



FUNDACJA
IM. STEFANA BATOREGO

forumIdei

Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych

Realizacja inwestycji
i podsumowanie pilotażu



www.batory.org.pl

Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych

Realizacja inwestycji i podsumowanie pilotażu

**Mirela Korsak-Koledzińska, Grzegorz Makowski, Karolina Szymańska, Katarzyna Tuzinek,
Marcin Waszak**

Współpraca i konsultacje: Jakub Łoch, Kamil Baryła



FUNDACJA
BATOREGO

IM. STEFANA

Fundacja im. Stefana Batorego

Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa
tel. (48 22) 536 02 00
fax (48 22) 536 02 20
batory@batory.org.pl
www.batory.org.pl

Redakcja i korekta: Agnieszka Łodzińska

Projekt graficzny okładki: Paweł Sky

Skład dtp: TYRSA Sp. z o.o.

Teksty udostępniane na licencji Creative Commons.

Uznanie autorstwa na tych samych warunkach 3.0 Polska (CC BY 3.0 PL)



ISBN 978-83-66544-15-4

Publikacja jest rozpowszechniana bezpłatnie

Warszawa 2021

Publikacja przygotowana w ramach projektu „Pakty uczciwości – mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II”, finansowanego przez Komisję Europejską. Niniejsza publikacja odzwierciedla wyłącznie poglądy autorów i nie stanowi wyrazu poglądów Komisji Europejskiej. Komisja Europejska nie ponosi ani nie podlega odpowiedzialności za żadne ewentualne wykorzystanie informacji zawartych w tej publikacji.

Niniejszy raport został przed publikacją udostępniony instytucjom współpracującym w ramach paktu uczciwości, tj. PKP PLK S.A., ZUE S.A. (wykonawca robót), MP-Mosty S.A. (inżynier projektu), Ministerstwu Funduszy i Polityki Regionalnej oraz Centrum Unijnych Projektów Transportowych. Podmioty te zgłosiły swoje poprawki, a wykonawca i zamawiający dodatkowo zdania odrębne, które cytujemy w raporcie w osobnych ramkach.

Zespół projektowy

kierownik: Grzegorz Makowski

koordynator: Marcin Waszak

specjalistka ds. działań komunikacyjnych: Karolina Szymańska

asystentka projektu: Katarzyna Tuzinek

stali konsultanci: Kamil Baryła, Mirela Korsak-Koledzińska, Jakub Łoch, Sławomir Trojanowski, Patryk Wisiński



Finansowane przez
Unię Europejską



Spis treści

Streszczenie	5
1. Akronimy	9
2. Wstęp	10
3. Metodyka monitoringu	11
4. Relacje między obserwatorem i stronami kontraktu	29
5. Najważniejsze obserwacje z monitoringu inwestycji objętej paktem	34
5.1. Problemy związane z etapem postępowania o udzielenie zamówienia	34
5.1.1. Waloryzacja kontraktu nieadekwatna do wzrostu cen	34
5.1.2. Spór w zakresie sposobu zabezpieczeń przed hałasem	41
5.2. Zarządzanie konfliktem interesów	48
5.3. Dostęp do informacji publicznej w trakcie realizacji zamówienia	56
5.4. Prowadzenie robót bez wymaganych pozwoleń	61
5.5. Polecenia zmian i roszczenia	75
5.6. Przypadek przejścia podziemnego w Poraju	79
5.7. Odbiory końcowe robót	94
5.8. Wnioski i rekomendacje z monitoringu	107
5.8.1. Wnioski i rekomendacje natury systemowej	107
5.8.2. Wnioski i rekomendacje dotyczące realizacji zamówień publicznych	109
5.8.3. Wnioski i rekomendacje dotyczące realizacji paktu uczciwości	114
6. Działania informacyjne i edukacyjne w ramach pilotażu	119
7. Zakończenie	127
Autorzy	129

Streszczenie

Pakt uczciwości (ang. *integrity pact*) to stworzony przez Transparency International (www.transparency.org) mechanizm włączania obywateli w procesy decyzyjne, jakimi są zamówienia publiczne. Jednocześnie jest to mechanizm partycypacji i obywatelskiego monitoringu zamówień publicznych pod kątem zagrożenia nieprawidłowościami, korupcją i innymi nadużyciami. Celem paktów jest dbanie o realizację zamówienia publicznego w taki sposób, żeby chronić interes publiczny. Środkiem do realizacji tego celu jest włączenie w proces udzielania zamówień publicznych strony społecznej – obserwatora.

W 2016 roku Komisja Europejska postanowiła poddać pakt uczciwości testowi w kilku państwach członkowskich. Sprawdzano go jako rozwiązanie mogące pomóc w ochronie zamówień publicznych finansowanych z Fundusz Spójności. W Polsce do pilotażowego paktu zostało wybrane zamówienie pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule »projektuj i buduj« w ramach projektu »Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa–Zawiercie«”. Zamawiającym dla tej inwestycji jest spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a rolę obserwatora społecznego pełni Fundacja im. Stefana Batorego wraz z zewnętrznymi doradcami technicznymi i prawnymi.

Niniejszy, drugi raport z realizacji pilotażu paktu uczciwości w Polsce obejmuje okres od lipca 2017 roku, kiedy to zawarto kontrakt na wspomniane zamówienie, do końca września 2021 roku (pierwszy raport opublikowany jesienią 2020 roku opisywał proces tworzenia paktu oraz etap obserwacji postępowania przetargowego)¹. W tym okresie monitoring obejmował etap projektowania i realizacji inwestycji w terenie.

Pilotaż paktu uczciwości był pierwszym tego rodzaju przedsięwzięciem w Polsce. Rozpoczynając go, dysponowaliśmy jedynie ogólnymi wskazówkami co do tego, jak powinno zostać skonstruowane porozumienie między obserwatorem, zamawiającym, wykonawcami i ewentualnie innymi podmiotami, które powinny być objęte paktem (w naszym przypadku był to inżynier projektu – podmiot nadzorujący realizację inwestycji). A zatem wypracowanie kształtu tego porozumienia (paktu – *sensu stricto*) samo w sobie było jednym z celów pilotażu. Jak przebiegały prace na tym etapie, opisaliśmy w pierwszym raporcie z realizacji pilotażu. Podobnie jak sama treść paktu, tak też i sposób obserwacji inwestycji objętej paktem musiał zostać niejako stworzony już w ramach samych działań monitoringowych.

W pierwszej części niniejszego raportu przedstawiamy więc metodologię monitoringu, która została wypracowana w ramach pilotażu paktu uczciwości. Omawiamy tam główne zasady, jakimi powinien kierować się obserwator społeczny. Wśród nich naczelną zasadą jest profesjonalizm – jeśli obserwator samodzielnie nie ma wszystkich niezbędnych kompetencji, żeby móc ocenić, co dzieje się w monitorowanej inwestycji, musi współpracować z ekspertami lub podmiotami, które mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Inne zasady to transparentność działań (także wobec szeroko rozumianej opinii publicznej), inkluzywność (czyli zachęcanie wszystkich zainteresowanych danym zamówieniem do aktywnego włączania się w monitoring) i poufność (z jednej strony monitoring nie jest możliwy bez swobodnego i bieżącego dostępu do wszelkich informacji o obserwowanym zamówieniu, z drugiej strony obserwator musi szanować fakt, że zamawiający czy wykonawca ma prawo do ochrony wrażliwych z jego punktu widzenia danych – np. tajemnicy przedsiębiorstwa). Ponadto, w metodologii omawiamy

¹ K. Baryła, G. Makowski, M. Waszak, *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Tworzenie paktu i wybór wykonawcy*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2020, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2020/11/Pakt-uczciwosci_tworzenie_paktu_wybor_wykonawcy.pdf [dostęp: 14.11.2021].

szczegółowo, jakiego rodzaju elementy zamówienia powinny przyciągać szczególną uwagę, gdzie są najważniejsze ogniska ryzyk, skąd czerpać informacje, jak dokumentować monitoring i jak reagować w sytuacji, gdy dojdzie do jakiejś nieprawidłowości lub pojawi się ona chociażby potencjalnie.

W zasadniczej części natomiast omawiamy najważniejsze problemy, jakie ujawniły się w ramach monitoringu, oraz sposób, w jaki obserwator reagował na te okoliczności. Wśród nich znalazła się **kwestia ogromnego wzrostu cen materiałów i usług niezbędnych do realizacji monitorowanego zamówienia, którego w żaden sposób nie udało się wyważyć**, ponieważ zasady waloryzacji zapisane w kontrakcie okazały się nieadekwatne. Na tym tle między zamawiającym a wykonawcą doszło do poważnego sporu. Obserwator zachęcał strony do rozwiązania go w ramach mediacji, jednak strony kontraktu zdecydowały się na drogę sądową. Trzeba również podkreślić, że problem ten, choć w sposób szczególny dotyczył monitorowanego zamówienia, miał charakter systemowy, wymagający reakcji na poziomie planowania polityki zakupowej państwa. To skłoniło nas między innymi do wniosku, że **w polityce zakupowej państwa, a także na poziomie poszczególnych zamawiających, brakuje mechanizmów systematycznego monitoringu wzrostu cen, planowania i wyceny zamówień. Powinny również zostać urealnione zasady waloryzacji wartości kontraktów.**

Innym zagadnieniem był **spór między zamawiającym a wykonawcą dotyczący konieczności (lub jej braku) wykonania ekranów akustycznych**. Specyfiką tego problemu było to, że już na etapie oceny dokumentacji przetargowej obserwator zwracał uwagę, że brakuje w niej jasnych zapisów co do wykonania tego elementu inwestycji. W momencie ogłoszenia przetargu brakowało także decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, gdzie taki wymóg mógłby zostać jednoznacznie sformułowany. To pozwoliło wykonawcy na przedstawienie atrakcyjnej cenowo oferty nieprzewidującej budowy ekranów. Jednak w trakcie realizacji robót zamawiający zdecydowanie domagał się wykonania tego elementu. Oprócz tego, że na tym tle doszło do konfliktu między stronami kontraktu, ujawnił się też interesujący aspekt związany z dostępem do informacji w ramach systemu zamówień publicznych i przepływu informacji między zamawiającymi i wykonawcami. Wykonawca monitorowanego zamówienia, nie mogąc uzyskać od zamawiającego pełnych danych uzasadniających konieczność wybudowania ekranów akustycznych, zdecydował się na drogę przed sądami administracyjnymi, argumentując, że dane, do których chciał mieć wgląd, są po prostu informacją publiczną. Obserwator, kierując się zasadą, że dostęp do informacji powinien być jak najszerszy, wspierał ten argument – także na etapie sądowym, przesyłając do Naczelnego Sądu Administracyjnego *amicus curiae* w tej spornej sprawie. **Doświadczenie w tym punkcie skłania do wniosku, że powinny nastąpić zmiany w przepisach dotyczących dostępu do informacji publicznej niwelujące bariery (związane na przykład z niejasnym pojęciem „dokumentu wewnętrznego”, które często służy jako pretekst dla odmowy udostępnienia zamówień publicznych) i ogólnie poszerzające możliwości uzyskiwania informacji o realizacji zamówień. Spór o ekrany akustyczne dotyczący inwestycji objętej paktem skłania także do wniosku, że procedury zamówieniowe i realizacja inwestycji (zwłaszcza infrastrukturalnych) nie powinny być uruchamiane bez kompletu dokumentów, a zwłaszcza przy braku tak newralgicznych elementów jak decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach.** Nawet jeśli prawo na to zezwala, zamawiający nie powinni dopuszczać do takich sytuacji, bowiem pośpiech na etapie przygotowania przetargu i postępowania przetargowego oraz towarzyszące mu luki czy niespójności w dokumentacji generują poważniejsze problemy, spory i opóźnienia na etapie realizacji inwestycji.

Po raz kolejny pojawiła się również kwestia zarządzania konfliktem interesów, tym razem na płaszczyźnie relacji między wykonawcą a obserwatorem. Na końcowym etapie realizacji zamówienia obserwator zdecydował się na przedstawienie opinii prawnej dotyczącej prawomocności wystawienia świadectwa przejęcia dla monitorowanej inwestycji. W ocenie obserwatora splot różnych

okoliczności, które towarzyszyły temu zdarzeniu, powodował, że taki dokument nie powinien zostać wystawiony. Stwarzałoby to bowiem ryzyko dla interesu publicznego (np. w zakresie naliczania kar umownych bądź zainicjowania okresu gwarancyjnego). Wykonawca z kolei uznał, że działanie było podyktowane chęcią przedłużenia monitoringu (który mógłby się zakończyć wraz z wystawieniem rzeczowego świadectwa przejęcia) i podtrzymania finansowania całego pilotażu. Spór wokół tej kwestii nie został ostatecznie rozwiązany do końca realizacji monitoringu. Jednocześnie jako element pilotażu stanowił cenne źródło wniosków odnośnie do zarządzania konfliktem interesów w ewentualnych przyszłych paktach uczciwości. **W tym aspekcie wniosek z monitoringu sprowadza się do postulatu stworzenia długofalowego programu informacyjno-edukacyjnego, kierowanego do uczestników rynku zamówień publicznych i dotyczącego tego, jak rozumieć konflikt interesów, jak go unikać lub nim zarządzać, tak aby nie przekształcał się w nieprawidłowości i nadużycia.**

Inny istotny problem omawiany w raporcie dotyczył prowadzenia robót budowlanych bez wymaganych dokumentów, w szczególności bez pozwoleń na budowę. W początkowej fazie realizacji prac budowlanych wykonawca (za aprobatą zamawiającego) rozpoczął roboty na podstawie tzw. zgłoszenia. Obserwator zakwestionował ten tryb, co ostatecznie potwierdziła również kontrola śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Budowlanego. Naruszenie, o potencjalnie istotnych konsekwencjach, szczęśliwie okazało się wyłącznie proceduralną nieprawidłowością. Inspektor ocenił, że rozpoczęte roboty spełniały wszystkie wymogi i były prowadzone zgodnie ze sztuką. Dlatego też nikt nie poniósł z tego tytułu konsekwencji. Jednak przy tej okazji ujawnił się także problem systemowy związany z nieprecyzyjnymi przepisami dotyczącymi procedury zgłaszania robót, a także przewlekłości procesu wydawania decyzji o pozwoleniu na budowę. **W związku z tą sytuacją obserwator skierował też wnioski do właściwych ministerstw, co przyczyniło się do zmian w prawie budowlanym uściślających warunki procedowania zgłoszeń robót budowlanych. Państwo powinno też wzmocnić kadrowo organy odpowiedzialne za nadzór architektoniczno-budowlany.**

Monitoring skoncentrował się jeszcze na dwóch problemach dotyczących zarządzania wzajemnymi roszczeniami oraz procedury odbiorów końcowych. W ramach obserwacji odnotowano również dużo innych drobniejszych trudności, którym nie poświęcamy już miejsca w raporcie. Oprócz działań monitoringowych pilotaż przewidywał wiele działań informacyjnych i edukacyjnych (konferencje, warsztaty, spotkania z mieszkańcami terenów, gdzie realizowana była inwestycja, itd.) – je również podsumowujemy w raporcie.

Jakkolwiek raport dotyczy w największej mierze pewnych naruszeń, kwestii spornych czy kontrowersyjnych, to trzeba odnotować, że pilotaż stworzył też przestrzeń dla pozytywnych zdarzeń – jak na przykład wspomniane już zmiany w prawie budowlanym. Oprócz tego warto wspomnieć także m.in. o tym, że pilotaż stał się dla wykonawcy inspiracją do uruchomienia systemu ochrony sygnalistów już na początku realizacji monitoringu w 2017 roku. Należy to podkreślić z tego względu, że wraz z koniecznością implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z 23 października 2019 roku w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (PE/78/2019/REV/1) tworzenie takich systemów będzie obowiązkowe m.in. dla średnich i dużych firm. Wykonawca biorący udział w pilotażu będzie mieć zatem dzięki temu dużo lepsze przygotowanie.

Trzeba też odnotować, że wszystkie strony kontraktu wytrzymały w pilotażu do końca jego finansowania przez Komisję Europejską. Współpraca między wykonawcą, zamawiającym a obserwatorem, choć czasami trudna i niewolna od napięć, przebiegała generalnie w dobrej atmosferze, a przede wszystkim w warunkach dużej otwartości, bez czego monitoring nie miałby w ogóle szans zaistnieć.

Całokształt doświadczeń zdobytych na gruncie pilotażu skłania do wniosku, że pakty uczciwości mogłyby stać się (może nie obowiązkowym dla każdego zamówienia i nie masowym mechanizmem) cennym narzędziem włączania społeczeństwa w tak trudną materię, jaką są procedury zamówień publicznych. Pakt uczciwości mógłby być również dobrym uzupełnieniem oficjalnych, państwowych mechanizmów nadzoru i kontroli nad rynkiem zamówień publicznych. W końcowych rekomendacjach uściślamy, w jaki sposób można byłoby uregulować status prawny paktów i zadbać o ich finansowanie.

Ostatecznie decyzja o tym, jak wykorzystać wnioski z pilotażu paktów uczciwości w Polsce i w pozostałych państwach, które brały udział w tym przedsięwzięciu, będzie należeć do Komisji Europejskiej i poszczególnych rządów. Czas pokaże, czy pakty uczciwości staną się jednym ze standardowych mechanizmów społecznej partycypacji i kontroli zamówień publicznych.

1. Akronimy

CBA – Centralne Biuro Antykorupcyjne

CUPT – Centrum Unijnych Projektów Transportowych

DG Regio - Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej i Miejskiej Komisji Europejskiej

DŚU - Decyzja o Środowiskowych Uwarunkowaniach

FIDIC - Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów

Fundacja – Fundacja im. Stefana Batorego w Warszawie

GUS – Główny Urząd Statystyczny

IGTL – Izba Gospodarcza Transportu Lądowego

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza

Konsultant prawny – TOGATUS Kancelaria Prawna Trojanowski Sławomir i Partnerzy

Konsultant techniczny – JPL Project sp. z o.o./MLN Team sp. z o.o./WIN Kamil Baryła

Kontrakt – umowa nr 90/106/0072/17/Z/I dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „projektuj i buduj” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa–Zawiercie w ramach projektu POIiŚ 5-2.6”

KPK – Krajowy Program Kolejowy przyjęty przez Radę Ministrów we wrześniu 2015 roku i zaplanowany do 2023 roku

Ministerstwo – Ministerstwo, w którym umocowana jest Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko (na dzień sporządzenia raportu było to Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej)

NIK – Najwyższa Izba Kontroli

Obserwator – określany też jako partner społeczny – zespół monitorujący, składający się z pracowników Fundacji im. Stefana Batorego i jej konsultantów

OECD – Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju

OOŚ – ocena oddziaływania na środowisko

OPZ – opis przedmiotu zamówienia wchodzący w skład dokumentacji przetargowej

Pakt – polski pakt uczciwości, porozumienie zawarte między Fundacją im. Stefana Batorego a spółką PKP PLK podpisane 8 listopada 2016 roku, poszerzone o zobowiązania przyjęte w umowach PKP PLK z ZUE S.A. jako generalnym wykonawcą 20 lipca 2017 roku oraz z konsorcjum firm MP-Mosty Sp. z o.o. i „DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA” S.A. jako inżynierem projektu 4 sierpnia 2017 roku

PFU – Program Funkcjonalno-Użytkowy, specyfikacja techniczna wchodząca w skład dokumentacji przetargowej

PKP PLK – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., spółka określana w raporcie jako zamawiający

POIiŚ – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

PRM – wymagania związane z dostępnością systemu kolei Unii dla osób niepełnosprawnych i osób o ograniczonej możliwości poruszania się

PZP – Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)

PZT – Projekt Zagospodarowania Terenu

RDOŚ – Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska

SIWZ – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

SWK – Szczegółne Warunki Kontraktu

TI – Transparency International

Wykonawca – ZUE S.A.

UE – Unia Europejska

ULLK- decyzja o ustanowieniu lokalizacji linii kolejowej

ULICP – decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego

UZP – Urząd Zamówień Publicznych

ZOPI – Zespół Opiniowania Projektów Inwestycyjnych

2. Wstęp

Wraz z zakończeniem społecznego monitoringu inwestycji publicznej objętej paktem uczciwości w Polsce przyszedł czas na podsumowanie jego dorobku. Fundacja Batorego, która wzięła w nim udział w charakterze obserwatora społecznego, publikowała w zeszłym roku raport z uwagami do etapu przetargu monitorowanego zamówienia. Niniejsze opracowanie dopełnia oceny zamówienia w okresie, który nastąpił po podpisaniu umowy z wykonawcą w lipcu 2017 roku. Obserwacja okazała się możliwa aż do momentu końcowych odbiorów robót dzięki decyzji Komisji Europejskiej, która zgodziła się przedłużyć pilotaż paktu uczciwości w Europie planowany pierwotnie do roku 2019, o kolejne dwa lata. Niewątpliwie objęcie paktem uczciwości inwestycji PKP PLK w dłuższym okresie pozwoliło obserwatorowi dokonać pełniejszej oceny decyzji i zachowań uczestników zamówienia pod kątem potencjalnych ryzyk dla interesu publicznego. Im bliżej odbiorów, tym bardziej nabrzmiewały konsekwencje błędnych decyzji czy zaniedbań, które miały miejsce w monitorowanym kontrakcie.

Raport ma charakter problemowy i nie jest jego zadaniem opisywanie różnych aspektów zamówienia, które przebiegły w sposób prawidłowy, choć takich nie brakowało. Cała uwaga obserwatora była skupiona na działaniach lub zaniedbaniach, które mogłyby wywołać negatywne skutki dla osób korzystających z modernizowanej linii kolejowej, mieszkających w jej pobliżu. Obecność obserwatora społecznego miała też pomóc uniknąć marnotrawstwa środków publicznych i funduszy unijnych. Rola ta wymagała niejednokrotnie wchodzenia w spory z pozostałymi uczestnikami monitorowanego zamówienia. Niniejszy raport odzwierciedla najważniejsze różnice zdań pomiędzy uczestnikami zamówienia, oddając głos wykonawcy i zamawiającemu w formie osobnych komentarzy. Nie zawsze skutek działań obserwatora okazywał się pozytywny dla stron umowy objętej monitoringiem, czego przykładem jest wstrzymanie na początku 2021 roku certyfikacji i refundacji dla monitorowanego projektu. Decyzja ta miała związek z reagowaniem obserwatora na stwierdzone nieprawidłowości, których tolerowanie lub ukrywanie mogłoby jednak przynieść później daleko groźniejsze konsekwencje zarówno dla finansów publicznych, jak i osób zarządzających projektem. W tym sensie obserwator, nawet w sytuacji krytyki pod adresem uczestników zamówienia, dążył do obrony także ich interesu. Natomiast strony paktu uczciwości, które deklarowały swoje przywiązanie do uczciwych i przejrzystych zasad prowadzenia inwestycji publicznych, nie uciekając od pytań i próśb obserwatora, udowodniły, że traktują to zobowiązanie poważnie. Niewątpliwie za taką postawę dla uczestników paktu uczciwości należą się ze strony obserwatora podziękowania za wieloletnią współpracę.

Wreszcie pilotaż paktu uczciwości w Polsce zrobił wiele więcej dla rozwijania publicznej refleksji o odpowiedzialnym prowadzeniu zamówień publicznych, aniżeli mogłoby to wynikać z prowadzenia samego monitoringu. Istotna okazała się działalność informacyjna i edukacyjna, poszerzająca horyzonty myślenia o zamówieniach w kategoriach naczyń powiązanych i pokazująca, że praktyka na pojedynczym kontrakcie nie może być traktowana w oderwaniu od instytucjonalnego i prawnego otoczenia czy charakterystyki określonej branży. Diagnozy dokonywane przez obserwatora były zatem przedstawiane i konfrontowane z innymi wykonawcami, zamawiającymi i specjalistami w drodze otwartych konferencji, seminariów czy w ramach cyklu podcastów. Za sprawą wspomnianych wielokrotnie w niniejszym raporcie działań upowszechniających idea społecznej obserwacji zamówień miała szansę stać się dla opinii publicznej bardziej zrozumiała. W tym celu powstała też strona paktuczciwosci.pl, która dawała możliwość pozostawania na bieżąco z dorobkiem projektu. Pilotaż stał się źródłem pogłębionej wiedzy o monitorowanym zamówieniu, ale też unikalnego doświadczenia związanego z wykonywaniem zadań obserwatora. Z myślą o przyszłych organizacjach monitorujących przygotowana została metodyka monitoringu, która pokazuje, jak można prowadzić go w sposób skuteczny i odpowiedzialny.

Niniejszy raport daje świadectwo przejrzystości działań monitoringowych. Nie uciekamy w nim też od zarzutów stawianych przez strony paktu obserwatorowi. W interesie publicznym jest dokonanie możliwego pełnego bilansu całego okresu pilotażu i wyciągnięcie z niego właściwych wniosków. To m.in. od jego rezultatów zależeć będzie, czy pakt uczciwości staną się bardziej dostępne oraz powszechnie uznawane przez prawo i instytucje publiczne. Dlatego wszelkie towarzyszące monitoringowi trudności i wyzwania zasługują na to, aby mogły zostać rzetelnie przedstawione na kolejnych stronach. Mając świadomość, że raport będzie czytany też jako *sui generis* poradnik dla unijnych i polskich decydentów, wnioski, do których doszli jego autorzy, formułowane są w poczuciu dużej odpowiedzialności za los podobnych inicjatyw w przyszłości.

Obserwacje, wnioski i rekomendacje przedstawione w raporcie obrazują stan wiedzy autorów na moment zakończenia monitoringu w ramach pilotażu paktu uczciwości. To jest na dzień 30 września 2021 roku.

3. Metodyka monitoringu²

Obserwator, przystępując do pilotażu paktu uczciwości, nie miał gotowych odpowiedzi na pytania o to, w jaki sposób monitorować przebieg zamówienia publicznego, na czym skupić uwagę i jak docierać do istotnych informacji. Istniała możliwość skorzystania z pewnych ramowych założeń monitoringu, które Transparency International publikowała na bazie doświadczeń z prowadzenia paktów w innych krajach³. Publikacje te dawały jednak jedynie ogólne wyobrażenie, czym ma być pakt uczciwości, aniżeli były źródłem praktycznych wskazówek. Szybko okazało się, że olbrzymie znaczenie ma tutaj specyfika kraju i takich jego cech jak system prawny, ład instytucjonalny (np. w zakresie dystrybucji środków UE) czy stan społeczeństwa obywatelskiego. Drugim ważnym elementem jest także społeczno-ekonomiczna charakterystyka regionu inwestycji i to, czy np. mieszkańców łatwo jest zaktywizować, czy łatwo do nich dotrzeć oraz jak wygląda siła mediów lokalnych. Równie istotny przy tworzeniu metodyki był rodzaj monitorowanego projektu. To, że polskim pilotażem paktu uczciwości objęty był projekt infrastrukturalny, kolejowy i w dodatku jedna z najbardziej kosztownych inwestycji w całym europejskim pilotażu, miało bezpośrednie przełożenie na wymaganą od obserwatora wiedzę i umiejętności, które musiał posiadać i zastosować w trakcie monitoringu. Z uwagi na eksperymentalny charakter projektu metodyka była rozwijana i weryfikowana w zasadzie przez cały okres jego trwania. Stanowiło to dużą niedogodność dla samego obserwatora. W momencie, gdy dojdzie do uznania paktu uczciwości za regularne narzędzie społecznej kontroli zamówień publicznych w Polsce, niewątpliwie każdy z kolejnych obserwatorów społecznych, przystępując do swojego zadania, powinien od początku taką „instrukcję obsługi” paktu posiadać.

Punktem wyjścia do tworzenia metodyki monitoringu był jego podstawowy cel, czyli ochrona interesu publicznego. Poprzez pojęcie interesu publicznego rozumiemy tu racjonalne, zgodne z prawem i korzystne dla obywateli rozdysponowanie środków w ramach zamówienia publicznego.

Pilotaż paktu miał charakter prewencyjny, edukacyjny i ewaluacyjny. Jego zadaniem było ograniczanie ryzyka utraty środków publicznych w wyniku złego zarządzania procesem udzielania

² Rozdział na podstawie poradnika o monitorowaniu zamówień publicznych opartego na wnioskach z pilotażu paktu uczciwości: G. Makowski, M. Waszak, *Obserwacja zamówień publicznych. Poradnik obywatelski*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2021, https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/08/Metodyka-monitoringu_Poradnik.pdf [dostęp: 14.09.2021].

³ Por. *Integrity Pacts: A How-To Guide From Practitioners*, Transparency International 2016, https://images.transparencycdn.org/images/2016_IntegrityPacts_HowToGuide_EN.pdf [dostęp: 10.08.2021].

i realizacji zamówienia objętego paktem uczciwości (jak również ewentualnych przyszłych zamówień) oraz nadużyć, w tym w szczególności korupcji. **Koncentrował się na zwiększeniu przejrzystości i dostępności dla opinii publicznej informacji o obserwowanym zamówieniu publicznym oraz podejmowaniu interwencji w sytuacjach, gdy mamy do czynienia z naruszeniem interesu publicznego lub ryzykiem takiego naruszenia.** Jednocześnie przybrał też wymiar edukacyjny. Służył podnoszeniu wiedzy stron paktu uczciwości o tym, jak i dlaczego warto wdrażać mechanizmy antykorupcyjne oraz zwiększać standardy przejrzystości. Traktowaliśmy też pakt jako potencjalne narzędzie edukacji obywatelskiej, które może prowadzić do zaangażowania w monitoring lokalnych społeczności, zwiększać ich zainteresowanie procesem przygotowania i realizacji zamówień publicznych oraz popularyzować wiedzę na ten temat. Oceny formułowane przez społecznych obserwatorów miały pokazywać możliwości poprawy sposobu realizacji monitorowanego zamówienia, ale też wpłynąć na bardziej uczciwą i sprawną organizację podobnych postępowań przez zamawiającego w przyszłości (np. poprzez wskazanie ryzyk, sformułowanie rekomendacji na przyszłość, wygenerowanie dobrych praktyk, etc.). **Jednocześnie obserwator nie mógł wziąć odpowiedzialności za to, jak realizowana jest inwestycja PKP PLK. Wiele mających wpływ na jej przebieg decyzji zapadało, zanim jeszcze rozpoczął się monitoring, na etapie przygotowania zamówienia, a i później były one często uzgadniane bez obecności obserwatora. Możliwość zapobieżenia wszystkim problemom czy naruszeniom w kontrakcie była wyłącznie iluzoryczna. Szczególnie zważywszy na rozmiar dokumentacji i fakt, że jej zdecydowana większość nie była obserwatorowi przekazywana w czasie rzeczywistym. W większości przypadków możliwa była jedynie reakcja *ex post* na naruszenia w momencie, gdy dostępne było już wystarczająco dużo informacji. Przykładem tego, jest przekazanie zamawiającemu przez obserwatora zastrzeżeń co do przystąpienia przez wykonawcę do realizacji robót na zgłoszenie, przed uzyskaniem pozwolenia na budowę. Obserwator przeczuwał, że nie jest to do końca właściwa praktyka. Sytuacja była jednak na tyle złożona (choćby same uwarunkowania prawne), że bardziej zdecydowana reakcja była możliwa dopiero po dogłębnym poznaniu dokumentacji i stanowisk wszystkich stron.**

Spółeczny charakter monitoringu oznacza, że z jednej strony do pewnego (niezbędnego) stopnia opierał się on na wiedzy eksperckiej, z drugiej zaś dążył do stworzenia jak najszerszych możliwości włączenia się/obserwacji ze strony obywateli, którzy nie musieli dysponować specjalistyczną wiedzą, ale mogli być żywotnie zainteresowani właściwą realizacją publicznej inwestycji objętej paktem. Za prowadzenie działań monitorujących odpowiada zwykle jedna organizacja, ale jej inicjatywa i wysiłki powinny koncentrować się na pobudzeniu zainteresowania i aktywności strażniczych po stronie bezpośrednich beneficjentów inwestycji (lokalnej społeczności/społeczeństwa, mediów, władz samorządowych itd.). Immanentną cechą monitoringu jest zatem dążenie do zwiększenia partycypacji obywatelskiej w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych.

Dlatego obserwator musiał stawiać przed sobą także cel polegający na ustanowieniu stałych kanałów komunikacji z mieszkańcami. Chodziło o docieranie z informacjami o samym monitoringu, jak też o objętej nim inwestycji do społeczności lokalnej, na którą ów projekt bezpośrednio oddziałuje (ang. *affected community*). Mogło to być możliwe za pośrednictwem lokalnych mediów, ogłoszeń i plakatów na miejscu inwestycji, urzędowych obwieszczeń lub organizacji spotkań z mieszkańcami, zależnie od zainteresowania i potrzeb. W komunikacji obserwator starał się położyć nacisk na ten zakres monitoringu, w który zaangażowanie mieszkańców może przynieść wymierny skutek i w którym mają oni realne możliwości uczestnictwa. Przede wszystkim należy do nich codzienna obserwacja działań wykonawcy na placu budowy.

Kluczowe zasady monitoringu zamówienia publicznego

Bez względu na specyfikę monitorowanego projektu, można wskazać kilka niezmiennych zasad⁴, którymi obserwator powinien się kierować w każdych okolicznościach:

- 1) Obserwator powinien zachowywać **niezależną pozycję** przez cały okres trwania monitoringu. Organizacja monitorująca oraz osoby dla niej pracujące nie powinny być powiązane rodzinnie, zawodowo czy osobiście z podmiotami objętymi monitoringiem, które mogą wywoływać podejrzenia, że obserwator postępuje w sposób stronnicy i kieruje się ukrytymi interesami zamiast interesem publicznym. Ponadto sam sposób finansowania monitoringu ma wykluczać sytuacje, w których możliwość odebrania finansowania wykorzystywana jest jako narzędzie nacisku na obserwatora. Zasada niezależności oznacza zatem, że obserwator nie może być uzależniony także finansowo od podmiotów, których działaniom się przygląda. Mając zapewnione wyłącznie finansowanie niezależne, nie będzie obawiał się wchodzić z nimi w spory, które są nieuniknione w przypadku pojawienia się nieprawidłowości. Niezależność obserwatora polega też na tym, że ma on prawo do formułowania własnych ocen tego, co dzieje się w ramach monitorowanego zamówienia. Te oceny zazwyczaj są bliższe jednej bądź drugiej stronie zamówienia (np. wykonawcy czy zamawiającemu). Ale to, że są korzystne dla jednej lub drugiej strony, nie może być podstawą zarzutów wobec obserwatora o stronnictwo czy konflikt interesów. Obserwator może bronić się przed tego rodzaju zarzutami w jeden sposób – formułując oceny wyważone i poparte racjonalną, merytoryczną argumentacją. Stąd też kolejny punkt.
- 2) Obserwacja musi być prowadzona w sposób **profesjonalny**, nawet jeżeli posiłkuje się pracą wolontariuszy i zajmuje się nią organizacja, która nie jest związana z branżą ani nie była wcześniej zaznajomiona z praktyką prowadzenia inwestycji publicznych. Niemniej wykorzystując dostępne zasoby, w tym pozyskanych do monitoringu specjalistów z zakresu prawa zamówień, konsultantów technicznych czy gospodarczych, obserwator powinien być w stanie poprawnie zinterpretować fakty i okoliczności badane w związku z podejrzeniem nieprawidłowości. Rzetelna weryfikacja zarejestrowanych ryzyk, zebranie i dokładne sprawdzenie wszystkich informacji przed formułowaniem jakichkolwiek zarzutów była obowiązkiem obserwatora.

PAKT UCZCIWOŚCI W LICZBACH



Konsultanci **pracowali przy pakcie przez 2616 godzin**, co równa się pracy jednej osoby na pełnym etacie przez ponad rok.

4 Por. *Integrity Initiative. Indicators for Transparency and Integrity Under Public Procurement Procedures*, Transparency International – Bulgaria, Sofia 2013, s. 14, https://integrity.transparency.bg/en/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/TI_Book_IndikatorIEN_web_m.pdf [dostęp 30.09.2021].

- 3) Działania obserwatora muszą pozostawać **przejrzyste dla opinii publicznej**. Działania monitorujące i ich rezultaty były możliwe do przesłania poprzez regularną sprawozdawczość z monitoringu oraz upowszechnianie na bieżąco przez obserwatora swojego dorobku w mediach społecznościowych, na otwartych spotkaniach i publicznych konferencjach. Korespondencja, notatki lub opinie opracowywane przez obserwatora co do zasady pozostawały publicznie dostępne. Nie unikaliśmy przy tym pytań mediów, wniosków o dostęp do informacji publicznej czy zapytań kogokolwiek, kto był zainteresowany danym zamówieniem. Informacje musiały być możliwie szeroko i proaktywnie upowszechniane, a jeśli pojawiały się pytania, obserwator odpowiadał na nie wedle swojej najlepszej wiedzy.
- 4) Niezbędnym elementem monitoringu jest **inkluzywność**, czyli pozostawienie miejsca na aktywność i inicjatywę obywateli, którzy na każdym jego etapie powinni mieć możliwość włączenia się w działania obserwatora. Rolą prowadzących monitoring jest zachęcać do współpracy osoby, które z różnych powodów – ze względu na własny interes, zainteresowania czy chęć nawiązania nowych kontaktów – są w stanie wesprzeć ich swoimi informacjami i działaniami. Pakt miał sprzyjać budowaniu poczucia odpowiedzialności wśród obywateli za to, jak realizowane są zadania publiczne. Sprawiać, że poszerza się zakres kontroli społecznej, a obserwatorzy docierają do informacji, których nie uzyskaliby inną drogą, aniżeli od przedstawicieli społeczności lokalnej.
- 5) Niekiedy z uwagi na przyznany obserwatorowi szeroki dostęp do informacji wymaga się od niego **zachowania poufności**, jeżeli pozyskane dokumenty dotyczą np. tajemnic przedsiębiorstwa lub danych osobowych. Obserwator był na to przygotowany, dysponował właściwymi procedurami przechowywania informacji wrażliwych. Zobowiązał też osoby współpracujące, w tym konsultantów, do nieujawniania i niewykorzystywania do celów innych niż monitoring informacji prawnie chronionych, pozyskanych w związku z paktem uczciwości.

Przedmiot obserwacji

Głównym obiektem monitoringu stały się działania stron zamówienia objętego paktem. W przypadku polskiego pilotażu od początku był nim zamawiający, w momencie podpisania umowy na realizację zadania publicznego do paktu uczciwości dołączył także wykonawca i inżynier projektu. Mając na uwadze, że projekt dotyczył dużego zamówienia infrastrukturalnego, grono podmiotów zaangażowanych w jego przygotowanie i realizację było jednak dużo szersze i obserwator musiał brać pod uwagę także ich wpływ na zdarzenia dziejące się w ramach kontraktu. Lista podmiotów, których działaniom Partner Społeczny miał się przyglądać, nie była zatem zamknięta i ulegała poszerzaniu w zależności od tego, skąd mogły pochodzić informacje o potencjalnych naruszeniach. Tutaj należy wymienić podmioty zaangażowane w proces zamówienia, od których zależy najwięcej, czy przebiega ono w sposób wolny od nadużyć:

- 1) **Zamawiający** – z punktu widzenia realizacji paktu, obserwacja działań zamawiającego jest priorytetem, w szczególności na początku całego procesu realizacji zamówienia z uwagi na możliwości wystąpienia nieprawidłowości na etapie przygotowania i ogłoszenia przetargu oraz w trakcie wyboru wykonawcy. Podczas realizacji inwestycji wciąż wiele zależy od decyzji zamawiającego, np. w zakresie negocjowania zmian w kontrakcie z wykonawcą, rewizji harmonogramu robót czy innych czynności wykonywanych z pomocą inżyniera projektu. Teoretycznie można oczekiwać, że interes obserwatora na etapie realizacji inwestycji jest bliższy interesowi zamawiającego. W interesie zamawiającego powinna bowiem leżeć sprawna, terminowa, zgodna z przepisami i standardami oraz korzystna dla obywatela realizacja zamówienia. Nie jest jednak wykluczone, że akceptowane przez

zamawiającego rozstrzygnięcia mogą okazać się niekorzystne dla końcowych odbiorców inwestycji (np. społeczności lokalnych) i ten aspekt obserwator powinien mieć na względzie przede wszystkim. Wiele zależy przy tym od sprawności procedur podejmowania decyzji przyjętych wewnątrz podmiotu pełniącego rolę zamawiającego i tego, czy osoby z wyższego szczebla zarządczego lub poziomu centralnego są w stanie prawidłowo ocenić i kontrolować to, co dzieje się podczas realizacji kontraktu.

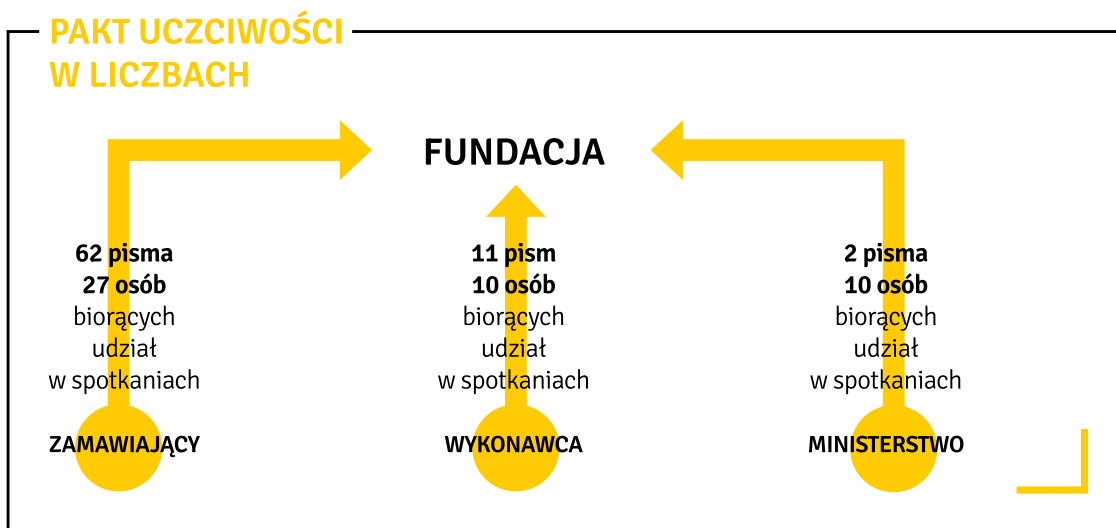
2) **Wykonawca** – na etapie realizacji inwestycji naturalnym wydaje się, że to właśnie działania wykonawcy (i podwykonawców) będą koncentrować większość uwagi obserwatora. Warto zauważyć, że w przypadku monitorowanego zamówienia obserwowanie działań wykonawcy zaczęło się już od etapu komisji przetargowej, kiedy jego oferta podlegała ocenie członków komisji i kiedy na ich prośbę udzielał uzupełnień oraz wyjaśnień do oferty. Teoretycznie mogłoby się wydawać, że wykonawca w trakcie realizacji projektu ma więcej pokus do tego, żeby szukać rozwiązań nieszablonowych lub nawet omijać zapisy kontraktowe i przepisy prawa. Sprzyja temu działanie pod presją czasu, z intencją minimalizowania kosztów i maksymalizowania zysków oraz z dodatkowymi przeciwnościami, które wynikają np. ze współpracy z podwykonawcami. W polskim pilotażu wykonawca przyjął obowiązki związane z paktem uczciwości wraz z podpisaniem kontraktu. Jednocześnie pakt uczciwości dał wykonawcy możliwość rozwijania własnej infrastruktury etycznej, w tym przede wszystkim wprowadzenia po raz pierwszy polityki ochrony sygnalistów dla całej spółki.

3) **Inżynier projektu** – pełni w projektach infrastrukturalnych istotną rolę, która została określona w przyjętych także w Polsce warunkach kontraktowych FIDIC (Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów). Inżynier na zlecenie zamawiającego prowadzi nadzór inwestycyjny i koncentruje się przede wszystkim na technicznej stronie realizacji zamówienia. Współodpowiada za terminowe i zgodne z wymogami zamawiającego i standardami technicznymi wykonanie robót. Sprawdza dokumentację techniczną, opiniuje projekty obiektów budowlanych, kontroluje przebieg robót na placu budowy. Z tego względu stał się źródłem wielu cennych informacji, do których obserwator inaczej nie miałby dostępu, gdyż są m.in. wynikiem ciągłej obecności inżyniera na placu budowy, bieżących kontaktów z wykonawcą, udziału w różnych zespołach opiniujących. Jego rola w polskim pilotażu paktu uczciwości została uwzględniona w umowie na nadzór inwestycyjny, według której obowiązkiem inżyniera było udostępnianie obserwatorowi informacji o zmianach umowy na roboty wraz z korespondencją towarzyszącą, a także dokumentacji na temat roszczeń składanej przez strony umowy. Zaletą tego rozwiązania było to, że dokumenty pochodzące od inżyniera przychodziły do obserwatora bez opóźnień, w tym samym momencie, w którym otrzymywali je zamawiający i wykonawca.

W polskim pilotażu przyjęto założenie, iż obserwator nie jest powołany do tego, aby weryfikować prawidłowość ustaleń inżyniera. Ten ostatni dysponuje dużo szerszą i bardziej wykwalifikowaną kadrą zdolną ocenić wszelkie techniczne aspekty zamówienia, a także własną metodologią weryfikowania dokumentacji projektu tak, aby jego realizacja odpowiadała postanowieniom umowy. Z tego względu, gdyby obserwator starał się naśladować to, co robi inżynier, byłoby to działanie nieefektywne i z góry skazane na niepowodzenie. Monitoring społeczny nie służy powielaniu obowiązków inżyniera, ale wykorzystuje jego ustalenia do tego, aby prowadzonym we własnym zakresie analizom i wyjaśnieniom poddać zachowania wykonawcy i zamawiającego, które mogą zagrażać uczciwej, zgodnej z interesem społecznym realizacji kontraktu. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że teoretycznie inżynier powinien wykonywać swoje zadania w sposób niezależny zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy, szczególnie istotnym przedmiotem monitoringu stała się właśnie kwestia zachowania owej niezależności. Przynajmniej do pewnego stopnia były zatem obserwowane

zachowania inżyniera (jego relacje z zamawiającym i wykonawcą), jak i ocenie poddano uwarunkowania (umowa), w jakich będzie on wykonywać swoje zadanie. Szczególną uwagę obserwator poświęcił temu, jakie inżynier zajmuje stanowisko na etapie przeprowadzania odbiorów końcowych i w jaki sposób uzasadnia wydane przez siebie świadectwo przejęcia robót. Ponadto obserwator w razie wątpliwości miał też możliwość zweryfikowania, czy doświadczenie i wykształcenie członków stałego zespołu inżyniera odpowiada skali oraz charakterowi zadania publicznego, którego wykonanie inżynier ma nadzorować.

- 4) **Podwykonawcy** – obserwator ma sposobność kontrolować m.in. kiedy, z kim i na jaką kwotę wykonawca zawiera umowy z podwykonawcami, a także, czego od nich wymaga w ramach walki z nadużyciami. W przypadku polskiego pilotażu paktu uczciwości wykonawca zobowiązywał podwykonawców do ochrony sygnalistów w ramach monitorowanego kontraktu i wdrożenia w tym celu bezpiecznych kanałów zgłaszania nadużyć. Kontakty z podwykonawcami i nadzór nad nimi wymagały uwagi obserwatora zwłaszcza wówczas, gdy strony umowy obarczały ich winą za złe bądź nieterminowo wykonane roboty budowlane lub działania prowadzące do naruszenia prawa. Obserwator starał się przewidzieć, czy konflikty pojawiające się w relacjach z podwykonawcami mogą eskalować do poziomu, który zagraża harmonogramowi i jakości wykonywanych robót. Sytuacją niosącą szkodliwe konsekwencje dla całej branży, przed czym może ostrzegać obserwator, są problemy finansowe podwykonawców z tytułu nieterminowych płatności. Wreszcie wartość umów zawieranych z podwykonawcami pozwala oszacować rzeczywiste koszty realizacji inwestycji i jest istotnym punktem odniesienia w trakcie negocjacji kwot za prace dodatkowe lub zamiennne wykonywane przez wykonawcę. Daje to obraz tego, jak wygląda rynek budowlany i czy żądane przez wykonawcę zapłaty nie są wygórowane.
- 5) **Wykonawcy składający oferty w postępowaniu przetargowym** – w ramach polskiego systemu zamówień publicznych nie było możliwości przymuszania firm zainteresowanych przetargiem i złożeniem oferty do włączania się w pakt uczciwości i przyjmowania jego zobowiązań. Mimo wszystko jako obserwator podjęliśmy na etapie przetargu próbę dotarcia do jego uczestników i wsłuchania się w skargi i pytania, które kierują do zamawiającego. Dodatkowo uczestnicy postępowania przetargowego po jego zakończeniu dzielili się z obserwatorem informacjami na temat barier i błędów w organizacji przetargu z punktu widzenia wykonawców. Wywiady z wykonawcami przeprowadzane w polskim pakcie uczciwości na potrzeby raportu z monitoringu pozwoliły zidentyfikować zachowania oraz zaniechania zamawiającego, które groziły ograniczeniem konkurencyjności postępowania i jego przejrzystości.



W trakcie pilotażu największą intensywność kontaktów z obserwatorem zdecydowanie zachowywał zamawiający, który skierował do Fundacji łącznie 62 pisma, a 27 osób łącznie ze strony spółki PKP PLK wzięło udział w spotkaniach zrealizowanych w ramach paktu uczciwości.

Zakres obserwacji

Przystępując do monitoringu, niezwykle trudno było z góry przewidzieć, czy i z jakimi naruszeniami kontraktu będziemy mieli do czynienia. Przy czym należy pamiętać, że brak zidentyfikowanych naruszeń nie musiał oznaczać porażki obserwatora. Obecność obserwatora miała też sprawić, że ryzyko potencjalnych naruszeń uda się dostrzec odpowiednio wcześniej i podjąć skuteczne działania prewencyjne. Niewątpliwie w kategoriach sukcesu należy odbierać każdą taką sytuację, w której Partner Społeczny w porę ostrzega i tym samym chroni uczestników i beneficjentów zamówienia publicznego przed błędnymi decyzjami. Obserwatora jako strażnika publicznego interesu interesowały wszelkie działania bądź zaniechania podmiotów zaangażowanych w zamówienie, których negatywne konsekwencje pośrednio lub bezpośrednio mogą dotknąć obywateli korzystających z inwestycji od niej zależnych oraz prowadzić do marnotrawstwa środków publicznych i unijnych. Należać do nich mogły zachowania różnej wagi:

- a. **Przestępstwa/podejrzenia popełnienia przestępstwa.** Katalog możliwych przestępstw, które w ostatecznym rozrachunku mogą naruszać interes publiczny, jest w zasadzie nieograniczony. Od czynów przeciwko bezpieczeństwu pracy poprzez oszustwa, kradzieże, wyłudzenia podatku VAT, na przestępstwach korupcyjnych skończywszy. Zakres obserwacji pod tym kątem był trudny do opisanego *ex ante*.

Niemniej, mając na względzie pierwotną ideę paktu, monitoring miał koncentrować się przede wszystkim na ryzykach związanych z przestępstwami korupcyjnymi, tj. w przypadku Polski z czynami opisanymi w definicji korupcji zawartej w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, w art. 1 ust. 3a oraz art. 2 ust. 1 pkt. 4, tj. w szczególności na: przekupstwie, protekcji i niezgodnym z prawem podejmowaniu decyzji dotyczących realizacji zamówień publicznych.

- b. **Działania nie mające charakteru przestępczego,** ale stanowiące faktyczne lub potencjalne, zagrożenie dla interesu publicznego. Ta kategoria obejmuje czyny co do zasady mieszczące się w przepisach prawa, ale będące, np. przejawem złej organizacji wdrażania inwestycji, zmniejszające jej transparentność, narażające zamawiającego (w szerokim tego słowa rozumieniu może to być społeczeństwo bądź społeczności będące bezpośrednimi beneficjentami zamówienia) na dodatkowe koszty realizacji inwestycji lub zagrażające innym istotnym wartościom (np. bezpieczeństwu pracy, bezpieczeństwu ludności, środowisku naturalnemu, etc.). Do nich zaliczymy także złe praktyki związane z traktowaniem pracowników, w tym dyskryminacją i obchodzeniem przepisów prawa pracy, które mogą dotyczyć cudzoziemców zza wschodniej granicy, ale też osób rekrutowanych ze społeczności lokalnej do konkretnego zadania. Obserwator starał się przestrzegać przed nadmiernym spychaniem obciążeń związanych z realizacją zadania na społeczność lokalną i niedogodnościami typu braku transportu zastępczego na czas prowadzenia robót budowlanych, źle wytyczonych objazdów, likwidowanych przejść itp.

W tym przypadku paleta zachowań, które teoretycznie wchodziły w zakres monitoringu, była nawet szersza niż w przypadku przestępstw. Zaliczały się do nich np. opóźnienia i problemy z przekazywaniem informacji między zamawiającym, inżynierem i wykonawcą (z winy wszystkich stron) dotyczących odpowiedzi na zapytania stron, wniosków, prośb o wyjaśnienia, różnego rodzaju żądań. Brak

odpowiedniej komunikacji mógł też mieć miejsce między zamawiającym/wykonawcą a podmiotami nieuczestniczącymi w kontrakcie czy zewnętrznymi interesariuszami, co ilustruje nieudzielanie odpowiedzi na wnioski o informację publiczną bądź też nieskuteczna polityka informacyjna na temat celu prowadzonych robót i sposobu ich realizacji. To z kolei może być przyczyną dodatkowych napięć i protestów społecznych. Próby zatajania niewygodnych faktów mogły pojawić się w kontaktach zamawiającego i wykonawcy z instytucjami nadzoru, stąd obserwator przyglądał się temu, jak przebiegają kontrole realizacji kontraktu i jakie wnioski są z nich formułowane.

Do tej kategorii zachowań zaliczamy także naruszenia (lub próby naruszenia bądź omijania) postanowień umowy na wykonanie inwestycji oraz wymogów projektowych. Na etapie realizacji robót mieliśmy do czynienia z omijaniem obowiązku pozyskiwania niezbędnych zezwoleń, w tym pozwolenia na budowę, decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego czy decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej, przed rozpoczęciem prac budowlanych (do tej kwestii wykonawca odnosi się w swoim komentarzu [8]). Także regulacje środowiskowe okazały się narażone na nieprawidłowości. Wątpliwości co do spełnienia wymogów środowiskowych budziła np. utylizacja odpadów, której rosnący koszt mógł skłaniać do poszukiwania możliwości ominięcia niewygodnych dla wykonawcy przepisów.

W monitorowanym kontrakcie wystąpiło też ryzyko opóźnienia robót, które wpływały nie tylko na sam harmonogram realizacji kontraktu, ale były też przyczyną dodatkowych zamknięć torowych oraz nieplanowanych zmian w rozkładzie jazdy pociągów. Jako niepożądane obserwator oceniał wszelkie zakłócenia w płatnościach za wykonane prace, nie tylko pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, ale również między wykonawcą a podwykonawcami, a także zamawiającym a inżynierem⁵.

- c. **Działania ukierunkowane na poprawę procesu realizacji zamówienia.** W końcu przedmiotem monitoringu były także zachowania uczestników zamówienia nie tyle ryzykowne, ale takie, które do ograniczenia ryzyka zmierzają. Monitoring powinien bowiem identyfikować też dobre praktyki, a nawet nagłaśniać je i analizować celem ewentualnego powielenia w ramach innych zamówień publicznych. Ten obszar monitoringu miał koncentrować się na przeglądzie wdrażania tych postanowień paktu, które dotyczą m.in. rozwijania przez zamawiającego i wykonawcę polityk *compliance*, mechanizmów ochrony sygnalistów bądź też przeciwdziałania konfliktowi interesów. To właśnie za sprawą paktu uczciwości spółka ZUE wdrożyła u siebie mechanizm ochrony sygnalistów, który później był rozwijany i rozszerzany na inne zadania publiczne realizowane przez spółkę także przy wsparciu obserwatora.

Podstawą oceny, czy dane zachowanie ma być przedmiotem zainteresowania obserwatora, było stwierdzenie, czy wiąże się ono (potencjalnie lub faktycznie) z naruszeniem lub ryzykiem naruszenia przepisów prawa, postanowień kontraktu lub standardów dotyczących realizacji inwestycji. O samym sposobie reagowania na nadużycia pisaliśmy już w pierwszym raporcie z monitoringu⁶.

5 Zob. korespondencja z PKP PLK dot. opóźnionej płatności, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/op%C3%B3%C5%BAwione-p%C5%82atno%C5%9Bci-2.pdf> [dostęp: 30.09.2021].

6 K. Baryła, G. Makowski, M. Waszak, *Pakt uczciwości...*, *op. cit.*, s. 26–27.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE REALIZACJI PAKTU UCZCIWOŚCI



Każdy pakt powinien **zawierać procedury reagowania na podejrzenia o nadużycia i nieprawidłowości**, a obserwatorzy powinni dokładnie analizować własne spostrzeżenia, informacje pochodzące z mediów, a także od sygnalistów.

Główne ogniska ryzyk

Pewne odstępstwa od rutynowego sposobu postępowania zamawiającego i wykonawcy czy też standardowego zakresu realizacji zamówienia publicznego mogą naprowadzić obserwatora na takie obszary, w których prawdopodobieństwo wystąpienia naruszeń jest nieco większe. Doświadczenie zdobyte podczas polskiego pilotażu paktu uczciwości pozwala lepiej rozpoznawać zakłócenia specyficzne przede wszystkim dla projektów budowlanych. Mają one swój własny ciąg technologiczny uwzględniający rozbudowane wymogi w zakresie pozyskiwania niezbędnych zgód i pozwoleń. W projekty te wpisana jest też odczuwalna ingerencja w codzienne życie mieszkańców lub pasażerów mających styczność z inwestycją. Istnieje wielka liczba podmiotów, które biorą udział w realizacji danego kontraktu, ale też zajmują się kontrolą, opiniowaniem czy doradzaniem. Niewątpliwie są to też projekty niezwykle kosztochłonne, w trakcie których prowadzone są między wykonawcą a zamawiającym liczne spory o dodatkowe płatności, czasem prowokowane decyzjami stron kontraktu, ale poza tym będące też wynikiem wielu zewnętrznych uwarunkowań, takich jak zmiana istotnych ustaw czy zmiany cen materiałów. Mając na uwadze to zastrzeżenie, „czerwone flagi” dla tego typu projektów, na których powinien koncentrować się monitoring społeczny, można znaleźć w następujących obszarach:

1. informowanie o konsultacjach społecznych i sposób ich prowadzenia na etapie przygotowania zamówienia;
2. zamówienie i proces przygotowywania studium wykonalności dla projektu;
3. procedowanie wniosków o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i jego uzupełnień;
4. tryb przygotowania dokumentacji przetargowej i jej weryfikacja;
5. sposób publikacji ogłoszenia o zamówieniu i umieszczania informacji na platformie zakupowej;
6. dokonywanie modyfikacji dokumentacji przetargowej i tryb odpowiadania na pytania wykonawców;
7. powoływanie członków do składu komisji przetargowej;
8. ocena ofert i towarzyszące jej czynności wyjaśniające, np. w zakresie badania rażąco niskiej ceny;
9. odwołania wykonawców do Krajowej Izby Odwoławczej;
10. przebieg i rezultaty zamówienia publicznego na nadzór inwestycyjny nad projektem;
11. przygotowanie dokumentów towarzyszących podpisaniu umowy z wykonawcą;

12. przygotowanie dokumentacji Koncepcji Programowo Przestrzennej i jej opiniowanie;
13. akceptacja i odrzucanie przygotowanych przez wykonawcę projektów budowlanych;
14. sytuacje wywierania presji na przyspieszenie lub spowolnienie robót;
15. rewizje harmonogramu robót dla całej inwestycji i poszczególnych branż;
16. kolizje z innymi inwestycjami;
17. uzgadnianie zakresu robót z zarządcami pobliskich obiektów infrastrukturalnych;
18. sytuacje wywierania presji na realizację płatności przed terminami wymaganymi prawem postanowieniami kontraktu lub planem finansowym;
19. przypadki powtarzających się, nieregularnych, przyspieszanych i/lub spowalnianych płatności;
20. sposób wyceny i akceptacji prac dodatkowych i zamiennych;
21. odstępstwa od stawek/kosztów określonych robót w stosunku do pierwotnych wyliczeń wykonawcy lub stawek rynkowych;
22. zmiany postanowień kontraktu z wykonawcą oraz nieprecyzyjne opisy owych zmian (przyczyn, uzasadnień, spodziewanych rezultatów, etc.);
23. istotne zmiany umów między wykonawcą a podwykonawcami (oraz dalszymi podwykonawcami);
24. zmiany dotyczące postanowień programu funkcjonalno-użytkowego;
25. odstępstwa od uzgodnionego zakresu robót bez ich potwierdzenia poleceniami zmian;
26. podejmowanie dodatkowych analiz i badań miejsca inwestycji, które mają podważyć lub potwierdzić zapisy kontraktowe, poświęcone na przykład uwarunkowaniom akustycznym, warunkom geologicznym, ekspertyzie dendrologicznej itd.;
27. rozpoczynanie robót budowlanych bez zakończonych procedur administracyjnych związanych z uzyskiwaniem zgód i zezwoleń;
28. przypadki stosowania substytutów czy zamienników materiałów lub rozwiązań konstrukcyjnych wcześniej zadeklarowanych w ofercie bądź w szczegółowych projektach dotyczących określonych robót;
29. przejrzystość prowadzenia korespondencji, komunikacji i negocjacji między stronami zamówienia, w szczególności w związku ze zmianami: w kontrakcie, PFU lub innych istotnych elementów zamówienia;
30. powiadomienia stron umowy na temat roszczeń;
31. czas reagowania stron na wzajemne wystąpienia;
32. przyjęcie umowy o dofinansowanie i wnioskowanie o aneksy do niej w przypadku beneficjentów funduszy UE;
33. realizacja ewentualnych robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych;
34. prowadzenie robót wiążących się z istotnym ryzykiem dla środowiska naturalnego;
35. skargi mieszkańców, przedstawicieli samorządu, użytkowników linii kolejowej na sposób realizacji przygotowania i realizacji robót;
36. organizacja pracy inspektorów diagnostów i inspektorów nadzoru w terenie;
37. prowadzenie wewnętrznych i zewnętrznych kontroli i audytów dotyczących projektu;
38. powoływanie członków komisji odbiorowych w kontekście ich przygotowania merytorycznego oraz ewentualnego uwikłania w konflikt interesów;
39. tryb dokonywania odbiorów eksploatacyjnych i odbioru końcowego robót;
40. przestrzeganie zasad bezpieczeństwa (w rozumieniu zdrowia) przez głównych uczestników zamówienia i jego zapewnienie wszystkim interesariuszom zamówienia (np. użytkownikom kolei, przewoźnikom).

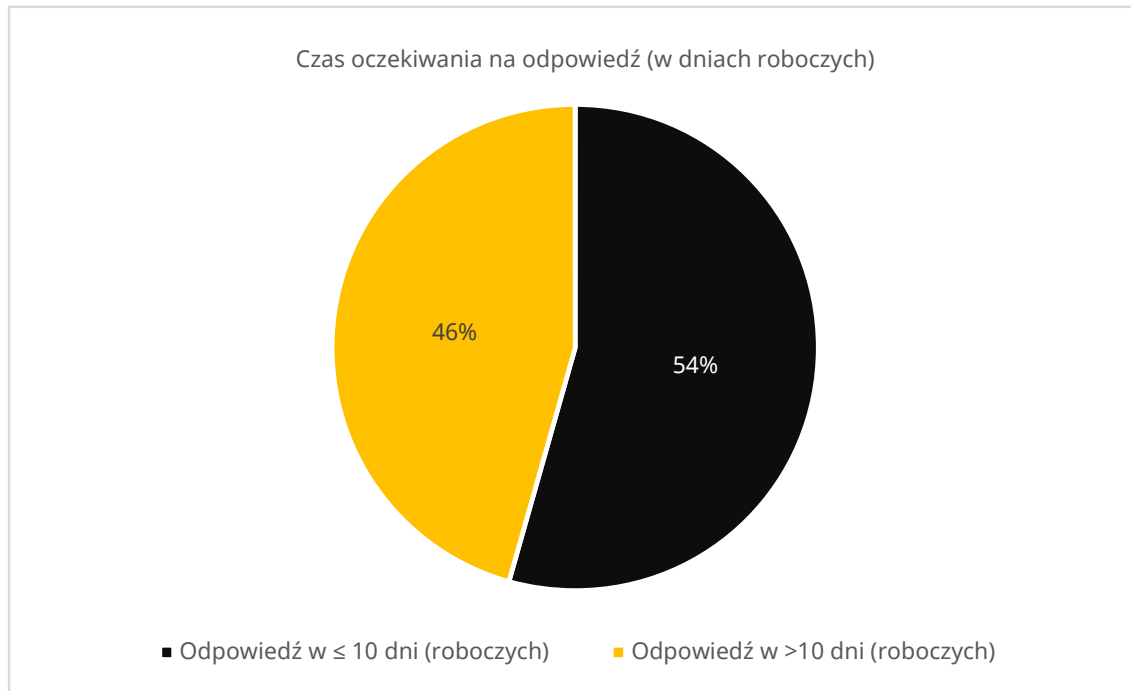
Powyższa lista z pewnością nie wyczerpuje zbioru wszystkich potencjalnych obszarów ryzyk (nawet dla projektów infrastrukturalnych, a przecież innego rodzaju zamówienia, np. na usługi czy dostawy,

cechują się innymi „czerwonymi flagami”), w ramach których może zachodzić większe prawdopodobieństwo wystąpienia zachowań niepożądanych lub też wartych obserwacji oraz rozwinięcia w kierunku dobrej praktyki.

Źródła informacji

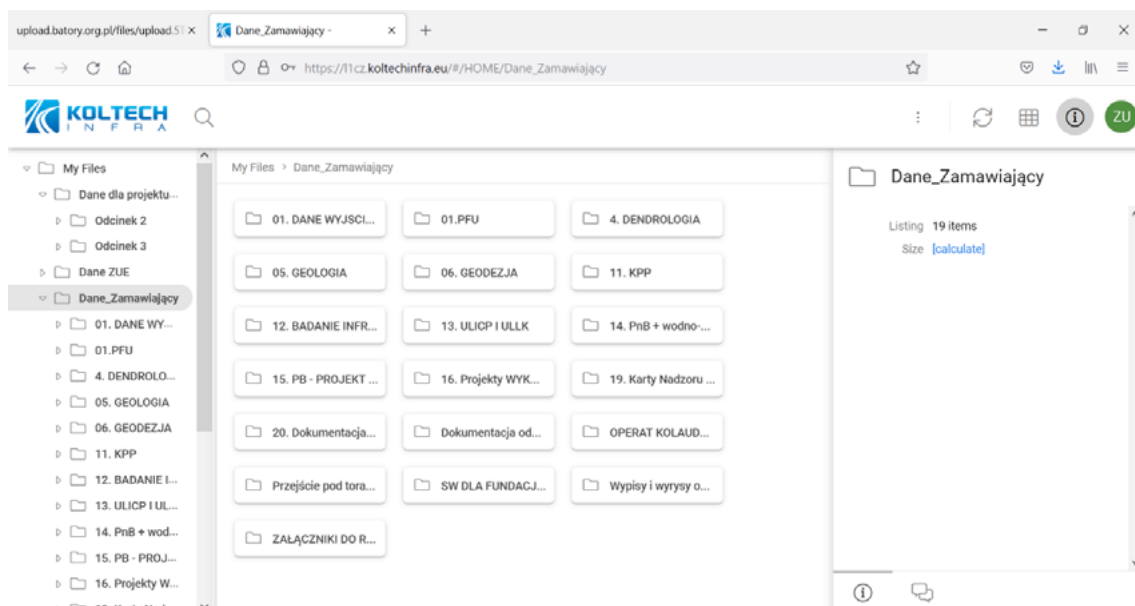
Na początku monitoringu obserwator określił listę dokumentów, które interesują go w sposób szczególny, i zagwarantował sobie w treści paktu uczciwości, że będą one udostępniane przez partnerów z definicji, systematycznie i bez dodatkowego upominania ze strony obserwatora. Pozostałe dokumenty należały do kategorii materiałów kontraktowych, które strony powinny udostępniać na żądanie obserwatora w określonym pakcie uczciwości terminie, czyli bezzwłocznie, nie później niż w ciągu 10 dni. Obserwator zbierał brakującą dokumentację, zwracając się o nią w licznych pismach, do których zamawiający nie zawsze odnosił się w umówionym terminie. Maksymalny czas oczekiwania na odpowiedź zamawiającego dotyczącą pytań do spółki o działania podjęte w związku z problemem robót na zgłoszenie wyniósł 105 dni. Natomiast średni czas oczekiwania na odpowiedź PKP PLK wyniósł 15 dni.

[1] Komentarz zamawiającego: Okolicznością, która może tu być uznana za usprawiedliwienie czasem tak długich terminów odpowiedzi przez PKP PLK, był fakt, że obserwator przysyłał pisma w pakietach (np. kilka pism jednocześnie) z jednym terminem odpowiedzi. Tematy poruszane były problematyczne i często wymagały konsultacji z innymi biurami. A w okresie, kiedy w zespole kontraktowym pozostały 2 osoby, niewykonalne było zachowanie terminu dla wszystkich pism. Zespół zamawiającego za każdym razem starał się przekazywać materiały w możliwie szybkim terminie. Co nie zmienia jednak faktu, że na niektóre odpowiedzi obserwator czekał nawet kilka tygodni.



Wykres 1. Czas oczekiwania na odpowiedź na pisma obserwatora kierowane do zamawiającego w okresie 20.01.2017 – 30.09.2021. Źródło: Opracowanie własne.

Należy też wspomnieć, że zamawiający udzielił obserwatorowi dostępu do serwera, na którym na bieżąco gromadził dokumentację kontraktową. Serwer ten był wykorzystywany przy udostępnianiu większej liczby dokumentacji.



Rycina 1. Widok serwera z dokumentacją kontraktową. Źródło: materiały własne.

W interpretacji dokumentów kontraktowych pomogła wiedza konsultantów na temat standardów i praktyk postępowania w zamówieniach publicznych. Nieoceniona okazała się też znajomość warunków kontraktowych FIDIC.

Poza interpretacją dokumentów ważną rolę odgrywa **osobiste doświadczenie** osób prowadzących monitoring. Mamy tu na myśli liczne rozmowy i spotkania, które obserwator odbywał ze stronami paktu uczciwości przy różnych okazjach i w zmieniającym się składzie. Wśród nich były spotkania organizowane w ramach zamówienia, takie jak posiedzenia komisji przetargowej czy rady budowy, na których przedstawiciele obserwatora mieli prawo się pojawić. Co najmniej równie częstą sytuacją może być organizowanie rozmów ze stronami paktu uczciwości przez samego obserwatora. W ramach pilotażu został wprowadzony m.in. zwyczaj spotykania się w szerokim gronie interesariuszy paktu, aby omówić jego przebieg i odpowiedzieć na pytania. Odbywające się co kwartał dyskusje, z których powstawały później obszerne notatki, były istotnym punktem odniesienia dla oceny wydarzeń związanych z kontraktem. Ponadto dochodziło też do szeregu innych spotkań inicjowanych przez obserwatora, w mniejszym gronie i koncentrujących się wokół konkretnych problemów, które służyły uzyskiwaniu dodatkowych wyjaśnień, pomijanych w oficjalnej korespondencji. Od momentu pojawienia się obostrzeń związanych przeciwdziałaniem rozprzestrzeniania się koronawirusa SARS-CoV-2 spotkania te nie przestały się odbywać, ale zmieniły swoją formułę na zdalną, która umożliwiała obserwatorowi udział np. w radach budowy za pomocą internetowych narzędzi komunikacji. Obserwator zaczął też korzystać z podobnych platform przy okazji organizacji własnych, zarówno zamkniętych, jak i otwartych, wydarzeń. Rozwiązanie to okazało się wygodne, biorąc pod uwagę, że obserwator pochodził spoza regionu inwestycji, co zwykle utrudniało bieżące kontakty.

Na uzupełniające, acz znaczące informacje, można było liczyć także ze strony osób przyglądających się paktowi, ale formalnie nie będących jego częścią, takich jak przedstawiciele Centrum Unijnych Projektów Transportowych czy Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej. Swoimi spostrzeżeniami dzielili

PAKT UCZCIWOŚCI W LICZBACH



Na przestrzeni lat
w spotkaniach
dotyczących realizacji
pilotażu **uczestniczyło**
76 osób, z czego 20
brało udział w samym
tylko tworzeniu treści
paktu uczciwości.

się także m.in. byli pracownicy zespołu projektowego zamawiającego. Wiele o uwarunkowaniach i słabych punktach praktyki zamówieniowej obserwator dowiedział się z rozmów ze stowarzyszeniami branżowymi, izbami handlowymi czy zewnętrznymi ekspertami⁷.

Szczególnym rodzajem doświadczenia stały się wizytacje zespołu monitorującego na terenie budowy, z czego powstawały oddzielne relacje na stronę projektu oraz dokumentacja zdjęciowa. Wizytacje te dawały unikalną szansę porozmawiania z osobami pracującymi przy realizacji kontraktu, z którymi tylko tam można było się spotkać.

Poza informacjami pozyskiwanymi podczas kontaktów ze stronami zamówienia obserwator musiał też pozostawać otwarty na sygnały osób niezwiązanych z zamówieniem i umieć je gromadzić. Do tego może służyć kanał zgłaszania podejrzeń o nieprawidłowościach podobny do tego, który uruchomiliśmy w ramach pilotażu paktu uczciwości na stronie projektu. Był to sposób komunikacji z obserwatorem dostępny dla wszystkich zainteresowanych, pozwalający na zachowanie anonimowości. Sygnaliści mogli też zgłaszać informacje, które zgodnie z postanowieniami polityki ochrony sygnalistów miały trafiać do wiadomości obserwatora, korzystając z alternatywnej ścieżki, w ramach procedur stworzonych przez wykonawcę i podwykonawców. Obserwator prosił też o udostępnienie treści skarg na przebieg robót, które były składane przez mieszkańców oficjalną drogą do zamawiającego i wykonawcy.

Spotkania organizowane na miejscu inwestycji z udziałem lokalnej społeczności, władz samorządowych i lokalnych mediów umożliwiały z kolei bardziej otwartą wymianę poglądów na temat inwestycji oraz zadawanie uczestniczącym w nich przedstawicielom zamawiającego i wykonawcy pytań, które odzwierciedlały oczekiwania i niepokoje mieszkańców. Był to element służący aktywizacji lokalnej społeczności, który obserwator wykorzystywał m.in. do przedstawienia zasad monitoringu oraz ścieżki informowania o przypadkach nadużyć i ryzykach ich powstania. Spotkania okazały się także cennym źródłem wiedzy na temat wystąpienia możliwych działań niepożądanych. Dodatkowo współpraca z lokalnymi organizacjami społecznymi pomogła przyciągnąć na inicjowane przez obserwatora spotkania większą liczbę osób. Obserwator liczył zwłaszcza na zaangażowanie w monitoring mieszkańców dysponujących wolnym czasem i silnymi motywacjami, takich jak emeryci, pasażerowie/kierowcy oraz osoby bezpośrednio sąsiadujące z budową. Do udziału w spotkaniach udało skłonić się przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego, co stało się okazją do zadania im bezpośrednio wielu pytań o sam

⁷ Procurement monitoring guide: A tool for civil society, Transparency International-USA 2021, s. 31–63.

przebieg robót i związane z tym utrudnienia. Odpowiedzi na pytania były udzielane zarówno na spotkaniach, jak też w ramach uzupełnienia w formie pisemnej, i były przekazywane później za pośrednictwem obserwatora do uczestników spotkań.

PAKT UCZCIWOŚCI W LICZBACH



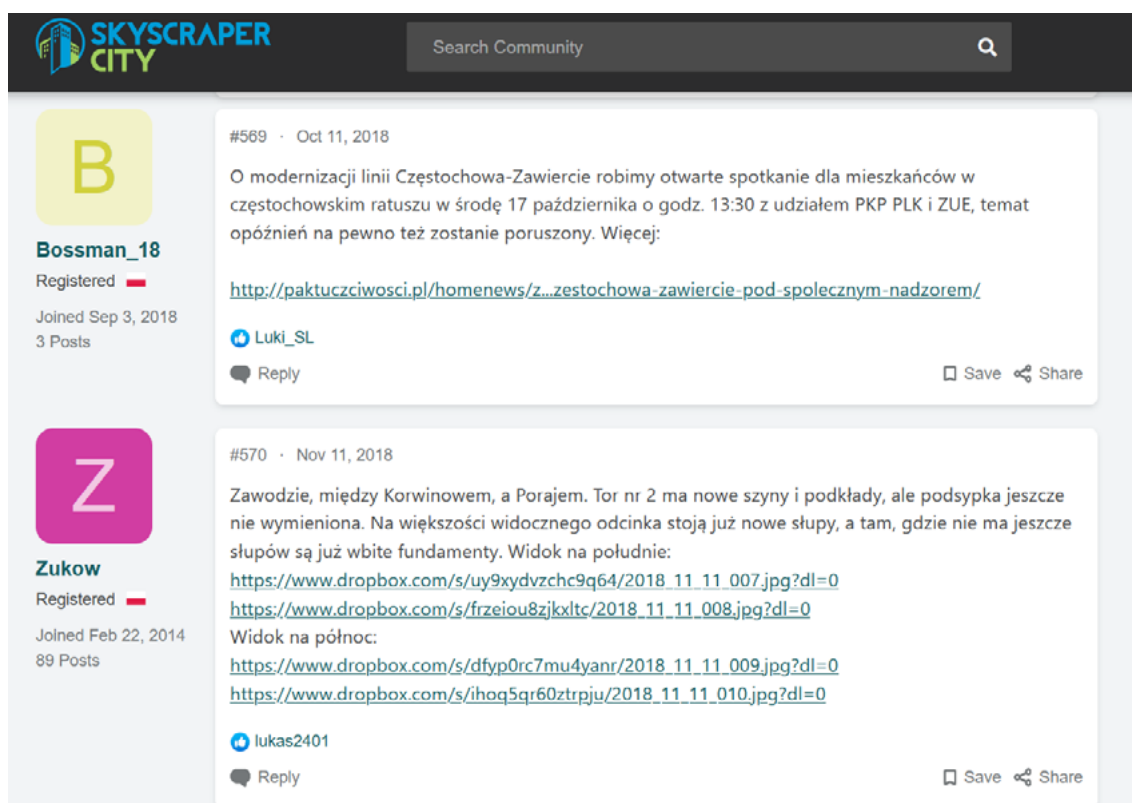
Pracownicy Fundacji i konsultanci, realizując monitoring, przejechali po Polsce 25 860 km. To odległość większa niż z Warszawy do Nowego Jorku i z powrotem.



Zdjęcie 1. Spotkanie z mieszkańcami Myszkowa 24 października 2019 roku. Źródło: <https://paktuczciwosci.pl/bez-kategorii/za-nami-spotkanie-w-myszkowie/>.

Nieprzebranym rezerwuarem informacji dla obserwatora był też internet. Można odnaleźć tam osoby zainteresowane inwestycjami infrastrukturalnymi skupione wokół forów typu www.skyscrapercity.com. Były wśród nich takie, które wymieniały się między sobą bieżącymi informacjami na temat stanu realizacji inwestycji, w tym zdjęciami z miejsca budowy. Dla obserwatora kontakt z nimi jest niezwykle

cenny, gdyż są to też osoby o szerokiej wiedzy na temat realizacji projektów budowlanych, doskonale wyłapujące wszystkie ich mankamenty z punktu widzenia końcowych użytkowników.



Rycina 2. Zrzut ekranu z forum internetowego skyscrapercity.com. Źródło: materiały własne.

Trzeba podkreślić, że mimo wszystko często najszybszym źródłem wszelkich sygnałów o działaniach niezgodnych z kontraktem są zamawiający i wykonawca. **Warto, aby zobowiązanie do przesyłania informacji o nadużyciach, nieprawidłowościach bądź ich podejrzeniach wynikało wprost z zasad prowadzenia paktu uczciwości. I tak się też stało, gdyż zarówno zamawiający na podstawie porozumienia z Fundacją, jak również wykonawca, wdrażając politykę ochrony sygnalistów, przyjęli na siebie obowiązek bezpośredniego informowania obserwatora o niepokojących zdarzeniach, o których posiadli wiedzę.**

Techniki obserwacji i zarządzanie zasobami

Monitoring prowadzony był w pilotażu paktu uczciwości według wzoru ewaluacji *on-going*. Podstawowym jego założeniem jest, że działania uczestników zamówienia obserwowane są na bieżąco. Ponieważ jednak obserwator w dużej mierze skazany jest na podążanie za dokumentacją, reakcje na poczynania stron umowy miały głównie charakter wtórny. Niemniej obserwator w bezpośrednich kontaktach z zamawiającym i wykonawcą był w stanie uwrażliwiać strony umowy na ryzyka i przedstawiać w sprawach problematycznych rekomendacje dla rozstrzygnięć (adresowane zwłaszcza do zamawiającego) zanim zapadną.

Trudno o jedną uniwersalną i sprawdzającą się w każdych warunkach technikę prowadzenia monitoringu. Dyskusje z konsultantami technicznymi oraz prawnymi, przegląd wytycznych dotyczących audytu i nadzoru nad realizacją zamówień stosowanych w innych instytucjach (w tym także zagranicznych)

czy rozwiązań rekomendowanych przez organizacje międzynarodowe (np. Bank Światowy czy OECD) prowadzą do wniosku, że choć generalnie przebieg realizacji poszczególnych zamówień jest podobny, to na etapie realizacji każdy przypadek trzeba jednak traktować indywidualnie. Wybór konkretnych technik jest też wypadkową przyznanych obserwatorowi na podstawie paktu uczciwości uprawnień, uwarunkowań prawnych, dostępnych źródeł wiedzy, a także kompetencji zespołu monitorującego. W pilotażu paktu uczciwości wykorzystano następujące techniki:

1. **analiza informacji opisujących ogólne ramy przebiegu zamówienia** (jeśli takowe są wytwarzane przez uczestników), takich jak harmonogramy, informacje o systemach zarządzania projektami, zestawienia niezbędnych dokumentów;
2. **analiza dokumentów** lub, jeśli było to możliwe, projektów dokumentów dotyczących konkretnych decyzji uczestników zamówienia;
3. **bieżąca analiza korespondencji** między uczestnikami zamówienia, standardowo wysyłanej do obserwatora;
4. **analiza dokumentów dotyczących płatności i rozliczeń** finansowanych z realizacji zamówienia;
5. **oficjalne, pisemne wystąpienia obserwatora do uczestników zamówienia** z pytaniami na temat konkretnych sytuacji, decyzji, zdarzeń w ramach realizacji zamówienia;
6. **udział w ciałach powoływanych przez zamawiającego: komisji przetargowej, komisjach negocjacyjnych** itp., gdzie obserwator może dodatkowo zabierać głos;
7. **obserwacja i dokumentowanie narad koordynacyjnych, rad budowy** oraz innych istotnych, cyklicznych i ekstraordynaryjnych spotkań, które w ramach monitorowanego projektu odbywają się między uczestnikami zamówienia;
8. **weryfikacja postępów prac w trakcie wizyt na placu budowy;**
9. **uczestnictwo w regularnych spotkaniach organizowanych przez obserwatora z zamawiającym i wykonawcą**, dotyczących wdrażania samego paktu;
10. **indywidualne wywiady z interesariuszami**, którzy pozostają w relacjach ze stronami paktu uczciwości, np. wykonawcami zainteresowanymi przetargiem lub działającymi w danej branży.

Techniki te przynosiły najlepsze efekty, gdy były stosowane równolegle. Jak się okazywało same pytania o podstawowe kwestie warto zadawać i powielać w odniesieniu do każdego partnera osobno, na różnych etapach zamówienia i w różnej formie – w korespondencji, w trakcie narad bądź rozmów telefonicznych. Nie zawsze odpowiedzi, które uzyskiwaliśmy, okazywały się ze sobą zbieżne, z czasem taki tryb działania pozwolił nam wskazać na niedomówienia, niespójności lub też na sposób komunikowania, który wskazywał, że ta lub inna strona stara się przedstawić okoliczności sprawy w korzystnym dla siebie świetle.

Obserwator powinien być informowany przez strony paktu uczciwości o nowej korespondencji kontraktowej i bardzo pomocne byłoby tworzenie w tym celu specjalnych wykazów dokumentów przez zamawiającego. Bywało jednak i tak, że przedstawiciele zespołu kontraktowego PKP PLK nie mieli bieżącej wiedzy na temat aktualnego stanu dokumentacji, ponieważ np. nie otrzymywali dokumentów i informacji pozyskiwanych przez wykonawcę od organów administracji publicznej, a krążyły one wyłącznie między wykonawcą a inżynierem lub były nadawane lub adresowane do komórki bądź szczebla innego niż operacyjny w instytucji zamawiającej. W każdym razie obserwator dążył do sytuacji, w której jest co najmniej świadomy całości dokumentacji i jest w stanie realnie ocenić, jakiej części z niej można i warto poświęcić uwagę. Zdawanie sobie sprawy z własnych ograniczeń prowadziło do pytania o sposób doboru materiału, który ma zostać poddany czynnościom monitorującym. Zasadniczo możliwe były tutaj trzy ścieżki postępowania i po części każdą z nich zastosowano:

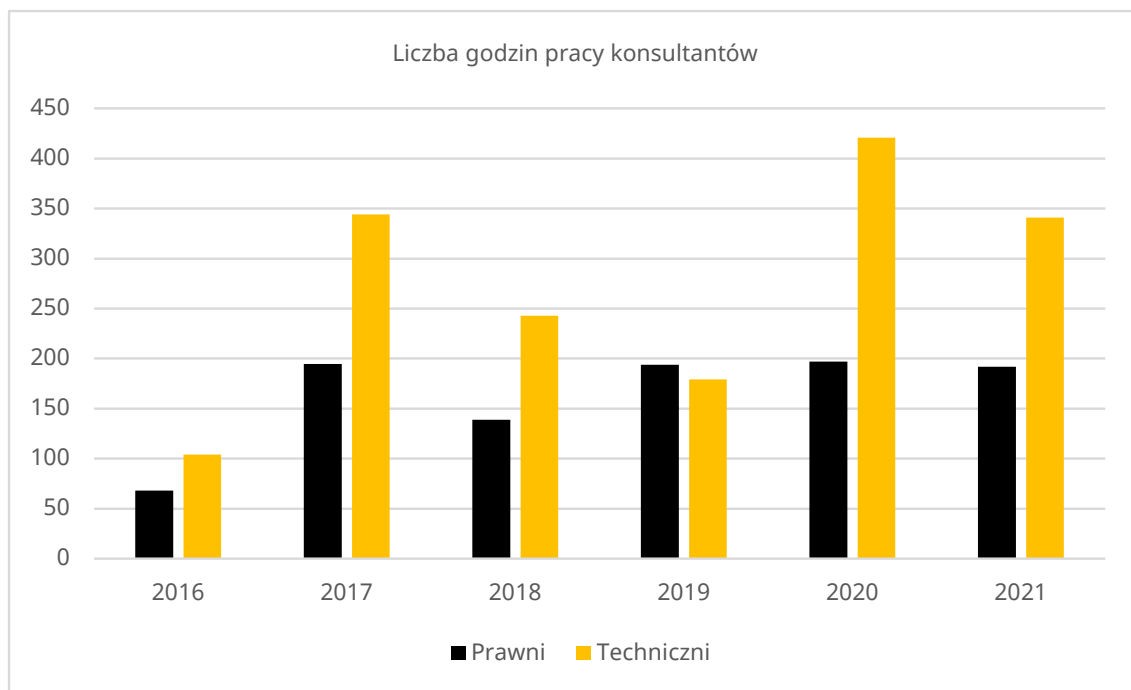
- **dobór celowy** – po wstępnym oglądzie wykazów dokumentów obserwator wraz ze swoimi konsultantami wybierał konkretne dokumenty do pogłębionej analizy. Decyzja o wyborze dokumentów bywała też podyktowana wskazaniem uczestników zamówienia (zwłaszcza samego zamawiającego, który na mocy postanowień paktu może zwrócić się do partnera społecznego o opinię), osób z zewnątrz zamówienia lub też sygnalistów;
- **dobór systematyczny** – realizowany na podstawie dokładnych kryteriów doboru dokumentów czy też projektów decyzji, rozstrzygnięć, wniosków, itp., które powinny zostać automatycznie poddane analizie. Mogą być one określone przez wartość pieniężną związaną z daną decyzją, przedmiot decyzji (np. o trybie robót), czas (np. okresowy przegląd wybranego rodzaju dokumentów), etc. Przy doborze konkretnych dokumentów można wykorzystywać metodę progu kwotowego (np. dokumentacja z negocjacji robót o wartości powyżej 100 tysięcy złotych) albo czasowego (np. pisma dotyczące zmiany zakresu robót trwających dłużej niż 50 dni);
- **dobór losowy** – jeśli są dostępne wykazy dokumentów lub inne zbiory, na podstawie których można losować dokumenty do pogłębionej kontroli, to obserwator może też w ten sposób wybierać dokumenty, które podda kontroli w określonym czasie.

Konsultanci aktywnie angażowali się w dobór spraw, które miały pozostawać w kręgu zainteresowania obserwatora. Sposobem na to było wypełnianie tzw. tabeli ryzyk, za pomocą której, po wstępnym rozpoznaniu spraw potencjalnie problematycznych dla realizacji kontraktu, każdy z konsultantów wyrażał opinie o tym, jak duże jest według niego ryzyko nieprawidłowości w danym przypadku i czy obserwator powinien poświęcić jej dodatkowe działania i uwagę.

potencjalne ryzyka	status sprawy	typ	źródło informacji	ocena ryzyka	uzasadnienie oceny
np. roszczenie wykonawcy, rewizja harmonogramu, polecenie zmiany, prace dodatkowe	np. przyjęte przez zamawiającego, odrzucone przez inżyniera projektu	np. roszczenie/ zmiana warunków umowy/ płatność/ negocjacje cenowe	np. korespondencja/notatka ze spotkania/ rada budowy/ opinia prawna	1. Realne zagrożenie, które wymaga działań obserwatora 2. Nie jest to potencjalne zagrożenie. 3. Trudno ocenić, należy nadal przyglądać się sprawie.	

Tabela 1. Rejestr ryzyk dla monitorowanego projektu. Źródło: opracowanie własne.

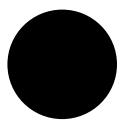
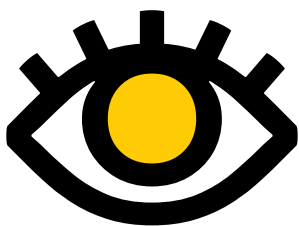
Planując pracę konsultantów, zwłaszcza przy ograniczonym budżecie, warto mieć na uwadze, że w trakcie życia inwestycji istnieją dla obserwatora momenty wzmożonej aktywności i takie, w których pracy jest dużo mniej. Doświadczenia paktu uczciwości pokazują, że szczególnie wymagająca pod tym kątem jest późna faza inwestycji, kiedy w zaawansowanym stadium są już roboty budowlane, oraz sam etap odbiorów końcowych. W naszym wypadku był to okres, w którym szczególnie potrzebowaliśmy wsparcia konsultantów technicznych. Poza tym niezwykle czasochłonnym zadaniem okazało się przygotowanie obu raportów z monitoringu, które przy wsparciu konsultantów wydaliśmy właśnie w latach 2020–2021.



Wykres 2. Godziny przepracowane przez konsultantów deklarowane w protokołach odbioru usługi w okresie grudzień 2016 – wrzesień 2021. Źródło: Opracowanie własne.

Koszty pracy specjalistów to najpoważniejsza pozycja w budżecie paktu uczciwości. Jeżeli należą oni do szczególnie poszukiwanych na rynku, tak jak inżynierowie kolejowi, to dużą trudność sprawia obserwatorowi samo ich pozyskanie, a potem też utrzymanie przez cały okres wieloletniego projektu. Przez 1752 dni, kiedy to konsultanci brali udział w monitoringu, wydatki na specjalistów prawnych i technicznych wyniosły odpowiednio 101 861 zł oraz 243 709 zł. Średnio zatem na konsultantów prawnych Fundacja wydawała codziennie 58 złotych, a na konsultantów technicznych 139 złotych. Stawki brutto za 1 godzinę pracy płacone konsultantom prawnym to 97,17 zł, a technicznym 172 zł.

PAKT UCZCIWOŚCI W LICZBACH

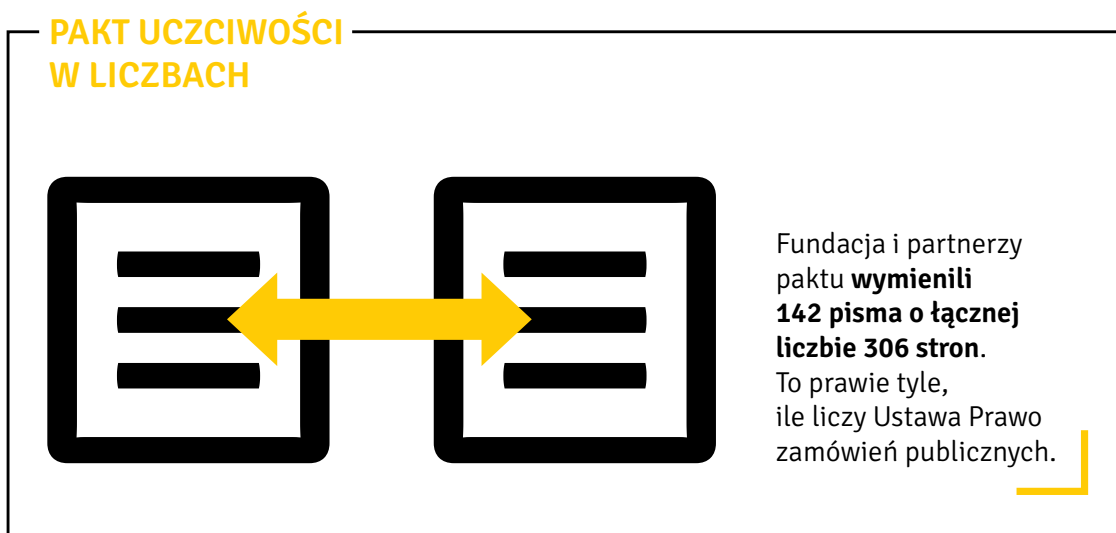


Całkowity koszt monitoringu wyniósł **1 246 784 zł**. Dla porównania, umowa zamawiającego z wykonawcą kosztowała 457 043 400 zł, a kontrakt na nadzór nad inwestycją 11 750 647 zł, **zatem koszt trwającego ponad pięć lat paktu uczciwości to mniej niż 0,3% wartości** na wykonanie robót i nadzór inżynierski.

Dokumentowanie monitoringu

Aby monitoring społeczny mógł być realizowany według wcześniej założonej zasady przejrzystości, musi polegać też na określonym systemie zdawania relacji z wyników prac zespołu monitorującego. Punktem wyjścia do tego rodzaju komunikacji stało się przygotowanie kanałów informowania o przebiegu monitoringu, w tym przede wszystkim własnej strony internetowej.

Podstawą dokumentacji monitoringowej, która podlegała bieżącej publikacji na stronie paktuczciwosci.pl, były opracowania własne, a zatem notatki ze spotkań oraz wszelkiego rodzaju wystandaryzowane cykliczne sprawozdania i podsumowania. W pilotażu paktu uczciwości w Polsce bazą do ich przygotowania były m.in. miesięczne raporty z monitoringu składane przez konsultantów wraz z rozliczeniem finansowym. Szczególnie istotne informacje przetwarzane były dalej w formie rejestru rekomendacji złożonych przez obserwatora, rejestru otrzymanych informacji i rejestru odnotowanych nieprawidłowości. Tak opracowane informacje trafiały do Transparency International-Secretariat, a za jego pośrednictwem także do Komisji Europejskiej.



Obserwator przy publikowaniu treści na stronie projektu kierował się zasadą, że powinna być tam zamieszczana wszelka korespondencja nadawana przez obserwatora lub do niego adresowana, jeżeli tylko nie narusza tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych informacji prawnie chronionych. Sama w sobie jest bowiem zapisem historii monitoringu i zawiera wiele ważnych dla projektu ustaleń.

4. Relacje między obserwatorem i stronami kontraktu

Zanim przejdziemy do omówienia problemów, które obserwator uznał za najistotniejsze z punktu widzenia monitoringu, trzeba podkreślić wyraźnie jeden, bezdyskusyjnie pozytywny, rezultat pilotażu jako całości. Fakt, że w ciągu ponad sześciu lat udało się opracować, zawiązać i zrealizować niemal do końca pakt uczciwości wybranej inwestycji, jest sam w sobie osiągnięciem wszystkich zaangażowanych stron – PKP PLK, ZUE, inżyniera projektu i instytucji zarządzającej (w momencie ukończenia prac nad raportem – Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej). Kolejne rozdziały są poświęcone głównie problemom, na jakie natknął się obserwator w trakcie monitoringu. Niemniej autorzy niniejszego raportu chcą wyraźnie podkreślić, że doceniają konstruktywne zaangażowanie wszystkich stron. Bez niego realizacja tego przedsięwzięcia nie byłaby możliwa lub zakończyłaby się przedwcześnie. Warto przy tym podkreślić podstawowe założenie paktu uczciwości wyrażone wprost w porozumieniu Fundacji z PKP PLK, że udział w nim ma przyczynić się także do budowy dobrej reputacji instytucji zamawiających i wykonawców. Nie przez przypadek to właśnie za budowanie, służącej zwalczaniu korupcji

w przetargach, współpracy między organizacjami społecznymi, instytucjami publicznymi a biznesem inicjatywa DG Regio Komisji Europejskiej została nagrodzona przez Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich w 2019 roku⁸. Ta wyjątkowa cecha paktu uczciwości polegająca na tym, że tworzy on przestrzeń do dialogu oraz podnoszenia wzajemnego zaufania stron realizujących zamówienie, została doceniona przez uczestników pilotażu⁹.

Obserwator nie przystępował do monitoringu z nastawieniem, że ma do czynienia z podmiotami, które kierują się złą wolą lub są bardziej niż inne podatne na popełnianie czynów zabronionych czy korupcyjnych (i to przeświadczenie nie zmieniło się także z końcem pilotażu). Wręcz przeciwnie, obserwator od początku starał się przekonać partnerów, że udział w pierwszym pilotażu paktu uczciwości to swojego rodzaju nobilitacja dla jego uczestników oraz szansa pokazania się opinii publicznej od jak najlepszej strony. Zdarzało się, że współpraca między partnerami paktu uczciwości natrafiała na istotne przeszkody wówczas, gdy obserwator był przekonany, że istnieje zagrożenie dla właściwej realizacji inwestycji i interesu publicznego. Stało się tak m.in. w przypadku sprawy prowadzenia robót na zgłoszenie czy niedokończonego przejścia podziemnego w Poraju, co opisujemy w pozostałych rozdziałach raportu. Tak się złożyło, że wspomnianym kryzysom towarzyszyła rotacja w składzie zespołu kontraktu PKP PLK, więc w związku z każdym tym zdarzeniem obserwator musiał niejako na nowo poznawać się z zespołem kontraktowym. Należy jednak podkreślić, że zespół PKP PLK ze szczebla „operacyjnego” zawsze starał się wychodzić naprzeciw prośbom obserwatora i komunikacja na tej linii nigdy nie napotykała większych oporów. Z kolei relacje z wykonawcą zostały wystawione na próbę w momencie przedstawienia przez obserwatora opinii o wystawieniu świadectwa przejęcia robót przez inżyniera i o podpisanym przez ZUE protokole odbioru końcowego, która podważała prawomocność obu tych dokumentów. O zarzutach na temat konfliktu interesów, które w reakcji na opinię zostały wówczas podniesione w stosunku do obserwatora, również szerzej piszemy w podrozdziale 5.2.

Tarcia między stronami paktu były jednak czymś nie do uniknięcia, biorąc pod uwagę, że w samą istotę tego przedsięwzięcia wpisuje się logika identyfikowania błędów popełnianych przez różne strony procesu inwestycyjnego. Warto jednak docenić fakt, że mimo sporów, konfliktów i nieporozumień żaden z partnerów biorących udział w pakcie uczciwości nigdy nie dążył do zerwania paktu, dzięki czemu monitoring zakończył się wraz z końcem całego pilotażu. Mimo wszystko warto jednak dopełnić obrazu niełatwych relacji również dobrymi praktykami we współpracy obserwatora z zamawiającym, wykonawcą i ministerstwem, na co istnieją liczne przykłady zebrane w trakcie blisko 6 lat trwania tego przedsięwzięcia.

Zarówno przedstawiciele ZUE, jak i zespołu kontraktowego PKP PLK angażowali się w działania obserwatora adresowane do społeczności lokalnej. Biorąc udział w spotkaniach w Częstochowie, Słowiku czy Myszkowie, nawiązywali interakcję z mieszkańcami, odpowiadając na pytania o trudności, które spotykają mieszkańców w związku z prowadzeniem robót budowlanych. Przedstawiciele PKP PLK, informowani przez obserwatora o niezadowoleniu mieszkańców i radnych z niedokończonego przejścia

8 *Ombudsman awards Integrity Pacts as excellence in the field of open administration*, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2019/07/07-01-2019-ombudsman-awards-integrity-pacts-as-excellence-in-the-field-of-open-administration [dostęp: 11.08.2021].

9 M. Szymański, *Zwalczanie nadużyć finansowych w funduszach UE. Narzędzia stosowane do ochrony budżetu Unii – część II*, Kontrola Państwowa nr 4, lipiec-sierpień 2021, s. 54, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24742.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

w Poraju, przyspieszyli działania w celu rozwiązania problemu¹⁰, dodatkowo prezentując je na zorganizowanym przez Fundację spotkaniu.

Partnerzy paktu byli też obecni na seminariach organizowanych przez obserwatora, adresowanych do uczestników rynku zamówień publicznych, poruszających tematy związane z problemami, które uwypuklił społeczny monitoring. Dawali publiczne świadectwo przywiązania do celów paktu uczciwości, wypowiadając się także w trakcie międzynarodowych wydarzeń organizowanych przez Transparency International w Brukseli i Bukareszcie. Przy okazji wizyty studyjnej przedstawiciele łotewskiego partnera Fundacji Transparency International Latvia DELNA podejmowali ich delegację i dzielili się opiniami na temat samego pilotażu¹¹. Na sam koniec projektu wzięli też udział w ewaluacji paktu uczciwości¹².

Dodatkowo, w związku z działaniami promocyjno-informacyjnymi wokół inwestycji, służby prasowe PKP PLK współpracowały z zespołem obserwatora, przekazując w swoich wysyłkach do mediów także informacje o samym pakcie uczciwości. Obserwator również współpracował bezpośrednio z firmą, która wygrała przetarg PKP PLK na działania promocyjne i informujące. Wiele z branżowych i lokalnych portali korzystało później z tych informacji i powielało je na swoich stronach. Poza tym odniesienia do paktu uczciwości, w tym strony projektu, znajdowały się na ulotkach spółki opisujących zakres modernizacji linii kolejowej.



Rycina 3. Ulotka PKP PLK na temat inwestycji. Źródło: <https://multimedia.plk-sa.pl> [dostęp: 26.11.2021].

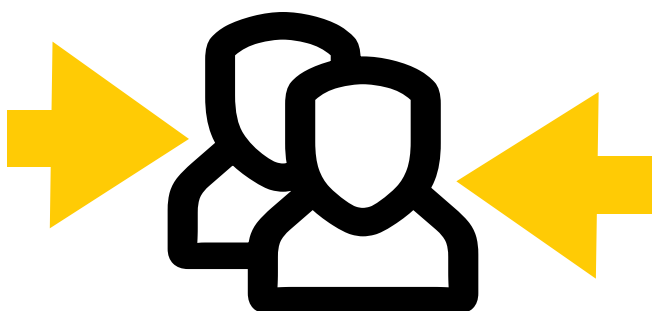
¹⁰ Zob. pismo PKP PLK do Fundacji z 23.08.2021 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Fundacja-dot.-przejscia-podziemnego-w-stacji-Poraj.pdf> [dostęp: 30.09.2021].

¹¹ Zob. *Pakt Uczciwości na Łotwie*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/pakt-uczciwosci-na-lotwie/> [dostęp: 12.08.2021].

¹² M. Dudkiewicz, *Ewaluacja pilotażu Paktu Uczciwości. Raport końcowy*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2021, <https://paktuczciwosci.pl/homenews/raport-z-ewaluacji-paktu-uczciwosci/> [dostęp: 8.11.2021].

Niezwykle istotnym osiągnięciem paktu uczciwości stało się zachęcenie ZUE do rozwijania swojej wewnętrznej infrastruktury etycznej oraz kultury uczciwości. W poprzednim raporcie z monitoringu opisaliśmy już, w jaki sposób doszło do tego, że podpisujący umowę z PKP PLK był zobowiązany do przyjęcia własnej polityki ochrony sygnalistów. Jednak trzeba wspomnieć także o tym, że spółka nie poprzestała na samym obowiązku wdrożenia regulacji, która za sprawą wzorca przygotowanego wcześniej przez obserwatora była właściwie gotowa do przyjęcia od samego początku kontraktu. Zresztą wykonawca też nie zwlekał z realizacją tego obowiązku. Wcześniej przedstawiciele wykonawcy konsultowali się z obserwatorem w sprawie największych ich zdaniem wyzwań związanych z przyjęciem regulacji. Obserwator udzielił wykonawcy m.in. szczegółowych informacji na temat problemu związanego z retencją danych pochodzących ze zgłoszeń sygnalistów. Polityka ochrony sygnalistów i zarządzania etycznego ZUE, której zakres działania początkowo obejmował jedynie monitorowany kontrakt, zaczęła być rozwijana przez zarząd spółki. Stała się częścią Polityki Zarządzania Etycznego ZUE wraz z innymi unormowaniami antykorupcyjnymi w zakresie konfliktu interesów czy przyjmowania prezentów, które od 2019 roku stały się obowiązujące dla całego zakresu działalności spółki¹³. Na tym etapie wykonawca także poradził się obserwatora, który sformułował swoje uwagi do projektu Polityki¹⁴. ZUE, chcąc edukować pracowników w zakresie nowych regulacji, zwróciła się do obserwatora także z prośbą o poprowadzenie szkolenia dotyczącego prewencji korupcji w przetargach publicznych. Jednak z uwagi m.in. na antypandemiczne obostrzenia nie doszły one do skutku.

PAKT UCZCIWOŚCI W LICZBACH



Od rozpoczęcia paktu uczciwości **odbyło się 141 spotkań** ze stronami monitoringu i 13 spotkań zewnętrznych, które trwały w sumie 231 godzin, czyli prawie półtora miesiąca pracy.

Należy też docenić wkład Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ), która, mimo że nie była formalnie stroną paktu uczciwości, odegrała istotną rolę stabilizującą cały proces pilotażu. Ministerstwo niejednokrotnie wspierało obserwatora. Jego przedstawiciele często zabierali głos, promując ideę paktu uczciwości na wydarzeniach organizowanych przez Fundację i Transparency International. Sami też dawali możliwość przedstawicielom Fundacji opowiedzenia o rezultatach pilotażu, goszcząc ich na specjalnym seminarium skierowanym do beneficjentów funduszy i instytucji kontrolujących proces ich wydatkowania¹⁵. W skierowanej do beneficjentów

¹³ Zob. pismo do wiceprezesa ZUE z 14.08.2019 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/07/Sz.P.-M.-Nowak_14.08.19.pdf [dostęp: 12.08.2021].

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Pakt uczciwości w nowym POIiŚ? Bardzo możliwe*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/pakt-uczciwosci-w-nowym-poiis-bardzo-mozliwe/> [dostęp: 12.08.2021].

POIiŚ ankiecie pytali o ich gotowość do przystąpienia do takiej inicjatywy¹⁶. Przede wszystkim jednak to dzięki zaangażowaniu ministerstwa w cały projekt otworzyły się możliwości poszerzenia pola wdrażania paktów uczciwości w perspektywie finansowej UE na lata 2021–2027, przynajmniej jeśli chodzi o Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko. W tej materii urzędnicy radzili się przedstawicieli obserwatora, którzy na prośbę ministerstwa skonsultowali m.in. regulamin konkursu dla organizacji chętnych podjąć się w przyszłości społecznego monitoringu zamówień. Przedstawiciele obserwatora przyjęli też wstępne zaproszenie ministerstwa do udziału w komisji oceniającej oferty na obserwatorów społecznych. Warto zauważyć, że na konferencji podsumowującej polski pilotaż paktu uczciwości, mimo uwag krytycznych, które padły pod adresem projektu i obserwatora ze strony zamawiającego, wykonawcy i ministerstwa, jednocześnie ze wszystkich trzech strony padły deklaracje gotowości do angażowania się w podobne inicjatywy w przyszłości¹⁷.

Na tym tle raport z realizacji pilotażu paktu uczciwości w Polsce nie powinien być odbierany jako krytyka tej czy innej strony zaangażowanej w to przedsięwzięcie, ale przede wszystkim jako próba przekazania wiedzy o tym, jak może przebiegać realizacja zamówienia publicznego, jak można ten proces poprawić, jakich błędów się wystrzegać oraz jakie są możliwości prowadzenia społecznego monitoringu tego rodzaju przedsięwzięć.

16 *Raport z ankiety na temat przeciwdziałania i zwalczania nadużyć finansowych w wydatkowaniu środków UE*, https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/100311/2021_04_15_raport_z_badania_fraud.pdf [dostęp: 12.08.2021].

17 Konferencja „Pilotaż paktu uczciwości w Unii Europejskiej. Rezultaty i perspektywy. Panel dyskusyjny: Pilotaż paktu uczciwości w Polsce. Czego nauczyliśmy się o pakcie i o realizacji zamówień publicznych”, 23.11.2021 r., <https://www.youtube.com/watch?v=jWBOIyXaF3w> [dostęp: 9.12.2021].

5. Najważniejsze obserwacje z monitoringu inwestycji objętej paktem

5.1. Problemy związane z etapem postępowania o udzielenie zