiczną (wyższą lub niższą) wierzytelności z chwili jej powstania;
rządowe programy inwestycyjne	Program Drogowy i Program Kolejowy;
wykonawca kontraktu budowlanego/ umowy	wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz każdy z podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane;
wykonawcy rządowych programów inwestycyjnych	PKP PLK S.A. oraz Generalny Dyrektor DKiA.

1. WPROWADZENIE

Pytanie definiujące cel główny kontroli

Czy działania podejmowane przez Ministra, PKP PLK S.A. oraz GDDKiA przyczyniły się do skutecznego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w zawieranych umowach na wykonanie obiektów liniowych?

Pytania definiujące cele szczegółowe kontroli

1. Czy Minister przygotował i wdrożył właściwe wzorcowe warunki kontraktowe na realizację inwestycji drogowych i kolejowych, zabezpieczające interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz rzetelnie nadzorował realizację zadań utworzonych organów pomocniczych?
2. Czy Minister rzetelnie nadzorował działalność PKP PLK S.A. i GDDKiA dotyczącą opracowania, zawierania oraz realizacji umów kolejowych i drogowych w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń?
3. Czy PKP PLK S.A. i GDDKiA przygotowały i wdrożyły właściwe wzorcowe warunki kontraktowe na realizację inwestycji kolejowych i drogowych,

Do obowiązków wykonawców rządowych programów inwestycyjnych należało zawieranie, pod nadzorem Ministra, umów wykonawczych na poszczególne zadania inwestycyjne w sposób skutecznie zabezpieczający interes Skarbu Państwa w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Z ustaleń przeprowadzonej w 2017 r. kontroli NIK wynikało², że opóźnienia w spłacie należności podwykonawcom przez wykonawców poszczególnych kontraktów, a także problemy z waloryzowaniem przez inwestorów zawartych kontraktów na poziomie uwzględniającym faktyczny wzrost cen materiałów budowlanych, wpływały negatywnie na sytuację ekonomiczną wykonawców i podwykonawców zadań inwestycyjnych oraz na interes strony publicznej, reprezentowany przez GDDKiA i PKP PLK S.A. Prowadziło to często do opóźnień w realizacji celu publicznego, jakim jest budowa dróg i linii kolejowych. Wyniki wspomnianej kontroli NIK nr P/16/30 wskazują, że:

- umowy na roboty budowlane nie w pełni zabezpieczały interes Skarbu Państwa na wypadek niezrealizowania przez wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców;
- zawierane umowy nie dawały inwestorowi uprawnień do sprawowania monitoringu rzetelności dokonywania przez wykonawców płatności na rzecz podwykonawców, nie zawierały również zapisów dyscyplinujących wykonawców, które nakładałyby określone sankcje za realizację prac objętych umową przy pomocy niezgłoszonych podwykonawców;
- obowiązek monitorowania płatności na rzecz podwykonawców był niewuwzględniany w umowach zawieranych z inżynierami kontraktu;
- opracowanie i wdrożenie przez inwestora skutecznej kontroli regulowania zobowiązań przez wykonawców było opóźnione w stosunku do występujących zaległości w regulowaniu podwykonawcom wymagalnych należności za wykonane prace.

Z analizy przedkontrolnej wynikało, że jednym z poważniejszych zagrożeń dla interesu Skarbu Państwa były zapowiedzi wniesienia pozwów przez wykonawców zadań inwestycyjnych o waloryzację wynagrodzeń dotyczących kontraktów zawartych w latach 2015–2017. Roszczenia branży budowlanej (szacowane na ponad 6 mld zł) były w dużej mierze spowodowane niedostatecznym zabezpieczeniem interesu Skarbu Państwa w umowach na roboty budowlane. Zawierane przez inwestorów umowy wykonawcze nie zawsze uwzględniały zapisy chroniące interes Skarbu Państwa przed negatywnymi skutkami stosowania mechanizmu waloryzacji, zarówno w zakresie wysokości zwiększanego wynagrodzenia, jaki i odmowy jego zwaloryzowania. Ponadto wraz z największym skumulowaniem robót budowlanych, które przypadły na lata 2017–2018, wystąpił problem pogłębiających się zatorów płatniczych, co stwarzało ryzyko upadłości podwykonawców kontraktów budowlanych, powodujące potencjalnie negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci znacznego opóźnienia realizacji kluczowych obiektów infrastruktury drogowej i kolejowej oraz wzrost rzeczywistych kosztów realizowanych zadań inwestycyjnych.

² W 2018 r. NIK upubliczniła Informację o wynikach kontroli P/16/030 Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa i podwykonawców w umowach na realizację inwestycji drogowych prowadzonych przez GDDKiA (nr ewid. 155/2017/P/16/030/KIN).

zabezpieczające interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora?

4. Czy PKP PLK S.A. i GDDKiA prawidłowo rozpatrywały i realizowały roszczenia wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorach kolejowym i drogowym?
5. Czy Zarząd PKP PLK S.A. i Generalny Dyrektor DKiA rzetelnie nadzorowali realizację zadań podległych jednostek organizacyjnych dotyczących stosowania wzorów kontraktowych, w tym zawierania oraz realizacji umów kolejowych i drogowych w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń?

Jednostki kontrolowane

Łącznie 11 jednostek:

- Ministerstwo Infrastruktury;
- GDDKiA, w tym: Centrala GDDKiA oraz cztery oddziały GDDKiA (w: Lublinie, Katowicach, Rzeszowie i Łodzi);
- PKP PLK S.A., w tym: Centrala PKP PLK S.A. oraz cztery regiony CRI PKP PLK S.A. (Północny, Centralny, Śląski i Zachodni).

Okres objęty kontrolą
2017–2020 (I półrocze)

W praktyce występowały coraz częstsze przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawcom kontraktów budowlanych za wykonane roboty. Główną przyczyną braku płynności po stronie wykonawców zadań inwestycyjnych był lawinowy wzrost cen kluczowych materiałów budowlanych, czego inwestor nie mógł zrekompenzować przy zastosowaniu umownego mechanizmu waloryzacji. W takich uwarunkowaniach gospodarczych wykonawcy kontraktów byli zmuszeni z własnych środków pokrywać część kosztów budowy infrastruktury liniowej, co w skrajnych przypadkach prowadziło do utraty płynności finansowej i w rezultacie do ich upadłości.

Minister – jako organ nadzorujący realizację rządowych programów inwestycyjnych – utworzył w 2016 r. organy pomocnicze o charakterze doradczym, które powinny pełnić istotną funkcję opiniotwórczą i inicjującą działania Ministra, we wdrażaniu skutecznych rozwiązań służących optymalnej realizacji programów inwestycyjnych. Jednym z zadań wyznaczonych dla rad ekspertów było opracowanie wzorów umów, które po akceptacji Ministra powinny być stosowane przez inwestorów w umowach wykonawczych na realizację obiektów infrastruktury liniowej.

Biorąc pod uwagę wspomniane uwarunkowania kierownictwo Najwyższej Izby Kontroli postanowiło przeprowadzić kontrolę stanu i sposobu zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach zawieranych przez PKP PLK S.A. i GDDKiA na realizację obiektów infrastruktury liniowej. Badaniami kontrolnymi objęta została również działalność ministra właściwego ds. transportu.

Według przyjętych przez NIK założeń niniejsza Informacja o wynikach kontroli powinna stanowić istotny wkład służący wypracowaniu, przez organy władzy i administracji państwowej oraz wykonawców rządowych programów inwestycyjnych, skutecznych rozwiązań wpływających na poprawę zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej. Informacja ta wskazuje również obszary, w których występują zagrożenia dla właściwego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w kontrolowanym zakresie.

2. OCENA OGÓLNA

Niewystarczające
zabezpieczenie
interesów Skarbu
Państwa w zakresie
waloryzacji i solidarnej
odpowiedzialności
inwestora

Działania podejmowane przez wykonawców rządowych programów inwestycyjnych oraz ministra właściwego ds. transportu przyczyniły się do poprawy zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach zawieranych na wykonanie obiektów infrastruktury liniowej. Niemniej jednak Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia brak skuteczności, naruszanie zasad z punktu widzenia kryteriów rzetelności, legalności, gospodarności i celowości oraz opieszałość w podejmowaniu niektórych inicjatyw. W rezultacie nie zapewniono wystarczającej ochrony interesu Skarbu Państwa, zapobiegającej ryzyku utraty zdolności inwestorów, reprezentujących stronę publiczną, do planowej i efektywnej realizacji rządowych programów inwestycyjnych. Finansowe skutki ujawnionych w toku kontroli nieprawidłowości wyniosły łącznie 35,9 mln zł.

Ocenę ogólną uzasadniają następujące ustalenia kontroli:

1. Minister nie wyegzekwował od rad ekspertów realizacji wyznaczonych zadań, w tym opracowania spójnej propozycji wzorów umów, przeznaczonych do stosowania przez PKP PLK S.A i GDDKiA w kontraktach zawieranych na budowę obiektów infrastruktury liniowej. Przyjęte przez Ministra mechanizmy nadzoru nad radami ekspertów, których celem było opiniowanie i inicjonowanie działań Ministra we wdrażaniu skutecznych rozwiązań służących optymalizacji realizacji rządowych programów inwestycyjnych, zostały opracowane nierzetelne i były nieskuteczne. Ograniczyło to znacząco możliwości skutecznego oddziaływania Ministra na prawidłowość realizacji nadzorowanych programów inwestycyjnych, a zwłaszcza na kompletność, rzetelność oraz skuteczność stosowanych klauzul w zakresie waloryzacji kontraktów i solidarnej odpowiedzialności inwestora.
2. Po przejęciu w listopadzie 2019 r. nadzoru właścicielskiego nad PKP PLK S.A. przez Ministerstwo Aktywów Państwowych, Minister nie wdrożył systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez podległy aparat wykonawczy bieżącego monitoringu poziomu roszczeń podwykonawców kontraktów budowlanych, zgłaszanych do PKP PLK S.A. z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora. W ocenie Najwyższej Izby Kontroli w celu rzetelnego i skutecznego nadzoru nad realizacją Programu Kolejowego, Minister powinien dysponować pełną i bieżącą analizą obejmującą stan wspomnianych roszczeń.
3. Przyjęty w GDDKiA katalog wzorów umów wykonawczych nie obejmował dokumentacji wzorcowej dotyczącej zadań inwestycyjnych realizowanych poza Programem Drogowym oraz o wartości poniżej 100 mln zł. Umożliwiło to dowolność w kształtowaniu postanowień umownych, w tym rozwiązań warunkujących odpowiednie zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa.
4. Stosowane w umowach wykonawczych wzorcowe klauzule dotyczące waloryzacji wartości kontraktu, w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, w sposób nieuzasadniony przenosiły na Skarb Państwa ciężar podniesienia płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy.
5. Mechanizmy waloryzacyjne, stosowane w kontraktach zawieranych przed styczniem 2019 r. z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i usług, były nieskuteczne. Wpływało to na pogorszenie rentowności realizowanych zadań, płynności finansowej wykonawców, a nawet skutkowało ich niewypłacalnością, co w konsekwencji prowadziło do zaległości finansowych wobec podwykonawców. Powstałe zatory płatnicze narażały interes Skarbu Państwa nie tylko na skutki roszczeń z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, ale przede wszystkim zakłócały ciągłość procesu inwestycyjnego. Uregulowania te były również nieprecyzyjne, co skutkowało zlecaniem interpretacji wewnętrznych regulacji. Koszty sześciu opinii prawnych, sporządzonych na zlecenie regionu Południowego CRI, wyniosły 24,4 tys. zł. W ocenie NIK było to niecelowe, nierzetelne i niegospodarne.

6. O ile znowelizowane w styczniu 2019 r. wzorcowe mechanizmy waloryzacyjne, uruchamiane z powodu wzrostu cen materiałów budowlanych i usług, były korzystniejsze dla wykonawców zadań inwestycyjnych, to jednak ograniczały wypłatę roszczeń waloryzacyjnych do maksymalnie 5% wartości kontraktu w całym okresie jego realizacji. Prace nad zmianą regulacji waloryzacyjnych trwały ponad rok. W tym czasie zawierano kolejne kontrakty na warunkach uniemożliwiających skuteczne dochodzenie należności, co naraziło Skarb Państwa na powstanie roszczeń, których część została skierowana na drogę postępowania sądowego.
7. Działaniem nielegalnym, niecelowym i niegospodarnym było wyłączenie przez GDDKiA na okres 15 miesięcy ze wzorów umów możliwości stosowania przez wykonawców kontraktów budowlanych waloryzacji sądowej. Dopiero w styczniu 2019 r. przywrócono tę ścieżkę prawną, co było konsekwencją rozstrzygnięć KIO w sprawie odwołań wykonawców drogowych kontraktów budowlanych, którzy zaskarżyli bezprawne wprowadzenie przedmiotowej regulacji. Na rzecz skarżących zasądzono od GDDKiA zwrot kosztów postępowań w łącznej wysokości 248,5 tys. zł.
8. Przyjęte przez zarząd PKP PLK S.A. i Generalnego Dyrektora DKiA mechanizmy nadzoru nad stosowaniem przez podległe jednostki organizacyjne wzorów kontraktowych były niewystarczające. W 5,5% skontrolowanych umów inwestorzy dokonali nieuprawnionych odstępstw od wzorcowych uregulowań obejmujących klauzule waloryzacyjne i związane z solidarną odpowiedzialnością inwestora. Dotyczyły one pominięcia wymaganych zapisów lub przyjęcia rozwiązań nieuwzględnionych we wzorach. Natomiast 41% skontrolowanych umów, dla których w GDDKiA nie przyjęto wzorów, zawierało postanowienia, które nie zabezpieczały w pełni interesu Skarbu Państwa.
9. Analiza skontrolowanych wniosków roszczeniowych, skierowanych przez podwykonawców wobec kontrolowanych jednostek z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora wykazała, że poza nieprawidłowościami stwierdzonymi w regionie Północnym CRI, sposób ich rozpatrywania, realizacja oraz postępowania regresowe wobec wykonawców kontraktów odbywały się rzetelnie. Finansowe skutki ujawnionych nieprawidłowości wyniosły 35 653,3 tys. zł, z tego płatności 1 145,4 tys. zł stanowiły uszczuplenie środków inwestora, a 34 507,9 tys. zł wydatkowano z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami.
10. Łączna wartość dokonanej przez PKP PLK S.A. waloryzacji umownej wyniosła 24 398,3 tys. zł (10,7% ogółu roszczeń), odmówiono wypłaty 96 936,7 tys. zł, a do rozpatrzenia pozostały roszczenia na 107 081,4 tys. zł. W relacji do zaawansowania finansowego zadań realizowanych w ramach Programu Drogowego oraz innych zadań o wartości powyżej 100 mln zł, dokonana przez GDDKiA waloryzacja w wysokości 320 383 tys. zł kształtowała się na poziomie zaledwie 0,84%. Przyczyną relatywnie niskiej wypłaty roszczeń waloryzacyjnych było stosowanie umownych mechanizmów, które były nieskuteczne lub nie dawały gwarancji pełnej rekompensaty wzrostu rynkowych cen materiałów budowlanych i usług, mających wpływ na koszty robót.
11. W PKP PLK S.A. rzetelnie prowadzono monitoring poziomu roszczeń, zgłaszanych wobec regionów CRI przez wykonawców i podwykonawców umów wykonawczych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora, a także prawidłowości ich realizacji. System monitoringu, prowadzony w powyższym zakresie przez Centralę GDDKiA, nie uwzględniał natomiast zadań inwestycyjnych, dla których nie zostały przyjęte wzory umów.

3. SYNTEZA WYNIKÓW KONTROLI

Nieskuteczność i nierzetelność działań Ministra podejmowanych w celu opracowania i wdrożenia wzorów umów wykonawczych na budowę infrastruktury liniowej

Przyjęte mechanizmy nadzoru nad radami ekspertów, które zostały utworzone przez Ministra w celu opiniowania i inicjonowania działań we wdrażaniu skutecznych rozwiązań służących optymalizacji realizacji rządowych programów inwestycyjnych, opracowane zostały nierzetelnie i były nieskuteczne. Organy pomocnicze Ministra nie zrealizowały celów przez niego wskazanych, a w szczególności nie wypracowały spójnej propozycji wzorów umów na budowę obiektów infrastruktury liniowej w sektorach drogowym i kolejowym. Ograniczało to znacząco możliwości skutecznego oddziaływania Ministra na prawidłowość realizacji nadzorowanych programów, w tym na kompletność, rzetelność oraz skuteczność klauzul waloryzacyjnych i dotyczących solidarnej odpowiedzialności inwestora, stosowanych w kontraktach budowlanych zawieranych przez PKP PLK S.A. i GDDKiA. [str. 18–20]

Nadzór Ministra nad tworzeniem nowych zasad waloryzacji kontraktów budowlanych

Minister uczestniczył w pracach nad opracowaniem nowych zasad waloryzacji stosowanych przez GDDKiA i PKP PLK S.A. w kontraktach budowlanych. W efekcie tych działań, które rozpoczęto w 2017 r. w reakcji na znaczny wzrost cen materiałów budowlanych, w styczniu 2019 r. inwestorzy wdrożyli do wzorów umów nowe uregulowania w tym zakresie, korzystniejsze dla wykonawców zadań inwestycyjnych. Minister konsultował również możliwości korekt mechanizmów waloryzacyjnych w poprzednio zawartych umowach, jednakże z uwagi na przeszkody natury prawnej nowe rozwiązania waloryzacyjne nie objęły tych kontraktów. [str. 19]

Niewystarczający nadzór Ministra nad skalą roszczeń zgłaszanych z tytułu należnych i zwaloryzowanych wynagrodzeń

Po przejęciu w listopadzie 2019 r. nadzoru właścicielskiego nad PKP PLK S.A. przez Ministerstwo Aktywów Państwowych, Minister nie wdrożył systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez podległy aparat wykonawczy bieżącego monitoringu poziomu roszczeń podwykonawców kolejowych kontraktów budowlanych realizowanych w ramach Programu Kolejowego, zgłaszanych do PKP PLK S.A. z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Zdaniem NIK koniecznym elementem prowadzenia przez Ministra rzetelnego nadzoru nad realizacją Programu Kolejowego powinno być bieżące rozpoznanie aspektu kondycji finansowej podwykonawców robót, ze szczególnym uwzględnieniem ich problemów z dochodzeniem wymagalnych należności od wykonawców poszczególnych zadań inwestycyjnych. W celu umożliwienia podejmowania skutecznych działań prewencyjnych i interwencyjnych w tym zakresie, Minister powinien dysponować pełną i bieżącą analizą obejmującą stan roszczeń zgłaszanych wobec PKP PLK S.A. przez podwykonawców kontraktów budowlanych z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora.

W pozostałym zakresie przyjęte w MI mechanizmy nadzoru nad realizacją rządowych programów inwestycyjnych umożliwiały bieżącą i rzetelną analizę stanu oraz zmian dynamiki wartości roszczeń zgłaszanych do inwestorów z tytułu należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń. W reakcji na wpływające do MI skargi podwykonawców zadań inwestycyjnych, dotyczące problemów z dochodzeniem od GDDKiA i PKP PLK wypłaty wymagalnych należności z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, Minister bezzwłocznie wszczynał i skutecznie finalizował postępowania wyjaśniające [str. 21–23]

W PKP PLK S.A. opracowano, a następnie stosowano i aktualizowano wzory umów wykonawczych dla wszystkich rodzajów zadań związanych z budową infrastruktury kolejowej.

Przyjęty w Centrali GDDKiA i wdrożony do stosowania katalog wzorów umów wykonawczych nie obejmował natomiast dokumentacji wzorcowej dotyczącej zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków krajowych, tj. realizowanych poza Programem Drogowym oraz o wartości poniżej 100 mln zł. Umożliwiło to oddziałom GDDKiA dowolność w kształtowaniu postanowień umownych, w tym rozwiązań warunkujących odpowiednie zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w przypadku roszczeń zgłaszanych wobec inwestora o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia. Ograniczyło to również możliwości Centrali GDDKiA w zakresie nadzoru nad prawidłowością, rzetelnością i kompletnością regulacji zastosowanych w kontraktach dotyczących wyżej wymienionych zadań, a także oddziaływania prewencyjnego i reagowania na niekorzystne dla inwestora zdarzenia gospodarcze występujące w trakcie realizacji zlecanych przedsięwzięć. O dowolności postanowień zamieszczonych w tych umowach świadczą wyniki badań przeprowadzonych w Centrali GDDKiA na próbie 130 kontraktów. Stwierdzono, że w 118 umowach (91%) nie zastosowano klauzul waloryzacyjnych z uwagi na zmiany cen materiałów budowlanych, a w pozostałych uwzględniono te regulacje. Stwierdzono przypadek, w którym powołując się na brak umownych klauzul waloryzacyjnych, inwestor odmówił wypłaty uzasadnianego roszczenia. Z kolei w umowach zawierających te mechanizmy przyjmowano zróżnicowane rozwiązania szczegółowe. Na przykład stosowano wzorcowe zapisy dla zadań ujętych w Programie Drogowym, określano mechanizm miesięcznej waloryzacji z wykorzystaniem wskaźnika cen obiektów drogowych lub uzależniano wypłatę roszczenia od akceptacji wniosku wykonawcy. [str. 23–24, 28–29]

Przyjęta przez inwestorów część wzorcowych klauzul dotyczących mechanizmów waloryzacyjnych nie chroniła należycie zarówno interesu inwestora, jak również nie zabezpieczała wykonawców kontraktów.

Skutki wynikające ze stosowania wzorcowej klauzuli dotyczącej waloryzacji wartości kontraktu, z uwagi na zmianę przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, naruszały interesy inwestorów. Przyjęte rozwiązanie, że wzrost kosztów wykonania umowy będzie liczony przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto pracowników, stanowiło nieuzasadnione przeniesienie na Skarb Państwa ciężaru podwyższenia płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy.

Obowiązujące do stycznia 2019 r. wzorcowe mechanizmy waloryzacji, z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i usług, uniemożliwiły wykonawcom kontraktów budowlanych skuteczne dochodzenie należności z tego tytułu. Ponadto były one nieprecyzyjne i niejednoznaczne w zakresie sposobu obliczania wskaźnika waloryzacji. Podczas rozpatrywania zasadności roszczeń z tego tytułu regiony CRI, bez wcześniejszego wystąpienia do Centrali CRI, zlecały zewnętrznym kancelariom prawnym sporządzanie opinii w sprawie interpretacji własnych uregulowań waloryzacyjnych, co w ocenie NIK było niecelowe, nierzetelne i niegospodarne. Zdaniem NIK wszelkie niejasności w zakresie interpretacji własnych procedur powinny

Nieopracowanie przez GDDKiA wzorów umów dla wszystkich rodzajów zadań inwestycyjnych

Nierzetelne opracowywanie i opieszałe nowelizowanie przez inwestorów części klauzul waloryzacyjnych

być rozstrzygane przez autora tych rozwiązań. Koszty sześciu opinii prawnych, sporządzonych na zlecenie regionu Południowego CRI, wyniosły łącznie 24,4 tys. zł i trudno te wydatki ocenić pozytywnie z punktu widzenia dbałości o interesy ekonomiczne PKP PLK S.A.

Znowelizowane w styczniu 2019 r. uregulowania waloryzacyjne, stosowane w przypadku zmian cen materiałów budowlanych i usług, ograniczyły waloryzację umowną do maksymalnie 5% wartości kontraktu w całym okresie jego realizacji. W ocenie NIK spowodowało to ryzyko niepełnej rekompensaty wykonawcom zadań inwestycyjnych kosztów wynikających z rosnących cen materiałów budowlanych i usług. Uzasadnia to potrzebę rozważenia celowości zaprzestania limitowania wypłat z tytułu waloryzacji umownej.

W ocenie NIK nowe mechanizmy zostały wprowadzone z opóźnieniem, gdyż prace nad ich zmianą rozpoczęto już pod koniec 2017 r. Tymczasem w okresie ponad roku zawierano kolejne umowy wykonawcze na warunkach uniemożliwiających waloryzację wynagrodzenia za wykonane roboty, co narażało inwestorów na powstanie roszczeń, których część została skierowana na drogę postępowania sądowego. [str. 24–27, 36]

Nieuprawnione
wyłączenie przez
GDDKiA z klauzuli
waloryzacyjnej
możliwości stosowania
waloryzacji sądowej

Dochodzenie, przez wykonawców drogowych zadań inwestycyjnych, roszczeń waloryzacyjnych na drodze sądowej było utrudnione. Działając nielegalnie, niecelowo i niegospodarnie GDDKiA wyłączyła bowiem z dokumentów wzorcowych, na okres 15 miesięcy, możliwość stosowania waloryzacji sądowej. Dopiero w styczniu 2019 r. przywrócono tę ścieżkę prawną, co było konsekwencją rozstrzygnięć KIO w sprawie odwołań wykonawców drogowych kontraktów budowlanych, którzy zaskarżyli bezprawne wprowadzenie przedmiotowej regulacji. Na rzecz skarżących zasądzono od GDDKiA zwrot kosztów postępowań w łącznej kwocie 248,5 tys. zł. Należy zaznaczyć, że pomimo pierwszych niekorzystnych dla GDDKiA rozstrzygnięć KIO, w marcu 2018 r. Minister zalecił GDDKiA pozostawienie zapisów wyłączających możliwość waloryzacji sądowej, podtrzymywanie przed KIO stanowiska o zasadności zastosowania tych rozwiązań, jak też złożenie skargi do sądu powszechnego na dotychczasowe rozstrzygnięcia KIO. Dopiero po kolejnych orzeczeniach KIO oraz zmianie stanowiska przez Ministra i PGRP w przedmiotowej sprawie, w styczniu 2019 r. zapis wyłączający stosowanie waloryzacji sądowej został usunięty ze wzorów umów wykonawczych. [str. 30–31]

Nieuprawnione
dokonywanie zmian
w części kontraktów
budowlanych w relacji do
wymagań dokumentacji
wzorcowej

Badanie kontraktów budowlanych zawartych przez kontrolowane regiony CRI i oddziały GDDKiA, do których miały zastosowanie przyjęte wzory umów wykazało, że w 5,5% skontrolowanych umów dokonano nieuprawnionych odstępstw od wzorcowych uregulowań. Dotyczyły one pominięcia wzorcowych zapisów lub przyjęcia uregulowań nieuwzględnionych we wzorach. Na przykład pominięto: postanowienia regulujące waloryzację kontraktu na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz waloryzujące ceny i kwotę warunkową, tekst klauzuli regulującej zmianę ceny kontraktu o wskaźnik waloryzacji, zapisy zabezpieczające inwestora przed podwójną płatnością oraz procedurę dokonywania wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom przez wykonawcę

robót budowlanych. Ponadto w umowach zawartych na okres poniżej 12 miesięcy wprowadzano klauzule waloryzacyjne pomimo, że taki obowiązek nie wynikał z przepisów prawa, jak też nie był wymagany przyjętymi wzorami. [str. 27–28, 31–32]

W wyniku analizy kontraktów zawartych przez kontrolowane oddziały GDDKiA, dla których Centrala GDDKiA nie przyjęła wzorów, stwierdzono, że postanowienia 41% skontrolowanych umów wykonawczych nie chroniły należycie interesu Skarbu Państwa. Ujawnione nieprawidłowości polegały głównie na: niezamieszczaniu zapisów dotyczących obowiązku przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom i szczegółowej procedury raportowania w tym zakresie, a także nieuwzględnianiu postanowień dotyczących zasad i trybu zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wniosek inwestora oraz nieokreślaniu zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. [str. 32–34]

Z tytułu roszczeń podwykonawców kolejowych robót budowlanych, zgłoszonych do PKP PLK S.A. w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora, w okresie objętym kontrolą regiony CRI rozpatrywały 654 wnioski o wypłatę 480 478,1 tys. zł. Z ogólnej kwoty zgłoszonych roszczeń wypłacono 345 663,8 tys. zł (72%), odrzucono 205 wniosków na kwotę 82 066,2 tys. zł, a 130 wniosków obejmujących roszczenia na 52 748,1 tys. zł pozostawało na etapie weryfikacji³. W ramach prowadzonych postępowań regresowych, z wypłaconych podwykonawcom należności odzyskano od wykonawców kontraktów kolejowych 237 427 tys. zł (68,7%), z tego w wyniku potrącenia 233 920,8 tys. zł (98,5%), a pozostałe w kwocie 105 969 tys. zł pozostawały na etapie dochodzenia.

Podwykonawcy drogowych zadań inwestycyjnych złożyli do GDDKiA 1167 wniosków roszczeniowych o wypłatę należnego wynagrodzenia za wykonane prace w łącznej kwocie 510 069,9 tys. zł, które nie zostało terminowo uregulowane przez wykonawców kontraktów. W wyniku weryfikacji inwestor wypłacił 249 884,8 tys. zł (49%). Do odzyskania od wykonawców, w ramach prowadzonych postępowań regresowych, pozostawało 77 261,3 tys. zł, tj. 30,9% należności wypłaconych podwykonawcom przez inwestora z tytułu solidarnej odpowiedzialności. W trakcie realizacji dziewięciu drogowych zadań inwestycyjnych, dokonując na rzecz podwykonawców płatności w łącznej kwocie 685 962,9 tys. zł, którym wykonawcy nie zapłacili wymagalnego wynagrodzenia, inwestor zastosował instytucję przekazu⁴. Mechanizm ten został zastosowany w celu zapewnienia kontynuacji realizacji zawieszonych przez podwykonawców robót, a także ograniczenia ryzyka ich upadłości oraz podwójnej zapłaty inwestora za wykonane prace. Przy stosowaniu instytucji przekazu każdorazowo zawarte zostały porozumienia pomiędzy inwestorem, wykonawcami lub podwykonawcami, w których wykonawcy dobrowolnie przekazali swoje wierzytelności na rzecz podwykonawców. Badanie, przeprowadzone na próbie 5,4% wniosków roszczeniowych zgłoszonych do kontrolowanych

Niewystarczająca
ochrona interesu
Skarbu Państwa
w umowach na realizację
zadań, dla których
GDDKiA nie opracowała
dokumentacji wzorcowej

Uruchamianie
procedury solidarnej
odpowiedzialności
inwestora

³ Według stanu na koniec I półrocza 2020 r.

⁴ Uregulowaną przepisami art. 921¹–921⁵ ustawy Kc.

Nieprawidłowości
przy realizacji roszczeń
z tytułu solidarnej
odpowiedzialności
inwestora

oddziałów GDDKiA, nie wykazało nieprawidłowości w zakresie rzetelności rozpatrywania, realizacji oraz dochodzenia regresowego od wykonawców kontraktów należności wypłaconych podwykonawcom. [str. 34]

Szczegółowa analiza 15% wniosków roszczeniowych skierowanych do kontrolowanych regionów CRI wykazała, że poza nieprawidłowościami stwierdzonymi w regionie Północnym CRI, sposób ich rozpatrywania, realizacja oraz postępowania regresowe wobec wykonawców kontraktów odbywały się rzetelnie oraz zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami ustanowionych procedur wewnętrznych. Nieprawidłowości ujawnione zostały w regionie Północnym CRI. Ich skutki finansowe wyniosły 35 653,3 tys. zł, z tego płatności w wysokości 1145,4 tys. zł stanowiły uszczuplenie środków inwestora, a 34 507,9 tys. zł wydatkowano z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami. Inwestor wypłacił wykonawcy kontraktu 34 507,9 tys. zł za roboty wykonane przez podwykonawców, pomimo braku wymaganych zgodnych oświadczeń tych kontrahentów o niezaleganiu z płatnościami. Ponadto nie podjęto działań zmierzających do wyegzekwowania kwoty 1 145,4 tys. zł, stanowiącej nieodzyskane od wykonawcy kontraktu należności wypłacone podwykonawcom z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora. [str. 34–35]

Uruchamianie
przez inwestorów
procedury waloryzacji
kontraktów

W PKP PLK S.A rozpatrywano 46 wniosków o waloryzację kontraktów na łączną kwotę 228 416,4 tys. zł, z tego 45 w związku ze wzrostem cen materiałów budowlanych i kosztów zatrudnienia. W wyniku rozpatrzenia 35 wniosków zwaloryzowano kontrakty o 24 398,3 tys. zł (10,7% ogółu roszczeń), odmówiono wypłaty 96 936,7 tys. zł, a do rozpatrzenia pozostało 11 wniosków na 107 081,4 tys. zł. [str. 36]

W relacji do zaawansowania finansowego zadań realizowanych w ramach Programu Drogowego oraz innych zadań o wartości powyżej 100 mln zł, dokonana przez GDDKiA umowna waloryzacja w wysokości 320 383 tys. zł kształtowała się zaledwie na poziomie 0,84%, podczas gdy zgodnie z publikacjami GUS wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej wzrósł, w porównaniu do 2015 r., o 2,9% w 2018 r. i o 6,5% w 2019 r. Ponadto wykonawcy drogowych zadań inwestycyjnych zgłosili do inwestora 54 wnioski roszczeniowe o wyrównanie wzrostu kosztów realizacji kontraktów z powodu niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów budowlanych i usług, który przewyższył limit waloryzacji umownej. Łączna wartość tych roszczeń wyniosła 53 048,1 tys. zł, z tego⁵ w trakcie rozpatrywania pozostawały roszczenia o wartości 48 666,7 tys. zł. Roszczenia na kwotę 3700,1 tys. zł odrzucono, a pozostałe zostały wycofane. Przyczyną odmowy wypłaty roszczeń były umowne mechanizmy waloryzacyjne, nieodzwierciedlające rzeczywistej dynamiki rynkowych cen materiałów budowlanych i usług.

W ocenie Najwyższej Izby Kontroli relatywnie niski poziom wypłacanej przez inwestorów waloryzacji umownej, a także odmowa wypłaty roszczeń przewyższających limity kontraktowe, przy jednoczesnym nieuprawnionym

⁵ Na koniec I półrocza 2020 r.

okresowym pozbawieniu przez GDDKiA możliwości dochodzenia waloryzacji na drodze sądowej, powodowały wymierne straty wykonawców, pogorszenie ich płynności finansowej, a w konsekwencji ryzyka związane z zakłóceniem ciągłości procesu inwestycyjnego. [str. 38–40]

W Centrali CRI rzetelnie prowadzono monitoring poziomu roszczeń zgłaszanych do regionów CRI przez wykonawców i podwykonawców umów wykonawczych z tytułu waloryzacji kontraktów i solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz sposób ich realizacji. Obejmował on również zmiany wynagrodzeń wykonawców w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, jak też terminowość i skalę naliczanych kar umownych oraz płatności dokonywanych na rzecz podwykonawców. [str. 37]

System monitoringu, prowadzony w powyższym zakresie przez Centralę GDDKiA, był niekompletny. Nie uwzględniał on bowiem zadań inwestycyjnych, dla których nie zostały przyjęte wzory umów. [str. 40]

Przyjęte przez zarząd PKP PLK S.A. i Generalnego Dyrektora DKiA mechanizmy nadzoru nad stosowaniem przez podległe jednostki organizacyjne wzorów kontraktowych były niewystarczające. Nie zapobiegły one ujawnianym w toku kontroli NIK nieprawidłowościom, które zostały przywołane w rozdziale 5. Ważniejsze wyniki kontroli niniejszej Informacji. [str. 40-41]

Niewystarczający monitoring Centrali GDDKiA w zakresie zgłaszanych roszczeń i sposobu ich realizacji

Niewystarczający nadzór inwestorów nad stosowaniem wzorów kontraktowych

4. WNIOSKI

Minister Infrastruktury

Biorąc pod uwagę potrzebę poprawy skuteczności i rzetelności nadzoru sprawowanego nad działalnością rad ekspertów, jak też zwiększenia efektywności bezpośredniego nadzoru nad realizacją rządowych programów inwestycyjnych, Najwyższa Izba Kontroli wnosi o podjęcie działań mających na celu:

1. *Zorganizowanie pracy organów pomocniczych o charakterze doradczym w sposób zapewniający istotne wsparcie działań Ministra, podejmowanych na rzecz zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w ramach nadzoru sprawowanego nad realizacją rządowych programów inwestycyjnych.*
2. *Wdrożenie systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez aparat wykonawczy Ministra kompletnego monitoringu poziomu roszczeń z tytułu należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń, zgłaszanych do inwestorów przez wykonawców i podwykonawców zadań inwestycyjnych, realizowanych w ramach rządowych programów inwestycyjnych.*

Generalny Dyrektor
DKiA

Wdrożony do stosowania w GDDKiA katalog wzorów umów wykonawczych nie obejmował dokumentacji wzorcowej dotyczącej zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków krajowych, tj. realizowanych poza Programem Drogowym oraz o wartości poniżej 100 mln zł. Umożliwiło to oddziałom GDDKiA dowolność w kształtowaniu postanowień umownych, w tym rozwiązań warunkujących poziom zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w przypadku roszczeń zgłaszanych wobec inwestora o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia. Ponadto funkcjonujący w GDDKiA system monitorowania poziomu roszczeń zgłaszanych z tego tytułu nie uwzględniał zadań inwestycyjnych, dla których nie zostały przyjęte wzory umów. Z tego powodu Najwyższa Izba Kontroli wnosi o podjęcie działań mających na celu:

3. *Wdrożenie do powszechnego stosowania w strukturze GDDKiA dokumentacji wzorcowej dla wszystkich rodzajów umów wykonawczych na drogowe roboty budowlane, z uwzględnieniem klauzul należycie zabezpieczających interes Skarbu Państwa w przypadku konieczności wypłaty podwykonawcom i wykonawcom zadań inwestycyjnych należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia.*
4. *Rzetelne prowadzenie monitoringu realizacji wszystkich umów wykonawczych zawieranych przez oddziały GDDKiA, obejmującego w szczególności bieżący poziom i dynamikę zmian wartości roszczeń wypłacanych podwykonawcom i wykonawcom zadań inwestycyjnych z tytułu należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia.*

Generalny Dyrektor
DKiA
Prezes Zarządu
PKP PLK S.A

Skutki wynikające ze stosowania wzorcowej klauzuli dotyczącej waloryzacji kwoty kontraktu, w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, w sposób nieuzasadniony przenosiły na inwestora ciężar podniesienia płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy. W celu wyeliminowania tego zjawiska Najwyższa Izba Kontroli wnosi o:

5. *Dokonanie zmiany brzmienia wzorcowej klauzuli dotyczącej waloryzacji kwoty kontraktu na skutek zmiany przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, w sposób zabezpieczający interes inwestora przed nieuzasadnionymi roszczeniami wykonawców kontraktów.*

Z uwagi na ujawnione w kontrolowanych oddziałach GDDKiA i regionach CRI nieprawidłowości polegające głównie na dokonywaniu nieuprawnionych zmian w zawieranych kontraktach budowlanych, w relacji do wymagań aktualnie obowiązującej dokumentacji wzorcowej, zamieszczaniu zapisów niezabezpieczających w pełni interesu inwestora, nierzetelnej realizacji roszczeń zgłaszanych z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, komercyjnym zlecaniu interpretacji własnych procedur oraz nierzetelnym sposobie raportowania, Najwyższa Izba Kontroli wnioskuje o:

6. *Wdrożenie, w ramach sprawowanego nadzoru nad podległymi jednostkami organizacyjnymi, skutecznych mechanizmów zapobiegających w przyszłości występowaniu nieprawidłowości w tym zakresie.*

W związku z wejściem w życie 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy Pzp⁶, Najwyższa Izba Kontroli zwraca się o podjęcie działań mających na celu:

7. *Dostosowanie, pod nadzorem ministra właściwego ds. transportu, wzorów umów stosowanych przez inwestorów w kontraktach zawieranych na budowę obiektów infrastruktury liniowej, do aktualnie obowiązujących uregulowań ustawowych.*

⁶ Ustawa z dnia 11 września 2019 r.–Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r. ze zm.).

5. WAŻNIEJSZE WYNIKI KONTROLI

5.1. Sprawowanie przez ministra infrastruktury nadzoru nad realizacją rządowych programów budowy infrastruktury liniowej w zakresie stosowanych przez inwestorów wzorów kontraktowych oraz nad utworzonymi organami pomocniczymi o charakterze doradczym

Działania Ministra właściwego ds. transportu w zakresie sprawowania nadzoru nad całokształtem działalności rad ekspertów, których zadaniem było opiniowanie i inicjonowanie działań Ministra we wdrażaniu skutecznych rozwiązań służących optymalizacji realizacji rządowych programów inwestycyjnych, były nierzetelne i nieskuteczne. Nie zapewniły one osiągnięcia przez te organy wyznaczonych celów, jak też nie zapobiegły występowaniu nieprawidłowości w ich bieżącym funkcjonowaniu. Jako dysponent efektów pracy rad ekspertów, Minister nie wyegzekwował w szczególności opracowania propozycji wzorów umów na realizację zamówień publicznych w sektorach kolejowym i dróg publicznych. W ocenie NIK ograniczyło to znacząco możliwości skutecznego oddziaływania Ministra na prawidłowość realizacji nadzorowanych rządowych programów inwestycyjnych, a zwłaszcza na kompletność, rzetelność oraz skuteczność stosowanych klauzul w zakresie waloryzacji kontraktów i solidarnej odpowiedzialności inwestora.

5.1.1. Działania Ministra w celu opracowania i wdrożenia zmian szczególnych warunków kontraktów uwzględniających problematykę waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora

Nieskuteczność i nierzetelność działań Ministra podejmowanych w celu opracowania i wdrożenia wzorów umów wykonawczych na budowę infrastruktury liniowej

Na podstawie art. 7 ust. 4 pkt 5 ustawy o Radzie Ministrów, Minister – jako organ nadzorujący realizację rządowych programów inwestycyjnych – utworzył w 2016 r. dwie rady ekspertów⁷, tj. Radę Drogową⁸ i Radę Kolejową⁹. Jednym z zadań wyznaczonych przez Ministra dla rad ekspertów było wypracowanie, do ewentualnej akceptacji Ministra, wzorów umów do stosowania przez GDDKiA i PKP PLK S.A. na realizację zamówień publicznych w sektorach kolejowym i drogowym.

Rady ekspertów nie zrealizowały wyznaczonego zadania, a działania nadzorcze Ministra, podejmowane w celu jego wyegzekwowania były nierzetelne i nieskuteczne. Tworząc rady ekspertów, Minister nie zapewnił warunków niezbędnych do wypracowania propozycji wzorów umów. Osoby powołane przez Ministra w skład rad ekspertów nie posiadały odpo-

⁷ W skład rad ekspertów, działających jako organy pomocnicze Ministra o charakterze doradczym, Minister powołał przedstawicieli (według właściwości branżowej): MI, PKP PLK S.A., GDDKiA, CUPT, organizacji branżowych z dziedziny drogownictwa i kolejnictwa oraz niezależnych ekspertów i środowisk naukowych.

⁸ Zarządzeniem nr 25 Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 30 maja 2016 r. w sprawie utworzenia rady ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji drogowych (Dz. Urz. MliB poz. 38).

⁹ Zarządzeniem nr 53 Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie utworzenia rady ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji kolejowych (Dz. Urz. MliB poz. 84).

wiednich kompetencji do samodzielnej realizacji wyznaczonego zadania, a przyjęte przez Ministra mechanizmy nadzoru były niewystarczające i nieskuteczne.

W ocenie NIK Minister powinien zadbać o to, aby w pracach rad ekspertów nad opracowaniem propozycji wzorów umów uczestniczyli specjaliści posiadający kompetencje umożliwiające wykonanie tego zadania.

W ramach prac, mających na celu opracowanie propozycji wzorów umów przeznaczonych do stosowania przez PKP PLK S.A. na realizację zamówienia publicznego w sektorze kolejowym, Rada Kolejowa nie podjęła działań skutkujących przyjęciem oficjalnych rozwiązań w tym zakresie. Natomiast Rada Drogowa we wrześniu 2016 r. opracowała i przyjęła w formie uchwały tzw. matrycę ryzyk, jako podstawę do dalszych prac nad wzorami umów przeznaczonych do stosowania przez GDDKiA. Ostatecznie podjęto jednak decyzję, że wypracowane założenia przez Radę Drogową uwzględnione zostaną przez PKP PLK S.A. i GDDKiA w opracowanych przez te jednostki stosowanych umowach wzorcowych poprzez ich aktualizację.

W reakcji na problem znacznego wzrostu w 2017 i 2018 r. cen materiałów budowlanych, w powiązaniu z koniecznością wypracowania odpowiednich rozwiązań dla branż kolejowej i drogowej w zakresie waloryzacji nowych kontraktów, na wspólnych posiedzeniach rad ekspertów przygotowano¹⁰ propozycje nowych zasad waloryzacji przyszłych kontraktów inwestycyjnych zawieranych przez wykonawców rządowych programów inwestycyjnych. W efekcie tych działań w styczniu 2019 r. nowe mechanizmy waloryzacji zostały wdrożone przez GDDKiA i PKP PLK S.A. w stosowanych przez te podmioty wzorach umów wykonawczych.

Jednocześnie wykonawcy zadań inwestycyjnych wskazywali na celowość prac nad zmianą mechanizmów waloryzacji również w kontraktach zawartych przed wejściem w życie nowych zasad waloryzacji. W celu rozwiązania tej kwestii, Minister konsultował¹¹ możliwości zaspokajania roszczeń wykonawców kontraktów budowlanych zgłaszanych wobec inwestorów z tytułu zwaloryzowania kwot za zrealizowane już roboty, w wysokości odpowiadającej faktycznemu wzrostowi cen materiałów. Ze względu na przeszkody natury prawnej adresaci wystąpień Ministra wskazali na brak możliwości zastosowania takich rozwiązań.

Nadzór Ministra nad tworzeniem nowych zasad waloryzacji kontraktów budowlanych

5.1.2. Nadzór Ministra nad całokształtem działalności rad ekspertów

Do zadań rad ekspertów, wyznaczonych przez Ministra, należało opracowanie według kompetencji branżowej:

- wzorów umów stosowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w sektorach drogowym i kolejowym;
- wytycznych dotyczących sporządzania opisów przedmiotu zamówienia publicznego oraz prowadzenia postępowań przetargowych w zakresie dróg publicznych i kolejnictwa;

Nierzetelny i nieskuteczny nadzór Ministra nad działalnością rad ekspertów

¹⁰ Przy udziale członków kierownictwa MI, inwestorów oraz przedstawicieli PGRP, GUS, UZP i CUPT.

¹¹ Z ministrami Finansów, Przedsiębiorczości i Technologii, Inwestycji i Rozwoju, dyrektorem CUPT oraz prezesami PGRP, UOKiK i UZP.

- docelowej formuły działań Narodowego Forum Kontraktowego, jako następcy Rady Drogowej;
- rekomendacji do wdrożenia rozwiązań opracowanych przez grupy merytoryczne w ramach Forum Inwestycyjnego, działającego przy PKP PLK S.A.

Wdrożone przez Ministra mechanizmy nadzoru nad działalnością rad ekspertów opracowane zostały nierzetelnie i były nieskuteczne. Przyjęte rozwiązania nie zapewniły osiągnięcia wyznaczonych celów, jak też nie zapobiegły występowaniu nieprawidłowości w bieżącym funkcjonowaniu tych organów. Ustalono, że:

- Minister, jako dysponent efektów pracy rad ekspertów, nie wyegzekwował realizacji powierzonych zadań. W tych sprawach aktywność członków rad ekspertów sprowadzała się wyłącznie do dyskusji na posiedzeniach, pomimo że powinna skutkować wypracowaniem propozycji konkretnych rozwiązań w formie uchwał, a następnie przedstawieniem ich do ewentualnej akceptacji Ministra, warunkującej wdrożenie proponowanych rozwiązań. W rezultacie wyspecjalizowane organy pomocnicze Ministra nie przyjęły żadnego oficjalnego i rozstrzygającego stanowiska w odniesieniu do zadań kompetencyjnych, a uchwały podjęte w innych sprawach, niezależnie od ich faktycznej realizacji, nie podlegały wymaganej procedurze akceptacji Ministra. Ostatnia uchwała Rady Drogowej, podjęta w czerwcu 2017 r., zakładała kontynuację prac nad wszystkimi zadaniami określonymi przez Ministra¹², natomiast ostatnia uchwała Rady Kolejowej z października 2017 r., podobnie jak poprzednie, nie miała związku z realizacją zadań należących do jej kompetencji¹³.

W ocenie NIK Minister, wydając zarządzenia tworzące rady ekspertów, powinien je ukształtować w sposób zapewniający skuteczny nadzór oraz precyzujący procedurę akceptacji podejmowanych uchwał. Natomiast w reakcji na nieprawidłowości związane z funkcjonowaniem organów pomocniczych Minister mógł i powinien znowelizować wydane zarządzenia;

- harmonogram prac obejmujący pierwsze cztery miesiące funkcjonowania Rady Kolejowej (styczeń–kwiecień 2017 r.) został przyjęty bez podjęcia wymaganej uchwały. W trakcie kolejnych sześciu miesięcy terminy spotkań i tematy do dyskusji były wyznaczone na bieżąco, co naruszało przyjęte zasady organizacji pracy. Dopiero w październiku 2017 r. wprowadzono kwartalny cykl posiedzeń w terminach ustalanych na bieżąco;
- posiedzenia rad ekspertów odbywały się z częstotliwością mniejszą od wymaganej. O aktywności rad ekspertów Minister był informowany w raportach z przebiegu prac, które były mu przekazywane nieterminowo.

¹² W trakcie 39 posiedzeń Rady Drogowej, podjęto łącznie 15 uchwał, z tego pięć w sprawie przyjęcia regulaminu pracy i kolejnych harmonogramów pracy.

¹³ Podczas 23 posiedzeń Rady Kolejowej podjęte zostały cztery uchwały, z tego dwie w sprawie przyjęcia regulaminu pracy i jego zmian.

5.1.3. Działania Ministra w zakresie monitoringu oraz analiz skuteczności dokonanych zmian szczególnych warunków kontraktu

Minister nie przeprowadzał analiz opracowanych i stosowanych przez GDDKiA i PKP PLK S.A. wzorów kontraktów na realizację inwestycji infrastrukturalnych pod kątem zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji oraz solidarnej odpowiedzialności inwestora. Podejmował natomiast konsultacje i interwencje oraz występował do inwestorów o złożenie wyjaśnień w związku z problemami zgłaszanymi w tym zakresie na forum rad ekspertów¹⁴ lub w formie skarg wpływających do MI od podwykonawców poszczególnych kontraktów budowlanych¹⁵.

Działania Ministra w zakresie wyjaśnienia przyczyn zatorów płatniczych podczas realizacji zadań inwestycyjnych

5.2. Sprawowanie przez ministra infrastruktury nadzoru nad działalnością PKP PLK S.A. i GDDKiA w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń

Wdrożone i stosowane przez podległy aparat wykonawczy Ministra mechanizmy nadzoru nad realizacją rządowych programów inwestycyjnych umożliwiały, poza niżej wymienionym przypadkiem, bieżącą i rzetelną analizę stanu oraz zmian dynamiki wartości roszczeń zgłaszanych do wykonawców tych programów z tytułu należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń. Niemniej jednak należy zaznaczyć, że po przejęciu w listopadzie 2019 r. nadzoru właścicielskiego nad PKP PLK S.A. przez Ministerstwo Aktywów Państwowych, Minister nie wdrożył systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez aparat wykonawczy w MI bieżącego monitoringu poziomu roszczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców kontraktów budowlanych realizowanych w ramach Programu Kolejowego, zgłaszanych do PKP PLK S.A. z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora. W ocenie NIK koniecznym elementem prowadzenia przez rzetelnego i kompleksowego systemu nadzoru nad realizacją Programu Kolejowego powinno być bieżące rozpoznanie aspektu kondycji finansowej podwykonawców robót, ze szczególnym uwzględnieniem ich problemów z dochodzeniem wymagalnych należności od wykonawców zadań inwestycyjnych. W celu umożliwienia podejmowania skutecznych działań prewencyjnych i interwencyjnych w tym zakresie, Minister powinien dysponować pełną i bieżącą analizą obejmującą stan roszczeń zgłaszanych wobec PKP PLK S.A. przez podwykonawców kontraktów budowlanych z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Niepełny nadzór Ministra nad skalą roszczeń zgłaszanych do inwestorów z tytułu należnych i zwaloryzowanych wynagrodzeń

W ramach nadzoru właścicielskiego nad PKP PLK S.A. do końca listopada 2019 r. Minister monitorował stopień realizacji Programu Kolejowego, w tym poziom roszczeń w zakresie należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń, kierowanych wobec PKP PLK S.A. przez wykonawców i podwykonawców kontraktów kolejowych. Odbywało się to poprzez kontrolę korporacyjną, za pośrednictwem rady nadzorczej i walnego zgromadzenia. W związku z przejęciem nadzoru finansowego nad PKP PLK S.A. przez Mini-

¹⁴ Przykłady takich działań Ministra zasygnalizowane zostały w podrozdziale 5.1.1. Informacji.

¹⁵ Przykłady takich działań Ministra zaprezentowane zostały w rozdziale 5.2. Informacji.

sterstwo Aktywów Państwowych oraz potrzebą monitorowania aktualnej sytuacji na rynku kolejowych inwestycji infrastrukturalnych, Departament Kolejnictwa w MI monitorował na bieżąco stan roszczeń waloryzacyjnych zgłaszanych wobec PKP PLK S.A przez wykonawców zadań inwestycyjnych.

W ramach nadzoru nad realizacją Programu Kolejowego, Minister podejmował interwencje mające na celu wyjaśnienie spornych kwestii finansowych, zgłaszanych do MI w formie skarg podwykonawców kontraktów kolejowych. Na przykład, w reakcji na skargi podwykonawców włoskiego koncernu Astaldi S.p.A.¹⁶, dotyczące problemów z regulowaniem należności przez tego wykonawcę kontraktu, a następnie odmową wypłaty wymagalnego wynagrodzenia przez PKP PLK S.A z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, w lipcu 2019 r. dyrektor Departamentu Kolejnictwa MI wezwał zarząd PKP PLK S.A. do złożenia wyjaśnień w tej sprawie. W odpowiedzi zarząd PLK szczegółowo uzasadnił przyczyny odmowy uznania w całości lub w części roszczeń 52 podwykonawców na łączną kwotę 5547,3 tys. zł¹⁷ wskazując, że roszczenia te nie znalazły oparcia zarówno w przepisach ustawy Pzp, jak też ustawy Kc.

Przepis art. 17 ust. 1 pkt 6 ustawy o drogach publicznych określił, że do zakresu działania Ministra należy sprawowanie nadzoru nad Generalnym Dyrektorem DKiA. Przepisy ustawy nie doprecyzowały jednakże szczegółowych zasad i trybu realizacji tego obowiązku. Wobec braku ustawowych regulacji w powyższym zakresie, w MI zostały wypracowane i wdrożone do stosowania skuteczne mechanizmy służące realizacji uprawnień nadzorczych i kontrolnych Ministra nad działalnością GDDKiA. Działania nadzorcze sprowadzały się w praktyce do cyklicznego monitoringu stanu zaawansowania oraz terminowości realizacji poszczególnych drogowych zadań inwestycyjnych, ujętych w Programie Drogowym. Dane w tym zakresie pochodziły ze sprawozdań przekazywanych w cyklach miesięcznych przez GDDKiA do Departamentu Dróg Publicznych w MI, które uwzględniały również informacje na temat stanu roszczeń w zakresie należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń zgłaszanych do GDDKiA przez wykonawców i podwykonawców kontraktów budowlanych. Wdrożenie takich mechanizmów umożliwiało bieżące identyfikowanie problemów i zagrożeń w realizacji kontraktów drogowych, a także pozwalało na podejmowanie odpowiednich działań wyjaśniających. Na przykład w wyniku analiz sprawozdań przekazywanych przez GDDKiA oraz skarg podwykonawców wpływających do MI, związanych z problemami dotyczącymi płatności za wykonane prace¹⁸, w marcu 2019 r. MI zwróciło się do GDDKiA o informacje na temat skali problemów z płatnościami na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców wykonujących wówczas zadania na wszystkich kontraktach drogowych realizowanych na zlecenie

¹⁶ Były wykonawca robót budowlanych w ramach umowy pn. „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego–Leszno”, realizowanej w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław – Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego–Czempin”.

¹⁷ Według stanu na 12 lipca 2019 r. do PKP PLK S.A. zgłosiło się łącznie 74 podwykonawców firmy Astaldi S.p.A. z roszczeniami na łączną kwotę 36 095,2 tys. zł.

¹⁸ Na kontrakcie pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S3 Nowa Sól–Legnica (A4) zadanie III od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości 14,4 km”.

GDDKiA przez włoskie koncerny budowlane¹⁹. W odpowiedzi MI uzyskało wyczerpujące wyjaśnienia w tej sprawie, w tym informacje o sposobie zaspokojenia uzasadnionych roszczeń podwykonawców.

5.3. Zabezpieczenie interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez PKP PLK S.A. i GDDKiA na roboty budowlane, w szczególności w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora

W ocenie NIK nie zapewniono wystarczającej ochrony interesu Skarbu Państwa, zapobiegającej ryzyku utraty zdolności inwestorów, reprezentujących stronę publiczną, do planowej i efektywnej realizacji rządowych programów inwestycyjnych.

5.3.1. Ochrona interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez PKP PLK S.A. w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora

W toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, regiony CRI były zobowiązane do stosowania „Wytycznych tworzenia i aktualizacji dokumentów bazowych oraz tworzenia na ich podstawie dokumentów przetargowych”²⁰. Wytyczne nakładały obowiązek stosowania w przetargach publicznych wzorów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które obejmowały trzy wzory dokumentów, tj. instrukcję dla wykonawców kontraktów, wzór umowy oraz opis przedmiotu zamówienia. Decyzjami zarządu PKP PLK S.A. wdrożono do stosowania przez regiony CRI wzory umów wykonawczych na realizację kolejowych obiektów infrastruktury liniowej. Aktualizowane wzory umów dotyczyły kontraktów zawieranych przez regiony CRI w systemach „Projektuj i buduj” (tzw. żółty FIDIC²¹), „Buduj” (tzw. czerwony FIDIC) – finansowanych lub dofinansowywanych ze środków pomocowych Unii Europejskiej – oraz na nadzór i zarządzanie tymi projektami, a także w umowach wykonawczych bez wykorzystania FIDIC – finansowanych ze środków krajowych. Wytyczne określiły procedury i zasady wprowadzania zmian we wzorach umów. Wskazano zapisy podlegające edycji lub usunięciu w celu dostosowania ich do potrzeb danego kontraktu oraz obszary, których modyfikacja była niedozwolona. Regiony CRI nie były uprawnione do samodzielnego wprowadzania zmian do wzorów umów, w tym w zakresie obejmującym zapisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz waloryzacji wynagrodzenia. Zgodnie z wytycznymi, wprowadzanie przez regiony CRI modyfikacji do umów wykonawczych w części dozwolonej, w porównaniu do obowiązujących zapisów wzorcowych, było możliwe wyłącznie w drodze udokumentowanego uzgodnienia z PKP PLK S.A.

Opracowanie
przez PKP PLK S.A.
kompletu wzorów
umów wykonawczych

¹⁹ Salini Impregilo S.p.A. lub Salini Polska Sp. z o.o. będące liderami lub członkami konsorcjum, Astaldi S.p.A., Impresa Pizzrotti S.p.A., Toto Costruzioni Generali i Vianini Lavori S.p.A.

²⁰ Zgodnie z uchwałą zarządu PKP PLK S.A. nr 412/2016 z 10 maja 2016 r. oraz nr 771/2018 z 2 października 2018 r.

²¹ Na podstawie wytycznych Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów.

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

- uzyskania zgody inwestora na powierzenie podwykonawcy części prac przewidzianych umową zawartą z wykonawcą;
- przedkładania inwestorowi projektu i kopii zawartej umowy z podwykonawcą. Dla inwestora przewidziano prawo wniesienia zastrzeżeń oraz sprzeciwu do projektów umów, które mogły dotyczyć okoliczności wymienionych w art. 143b ust. 3 ustawy Pzp²²;
- przedłożenia inwestorowi oświadczenia podwykonawcy, potwierdzającego uregulowanie przez wykonawcę należnego wynagrodzenia;
- bezpośredniej zapłaty przez inwestora wynagrodzenia podwykonawcy, pod warunkiem niedostarczenia przez wykonawcę dowodów świadczących o bezzasadności roszczenia podwykonawcy.

Zapisy regulujące wzorcowe zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy kontraktu określiły okoliczności powodujące zmianę zaakceptowanej wartości kontraktu oraz zasady ustalania zmiany jej wysokości, tj. zmiany:

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (minimalnej stawki godzinowej) pracowników wykonawcy²³;
- kosztu cen materiałów i urządzeń używanych przy realizacji inwestycji budowlanych;
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych²⁴;
- przepisów dotyczących podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne²⁵;
- stawki podatku VAT.

We wzorach umów wykonawczych przewidziano również klauzulę 13.8 umożliwiającą zmianę wartości kontraktu o wskaźnik waloryzacji (wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych). Klauzulę tę znówelizowano 31 stycznia 2019 r., uzależniając waloryzację od zmian cen wybranych wyrobów publikowanych przez Prezesa GUS, mających wpływ na koszt robót budowlanych.

Niska skuteczność mechanizmów waloryzacyjnych spowodowanych wzrostem cen materiałów budowlanych

Przyjęte przez zarząd PKP PLK S.A., we wzorach umów obowiązujących do końca stycznia 2019 r., regulacje w zakresie dokonywania waloryzacji wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, w praktyce uniemożliwiły wykonawcom kolejowych kontraktów budowlanych skuteczne dochodzenie należności z tego tytułu. Roszczenia waloryzacyjne, zgłoszone w kwocie ponad 204 mln zł, zostały odrzucone lub nie zostały rozpatrzone²⁶. Dopiero wprowadzenie 31 stycznia 2019 r. do wzorów umów

²² Tj. niezgodności projektu umowy lub umowy z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz nieprawidłowo określonego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy (wynoszącego więcej niż 30 dni).

²³ Ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

²⁴ Zgodnie z ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342, ze zm.).

²⁵ Warunkiem zmiany ceny (kwoty kontraktu) w ww. okolicznościach było utrzymanie dotychczasowej wysokości wynagrodzenia netto pracowników, których zmiana dotyczyła.

²⁶ Według stanu na koniec I półrocza 2020 r.: odmówiono waloryzacji na kwotę ponad 96 mln zł i nie rozpatrzono wniosków na ponad 107 mln zł (pozostałe do rozpatrzenia wnioski o dokonanie waloryzacji (11) dotyczyły umów, w których obowiązywało brzmienie subklauzuli 13.8 przed wprowadzeniem decyzji nr 4/2019 członka zarządu PKP PLK S.A. z 31 stycznia 2019 r.).

znowelizowanych uregulowań umożliwiło realizowanie przez PKP PLK S.A. części uzasadnionych roszczeń waloryzacyjnych kontrahentów.

Spośród 46 wniosków o waloryzację kontraktów, zgłoszonych do regionów CRI na łączną kwotę 228,4 mln zł, pozytywnie rozpatrzono roszczenia na kwotę 24,4 mln zł (zaledwie 10,7%). Wynikało to przede wszystkim z tego, że obowiązujące mechanizmy waloryzacyjne, określone w subklauzuli 13.8 w brzmieniu obowiązującym do końca stycznia 2019 r., uniemożliwiały uzyskanie przez firmy budowlane waloryzacji kontraktów zawieranych w latach 2016–2019. Przyjęty wskaźnik waloryzacji nie odzwierciedlał bowiem w pełni wzrostu cen materiałów i urządzeń używanych przy realizacji inwestycji kolejowych i nie osiągnął wielkości wymaganej do zastosowania waloryzacji. Korekta ceny kontraktowej mogła nastąpić po każdym 12 miesiącach od podpisania umowy oraz przy wzroście wartości wskaźnika określonego średnio o co najmniej 2% za ostatnie cztery kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację. Ponieważ „wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych”²⁷ dotyczył kwartalnego wzrostu cen w stosunku do poprzedniego kwartału, przy literalnym stosowaniu tego zapisu, warunkiem otrzymania waloryzacji był wzrost wskaźnika cen dóbr inwestycyjnych o ponad 8% w stosunku rocznym. Tymczasem wzrost wartości wskaźnika cen dóbr inwestycyjnych w okresie objętym kontrolą wyniósł łącznie 8,3% (suma kwartalnych wzrostów i spadków wartości ww. wskaźnika)²⁸. W konsekwencji nie osiągnięto wartości umożliwiających uzyskanie waloryzacji kontraktów zawartych z ww. brzmieniem subklauzuli 13.8. Regulacje dotyczące waloryzacji kontraktów, obowiązujące do 31 stycznia 2019 r., a stosowane do części kontraktów zawieranych również w okresie późniejszym²⁹, uniemożliwiały dokonanie waloryzacji, pomimo istotnego wzrostu w latach 2016–2018 cen materiałów budowlanych, używanych w trakcie realizacji inwestycji

Dopiero w styczniu 2019 r. dokonano zmian zapisów subklauzuli 13.8 (w zakresie kontraktów finansowanych ze środków UE) oraz wprowadzono regulacje dotyczące waloryzacji kontraktów realizowanych ze środków krajowych. Przy obliczaniu należnej waloryzacji uwzględniony został tzw. „koszyk waloryzacyjny”³⁰ oraz ustalony limit wzrostu/spadku warto-

**Opóźnienia
w nowelizacji klauzuli
waloryzacyjnej związanej
ze wzrostem cen
materiałów budowlanych**

²⁷ Od 26 lutego 2018 r. „wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej”.

²⁸ Wartości ww. wskaźnika były następujące: I kwartał 2017 r.: 99,9% (spadek o 0,1%); II kwartał 2017 r.: 100,1% (wzrost o 0,1%); III kwartał 2017 r.: 100,4% (wzrost o 0,4%); IV kwartał 2017 r.: 100,6 (wzrost o 0,6%); I kwartał 2018 r.: 100,1 % (wzrost o 0,1%); II kwartał 2018 r.: 101,1% (wzrost o 1,1%); III kwartał 2018 r.: 101,1% (wzrost o 1,1%); IV kwartał 2018 r.: 100,8% (wzrost o 0,8%); I kwartał 2019 r.: 100,7% (wzrost o 0,7%); II kwartał 2019 r.: 100,9% (wzrost o 0,9%); III kwartał 2019 r.: 100,7% (wzrost o 0,7%); IV kwartał 2019 r.: 100,7% (wzrost o 0,7%); I kwartał 2020 r.: 100,7% (wzrost o 0,7%); II kwartał 2020 r.: 100,5% (wzrost o 0,5%).

²⁹ Pierwsze umowy z subklauzulą 13.8 w brzmieniu zmienionym decyzją z 31 stycznia 2019 r. zostały zawarte 29 marca 2019 r.

³⁰ Obliczenie należnej waloryzacji odbywa się przy uwzględnieniu wzrostu lub spadku ceny towarów i usług konsumpcyjnych, kosztów robocizny i ceny produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych (stosowanych przy realizacji inwestycji kolejowych).

ści robót netto wskazanych w kontrakcie w dniu jego zawarcia³¹. Zgodnie z nowymi regulacjami, kwoty płatne wykonawcy mogły być waloryzowane w cyklach miesięcznych³².

W ocenie NIK nowe mechanizmy waloryzacji nadal nie rekompensowały w pełni wykonawcom faktycznego wzrostu cen materiałów budowlanych oraz zostały wprowadzone z opóźnieniem. Pomimo że już pod koniec 2017 r. trwały prace nad modyfikacją brzmienia subklauzli 13.8, nowe rozwiązania przyjęto dopiero 31 stycznia 2019 r. Spowodowało to zawieranie kolejnych umów, których postanowienia uniemożliwiały dokonywanie waloryzacji. Opieszale działania zmierzające do wdrożenia we wzorach umów nowych rozwiązań waloryzacyjnych naraziły PKP PLK S.A. na powstanie roszczeń z tytułu waloryzacji, których część została skierowana na drogę postępowania sądowego³³, a kolejne mogą zostać w tym trybie zgłoszone³⁴.

Stosowanie niekorzystnej dla inwestora wzorcowej klauzuli dotyczącej waloryzacji kontraktu w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym

Skutki wynikające ze stosowania, w umowach zawieranych przez regiony CRI na roboty budowlane z okresem realizacji przekraczającym 12 miesięcy, wzorcowej klauzuli dotyczącej waloryzacji wartości kontraktu w związku ze zmianą przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne³⁵, naruszały interesy Skarbu Państwa. Przyjęty mechanizm obligował bowiem wykonawcę do utrzymania na niezmiennym poziomie wynagrodzenia netto pracowników. Zapisy umowne³⁶ wskazujące metodę obliczenia wartości wzrostu kosztów wykonania umowy poprzez odniesienie różnicy tych kosztów do dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia pracowników wykonawcy, było nieuzasadnione z punktu widzenia realnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę, spowodowanych zmianami stawek na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne. Wynagrodzenie

³¹ W latach 2019–2020 r. (do końca I półrocza) PKP PLK S.A. (CRI) zawarła 45 umów (dotyczących realizacji inwestycji liniowych w formule „projektuj i buduj” oraz „buduj” – projektów finansowanych ze środków krajowych i unijnych), w których zastosowano nowe wzory umów (WU) wprowadzone decyzją nr 4/2019 członka Zarządu PKP PLK S.A. z 31 stycznia 2019 r. Łączna wartość przedmiotowych umów wyniosła 9 738 080,7 tys. zł netto.

³² Począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze PŚP za wykonane roboty budowlane do wystawienia PŚP, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, osiągnie limit 5% (+/-).

³³ Na drogę sądową skierowano roszczenia w kwocie 10 565,5 tys. zł, tj. 5,2% kwoty roszczeń rozpatrzonych negatywnie bądź dotychczas nierozpatrzonych (204 018,1 tys. zł).

³⁴ Na taką możliwość wskazała jedna z 18 firm (wykonawców kontraktów zawartych z PKP PLK S.A.), które przesłały do NIK informacje dotyczące sposobu korzystania i efektów waloryzacji kontraktów.

³⁵ Zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

³⁶ W brzmieniu: „W przypadku zmiany przepisów dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zmianie ulegnie cena o wykazaną przez wykonawcę wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób, zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej”.

netto pracowników stanowi bowiem wynagrodzenie brutto pomniejszone o zaliczkę na podatek dochodowy, składki na przedmiotowe ubezpieczenie społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne, a także o inne potrącenia. Z kolei kwota brutto wynagrodzenia pracowników nie jest jedynym kosztem ponoszonym przez wykonawcę z tytułu zatrudnienia. Całkowity koszt obejmuje kwotę brutto powiększoną o koszt składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, składkę na Fundusz Pracy oraz składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Z tego względu przyjęcie rozwiązania umownego, że wzrost kosztów wykonania umowy będzie liczony przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto pracowników stanowiło nieuzasadnione przeniesienie na Skarb Państwa ciężaru podniesienia płac pracowników zatrudnionych u wykonawcy. W przypadku wzrostu wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, kwota netto wynagrodzenia pracowników może zostać utrzymana tylko wtedy, gdy zostanie zwiększone wynagrodzenie brutto. Wskazanie w umowach wykonawczych konieczności zachowania dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia, implikowało konieczność podwyższenia kwoty brutto wynagrodzenia pracownika, a zatem i obliczenia zwiększonych kosztów realizacji umowy, tak aby obejmowały one nie tylko wzrost składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, ale także podniesienie płac pracowników wykonawcy w takim zakresie, aby zachowane zostało ich dotychczasowe wynagrodzenie netto.

Kontrolowane regiony CRI nie analizowały skutków zastosowania klauzuli dotyczącej waloryzacji ceny kontraktu w związku ze zmianą przepisów o ubezpieczeniach społecznych i nie zgłosiły do PKP PLK S.A. propozycji zmiany jej treści.

Badanie, przeprowadzone na próbie 80 umów wykonawczych zawartych przez kontrolowane regiony CRI wykazało, że poza niżej wymienionymi przypadkami, stosowano w nich wzorcowe zapisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy kontraktu. Analiza w powyższym zakresie ujawniła jednakże, że w pięciu kontraktach na roboty budowlane (6,2% badanych umów), zawartych w niżej wymienionych regionach CRI, dokonano nieuprawnionych odstępstw od wzorcowych uregulowań, a mianowicie:

- 1) w Regionie Północnym CRI zmiany, w porównaniu do wymaganych wzorów, wprowadzono w jednej umowie (5% zbadanej próby). Polegała ona na pominięciu tekstu subklauzuli 13.8, dotyczącej zmiany kwoty kontraktu o wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych;
- 2) w Regionie Śląskim CRI w trzech umowach zawartych na okres poniżej 12 miesięcy (15% zbadanej próby) wprowadzono klauzule waloryzacyjne, pomimo że taki obowiązek nie wynikał z przepisów prawa, jak też nie był wymagany przyjętymi wzorami;
- 3) w Regionie Centralnym CRI w jednej umowie (5% zbadanej próby) dokonane zmiany, w porównaniu z przyjętymi wzorami, dotyczyły nieuwzględnienia części zapisów wzorcowych zabezpieczających zama-

Nieuprawnione dokonywanie zmian w części kontraktów budowlanych w relacji do wymagań dokumentacji wzorcowej

wiającego przed tzw. podwójną płatnością³⁷, a także waloryzacji ceny i kwoty warunkowej.

5.3.2. Ochrona interesu skarbu państwa w kontraktach zawieranych przez GDDKiA w zakresie skutków waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora

Nieopracowanie przez GDDKiA wzorów umów dla wszystkich rodzajów zadań inwestycyjnych

W Centrali GDDKiA opracowano, a następnie stosowano i aktualizowano wzory umów dla zadań ujętych w Programie Drogowym lub o wartości powyżej 100 mln zł oraz dotyczące nadzoru i zarządzania tymi zadaniami. Wprowadzone zmiany w zapisach wzorcowych regulujących kwestie solidarnej odpowiedzialności i waloryzacji kontraktów wynikały głównie z: uwzględnienia treści rozstrzygnięć KIO, zmian przepisów prawa oraz uwag Rady Drogowej działającej przy Ministrze, a także bieżących autokorekt³⁸. Wzorcowe dokumenty, stosowane przez oddziały GDDKiA przy zawieraniu wspomnianych umów uwzględniały rozwiązania chroniące interes Skarbu Państwa przed skutkami solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz waloryzacji wartości wynagrodzenia wykonawców poszczególnych kontraktów.

Przyjęty w Centrali GDDKiA i wdrożony do stosowania przez oddziały GDDKiA katalog wzorów umów wykonawczych na realizację drogowych robót budowlanych nie obejmował dokumentów wzorcowych dotyczących umów zawieranych na realizację zadań nieobjętych Programem Drogowym oraz o wartości poniżej 100 mln zł (zadania na sieci drogowej).

W ocenie NIK umożliwiło to dowolność w kształtowaniu przez oddziały GDDKiA postanowień umownych, w tym rozwiązań warunkujących odpowiednie zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w przypadku roszczeń zgłaszanych o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia. Ograniczało to również możliwości Centrali GDDKiA w zakresie oddziaływania prewencyjnego i reagowania na niekorzystne dla inwestora zdarzenia gospodarcze występujące w trakcie realizacji przedsięwzięć zleczanych przez oddziały GDDKiA. Świadczą o tym wyniki analizy, przeprowadzonej w Centrali GDDKiA na próbie 130 umów wykonawczych dotyczących zadań o wartości poniżej 100 mln zł, realizowanych w okresie przekraczającym 12 miesięcy. Stwierdzono, że w 118 kontraktach (91% badanej próby) nie zastosowano klauzul waloryzacyjnych z uwagi na zmiany cen materiałów budowlanych, a pozostałych przypadkach uwzględniono te regulacje. Wystąpił również przypadek, w którym powołując się na brak w treści wspomnianej klauzuli, inwestor odmówił waloryzacji wynagrodzenia.

³⁷ O treści: „W ciągu 30 dni od daty zapłacenia wykonawcy za daną część robót wykonawca przedłoży zamawiającemu oświadczenia podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, o których mowa w art. 143c ust. 1 ustawy Pzp, biorących udział w realizacji robót odebranych i poświadczonych do zapłaty w PŚP przez przedstawiciela zamawiającego, że ich roszczenia za wykonanie podzleconych robót zostały uregulowane wraz z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz dowodem ich zapłaty podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót, pod rygorem wstrzymania zapłaty następnych części należnego wynagrodzenia (udzielenia kolejnej zaliczki) w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.”

³⁸ Na przykład skutkujących zwiększeniem ochrony podwykonawców poprzez wprowadzenie obowiązku waloryzacji umów podwykonawczych zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Z kolei w umowach zawierających mechanizmy warunkujące waloryzację wynagrodzenia wykonawcy od zmiany cen przyjmowano zróżnicowane rozwiązania. Na przykład stosowano wzorcowe zapisy dla zadań ujętych w Programie Drogowym, określano mechanizm miesięcznej waloryzacji z wykorzystaniem wskaźnika cen obiektów drogowych, ograniczając przy tym możliwość wypłaty waloryzacji do równowartości 1% wartości kontraktu, jak też uzależniano wypłatę roszczenia od akceptacji wniosku wykonawcy³⁹.

Obowiązujący do stycznia 2019 r., we wzorach umów dla zadań realizowanych w ramach Programu Drogowego lub o wartości powyżej 100 mln zł, mechanizm waloryzacji umownej dotyczący korekty wynagrodzenia z uwagi na zmiany kosztu (subklauzula 13.8) stanowił⁴⁰, iż będzie się ona odbywać w oparciu o podane wskaźniki cen obiektów drogowych i wskaźniki cen obiektów mostowych publikowane przez prezesa GUS. Od stycznia 2019 r. nowy mechanizm waloryzacji umownej oparty został o wskaźniki cen wyrobów publikowanych przez prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy⁴¹. Według zmienionych zasad, wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych powinno być waloryzowane miesięcznie wyłącznie do momentu, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen osiągnie limit (+/-) 5% wartości kontraktu⁴².

Ograniczenie
mechanizmu waloryzacji

Prace nad nowym mechanizmem waloryzacji umownej były prowadzone przez GDDKiA i GUS od 2017 r. W GDDKiA uznano wówczas, że stosowane wskaźniki waloryzacji umownej nie odzwierciedlały w sposób adekwatny wzrostu cen materiałów i robocizny na rynku budowlanym. Wskaźniki GUS opracowywano na podstawie danych raportowanych przez wykonawców z poprzednio zawartych umów. W rezultacie decydujący wpływ na ich poziom miały ceny określone na etapie składania ofert, co skutkowało brakiem powiązania poziomu wskaźników obliczanych przez GUS z rzeczywistym wzrostem cen i usług na rynku budowlanym.

W toku kontroli NIK nie zgromadziła materiału dowodowego umożliwiającego dokonanie oceny skuteczności nowego mechanizmu waloryzacji.

³⁹ Przy czym wniosek wykonawcy miał być składany nie częściej niż raz na rok, a stopień waloryzacji miał być równy wskaźnikowi cen towarów i usług konsumpcyjnych, który ogłaszał prezes GUS.

⁴⁰ W marcu 2017 r. z obowiązującego dla nowo ogłaszanych postępowań przetargowych, wzoru subklauzuli 13.8 usunięto zapis, że kwoty płacone wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie do momentu, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z tej subklauzuli, osiągnie limit 1% wartości kontraktu.

⁴¹ Tj.: wskaźniki: Wskaźnik P – symbol 19.2 według PKWU Brykiety, brykiety i podobne paliwa stałe z węgla i torfu oraz produkty rafinacji ropy naftowej (jako paliwo), Wskaźnik C – symbol 23.5 według PKWU Cement, wapno i gips (jako cement), Wskaźnik A – symbol 08.9 według PKWU Produkty górnictwa i wydobywania, gdzie indziej niesklasyfikowanych (jako asfalt), Wskaźnik S – symbol 24.1 według PKWU Żeliwo, stal i żelazostopy (jako stal), Wskaźnik K – symbol 08.1 według PKWU Kamienia, piasku i gliny (jako kruszywo), wskaźnik CPI – Cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI), wskaźnik R – symbol 42 zgodnie z klasyfikacją PKD przeciętne wynagrodzenie miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej (jako robocizna).

⁴² Na bazie realizowanych kontraktów drogowych dokonano szczegółowej analizy głównych elementów cenotwórczych oraz określono ich procentowy udział w danej cenie kontraktowej. Wynikiem współpracy z GUS było dobranie wskaźników do poszczególnych elementów cenotwórczych takich, jak m.in. asfalt, paliwo, cement, kruszywo, stal i robocizna. Wskaźniki te zastosowano w nowym mechanizmie waloryzacyjnym. Zastosowanie powyższego rozwiązania zostało zaaprobowane przez Radę Drogową działającą przy Ministrze.

Z uwagi na czasochłonność procesu inwestycyjnego rzetelna ocena tych regulacji, stosowanych w postępowaniach o oddzielenie zamówienia publicznego wszczynanych od stycznia 2019 r., będzie możliwa dopiero w połowie 2021 r., po wystawieniu przez wykonawców robót budowlanych pierwszych faktur obciążających inwestora.

Według danych z 23 lutego 2021 r., zamieszczonych na stronie internetowej GDDKiA⁴³, nowy mechanizm waloryzacji odpowiednio reagował na zmiany cen materiałów budowlanych i usług, a także odpowiednio odzwierciedlał bieżącą sytuację rynkową⁴⁴.

Niezależnie od powyższego NIK zwraca uwagę, że według wskaźników publikowanych przez GUS, ceny produkcji budowlano-montażowej wzrosły od lutego 2019 r. do marca 2021 r. łącznie o 5,9%⁴⁵. Nowy mechanizm ograniczył natomiast waloryzację umowną do maksymalnie 5% wartości kontraktu w całym okresie jego realizacji, co stwarza ryzyko niepełnej rekompensaty wykonawcom zadań inwestycyjnych kosztów wynikających z rosnących cen materiałów budowlanych i usług. Zdaniem NIK uzasadnia to potrzebę rozważenia przez Centralę GDDKiA celowości zaprzestania limitowania wypłat z tytułu waloryzacji umownej lub podwyższenia limitu dotąd określonego na poziomie 5%, uwzględniając prognozę inflacji.

Nieuprawnione
wyłączenie przez
GDDKiA z klauzuli
waloryzacyjnej
możliwości stosowania
waloryzacji sądowej

Rzetelną analizę skutków i zgodności z powszechnie obowiązującymi uregulowaniami prawnymi, dotyczącą wyłączenia w październiku 2017 r. możliwości stosowania waloryzacji sądowej z treści wzorcowej subklauzuli 13.8, przeprowadzono w Centrali GDDKiA dopiero po wydaniu przez KIO orzeczeń korzystnych dla skarżących te rozwiązania wykonawców umów. Działanie te NIK oceniła jako nielegalne, niecelowe i niegospodarne, ponieważ skutkowały wprowadzeniem do wzorów umów zapisu, pozbawionego umocowania w polskim porządku prawnym, który wyłączył przez okres 15 miesięcy stosowanie art.: 357¹, 358¹ § 3 oraz 632 § 2 ustawy Kc. W konsekwencji z 15 postępowań przetargowych, w ramach których wykonawcy złożyli odwołania do KIO na regulacje wyłączające waloryzację sądową, 10 zakończyło się ich unieważnieniem.

Z treści wzorcowej subklauzuli 13.8, w wersji obowiązującej od października 2017 r. do stycznia 2019 r., wyłączono stosowanie wyżej przywołanych przepisów ustawy Kc. Oznaczało to w praktyce zamknięcie wykonawcom drogi do sądowej waloryzacji wartości kontraktu, a także odebranie stronom umów wykonawczych prawa do niezależnego ukształtowania przez sąd stosunków między kontrahentami w przypadkach zaistnienia nadzwyczajnych zdarzeń, niemożliwych do przewidzenia na etapach opracowywania dokumentacji przetargowej, składania ofert oraz podpisywania umowy. Przyjęcie przez GDDKiA wspomnianych regulacji poprzedziły konsultacje przeprowadzone z przedstawicielami Ministra i PGRP.

⁴³ <https://www.gddkia.gov.pl/pl/a/40908/Waloryzacja-a-zmiany-cen-na-ryнку-nowe-dane>

⁴⁴ Szczegółowe dane w tym zakresie zaprezentowano w załączniku nr 6.1. do Informacji.

⁴⁵ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-lutym-2020-roku,15,15.html>
<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-lutym-2021-roku,15,27.html>
<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-marcu-2021-roku,15,28.html>

Stosowane w umowach wykonawczych rozwiązania, wyłączające możliwość waloryzacji sądowej wartości kontraktu, zostały zaskarżone do KIO przez wykonawców biorących udział w 15 postępowaniach przetargowych. Rozstrzygając odwołania wykonawców, w okresie od 15 lutego 2018 r. do 3 stycznia 2019 r. KIO nakazała w 10 przypadkach wykreślenie zapisu wyłączającego możliwość skorzystania z waloryzacji sądowej. W kolejnych pięciu KIO wydała postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych. Jednocześnie zasądziła od GDDKiA na rzecz skarżących zwrot kosztów postępowania w łącznej wysokości 248,5 tys. zł.

Należy podkreślić, że Minister w marcu 2018 r., a zatem już po pierwszych niekorzystnych dla GDDKiA rozstrzygnięciach KIO, zalecił GDDKiA pozostawienie zapisów wyłączających możliwość waloryzacji sądowej, podtrzymywanie stanowiska o zasadności zastosowania tych rozwiązań w ramach postępowań prowadzonych przed KIO jak też złożenie skargi na rozstrzygnięcia KIO. Dopiero po kolejnych orzeczeniach KIO oraz zmianie stanowiska przez Ministra i PGRP w przedmiotowej sprawie, w styczniu 2019 r. zapis wyłączający stosowanie waloryzacji sądowej został usunięty ze wzorów umów wykonawczych.

Badanie, przeprowadzone na próbie 48 umów wykonawczych, do których miały zastosowanie przyjęte wzory umów, zawartych przez kontrolowane oddziały GDDKiA wykazało, że poza niżej wymienionymi przypadkami, stosowano w nich wzorcowe zapisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy kontraktu. W wyniku przeprowadzonej analizy, w dwóch kontraktach na roboty budowlane (4,2% zbadanych umów), zawartych przez Oddział GDDKiA w Katowicach, stwierdzono następujące odstępstwa od wzorcowych postanowień umownych:

- w pierwszej umowie w sposób niekompletny przywołano treść wzorca subklauzuli 4.4 „Podwykonawcy”, co wyjaśniono przeoczeniem. Nieuwzględniony zapis precyzował procedurę dokonywania wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom przez wykonawcę robót budowlanych, a zatem zwiększał ochronę inwestora (zamawiającego) przed skutkami solidarnej odpowiedzialności wobec podwykonawców⁴⁶;
- w drugiej umowie, zawartej po odstąpieniu od pierwotnego kontraktu, dokonano zmian postanowień subklauzul 4.4 „Podwykonawcy” i 8.7 „Kary umowne” w zakresie dotyczącym wzorcowych terminów zgłaszania zastrzeżeń/sprzeciwów – do 5 dni (z 14 we wzorcu), zapłaty wynagrodzenia – do 14 dni (z 30 we wzorcu)⁴⁷, a także obniżenia wysokości niektórych kar umownych – do wysokości 10 tys. zł (z 25 tys. zł we wzorcu) za każdy wskazany w postanowieniu umownym przypadek⁴⁸. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brali

Niezapewnienie w zbadanych kontraktach w pełni kompletnego, prawidłowego zastosowania skontrolowanych wzorcowych klauzul i wprowadzania do nich zmian

⁴⁶ Pominięty zapis odnosił się do zagadnień związanych z określaniem we wskazanych tam umowach o podwykonawstwo terminu dokonywania przez wykonawcę robót budowlanych zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

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 Jak wyjaśniono, dokonanie odstępstw od wzorcowych postanowień umownych związane było z pilnym charakterem robót i wnioskami zgłaszanymi w kolejnym postępowaniu przez wykonawców zaproszonych do negocjacji.

wprawdzie udział przedstawiciele Centrali GDDKiA, Ministra oraz PGRP, to jednak w ocenie NIK przed wprowadzaniem odstępstw należało wystąpić do Centrali GDDKiA o formalną akceptację wskazanych odstępstw od zapisów wzorcowych klauzul przed wprowadzeniem do projektu umowy takich korekt.

Niewystarczająca ochrona interesu Skarbu Państwa w umowach na realizację zadań, dla których GDDKiA nie opracowała dokumentacji wzorcowej

W wyniku analizy 44 kontraktów na roboty budowlane, dla których nie zostały przyjęte dokumenty wzorcowe stwierdzono, że postanowienia 18 umów (41% badanej próby) nie chroniły w odpowiedni sposób interesu GDDKiA przed skutkami solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy kontraktu, a mianowicie:

- 1) w Oddziale GDDKiA w Katowicach w pięciu umowach⁴⁹ (50% zbadanej próby) nie zamieszczono postanowień dotyczących obowiązku przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. W ocenie NIK zapisy w tym zakresie powinny zostać uwzględnione w umowach z uwagi na wymóg wynikający z art. 143d ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz uzasadnioną potrzebę eliminowania ryzyk mogących wyniknąć dla inwestora z powodu niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązku zapłaty podwykonawcom. Ich zamieszczenie ma istotne znaczenie dla zagwarantowania inwestorowi rzeczywistej, pełnej możliwości monitorowania i weryfikacji prawidłowości wspomnianych rozliczeń, jak też rzetelnego wypełnienia wymogów wynikających z wyżej przywołanej regulacji ustawowej.

W przypadku pozostałych pięciu analizowanych umów, zamieszczono wprawdzie zapis określający okoliczności warunkujące wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, jednak ograniczono się wyłącznie do powtórzenia literalnego brzmienia art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp⁵⁰.

Wymóg przedstawiania przez wykonawcę dowodów potwierdzających faktyczną zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom stanowi 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 procesu przez zamawiającego. Ma on również znaczenie z uwagi na postanowienia umowne przewidujące kary, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy Pzp⁵¹. W ocenie NIK

⁴⁹ W tym zarówno umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane z terminem wykonywania krótszym, jak i z terminem dłuższym, niż 12 miesięcy.

⁵⁰ Nie doprecyzowując przy tym kwestii związanych z ww. uwarunkowaniem zapłaty i obowiązkami wykonawcy w tym zakresie, np. dotyczących możliwych, minimalnych wymagań dotyczących 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.

⁵¹ Z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

w umowach powinny zostać zamieszczone postanowienia, precyzujące szczegółowe zasady dotyczące przedstawiania przez wykonawców dowodów potwierdzających prawidłową i terminową zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz zapewnianiające inwestorowi rzeczywistą możliwość dochodzenia kar umownych od wykonawcy. Uregulowania te powinny dotyczyć umów z terminem realizacji powyżej 12 miesięcy (art. 143a ustawy Pzp), jak też pozostałych umów o roboty budowlane (do 12 miesięcy), mając na uwadze konieczność rzetelnego i skutecznego zabezpieczenia się przed ryzykami mogącymi wynikać z braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom. NIK zauważa, że zgodnie z wyrokiem KIO z 18 sierpnia 2014 r.⁵² zamawiający:

- postępuje prawidłowo wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty (mające stanowić dowód zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom) 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,
 - powinien w umowie ukształtować wymagania określone w art. 143d ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem można założyć, że mają być one bardziej szczegółowe niż w ustawie Pzp, gdyż zamawiający nie nakładałby obowiązku wynikającego z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawowych;
- 2) w oddziale GDDKiA w Lublinie nieprawidłowości ujawniono w pięciu umowach (36% zbadanej próby). Dotyczyły one m.in. nieuwzględnienia postanowień dotyczących zasad i trybu zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wniosek inwestora oraz nieokreślenia zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Nieuwzględnienie tych zasad stanowiło zagrożenie dla wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem danin publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji kontraktu. Nie chronił również zamawiającego w przypadku obniżenia kosztów robót budowlanych z tego tytułu.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 16 marca 2015 r.⁵³, zamawiający został zobligowany do określenia w umowie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie przyznano mu wyłączne uprawnienie określania treści i poziomu szczegółowości wspomnianych zasad. Według KIO powinny one precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby w toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady;

- 3) w Oddziale GDDKiA w Rzeszowie w trzech umowach (37% zbadanej próby), zawartych na okres powyżej 12 miesięcy, nie określono zasad

⁵² Sygn. 1586/14, wraz z komentarzem do ustawy Pzp, w którym również powołano m.in. ten wyrok.

⁵³ Sygn. 413/15, LEX nr 1676163.

waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, pomimo takiego obowiązku, wynikającego z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

5.4. Rozpatrywanie i realizacja przez PKP PLK S.A. i GDDKiA roszczeń wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorach kolejowym i drogowym

Poza nieprawidłowościami stwierdzonymi w regionie Północnym CRI, sposób rozpatrywania wniosków roszczeniowych, skierowanych przez podwykonawców wobec inwestorów z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, ich realizacja oraz postępowania regresowe wobec wykonawców kontraktów odbywały się rzetelnie. Finansowe skutki ujawnionych w regionie Północnym CRI nieprawidłowości wyniosły 35 653,3 tys. zł. W ocenie NIK przyczyną relatywnie niskiej wypłaty roszczeń waloryzacyjnych było stosowanie przez inwestorów mechanizmów, które były nieskuteczne lub nie dawały gwarancji pełnej rekompensaty wzrostu rynkowych cen materiałów budowlanych i usług, mających wpływ na koszty robót.

5.4.1. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń zgłaszanych do PKP PLK S.A.

Uruchamianie
procedury solidarnej
odpowiedzialności
inwestora

W analizowanym okresie w regionach CRI rozpatrywano 654 wnioski o wypłatę należności z tego tytułu na łączną kwotę 480 478,1 tys. zł⁵⁴, z tego pozytywnie rozpatrzono 319 (49%) na kwotę 345 663,8 tys. zł (kwota wypłacona podwykonawcom), 205 na kwotę 82 066,2 tys. zł odrzucono, a 130 wniosków (52 748,1 tys. zł) podlegało procedurze weryfikacji⁵⁵. Z wypłaconych podwykonawcom należności odzyskano od wykonawców kontraktów kolejowych 237 427 tys. zł (68,7%), z tego w wyniku potrącenia 233 920,8 tys. zł (98,5%), a pozostałe należności w kwocie 105 969 tys. zł pozostawały na etapie dochodzenia⁵⁶.

Nieprawidłowości
przy realizacji roszczeń
z tytułu solidarnej
odpowiedzialności
inwestora

Badanie, przeprowadzone na próbie 98 roszczeń (15% ogółu zgłoszonych wniosków) o najwyższych kwotowo wartościach zgłoszonych przez podwykonawców kontraktów kolejowych do kontrolowanych regionów CRI⁵⁷, wykazało, że poza niżej wymienionymi przypadkami stwierdzonymi w regionie Północnym CRI, sposób rozpatrywania, realizacja uznanych roszczeń oraz dochodzenie regresowe od wykonawców kontraktów z tytułu należności wypłaconych podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora, odbywały się zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami ustanowionych w tym zakresie procedur wewnętrznych.

⁵⁴ Wnioski, dla których jedna lub kilka dat: zgłoszenia/uznania/odrzućenia/zrealizowania roszczenia zawierała się w przedziale 2017–2020 (I półrocze).

⁵⁵ Według stanu na koniec I półrocza 2020 r.

⁵⁶ W kwocie tej nie uwzględniono należności od upadłego wykonawcy (2267,8 tys. zł), ze względu na brak możliwości skutecznego ich dochodzenia.

⁵⁷ Z tego 61 zostało uznanych, a 37 odrzuconych.

W regionie Północnym CRI ujawniono nieprawidłowości, których skutki w wymiarze finansowym wyniosły łącznie 35 653,3 tys. zł, z tego płatności w kwocie 1145,4 tys. zł stanowiły uszczuplenie środków inwestora, a 34 507,9 tys. zł wydatkowano z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami. Ustalono, że:

- 1) nie podjęto, poza przesłaniem do wiadomości noty obciążeniowej i wezwania do zapłaty, działań w celu wyegzekwowania od członka konsorcjum wykonującego umowę z 12 maja 2017 r. kwoty 1145,4 tys. zł, stanowiącej nieodzyskane od lidera tego konsorcjum należności związane z dokonaniem bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców tej umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora⁵⁸. W konsekwencji, w związku z realizacją wspomnianej umowy, od 7 stycznia 2020 r. do 10 czerwca 2020 r. inwestor wypłacił na rzecz członka konsorcjum wykonującego tą umowę łącznie 35 145,5 tys. zł⁵⁹, mimo że posiadał należności od lidera tego konsorcjum w łącznej kwocie 1145,4 tys. zł⁶⁰;
- 2) inwestor wypłacił liderowi konsorcjum wykonującemu umowę z 12 maja 2017 r. łącznie 34 507,9 tys. zł, z tego:
 - 3251,6 tys. zł, pomimo braku oświadczenia wykonawcy (z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz z dowodem ich zapłaty), że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia o PŚP, na podstawie którego wykonawca wystawił fakturę uregulowaną przez PKP PLK S.A. w ww. kwocie, zostały zapłacone oraz pomimo braku w powyższym zakresie oświadczenia podwykonawcy;
 - 31 256,3 tys. zł, pomimo że wykonawca przedłożył oświadczenia, że zostały zapłacone wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym poprzednim PŚP⁶¹, zamiast świadczących o tym, że termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o dane PŚP⁶².

Dokonanie powyższych płatności naruszało umowne postanowienia subklauzul 14.6 i 14.3. Zgodnie z tymi zapisami PŚP mogło być bowiem wstrzymane, jeżeli nie zostały przedłożone wymagane oświadczenia wykonawcy oraz podwykonawców, a każde rozliczenie przejściowe powinno zawierać oświadczenie wykonawcy i podwykonawców (z fakturą/rachunkiem lub innym dokumentem księgowym oraz z dowodem ich zapłaty), że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął na dzień wystąpienia przez wykonawcę o PŚP, zostały zapłacone.

⁵⁸ Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

⁵⁹ Według stanu na 2 grudnia 2020 r.

⁶⁰ Z tytułu dokonanych od 20 maja 2019 r. do 19 czerwca 2019 r. (tj. od około pół roku wcześniej) bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców tej umowy w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

⁶¹ Tj. kolejno: od 1 do 31 października 2018 r., od 1 do 20 listopada 2018 r. i od 11 do 31 grudnia 2018 r.

⁶² Kolejno: 8, 27 listopada 2018 r. i 16 stycznia 2019 r.

Uruchamianie procedury waloryzacji kontraktów

W okresie objętym kontrolą rozpatrywano 46 wniosków o waloryzację kontraktów na łączną kwotę 228 416,4 tys. zł, z tego 45 w związku ze wzrostem cen materiałów budowlanych i kosztów zatrudnienia, a jeden na podstawie klauzuli rebus sic stantibus. W wyniku rozpatrzenia 35 wniosków zwaloryzowano kontrakty o 24 398,3 tys. zł (10,7% zgłoszonej kwoty), a odmówiono wypłaty 96 936,7 tys. zł. Według stanu na koniec I półrocza 2020 r. do rozpatrzenia pozostało 11 wniosków na 107 081,4 tys. zł⁶³.

Obowiązujące do końca stycznia 2019 r. mechanizmy dotyczące dokonywania waloryzacji wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, w praktyce uniemożliwiły wykonawcom kolejowych kontraktów budowlanych skuteczne dochodzenie należności z tego tytułu⁶⁴. Dopiero przyjęcie 31 stycznia 2019 r. znowelizowanych uregulowań w tym zakresie umożliwiło realizowanie uzasadnionych roszczeń waloryzacyjnych.

W ocenie NIK prace nad korektą brzmienia subklauzli 13.8 prowadzone były w sposób opieszwały. Trwały one ponad rok, co spowodowało zawieszenie w tym czasie kolejnych umów wykonawczych na warunkach uniemożliwiających waloryzację wynagrodzenia za wykonane roboty z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i usług⁶⁵.

Niecelowe, nierzetelne i niegospodarne zlecenie zewnętrznym podmiotom opracowania opinii prawnych

W toku postępowań, prowadzonych w celu rozstrzygnięcia zgłaszanych roszczeń waloryzacyjnych, regiony CRI zlecały zewnętrznym kancelariom prawnym sporządzenie opinii w sprawie interpretacji postanowień subklauzli 13.8 (w wersji obowiązującej do 31 stycznia 2019 r.) opracowanej w Centrali CRI i przyjętej przez zarząd PKP PLK S.A. do stosowania przez regiony CRI. Przyczyną zlecenia opinii były nieprecyzyjne i niejednoznaczne wskazania ujęte w subklauzli 13.8, dotyczące sposobu obliczania wskaźnika waloryzacji.

W ocenie NIK wszelkie wątpliwości dotyczące interpretacji przepisów wewnętrznych, powinny być jednoznacznie rozstrzygnięte już na etapie opracowywania projektu tych regulacji, ewentualnie w uzasadnionych przypadkach – powinny one zostać bezzwłocznie poprawione lub precyzyjnie wyjaśnione przez autora stosowanych rozwiązań. NIK zwraca uwagę, że zmiana nieprecyzyjnych mechanizmów waloryzacyjnych w subklauzli 13.8 nastąpiła 31 stycznia 2019 r., tj. dopiero po przeszło dwóch latach.

W ocenie NIK zlecenie przez PKP PLK S.A. zewnętrznym przedsiębiorcom usług polegających na interpretacji wewnętrznych uregulowań spółki, świadczy o braku dbałości o efektywność dokonywanych wydatków. Koszty

⁶³ Z tego wnioski na kwotę: 28 573,5 tys. zł były na etapie analizy prawidłowości wyliczenia wartości waloryzacji, 40 506,2 tys. zł – weryfikowano w zakresie spełnienia wszystkich wymogów subklauzli 13.8, 27 436,1 tys. zł były na etapie uzupełniania przez wnioskodawców, a wniosek na 10 565,6 tys. zł pozostawał nierozpatrzony, ponieważ wykonawca skierował pozew do sądu.

⁶⁴ Zgłoszone w tym czasie roszczenia waloryzacyjne, w kwocie ponad 204 mln zł, zostały odrzucone lub nie zostały rozpatrzone, a 11 wniosków o dokonanie waloryzacji, pozostających nadal do rozpatrzenia (wg stanu na koniec I półrocza 2020 r.) dotyczyło umów, w których obowiązywało brzmienie subklauzli 13.8 przed wprowadzeniem decyzji nr 4/2019 członka Zarządu PKP PLK S.A. z 31 stycznia 2019 r.

⁶⁵ Szczegółowe ustalenia dotyczące kształtowania przez PKP PLK S.A. mechanizmów waloryzacyjnych zaprezentowane zostały w podrozdziale 5.3.1.2 niniejszej Informacji.

sześciu opinii prawnych, opracowanych na zlecenie Regionu Południowego CRI, wyniosły łącznie 24,4 tys. zł. Zdaniem NIK wszelkie niejasności w zakresie interpretacji własnych procedur powinny być rozstrzygane przez właściwe komórki organizacyjne PKP PLK S.A.

Badanie sposobu rozpatrywania i realizacji przez kontrolowane regiony CRI wypłat w zakresie wybranych roszczeń waloryzacyjnych nie wykazało nieprawidłowości. Niemniej jednak w raporcie przekazanym przez Region Północny CRI do Centrali CRI, dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych (art. 357¹ i 632 ustawy Kc lub subklauzula 13.8), wykazano nieprawidłową kwotę przejściowego roszczenia waloryzacyjnego wykonawcy, tj. wyższą od faktycznej o 894,6 tys. zł (o 27%).

W Centrali CRI rzetelnie prowadzono monitoring poziomu roszczeń zgłaszanych do regionów CRI przez wykonawców i podwykonawców umów wykonawczych z tytułu waloryzacji kontraktów i solidarnej odpowiedzialności inwestora. Obejmował on również zmiany wynagrodzeń wykonawców w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, jak też terminowość i skalę naliczanych kar umownych oraz płatności dokonywanych na rzecz podwykonawców.

Rzetelne rozpatrywanie i realizacja roszczeń waloryzacyjnych

Rzetelny monitoring Centrali CRI w zakresie zgłaszanych roszczeń i sposobu ich realizacji

5.4.2. Rozpatrywanie i realizacja roszczeń zgłaszanych do GDDKiA

Na podstawie art. 647¹ ustawy Kc podwykonawcy robót budowlanych złożyli do oddziałów GDDKiA 1 167 wniosków roszczeniowych o wypłatę należnego wynagrodzenia za wykonane prace w łącznej kwocie 510 069,9 tys. zł⁶⁶, które nie zostało uregulowane przez wykonawców kontraktów. W wyniku weryfikacji wniosków inwestor wypłacił podwykonawcom 249 884,8 tys. zł, tj. 49% wartości zgłoszonych roszczeń⁶⁷. Do odzyskania od wykonawców, w ramach prowadzonych przez inwestora postępowań regresowych, na koniec I półrocza 2020 r. pozostawało 77 261,3 tys. zł⁶⁸, tj. 30,9% należności wypłaconych podwykonawcom z tytułu solidarnej odpowiedzialności. Najczęstszymi przyczynami uzasadnionej odmowy wypłaty zgłoszonych roszczeń były: nieprzedłożenie do zatwierdzenia umowy o podwykonawstwo, brak zatwierdzenia umowy podwykonawczej przez inwestora, brak przedstawienia dokumentacji potwierdzającej wykonanie i odbiór robót, wadliwość lub opóźnienia wykonania robót oraz potrącenia z tytułu naliczonych kar umownych lub zatrzymanie wnioskowanych kwot na poczet kaucji gwarancyjnej.

Uruchamianie procedury solidarnej odpowiedzialności inwestora

⁶⁶ W tym GDDKiA odrzuciła 179 wniosków, uznała całość należności w 288 przypadkach, a w 212 w części. W 292 przypadkach wykonawcy uregulowali zaległe należności wobec podwykonawców w całości, a w 102 w części.

⁶⁷ W: 2017 r. złożono roszczenia na 40 449,9 tys. zł, z tego wypłacono 1640,2 tys. zł (4,1%); 2018 r. złożono roszczenia na 226 673,3 tys. zł, z tego wypłacono 128 678,4 tys. zł (56,8%); 2019 r. złożono roszczenia na 194 321,7 tys. zł, z tego wypłacono 93 829,2 tys. zł (48,3%); I półroczu 2020 r. złożono roszczenia na 48 625 tys. zł, z tego wypłacono 25 737 tys. zł (52,9%).

⁶⁸ Kwoty wypłacone podwykonawcom w: 2017 r. zostały odzyskane od wykonawców w całości; 2018 r. – do odzyskania od wykonawców pozostawało 30 965,8 tys. zł (24,1% kwoty wypłaconej podwykonawcom); 2019 r. – do odzyskania od wykonawców pozostawało 36 666,6 tys. zł (39,1% kwoty wypłaconej podwykonawcom); I półroczu 2020 r. – do odzyskania od wykonawców pozostawało 9628,9 tys. zł (37,4% kwoty wypłaconej podwykonawcom).

W celu stosowania przez oddziały GDDKiA jednolitego trybu postępowania podczas rozpatrywania i realizacji wyżej wymienionych roszczeń, Centrala GDDKiA wdrożyła procedurę wraz z listą sprawdzającą, służącą kontroli przestrzegania przyjętych rozwiązań. Zgodnie z tymi mechanizmami, przed dokonaniem zapłaty oddziały GDDKiA zostały zobowiązane do weryfikacji wniosków pod względem formalno-prawnym⁶⁹, a następnie potwierdzenia faktu wymagalności zgłoszonego roszczenia oraz w celu uniknięcia podwójnej płatności za to samo świadczenie – potwierdzenia nieuregulowania płatności przez wykonawcę za faktury będące przedmiotem roszczenia. Po dokonaniu bezpośredniej zapłaty podwykonawcom, inwestor dokonywał stosownych potrąceń z wynagrodzenia należnego wykonawcy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z innych wierzytelności.

W celu dokonania płatności na rzecz podwykonawców, którym wykonawcy nie zapłacili należnego wynagrodzenia, w trakcie realizacji dziewięciu zadań inwestycyjnych oddziały GDDKiA zastosowały instytucję przekazu⁷⁰. Mechanizm ten został zastosowany w celu zapewnienia kontynuacji realizacji zawieszonych przez podwykonawców robót⁷¹, a także ograniczenia ryzyka upadłości podwykonawców oraz podwójnej zapłaty inwestora za wykonane prace. Konstrukcję prawną przekazu zastosowano w związku z niezłożeniem przez wykonawców dowodów zapłaty lub oświadczeń o niezaleganiu z zapłatą wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Wykorzystując mechanizm przekazu inwestor wypłacił bezpośrednio wynagrodzenie na rzecz podwykonawców, natomiast zobowiązania wobec wykonawców zostały o tę kwotę automatycznie pomniejszone. W rezultacie zastosowania instytucji przekazu, dokonano bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców w łącznej wysokości 685 962,9 tys. zł (11,5% łącznej wartości analizowanych kontraktów). Przy zastosowaniu instytucji przekazu każdorazowo zawarte zostały porozumienia pomiędzy GDDKiA, wykonawcami lub podwykonawcami, w których wykonawcy dobrowolnie przekazali swoje wierzytelności na rzecz podwykonawców.

Rzetelne rozpatrywanie i realizacja roszczeń z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora

Badanie, przeprowadzone na próbie 63 roszczeń (5,4% ogółu zgłoszonych wniosków) zgłoszonych przez podwykonawców kontraktów drogowych do kontrolowanych oddziałów GDDKiA⁷², wykazało, że sposób rozpatrywania wniosków, realizacja uznanych roszczeń oraz dochodzenie regresowe od wykonawców kontraktów z tytułu należności wypłaconych podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora, odbywały się rzetelnie oraz zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami procedur wewnętrznych.

Uruchamianie procedury waloryzacji kontraktów

Wynagrodzenia wykonawców kontraktów drogowych, dotyczących 196 zadań realizowanych w kontrolowanym okresie w ramach Programu

⁶⁹ W zakresie występowania przesłanek wynikających z art. 647¹ ustawy Kc.

⁷⁰ Uregulowaną przepisami art. 921¹–921⁵ ustawy Kc. Instytucja przekazu polega na tym, że kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego.

⁷¹ W związku z notorycznym nieregulowaniem przez wykonawców wymagalnych należności wobec podwykonawców dochodziło do strajków na placu budów, a nawet do blokowania dróg.

⁷² Z tego 26 zostało uznanych, a 37 odrzuconych.

Drogowego oraz innych zadań o wartości powyżej 100 mln zł o łącznej wartości kontraktowej wynoszącej 74 228 498,4 tys. zł, podlegały umownej waloryzacji na zasadach określonych we wzorach umów w subklauzuli 13.8. Zgodnie z tymi zasadami, kwoty płatne wykonawcom powinny być waloryzowane miesięcznie do momentu, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen osiągnie limit (+/-) 5% wartości kontraktu. W relacji do zaawansowania finansowego wyżej wymienionych zadań⁷³, dokonana przez GDDKiA waloryzacja w wysokości 320 383 tys. zł kształtowała się na poziomie zaledwie 0,84%, podczas gdy zgodnie z publikacjami GUS wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowej wzrósł, w porównaniu do 2015 r., o 2,9% w 2018 r. i o 6,5% w 2019 r.

Waloryzację umowną stosowano automatycznie przy wystawianiu PŚP, bez potrzeby składania przez wykonawców odrębnych wniosków. W GDDKiA przeprowadzano dwustopniową weryfikację stosowania mechanizmu waloryzacji umownej, tj. poprzez sprawdzenie w oddziale GDDKiA poprawności naliczenia waloryzacji w poszczególnych PŚP, a następnie w Centrali GDDKiA podczas sporządzania wniosku o płatność. W przypadku zadań o wartości poniżej 100 mln zł kontrola prawidłowości stosowania mechanizmu waloryzacji umownej odbywała się wyłącznie w oddziałach GDDKiA.

Ponadto wykonawcy zadań inwestycyjnych zgłosili do inwestora 54 wnioski roszczeniowe o wyrównanie wzrostu kosztów realizacji kontraktów z powodu niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów budowlanych i usług, który przewyższył limit waloryzacji umownej określony w subklauzuli 13.8. Łączna wartość tych roszczeń wyniosła 53 048,1 tys. zł, z tego⁷⁴ w trakcie rozpatrywania pozostawały roszczenia o wartości 48 666,7 tys. zł, roszczenia na kwotę 3700,1 tys. zł odrzucono, a pozostałe zostały wycofane. Przyczyną nieuwzględniania roszczeń waloryzacyjnych, których wartość przewyższała waloryzację umowną dokonywaną na etapie PŚP, był brak podstaw prawnych i kontraktowych do tego typu działań.

NIK zauważyła, że GDDKiA nie uznała żadnego z roszczeń wykonawców ponad wartość waloryzacji umownej. Pomimo wprowadzenia od stycznia 2019 r. nowego mechanizmu obliczania umownej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców, którego celem było zrekompensowanie zmian cen rynkowych materiałów budowlanych i usług, rozwiązanie to nie odzwierciedlało rzeczywistej dynamiki cen rynkowych. Potwierdzeniem niskiej skuteczności mechanizmów waloryzacyjnych była niewielka wartość dokonanej waloryzacji umownej wynagrodzeń wykonawców. Dla zadań wymienionych w Programie Drogowym oraz o wartości powyżej 100 mln zł wyniosła ona zaledwie 0,43% łącznej wartości zawartych umów.

GDDKiA informowała wprowadzanie wykonawców o przysługującym uprawnieniu dochodzenia waloryzacji, ponad wartość wynikającą z treści kontraktów, na drodze sądowej⁷⁵. Korzystanie przez wykonawców z tej ścieżki prawnej było jednakże utrudnione, ponieważ z treści wzorcowej subklau-

⁷³ Na koniec I półrocza 2020 r. wyniosło 37 951 162,5 tys. zł.

⁷⁴ Na koniec I półrocza 2020 r.

⁷⁵ Na podstawie art. 357¹ ustawy Kc.

zul 13.8, w okresie od października 2017 r. do stycznia 2019 r., GDDKiA wyłączyła możliwości stosowania waloryzacji sądowej. W ocenie NIK było to działanie nielegalne, niecelowe i niegospodarne, które skutkowało wprowadzeniem do wzorów umów zapisu, pozbawionego umocowania w polskim porządku prawnym, który wyłączył przez okres 15 miesięcy stosowanie art.: 357¹, 358¹ § 3 oraz 632 § 2 ustawy Kc⁷⁶. W badanym okresie prowadzone były 34 postępowania sądowe dotyczące waloryzacji umów zawartych w latach 1998–2017, które na koniec I półrocza 2020 r. pozostawały nadal nierozstrzygnięte.

Niewystarczający monitoring Centrali GDDKiA w zakresie zgłaszanych roszczeń i sposobu ich realizacji

W Centrali GDDKiA rzetelnie prowadzono monitoring poziomu roszczeń zgłaszanych do oddziałów GDDKiA, z tytułu waloryzacji kontraktów i solidarnej odpowiedzialności inwestora, przez wykonawców zadań inwestycyjnych, realizowanych w ramach Programu Drogowego lub o wartości powyżej 100 mln zł. Obejmował on również zmiany wynagrodzeń wykonawców w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, jak i też terminowość i skalę naliczanych kar umownych oraz płatności dokonywanych na rzecz podwykonawców.

NIK ocenia natomiast jako nierzetelne nieobjęcie przez Centralę GDDKiA systemem monitoringu zadań inwestycyjnych, dla których nie zostały opracowane wzory umów.

5.5. Sprawowanie przez zarząd PKP PLK S.A. i Generalnego Dyrektora DKiA nadzoru nad podległymi jednostkami organizacyjnymi w zakresie stosowanych wzorów kontraktowych

W ramach nadzoru Centrali GDDKiA nad stosowaniem przez oddziały GDDKiA przyjętych wzorów umów wykonawczych, w lutym 2017 r. Generalny Dyrektor DKiA wdrożył mechanizmy określające tryb uzgadniania propozycji dyrektorów oddziałów GDDKiA w zakresie dotyczącym odstępstw od zapisów wzorcowych. Procedura ta uwzględniała obowiązek szczegółowego uzasadniania wnioskowanych zmian w relacji do zapisów wzorcowych. Wdrożenie wspomnianych środków nadzoru nie zapewniło jednakże w zbadanych kontraktach w pełni kompletnego, prawidłowego zastosowania skontrolowanych zapisów dokumentacji wzorcowej i wprowadzania do niej zmian⁷⁷.

Niewystarczający nadzór inwestorów nad stosowaniem wzorów kontraktowych

W Centrali GDDKiA nie przeprowadzano kontroli i nie monitorowano treści zawieranych kontraktów budowlanych, dla których nie opracowano wzorów umów. Przyczyną wspomnianych nieprawidłowości było przyjęcie nieskutecznych rozwiązań organizacyjnych, nakładających całkowitą odpowiedzialność za przygotowanie i realizację wskazanych wyżej kontraktów na dyrektorów oddziałów GDDKiA. Zaniechanie działań kontrolnych ograniczało możliwości oddziaływania prewencyjnego i reaktywnego na sposób zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa. Nieprawidłowości w kształtowa-

⁷⁶ Okoliczności wyłączenia przez GDDKiA możliwości stosowania przez wykonawców kontraktów budowlanych waloryzacji sądowej zaprezentowane zostały w podrozdziale 5.3.2 Informacji.

⁷⁷ W odniesieniu do oddziału GDDKiA w Katowicach zostało to przedstawione w podrozdziale 5.3.2 Informacji.

WAŻNIEJSZE WYNIKI KONTROLI

niu postanowień umownych dotyczących kontraktów budowlanych zawieranych bez dokumentacji wzorcowej, w tym rozwiązań warunkujących odpowiednie zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w przypadku roszczeń o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia, stwierdzono w oddziałach GDDKiA w Katowicach, Lublinie oraz Rzeszowie⁷⁸.

Zagadnienia związane ze stosowaniem przez regiony CRI wzorów umów, przyjętych przez zarząd PKP PLK S.A. w zakresie obejmującym wszystkie rodzaje zawieranych umów wykonawczych na roboty drogowe, były przedmiotem badań audytowych⁷⁹ i kontroli wewnętrznych. Objęto nimi m.in. stosowanie przez regiony CRI wzorów umów na zaprojektowanie i wykonanie prac budowlanych. Po przeprowadzonych audytach i kontrolach każdorazowo formułowano rekomendacje, które zostały rzetelnie wykorzystane przez zarząd PKP PLK S.A.

W ramach przeprowadzonych 24 kontroli i postępowań wyjaśniających sprawdzono ponadto prawidłowość pełnienia nadzoru nad realizacją projektów inwestycyjnych. Kontrolą objęto m.in. nadzór nad stosowaniem wzorcowych klauzul w umowach wykonawczych zawieranych przez jednostki organizacyjne PKP PLK S.A.. Analiza wybranej dokumentacji kontrolnej nie wykazała nieprawidłowości w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego NIK zwraca uwagę, że przyjęty przez zarząd PKP PLK S.A system nadzoru nad regionami CRI w zakresie stosowania wzorów kontraktowych nie zapobiegł nieprawidłowościom, które ujawnione zostały w toku kontroli NIK w regionach Śląskim, Centralnym i Północnym CRI⁸⁰.

⁷⁸ Nieprawidłowości te zaprezentowane zostały w podrozdziale 5.3.2 Informacji.

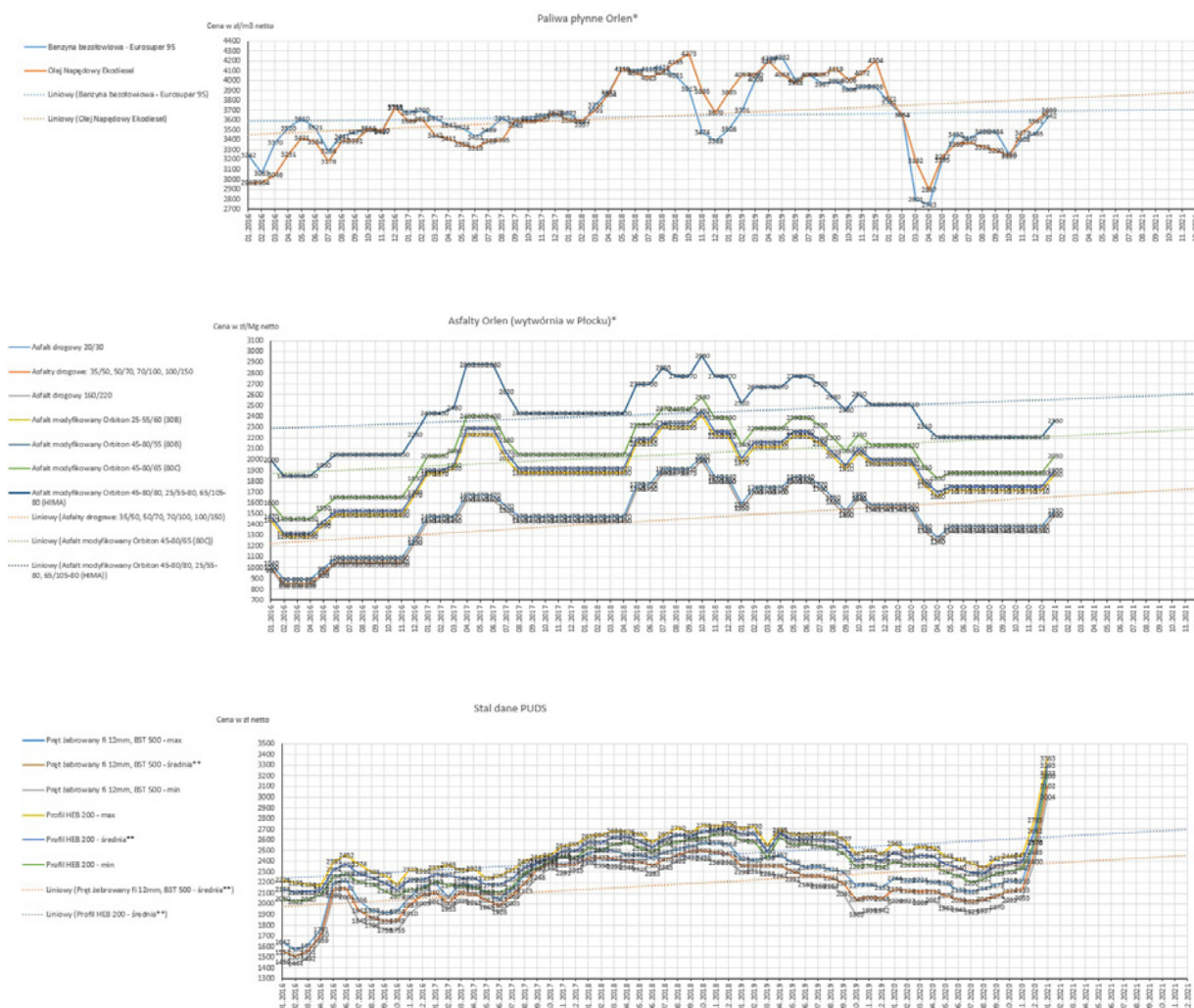
⁷⁹ „Audyt organizacji współpracy CRI z Zakładami Linii Kolejowych w ramach realizacji projektów inwestycyjnych”, „Audyt procesu inwestycyjnego w Spółce”, „Audyt procesu zakupowego w zakresie robót budowlanych”, „Audyt w zakresie dostaw”, „Audyt działań promocyjnych na projektach finansowanych ze środków UE”.

⁸⁰ Nieprawidłowości te zaprezentowane zostały w podrozdziale 5.3.1 Informacji.

6. ZAŁĄCZNIKI

6.1. Dane GDDKiA dotyczące skuteczności nowego mechanizmu waloryzacji

Według danych z 23 lutego 2021 r. zamieszczonych na stronach internetowych GDDKiA, nowy mechanizm waloryzacji stosowany w umowach wykonawczych zawieranych przez GDDKiA odpowiednio reagował na zmiany cen i odzwierciedlał aktualną sytuację rynkową. GDDKiA oceniła, że wprowadzony w styczniu 2019 r. system brał pod uwagę szereg kluczowych dla robót drogowych wskaźników publikowanych przez GUS i to właśnie na ich podstawie wyliczany był wskaźnik korygujący (waloryzujący) cenę. GDDKiA sprawdziła wskaźniki waloryzacyjne GUS w kontekście najnowszych danych rynkowych. Wyniki przeprowadzonej analizy GDDKiA zaprezentowała w poniższych zestawieniach:





źródło: <https://www.gddkia.gov.pl/pl/a/40908/Waloryzacja-a-zmiany-cen-na-rynku-nowe-dane>

6.2. Metodyka kontroli i informacje dodatkowe

Cel główny kontroli	Celem głównym kontroli było udzielenie odpowiedzi na pytanie: <i>czy działania podejmowane przez Ministra, PKP PLK S.A. oraz GDDKiA przyczyniły się do skutecznego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w zawieranych umowach na wykonanie obiektów liniowych?</i>
Cele szczegółowe	Założono, że badania kontrolne pozwolą na udzielenie odpowiedzi na następujące pytania szczegółowe: 1. Czy Minister przygotował i wdrożył właściwe wzorcowe warunki kontraktowe na realizację inwestycji drogowych i kolejowych, zabezpieczające interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz rzetelnie nadzorował realizację zadań utworzonych organów pomocniczych? 2. Czy Minister rzetelnie nadzorował działalność PKP PLK S.A. i GDDKiA dotyczącą opracowania, zawierania oraz realizacji umów kolejowych i drogowych w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń? 3. Czy PKP PLK S.A. i GDDKiA przygotowały i wdrożyły właściwe wzorcowe warunki kontraktowe na realizację inwestycji kolejowych i drogowych, zabezpieczające interes Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i skutków solidarnej odpowiedzialności inwestora? 4. Czy PKP PLK S.A. i GDDKiA prawidłowo rozpatrywały i realizowały roszczenia wykonawców i podwykonawców o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w sektorach kolejowym i drogowym? 5. Czy Zarząd PKP PLK S.A. i Generalny Dyrektor DKiA rzetelnie nadzorowali realizację zadań podległych jednostek organizacyjnych dotyczących stosowania wzorów kontraktowych, w tym zawierania oraz realizacji umów kolejowych i drogowych w zakresie wypłaty należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń?
Zakres podmiotowy	Kontrolą objęto łącznie 11 jednostek, z tego: – GDDKiA jako wykonawcę/inwestora Programu Drogowego, w tym Centralę GDDKiA oraz cztery oddziały GDDKiA w: Lublinie, Katowicach, Rzeszowie i Łodzi; – PKP PLK S.A. jako wykonawcę/inwestora Programu Kolejowego, w tym Centralę PKP PLK S.A. oraz cztery regiony CRI PKP PLK S.A.: Północny, Centralny, Śląski i Zachodni; – Ministerstwo Infrastruktury – jako jednostkę realizującą zadania ministra właściwego ds. transportu, tj. organu nadzorującego realizację rządowych programów inwestycyjnych.

We wszystkich jednostkach kontrole przeprowadzone zostały na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁸¹, z zastosowaniem kryteriów określonych w art. 5 ust. 1 tej ustawy, tj. pod względem: legalności, gospodarności, celowości i rzetelności.

⁸¹ Dz. U. z 2020 r. poz. 1200, dalej: ustawa o NIK.

ZAŁĄCZNIKI

Lata 2017–2020 (I półrocze), przy czym w toku kontroli wykorzystane były dokumenty sporządzone przed lub po tym okresie, jeżeli miały związek z przedmiotem kontroli.

Okres objęty kontrolą

Czynności kontrolne rozpoczęto 7 września 2020 r., a zakończono 5 lutego 2021 r.

Działania na podstawie art. 29 ustawy o NIK

Zwrócono się do 18 przedsiębiorstw, będących wykonawcami kontraktów budowlanych realizowanych w ramach Programu Kolejowego, o udzielenie informacji w sprawie przyczyn odrzucania przez PKP PLK S.A. wniosków roszczeniowych o dokonanie waloryzacji umów wykonawczych.

Udział innych organów kontroli na podstawie art. 12 ustawy o NIK

Nie zlecono czynności kontrolnych innym organom na podstawie art. 12 ustawy o NIK.

Do kierowników jednostek kontrolowanych skierowanych zostało 11 wystąpień pokontrolnych.

Pozostałe informacje

Wobec niestwierdzenia nieprawidłowości w trzech kontrolowanych jednostkach (regiony Centralny i Zachodni CRI oraz oddział GDDKiA w Łodzi) NIK nie formułowała do kierowników tych jednostek uwag i wniosków pokontrolnych. W pozostałych ośmiu przypadkach, z uwagi na ujawnienie nieprawidłowości, w wystąpieniach pokontrolnych NIK sformułowała uwagi i wnioski pokontrolne do Ministra Infrastruktury, Generalnego Dyrektora DKiA, dyrektorów trzech oddziałów GDDKiA oraz prezesa zarządu PKP PLK S.A. (po kontrolach w dwóch regionach CRI i w Centrali PKP PLK S.A.).

W wystąpieniu pokontrolnym skierowanym do Ministra Infrastruktury NIK wnioskuje o:

- zaktualizowanie zadań kompetencyjnych rad ekspertów oraz zorganizowanie pracy tych organów w sposób gwarantujący istotne wsparcie działań Ministra, podejmowanych w ramach nadzoru nad realizacją Programu Drogowego i Programu Kolejowego;
- wdrożenie systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez aparat wykonawczy Ministra bieżącego monitoringu poziomu roszczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców kolejowych kontraktów budowlanych realizowanych w ramach Programu Kolejowego, zgłaszanych do PKP PLK S.A. w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora.

W wystąpieniu pokontrolnym skierowanym do Generalnego Dyrektora DKiA NIK wnioskuje o:

- opracowanie i wdrożenie do stosowania przez oddziały GDDKiA dokumentacji wzorcowej dla wszystkich rodzajów umów wykonawczych na drogowe roboty budowlane, z uwzględnieniem klauzul zabezpieczających w sposób należyty interes Skarbu Państwa w przypadku konieczności wypłaty należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia podwykonawcom i wykonawcom zadań inwestycyjnych;
- dokonywanie rzetelnej analizy skutków i zgodności z obowiązującymi przepisami prawa planowanych zmian uregulowań we wzorach umów wykonawczych stosowanych w strukturze GDDKiA;

- wdrożenie rozwiązań organizacyjnych zapewniających rzetelne prowadzenie monitoringu realizacji umów wykonawczych zawieranych przez oddziały GDDKiA na wykonanie zadań o wartości poniżej 100 mln, obejmującego w szczególności bieżący poziom i dynamikę zmian wartości roszczeń wypłacanych podwykonawcom i wykonawcom zadań inwestycyjnych z tytułu należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia.

W wystąpieniach pokontrolnych skierowanych do dyrektorów oddziałów GDDKiA NIK wnioskowała o⁸²:

- zamieszczanie w umowach na roboty budowlane, zawieranych bez wykorzystania FIDIC, stosownych postanowień dotyczących przedstawiania przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- uwzględnianie w zawieranych umowach na roboty budowlane wszystkich aktualnych wzorcowych postanowień umownych, wdrożonych przez Centralę GDDKiA do powszechnego stosowania w strukturze organizacyjnej GDDKiA;
- wprowadzanie do postanowień umów prawa odstąpienia od umowy w razie wielokrotnego (a nie dwukrotnego) dokonywania zapłaty bezpośredniej podwykonawcom przez zamawiającego;
- określanie w umowach zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w razie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, z uwzględnieniem możliwości złożenia wniosku również przez zamawiającego.

W wystąpieniach pokontrolnych skierowanych do prezesa zarządu PKP PLK S.A. NIK wnioskowała o:

- ograniczenie zlecania zewnętrznym podmiotom sporządzania opinii prawnych w zakresie wyjaśniania sposobu stosowania przez jednostki organizacyjne PKP PLK S.A. uregulowań wprowadzonych centralnie przez zarząd PKP PLK S.A.;
- wdrożenie mechanizmów nadzoru zapobiegających występowaniu nieprawidłowości przy dokonywaniu akceptacji wniosków w sprawach dotyczących zaciągania zobowiązań finansowych przez region Południowy CRI;
- podjęcie działań w celu dokonania w dokumentach wzorcowych zmiany brzmienia klauzuli dotyczącej waloryzacji kwoty kontraktu na skutek zmiany przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zdrowotnym, w sposób zabezpieczający interes inwestora przed nieuzasadnionymi roszczeniami wykonawców;
- uwzględnienie w działaniach podejmowanych w celu odzyskania należności związanych z realizacją umowy z 12 maja 2017 r., zawartej w regionie Północnym CRI, w większym stopniu również członka konsorcjum wykonującego tę umowę.

⁸² W wystąpieniu pokontrolnym skierowanym do dyrektora oddziału GDDKiA w Katowicach NIK sformułowała uwagi pokontrolne, o których mowa w art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK.

ZAŁĄCZNIKI

- wzmocnienie nadzoru nad prawidłowością i kompletnością oświadczeń składanych przez wykonawców umów, dotyczących płatności dokonywanych na rzecz ich podwykonawców.
- sprawdzenie, czy generalny wykonawca zapłacił podwykonawcom części trzech roszczeń, zgłoszonych do regionu Północnego CRI w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora, w łącznej kwocie 1153,7 tys. zł.
- wzmocnienie nadzoru nad rzetelnością danych przekazywanych do Centrali CRI w raportach obejmujących poziom roszczeń zgłaszanych przez wykonawców z tytułu waloryzacji cen kontraktowych.

Do wystąpień pokontrolnych skierowanych do prezesa zarządu PKP PLK S.A.⁸³ oraz Generalnego Dyrektora DKiA złożone zostały zastrzeżenia. Uchwałą nr KPK-KPO.443.036.2021 Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 8 kwietnia 2021 r. zastrzeżenia zgłoszone przez Zarząd PKP PLK S.A. zostały uwzględnione w części. Natomiast zastrzeżenia zgłoszone przez Generalnego Dyrektora DKiA, uchwałą nr 20/2021 Kolegium NIK z 28 kwietnia 2021 r. zostały oddalone w całości. Kierownicy pozostałych skontrolowanych jednostek nie złożyli zastrzeżeń. Spośród 16 wniosków pokontrolnych sformułowanych w wystąpieniach pokontrolnych, 11 zostało zrealizowanych, trzy były w trakcie realizacji, a dwa skierowane do Ministra Infrastruktury pozostawały niezrealizowane.

Lp.	Jednostka organizacyjna NIK przeprowadzająca kontrolę	Nazwa jednostki kontrolowanej	Imię i nazwisko kierownika jednostki kontrolowanej
1.	Departament Infrastruktury	Ministerstwo Infrastruktury	Andrzej Adamczyk
		Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (Centrala)	Tomasz Żuchowski
		PKP PLK S.A (Centrala)	Ireneusz Merchel
2.	Delegatura NIK w Katowicach	Oddział GDDKiA w Katowicach	Marek Niełacny
3.	Delegatura NIK w Lublinie	Oddział GDDKiA w Lublinie	Mirosław Czech
4.	Delegatura NIK w Łodzi	Oddział GDDKiA w Łodzi	Jacek Gryga
5.	Delegatura NIK w Rzeszowie	Oddział GDDKiA w Rzeszowie	Bogdan Tarnawski
6.	Delegatura NIK w Gdańsku	PKP PLK S.A. Region Północny CRI	Ireneusz Merchel
7.	Delegatura NIK w Poznaniu	PKP PLK S.A. Region Zachodni CRI	Ireneusz Merchel
8.	Delegatura NIK w Warszawie	PKP PLK S.A. Region Centralny CRI	Ireneusz Merchel
9.	Delegatura NIK we Wrocławiu	PKP PLK S.A. Region Śląski CRI	Ireneusz Merchel

Wykaz jednostek kontrolowanych

⁸³ Po kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli Departament Infrastruktury w Centrali PKP PLK S.A.

Wykaz ocen kontrolowanych jednostek

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
1.	Ministerstwo Infrastruktury	opisowa	1. Rzetelne działania nadzorcze skutkujące wypracowaniem przez GDDKiA i PKP PLK S.A. nowych, korzystniejszych dla wykonawców zadań inwestycyjnych mechanizmów waloryzacyjnych, stosowanych przez tych inwestorów w umowach na realizację zamówień publicznych. 2. Wdrożenie w MI mechanizmów nadzoru Ministra nad realizacją Programu Drogowego i Programu Kolejowego, umożliwiających bieżącą i rzetelną analizę stanu oraz zmian dynamiki wartości roszczeń zgłaszanych do wykonawców tych programów z tytułu należnych lub zwaloryzowanych wynagrodzeń.	1. Niewyegzekwowanie od organów pomocniczych powołanych przez Ministra (rady ekspertów) powierzonego zadania, polegającego na opracowaniu propozycji wzorów umów na realizację zamówień publicznych w sektorach kolejowym i dróg publicznych. 2. Nieskuteczność nadzoru nad całokształtem działalności rad ekspertów, skutkująca nieosiągnięciem przez te organy wyznaczonych celów, jak też występowaniem nieprawidłowości w ich bieżącym funkcjonowaniu. 3. Niewdrożenie w MI systemowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez aparat wykonawczy w MI bieżącego monitoringu poziomu roszczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców kolejowych kontraktów budowlanych realizowanych w ramach Programu Kolejowego, zgłaszanych do wykonawcy tego programu z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora.
2.	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (Centrala)	opisowa	1. Opracowanie i bieżące aktualizowanie oraz przekazanie do stosowania oddziałom GDDKiA wzorów umów dotyczących realizacji zadań ujętych w Programie Drogowym i o wartości powyżej 100 mln zł oraz dla zadań nadzoru i zarządzania tymi projektami. 2. Przyjęcie we wzorach umów rozwiązań chroniących interes inwestora przed skutkami solidarnej odpowiedzialności wobec podwykonawców (w sytuacji nieuregulowania wymagalnych należności przez wykonawców). 3. Udział merytoryczny w wypracowaniu nowego mechanizmu umownej waloryzacji wynagrodzenia wykonawców, który od stycznia 2019 r. został uwzględniony we wzorcowych dokumentach dla nowych postępowań przetargowych.	1. Nielegalne, nierzetelne, niecelowe i niegospodarne wyłączenie z treści wzorcowej subklauzuli 13.8, w okresie od października 2017 r. do stycznia 2019 r., możliwości stosowania przez wykonawców kontraktów budowlanych waloryzacji sądowej. Działanie te skutkowało wprowadzeniem do wzorów umów zapisu, pozbawionego umocowania w porządku prawnym RP, który wyłączył przez okres 15 miesięcy stosowanie art.: 3571, 3581 § 3 oraz 632 § 2 ustawy Kc. 2. Niepracowanie wzorów umów dotyczących zadań o wartości poniżej 100 mln . zł. Umożliwiło to dowolność w kształtowaniu przez oddziały GDDKiA postanowień umownych, w tym rozwiązań warunkujących odpowiednie zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w przypadku roszczeń zgłaszanych wobec inwestora o wypłatę należnego lub zwaloryzowanego wynagrodzenia. W 118 kontraktach tego typu (91% zbadanej próby) nie zastosowano wymaganych klauzul waloryzacyjnych z uwagi na zmiany cen materiałów budowlanych. W trzech umowach uwzględniających te klauzule zastosowano natomiast odmienne mechanizmy waloryzacyjne.

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
2.	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (Centrala)	opisowa	4. W trakcie realizacji kontraktów w ramach Programu Drogowego oraz zadań inwestycyjnych o wartości powyżej 100 mln zł rzetelne prowadzenie monitoringu: roszczeń podwykonawców, płatności dokonywanych przez wykonawców na rzecz podwykonawców, zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych oraz naliczania wykonawcom kar umownych. 5. Rzetelne działania w zakresie monitoringu bieżących zmian cen kluczowych materiałów budowlanych wykorzystywanych w trakcie realizacji zlecanych zamówień.	3. Zaniechanie działań, w związku z realizacją zadań inwestycyjnych o wartości poniżej 100 mln zł, w zakresie monitorowania: liczby i wartości roszczeń podwykonawców, płatności dokonywanych przez wykonawców na rzecz podwykonawców, zmian wynagrodzenia wykonawcy w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych, naliczania wykonawcom kar umownych. 4. Zaniechanie działań w zakresie monitoringu zapisów dotyczących solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji wynagrodzenia za wykonane roboty, stosowanych przez oddziały GDDKiA w umowach o wartości poniżej 100 mln zł. Ograniczało to możliwości oddziaływania prewencyjnego i reaktywnego na sposób zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa, jak również na niekorzystne dla Skarbu Państwa zdarzenia gospodarcze występujące w trakcie realizacji zlecanych przez oddziały GDDKiA przedsięwzięć.
3.	PKP PLK S.A (Centrala)	opisowa	1. Opracowanie i bieżące aktualizowanie oraz przekazanie do stosowania regionom CRI wzorów kontraktowych dotyczących realizacji wszystkich rodzajów umów wykonawczych. 2. Przyjęcie we wzorach umów rozwiązań chroniących interes inwestora przed skutkami solidarnej odpowiedzialności wobec podwykonawców (w sytuacji nieuregulowania wymagalnych należności przez wykonawców). 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń zgłaszanych przez podwykonawców i wykonawców zadań inwestycyjnych z tytułu wymagalnych i zwaloryzowanych wynagrodzeń. 4. Rzetelny nadzór nad regionami CRI w zakresie stosowania wzorów kontraktowych.	1. Przyjęcie we wzorach umów regulacji dotyczących waloryzacji kontraktów (w przypadku wzrostu cen) w brzmieniu obowiązującym do 31 stycznia 2019 r., które uniemożliwiały skuteczne dochodzenie waloryzacji, pomimo istotnego wzrostu cen materiałów budowlanych, używanych w trakcie realizacji inwestycji kolejowych. Przyjęcie przez PKP PLK S.A. takich rozwiązań oraz opieszałe działania zmierzające do ich zmiany naraziły inwestora na powstanie roszczeń, których część została, a kolejne mogą zostać skierowane przez wykonawców kontraktów na drogę postępowania sądowego. 2. Zlecanie zewnętrznym kancelariom prawnym, w trakcie rozpatrywania roszczeń waloryzacyjnych wykonawców, opinii prawnych w sprawach interpretacji uregulowań wewnętrznych wprowadzonych przez zarząd PKP PLK S.A. 3. Braki formalno-prawne przy wyrażeniu zgody na wypłatę podwykonawcy wymagalnej należności z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora.

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
4.	Oddział GDDKiA w Katowicach	opisowa	1. Badanie umów zawartych przy wykorzystaniu FIDIC wykazało, że w ośmiu kontraktach (80% próby) zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem umownych klauzul waloryzacyjnych.	1. W wyniku badania umów zawartych przy wykorzystaniu FIDIC w dwóch kontraktach (20% próby) stwierdzono zmiany w porównaniu do zbadanych wzorcowych klauzul umownych. W odniesieniu do jednej z umów stwierdzono, że w sposób nieprawidłowy, niekompletny przywołano treść jednego z zapisów wzorca. W odniesieniu do drugiej umowy NIK wskazała natomiast, że w sytuacji wprowadzania w toku postępowania zmian w stosunku do wzorcowych klauzul należało skierować do Centrali GDDKiA wniosek o ich formalną akceptację przed wprowadzeniem tychże zmian do projektu umowy. 2. W pięciu zawartych kontraktach bez wykorzystania FIDIC (50% próby), na które Centrala GDDKiA nie opracowała wzorów umów, nie zamieszczono postanowień wynikających z art. 143d ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących obowiązku przedstawiania przez wykonawcę, jako warunku zapłaty jego wynagrodzenia, dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, a w przypadku pozostałych pięciu analizowanych umów ograniczono się wyłącznie do powtórzenia literalnego brzmienia art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bez wymaganego doprecyzowania kwestii związanych z uwarunkowaniem tejże zapłaty i obowiązkami wykonawcy.
5.	Oddział GDDKiA w Lublinie	opisowa	1. Badanie umów zawartych przy wykorzystaniu FIDIC wykazało, że we wszystkich kontraktach zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	1. W pięciu kontraktach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy bez wykorzystania FIDIC (36% próby), na które Centrala GDDKiA nie opracowała wzorów umów, nie uwzględniono postanowień dotyczących zasad i trybu zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wniosek inwestora oraz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
6.	Oddział GDDKiA w Łodzi	pozytywna	1. Badanie umów zawartych przy wykorzystaniu FIDIC wykazało, że we wszystkich kontraktach zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. Nie stwierdzono nieprawidłowości w zapisach umownych zawartych bez wykorzystania FIDIC (na które Centrala GDDKiA nie opracowała wzorów umów). 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	
7.	Oddział GDDKiA w Rzeszowie	opisowa	1. Badanie umów zawartych przy wykorzystaniu FIDIC wykazało, że we wszystkich kontraktach zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	1. W trzech kontraktach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy bez wykorzystania FIDIC (37% próby), na które Centrala GDDKiA nie opracowała wzorów umów, nie określono zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, pomimo takiego obowiązku, wynikającego z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

ZAŁĄCZNIKI

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
8.	Region Północny CRI PKP PLK S.A.	opisowa	1. Badanie 20 zawartych umów wykazało, że w 19 kontraktach (95% próby) zastosowano wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji.	1. Nieuprawnioną zmianę, w porównaniu do wymaganych wzorów kontraktowych, wprowadzono w jednej umowie (5% zbadanej próby). Polegała ona na pominięciu w umowie tekstu subklauzuli 13.8, dotyczącej zmiany kwoty kontraktu o wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych. 2. Badanie realizacji roszczeń podwykonawców z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz dochodzenia regresowego od wykonawców wykazało nieprawidłowości, których skutki finansowe wyniosły łącznie 35 653,3 tys. zł, z tego płatności w kwocie 1 145,4 tys. zł stanowiły uszczuplenie środków inwestora, a 34 507,9 tys. zł wydatkowano z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami. 3. W ramach prowadzonych analiz monitorowano realizację większości roszczeń z tytułu solidarnej odpowiedzialności, jednak nie sprawdzono, czy generalny wykonawca zapłacił podwykonawcom wierzytelności w łącznej kwocie 1 153,7 tys. zł, dotyczące roszczeń zgłoszonych w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora. 4. W przekazanym do Centrali CRI raporcie, dotyczącym roszczeń z tytułu waloryzacji cen kontraktowych, omyłkowo wykazano nieprawidłową kwotę przejściowego roszczenia waloryzacyjnego wykonawcy, tj. wyższą o 894,6 tys. zł (o 27%) od faktycznej.
9.	Region Zachodni CRI PKP PLK S.A.	pozytywna	1. Badanie 20 zawartych umów wykazało, że we wszystkich kontraktach zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	

Lp.	Nazwa jednostki kontrolowanej	Ocena kontrolowanej działalności	Stany mające wpływ na wydaną ocenę:	
			prawidłowe	nieprawidłowe
10.	Region Centralny CRI PKP PLK S.A.	opisowa	1. Badanie 20 zawartych umów wykazało, że w 19 kontraktach (95% próby) zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	1. W jednej umowie (5% zbadanej próby) dokonane zmiany, w porównaniu z przyjętymi wzorami, dotyczyły nieuwzględnienia części zapisów zabezpieczających zamawiającego przed tzw. podwójną płatnością, a także waloryzacji ceny i kwoty warunkowej.
11.	Region Śląski CRI PKP PLK S.A.	opisowa	1. Badanie 20 zawartych umów wykazało, że w 17 kontraktach (85% próby) zastosowano bez odstępstw wymagane wzorcowe klauzule dotyczące solidarnej odpowiedzialności inwestora i waloryzacji. 2. Badanie kontrolne w zakresie rozpatrywania i realizacji roszczeń zgłoszonych z tytułu waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora nie wykazało nieprawidłowości. 3. Rzetelne prowadzenie monitoringu roszczeń podwykonawców i zmian wynagrodzenia wykonawców w związku z uruchomieniem klauzul waloryzacyjnych.	1. W trzech umowach zawartych na okres poniżej 12 miesięcy (15% próby) wprowadzono klauzule waloryzacyjne, pomimo że taki obowiązek nie wynikał z przepisów prawa, jak też nie był wymagany przyjętymi wzorami. 2. W 11 umowach (55% próby) zawarto zapisy zgodne z przyjętym wzorem, obligujące wykonawcę do utrzymania na niezmienionym poziomie wynagrodzenia netto jego pracowników, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnemu lub zwiększenia wysokości składek. Przyjęte we wzorach i stosowane zapisy waloryzacyjne w powyższym zakresie nie odpowiadały zasadom wynikającym z art. 142 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp i nie chroniły interesu inwestora.

6.3. Analiza stanu prawnego i uwarunkowań organizacyjno- -ekonomicznych

1. Zawieranie umów w wyniku udzielania zamówień publicznych

Analiza stanu prawnego

Na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, obowiązującej do 31 grudnia 2020 r.⁸⁴, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oraz na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. były podmiotami zobowiązanymi do udzielania zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, na zasadach określonych w tej ustawie. W art. 2 pkt 9b została zawarta definicja umowy o podwykonawstwo, przez którą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadał kierownik zamawiającego. Odpowiedzialność tę ponosiły także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania (art. 18 ust. 2). Kierownik zamawiającego mógł powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust. 2 i 3). Na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy zostało wydane rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego⁸⁵.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia było całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zasady dotyczące ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane zostały określone w art. 33 ustawy Pzp. Szczegółowe uregulowania w tym zakresie zawiera rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu

⁸⁴ Nowa ustawa z dnia 11 września 2019 r.-Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r., ze zm.) weszła w życie 1 stycznia 2021 r. na podstawie art. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę-Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020, ze zm.).

⁸⁵ Dz. U. z 2013 r. poz. 1129, ze zm.

inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym⁸⁶.

Na podstawie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca mógł powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, zamawiający mógł jednak zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia na roboty budowlane (art. 36a ust. 2 pkt 1). Zgodnie z art. 36b ust. 1, zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierzał powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenie lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy (art. 36 ba ust. 1). Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest tego podwykonawcę zastąpić lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36ba ust. 2).

Art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określił wymóg sporządzenia przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania protokołu, zawierającego co najmniej elementy wymienione w ust. 1 pkt 1–14. Dokumenty związane z prowadzeniem postępowania stanowią załączniki do protokołu (art. 96 ust. 2). Wzór protokołu oraz inne kwestie związane z jego sporządzaniem i udostępnianiem określiło rozporządzenie ministra właściwego do spraw gospodarki⁸⁷. Istotne z punktu widzenia przedmiotu kontroli są przepisy Działu IV ustawy Pzp – Umowy w sprawach zamówień publicznych.

W art. 142 zamieszczono uregulowania dotyczące okresu, na jaki zawierane są umowy. Zgodnie z art. 142 ust. 1, umowę zawiera się na czas oznaczony. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp regulował zasadę obowiązkowej zmiany wynagrodzenia za wykonanie umowy na roboty budowlane (zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy) w czterech sytuacjach: w przypadku zmiany stawki VAT, w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, oraz w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych (od dnia 1 stycznia 2019 r.⁸⁸). Ponadto z 142 ust. 5 wynika, że waloryzacja wynagrodzenia ma miejsce wtedy, gdy przywołane wyżej zmiany mają wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę oraz następuje w stopniu „odpowiednim” – czyli nie mniejszym i nie większym, niż faktyczny wpływ zmian na koszty realizacji.

⁸⁶ Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389.

⁸⁷ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) zostało uchylone 1 stycznia 2021 r.

⁸⁸ Art. 142 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp dodany ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2215, ze zm.).

Art. 143a reguluje kwestię zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w każdym przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach (art. 143a ust. 1 pkt 1) albo w całości po wykonaniu całości robót budowlanych (art. 143a ust. 1 pkt 2). Celem art. 143a ust. 1 jest zapewnienie płynności finansowej wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców zamówienia na roboty budowlane. Zgodnie z powołanymi przepisami:

- w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach – warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;
- w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych – zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

W art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 wskazano dowody potwierdzające faktyczną zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział odpowiednio w realizacji odebranych robót budowlanych lub w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona. Ustawodawca nie określił katalogu dowodów potwierdzających faktyczną zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Dowody te określa zamawiający. Na nim też spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności w celu uzyskania dowodów potwierdzających faktyczną zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom.

Zgodnie z art. 143a ust. 2, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143a ust. 1, zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, gdy umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, zamawiający może wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wy-

grodzenia należnego wykonawcy (art. 143a ust. 3). Kwota ta będzie mogła służyć do bezpośredniego zaspokojenia roszczeń podwykonawców oraz dalszych podwykonawców z tytułu wymagalnego wynagrodzenia, które nie zostało zapłacone.

Zgodnie z art. 143b ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć także zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, mającej za swój przedmiot roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, zamawiający określa w wymaganiach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp). Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo powinny zawierać m.in. wskazanie podwykonawcy, wynagrodzenia podwykonawcy oraz przedmiotu i wielkości lub zakresu robót budowlanych, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcy. W celu identyfikacji robót budowlanych, stanowiących przedmiot umowy o podwykonawstwo, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, wraz z projektem umowy o podwykonawstwo składa dokumenty określające przedmiot, zakres lub wielkość robót budowlanych. Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy o roboty budowlane (art. 648 § 2 ustawy Kc).

W przypadku gdy przedstawiony projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni, zamawiający, w terminie określonym w umowie o roboty budowlane zawartej z wykonawcą, zgłasza pisemne zastrzeżenia do takiego projektu umowy o podwykonawstwo (art. 143b ust. 3 ustawy Pzp). Stosownie do art. 143b ust. 4, niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym w umowie z wykonawcą robót budowlanych uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego. Zasady akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo stosuje się odpowiednio do zmian w już zaakceptowanym projekcie umowy o podwykonawstwo.

Zgodnie z art. 143b ust. 5, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedstawia zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

Jeżeli zawarta umowa nie będzie spełniać wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub będzie przewidywać termin

zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy robót budowlanych, zamawiający, w terminie określonym w umowie o roboty budowlane, zgłasza pisemny sprzeciw wobec zawartej umowy (art. 143b ust.6). Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej kopii zawartej umowy podwykonawczej w terminie określonym w umowie o roboty budowlane uważa się za akceptację zawartej umowy przez zamawiającego (art. 143b ust. 7).

Stosownie do art. 143b ust. 8, w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane jest obowiązany przedłożyć zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię tej umowy. Obowiązek ten nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Obowiązek przedłożenia umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia dotyczy natomiast umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi o wartości większej niż 50 tys. zł, chyba że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określi niższą wartość niż 50 tys. zł, przy której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo (art. 143b ust. 8).

Termin 7-dniowy, przewidziany w art. 143b ust. 5 na złożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane oraz w art. 143b ust. 8 na złożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku zamówienia na roboty budowlane – jest maksymalnym ustawowym terminem na złożenie kopii tych umów przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Mimo że ustawa Pzp nie przewiduje sankcji za przekroczenie terminów, o których mowa w art. 143b ust. 5 i 8, uchylenie terminom określonym w tych przepisach może stanowić podstawę uchylecia obowiązku dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Dokonanie przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane, związane jest bowiem z wcześniejszym zaakceptowaniem przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub przedłożeniem zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi (zob. art. 143c ust. 1).

Zgodnie z art. 143b ust. 9, jeżeli w zawartej umowie o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, termin zapłaty wynagrodzenia będzie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy lub usługi, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

Zasady, o których mowa w art. 143b ust. 1–9, stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

Stosownie do regulacji zawartych w art. 143c ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany dokonać bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane (art. 143c ust. 1). Art. 143c ust. 2 zawiera zastrzeżenie, że obowiązek zapłaty dotyczy tylko należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143c ust. 3). Dokonanie bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy będzie możliwe po umożliwieniu wykonawcy, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia informacji zamawiającego w tej sprawie, zgłoszenia pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143c ust. 4).

W przypadku zgłoszenia przez wykonawcę pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może, zgodnie z art. 143c ust. 5:

- nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty (uzasadni uchylenie się od obowiązku zapłaty), albo
- złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
- dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

Na podstawie art. 143c ust. 6, w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego (art. 143c ust. 7). Możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego związana jest wyłącznie z dokonaniem przez zamawiającego wielokrotnej bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku gdy podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty (zob. art. 143c ust. 5 pkt 3). Przepis art. 143c ust. 7 stanowi odrębną od rozwiązań przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego podstawę odstąpienia od umowy. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że art. 143c ust. 7 jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym i strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy.

Przepis art. 143d określa postanowienia umowy o roboty budowlane, regulujące obowiązki wykonawcy związane z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa, zasady wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami oraz kary umowne z tytułu niewykonania wymagań określonych w 143d ust. 1 pkt 7.

Przepisy art. 143a–143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ ustawy Kc.

Zgodnie z art. 143c ust. 8, przepisy art. 143a–143d nie dotyczą solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, co oznacza, że problematyka ta będzie oceniana w świetle art. 647¹ ustawy Kc.

W art. 144 ustawy Pzp przewidziano zakaz zmiany dokonywania istotnych zmian umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zachodzi co najmniej jedna z sześciu wymienionych w tym przepisie okoliczności. Z punktu widzenia tematyki kontroli najistotniejsze są okoliczności przewidziane w ust. 1, 3 i 6 tego przepisu.

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy, polegających na waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w oparciu o klauzule kontraktowe. W świetle tego przepisu treść umowy w sprawie zamówienia

publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. Stosownie do treści art. 142 ust. 5, każda instytucja zamawiająca, zobowiązana jest do wprowadzenia w umowie postanowień, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego, określonych treścią przywołanego przepisu.

W myśl art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 wymaga zatem ustalenia, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z pojęciem należytej staranności ujętym w przepisach prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 ustawy Kc). Wykładnia przedmiotowego przepisu prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe.

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zmiany również w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

W tym miejscu trzeba wskazać na ograniczenie, jakie ustawodawca nałożył na zamawiającego w odniesieniu do zakresu zmian dokonywanych przy zaistnieniu ww. okoliczności. Ograniczeniem tym jest określony w art. 144 ust. 1b ustawy Pzp warunek, by zmiany postanowień umownych nie prowadziły do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej, tj. zastąpienia zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub całkowitej zmiany rodzaju zamówienia.

2. Wybrane przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące zawierania umów

Dla kontrolowanej problematyki szczególnie istotne są przepisy art. 357¹, art. 358¹, art. 632 § 2 i art. 647–657 ustawy Kc.

Zgodnie z art. 357¹ ustawy Kc, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia, lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron. Powołany przepis ustala odstępstwo od zasady *pacta sunt servanda*, a mianowicie klauzulę *rebus sic stantibus*. Stosowanie tej klauzuli jest uzależnione od spełnienia czterech przesłanek. Po pierwsze, źródłem powstania zobowiązania musi być umowa. Po drugie, zmiana stosunków pomiędzy stronami kontraktu ma charakter nadzwyczajny. Po trzecie, zmiana ta niesie ze sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub grozi jednej ze stron rażącą stratą, czego strony – zawierając umowę – nie przewidywały. Po czwarte, między dwiema ostatnimi przesłankami zachodzi związek przyczynowy. Nadzwyczajne zmiany stosunków dotyczą stosunków społecznych i gospodarczych, które mają charakter powszechny. Nie jest uzasadnione zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w przypadku zmiany okoliczności dotyczących wyłącznie stron konkretnego stosunku wynikającego z indywidualnej umowy. W szczególności pogorszenie sytuacji ekonomicznej lub nadzwyczajna zmiana sytuacji życiowej jednej ze stron umowy, niemające swojej przyczyny w nadzwyczajnej zmianie stosunków społecznych, w ogólności nie mogą stanowić podstawy zastosowania przedmiotowego przepisu. Zmiana stosunków musi mieć przy tym charakter wyjątkowy, niespotykany w normalnym toku spraw.

W art. 358¹ § 2 i 3 ustawy Kc uregulowano dwa wyjątki od zasady nominalizmu, tj. waloryzacje umowną i sądową. W art. 358¹ § 2 uregulowano waloryzację umowną, która służy zabezpieczeniu przed ryzykiem zmiany wartości nabywczej pieniądza, i możliwość stosowania tzw. umownych klauzul waloryzacyjnych. Za pomocą klauzul waloryzacyjnych strony oznaczają wysokość zapłaty świadczenia pieniężnego w sposób pośredni. Wysokość świadczenia pieniężnego nie zostaje ustalona bezpośrednio przez wskazanie liczby jednostek pieniężnych (sumy nominalnej świadczenia), lecz przez opisanie wartości, jaką ma mieć spełniane świadczenie, za pomocą innego niż pieniądz miernika, np. walut obcych lub wskaźników finansowych lub gospodarczych.

Art. 358¹ § 3 ustawy Kc reguluje waloryzację sądową, będącą odmianą klauzuli *rebus sic stantibus*. Przesłanką waloryzacji sądowej jest istotna zmiana siły nabywczej pieniądza. Dookreślenie pojęcia istotności jest ważne, gdyż pewna skala zmian mieści się zawsze w zakresie normalnego ryzyka kontraktowego, a więc ryzyka, które powinno być brane pod uwagę przez każdą ze stron zobowiązania pieniężnego. Jeżeli strony umowy takiej klauzuli nie przewidziały, to domaganie się zmiany wysokości świadczenia jest uzależnione od „istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza”. Waloryzacja sądowa nie jest dokonywana przez sąd z urzędu, tylko na wniosek strony. Przepis ten jest wyrazem „prawa sędziowskiego”, gdyż brak jest tu wskazówek konkretyzujących mierniki dokonywanej przez sąd waloryzacji świadczeń pieniężnych i kwestia ta całkowicie została pozostawiona uznaniu sędziowskiemu.

Zgodnie z art. 632 § 2 ustawy KC stanowiącym jeden z przepisów regulujących umowę o dzieło, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt, o którym mowa w § 1 lub rozwiązać umowę. Przepis ten odsyła do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, i powinno się go stosować wyłącznie do umów o dzieło, i to w odniesieniu do umów z wynagrodzeniem ryczałtowym. Jednakże, zgodnie z Uchwałą SN w składzie 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r. (sygn. III CZP 41/09) przepisy art. 632 § 2 ustawy Kc mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.

W praktyce zamawiający starali się umownie wyłączyć prawo wykonawców do powoływania się na art. 357¹, art. 358¹ § 3 i art. 632 § 2 ustawy Kc, jednakże praktyki tej zakazała Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. KIO 145/18) stwierdziła, że: „Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji”.

W umowie o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647). Umowa o roboty budowlane może być poprzedzona umową przedwstępną, zobowiązującą do późniejszego zawarcia umowy o roboty budowlane jako umowy przyrzeczonej, które jest uzależnione od dokonania czynności poprzedzających rozpoczęcie inwestycji lub uzyskania określonych decyzji administracyjnych

Art. 647¹ ustawy Kc od dnia 1 czerwca 2017 r. otrzymał nowe brzmienie, zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności⁸⁹. Wg stanu prawnego przed 1 czerwca 2017 r., zgodnie z przepisami art. 647¹ § 1–§ 6 ustawy Kc (odmienne postanowienia umów od określonych w tym artykule są nieważne), w umowie o roboty budowlane, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalały zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą była wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważało się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą była wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Wymienione wyżej umowy powinny być zawarte w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Na podstawie art. 647¹ § 5 ustawy Kc, zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponosili solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Zgodnie ze znowelizowanym stanem prawnym art. 647¹ ustawy Kc ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że postanowienia umowne kształtujące relacje pomiędzy stronami umowy w odmienny sposób niż przewidziany w omawianym przepisie są nieważne (§ 6). Zarówno zgłoszenie, jak i sprzeciw wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 4). Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego zgłoszenia go podwykonawcy, najpóźniej przed przystąpieniem do wykonywania prac. W przeciwnym wypadku inwestor nie będzie ponosił solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Podobnie jeśli w terminie 30 dni od dnia dokonanego zgłoszenia podwykonawcy przez wykonawcę inwestor zgłosi podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania prac przez podwykonawcę, również nie będzie ponosił solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (§ 1). Zgłoszenie nie jest wymagane, jeśli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę (§ 2). Granicą odpowiedzialności inwestora względem podwykonawcy jest wysokość wynagrodzenia należna wykonawcy za określony umową zakres robót. Oznacza to, że inwestor odpowiedzialny jest za zapłatę wynagrodzenia ustalonego pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą jedynie w granicach wynagrodzenia należnego wykonawcy od inwestora. Przepis ten chroni interes inwestora w ten sposób, że nie ponosi on szkody z tytułu nieuczciwych praktyk wykonawcy (§ 3).

Zasady odpowiedzialności solidarnej regulują przepisy art. 366–378 ustawy Kc. Zgodnie z art. 366, solidarność dłużników polega na tym, że kilku dłuż-

⁸⁹ Dz. U. z 2017 r. poz. 933, ze zm.

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

Art. 648 § 1 ustawy Kc wymaga dla umowy o roboty budowlane formy pisemnej. Zgodnie z art. 648 § 2, wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja⁹⁰ stanowi część składową umowy. W razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy (art. 649).

Przepisy art. 649¹–649⁴ ustawy Kc regulują kwestie związane z gwarancją zapłaty za roboty budowlane. Inwestor udziela gwarancji zapłaty wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku, udzielone na zlecenie inwestora. Strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności⁹¹.

Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty; odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy (generalnego wykonawcy) przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne (art. 649² ustawy Kc). Wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora (art. 649³).

Jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora.⁹²

Na podstawie art. 649⁵ ustawy Kc, uregulowania art. 649¹–649⁴ stosuje się do umów zawartych między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dal- szymi wykonawcami (podwykonawcami).

Istotnym zabezpieczeniem interesów inwestora w umowach z wykonawcami robót są klauzule ustalające kary umowne, o których mowa w art. 483–485 ustawy Kc.

3. Warunki Kontraktowe FIDIC

Kwestie dotyczące kontrolowanej problematyki regulują także stosowane przez GDDKiA i PKP PLK S.A. wzory umów funkcjonujących w obrocie mię-

⁹⁰ W szczególności decyzja o pozwoleniu na budowę i dokumentacja projektowa, wymagane przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.).

⁹¹ Por. przepisy art. 649¹ ustawy Kc.

⁹² Por. art. 649⁴ § 1 i 2 ustawy Kc.

dzynarodowym pod nazwą „Warunki Kontraktowe FIDIC”, których twórcą jest Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów⁹³ z siedzibą w Genewie, znana szerzej jako FIDIC.

W ujęciu Warunków Kontraktowych FIDIC definicja podwykonawcy jest szeroka. Podwykonawcą jest nie tylko każdy podmiot wykonujący roboty na placu budowy, w tym nie tylko roboty budowlane. Poprzez szeroką definicję robót, w szczególności robót tymczasowych, pojęcie podwykonawcy obejmuje również dostawców materiałów. Swoboda wyboru podwykonawcy jest ograniczona przez obowiązek uzyskania uprzedniej zgody Inżyniera Kontraktu na zaangażowanie podwykonawcy (klauszula 4.4 (b)). Zgoda taka nie jest jednak wymagana w odniesieniu do dostawców materiałów ani dla podwykonawców wymienionych imiennie w kontrakcie (klauszula 4.4 (a)). Warunki Kontraktowe FIDIC zawierają ponadto ogólne postanowienie zakazujące powierzenia wykonania całości robót⁹⁴ podwykonawcom⁹⁵ (klauszula 4.4 [Podwykonawcy]).

Warunki Ogólne przewidują również sytuację, w której konkretny podwykonawca został ustalony przez zamawiającego i wykonawcę już na etapie negocjacji kontraktowych i wymieniony imiennie w kontrakcie bądź też jego zatrudnienie jest wynikiem polecenia Inżyniera wydanego na podstawie klauzuli 13 [Zmiany i korekty]. Zastosowanie znajdą wówczas postanowienia klauzuli 5 [Wyznaczeni Podwykonawcy]. Jeśli podwykonawca został wyznaczony przez zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu, wykonawca może zgłosić uzasadnione zastrzeżenia i sprzeciw wobec jego zatrudnienia (klauszula 5.2 [Zastrzeżenia przeciw wyznaczeniu]), odpowiada bowiem za działania wyznaczonego podwykonawcy tak jak za działania każdego innego podwykonawcy.

Zarówno w przewodniku FIDIC, jak i we wskazówkach do sporządzania Warunków Szczególnych zaznaczono, że klauzula 5 [Wyznaczeni Podwykonawcy] powinna być stosowana ze szczególną ostrożnością, dotyczy bowiem szczególnych przypadków i nie ma powszechnego zastosowania. Rekomenduje się pozostawienie wykonawcy znacznego stopnia swobody decydowania o tym, które części Robót zamierza oddać w podwykonawstwo i zastosowanie jedynie mechanizmów kontroli podwykonawstwa uregulowanych w klauzuli 4.4 [Podwykonawcy].

Wydaje się, że zakres regulacji art. 6471 ustawy Kc nie obejmuje wszystkich podwykonawców w rozumieniu Warunków Ogólnych gdyż, jak wskazano wyżej definicja podwykonawcy w warunkach FIDIC jest szeroka. Szczególny reżim ustawy KC obejmuje jedynie tych podwykonawców, których można zakwalifikować jako podwykonawców robót budowlanych, nie będzie zatem dotyczył np. geodetów, czy dostawców betonu. Wymagane jest zatem

⁹³ Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils.

⁹⁴ Według FIDIC przez roboty rozumie się: roboty stałe (oznaczające roboty stałe które wykonawca ma wykonać na mocy kontraktu) i roboty tymczasowe (oznaczają wszelkie roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza sprzętem wykonawcy, potrzebne na terenie budowy dla wykonania i ukończenia robót i usunięcia wad.)

⁹⁵ Według FIDIC przez podwykonawcę rozumie się każdą osobę wymienioną w kontrakcie jako podwykonawca lub wyznaczoną jako podwykonawca dla wykonywania części robót oraz prawnych następców każdej z tych osób.

odpowiednie dostosowanie treści kontraktu do przepisów polskiego prawa cywilnego przez wprowadzenie do Warunków Szczególnych klauzuli regulującej kwestie podwykonawstwa zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Kc.

Kluczowe uwarunkowania dotyczące kontrolowanej działalności

GDDKiA realizuje inwestycje drogowe na podstawie Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2014–2023 (z perspektywą do 2025 r.), natomiast PKP PLK S.A. – inwestycje kolejowe na podstawie Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku. Planowana do wybudowania infrastruktura drogowa i kolejowa oraz nakłady na nią były najwyższe w historii kraju. Wraz z największym skumulowaniem robót budowlanych, które przypadły na lata 2017–2018, pojawiły się problemy z upadłością firm budowlanych i innych podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji infrastrukturalnych. Sytuacja, która miała miejsce w latach 2011–2012 zaczęła się powtarzać. Należy mieć na uwadze, że charakterystyczny dla inwestycji realizowanych przez GDDKiA i PKP PLK S.A. na podstawie ustawy Pzp publicznych jest fakt, że konieczne jest poleganie na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niż wykonawca. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym, nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast budowa obiektów liniowych to często kosztowne i skomplikowane przedsięwzięcia, których realizacja wymaga zaangażowania wielu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą nie tylko w zakresie wykonywania robót budowlanych, ale również obejmującą dostawy materiałów budowlanych, świadczenia usług i wszelkich innych czynności niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego. W praktyce na rynku usług budowlanych występowały coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wobec przedsiębiorców występujących w procesie inwestycyjnym w charakterze podwykonawców. Odnosiło się to często do należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami byli generalni wykonawcy – na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane – przedstawiające swoją sytuację finansową jako bardzo dobrą. Często przyczyną braku płynności po stronie generalnego wykonawcy był lawinowy wzrost cen kluczowych materiałów budowlanych, czego inwestor nie chciał zrekompensować przy pomocy mechanizmu waloryzacji. Powodowało to sytuacje w której wykonawca był zmuszony z własnej kieszeni pokrywać część kosztów budowy infrastruktury liniowej, co niekiedy powodowało utratę płynności finansowej i w rezultacie upadłość.

Opóźnienia w spłacie należności przez wykonawców inwestycji liniowych i niechęć w waloryzowaniu kontraktów przez inwestorów niekorzystnie wpływają nie tylko na sytuację wykonawców i podwykonawców poszczególnych kontraktów budowlanych, lecz również na sytuację zamawiających (GDDKiA i PKP PLK S.A.). Przyczynia się to do opóźnień w realizacji zawartych umów i tym samym powoduje opóźnienie w realizacji celu publicznego, jakim jest budowa dróg i linii kolejowych. Zatem jest to działanie

Analiza uwarunkowań
organizacyjno-
-ekonomicznych

niepożądane nie tylko z ekonomicznego punktu widzenia, lecz również ze względu na negatywny wpływ na szybkość realizacji tego celu a więc na wykonywanie obowiązku nałożonego przez ustawodawcę na Radę Ministrów.

Charakterystyka podmiotów związanych z tematem kontroli

Minister Infrastruktury – minister właściwy do spraw transportu, który zgodnie z: uchwałą Rady Ministrów z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych do 2023 r. (z perspektywą do 2025 r.)” oraz uchwałą Rady Ministrów z dnia 15 września 2015 r. w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Kolejowego do 2023 r. sprawował nadzór nad realizacją tych programów. Ponadto sprawował nadzór nad utworzonymi organami pomocniczymi o charakterze doradczym, tj. Radą Ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji kolejowych oraz Radą Ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji drogowych.

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach dróg krajowych, który zgodnie z uchwałą Rady Ministrów z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych do 2023 r. (z perspektywą do 2025 r.)” jest wykonawcą/inwestorem tego programu. W strukturze organizacyjnej GDDKiA funkcjonuje 16 oddziałów oraz Centrala w Warszawie.

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – spółka akcyjna z grupy Polskie Koleje Państwowe, odpowiadająca za zarządzanie państwową siecią linii kolejowych w Polsce. Zgodnie z uchwałą Rady Ministrów z dnia 15 września 2015 r. w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Kolejowego do 2023 r. jest wykonawcą/inwestorem/zamawiającym tego programu. PKP PLK S.A. posiada jednostkę organizacyjną Centrum Realizacji Inwestycji z pięcioma podległymi regionami CRI.

6.4. Wykaz aktów prawnych dotyczących kontrolowanej działalności

1. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, ze zm.).
2. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.).
3. Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 470, ze zm.).
4. Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2021 r. poz. 178).
5. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), obowiązująca do 31 grudnia 2020 r.
6. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. ze zm.) – weszła w życie 1 stycznia 2021 r. na podstawie art. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę-Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2020, ze zm.).
7. Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).
8. Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342, ze zm.).
9. Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 423).
10. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129, ze zm.).
11. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389).
12. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) – zostało uchylone 1 stycznia 2021 r.
13. Zarządzeniem nr 25 Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 30 maja 2016 r. w sprawie utworzenia rady ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji drogowych (Dz. Urz. MliB poz. 38).
14. Zarządzeniem nr 53 Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie utworzenia rady ekspertów do spraw działań mających na celu optymalizację procesu realizacji inwestycji kolejowych (Dz. Urz. MliB poz. 84).

6.5. Wykaz podmiotów, którym przekazano informację o wynikach kontroli

1. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej
2. Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej
3. Marszałek Senatu Rzeczypospolitej Polskiej
4. Prezes Rady Ministrów
5. Prezes Trybunału Konstytucyjnego
6. Rzecznik Praw Obywatelskich
7. Przewodniczący sejmowej Komisji do Spraw Kontroli Państwowej
8. Przewodniczący sejmowej Komisji Infrastruktury
9. Przewodniczący senackiej Komisji Infrastruktury
10. Minister Infrastruktury
11. Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny
12. Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych
13. Główny Inspektor Pracy
14. Prezes PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
15. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad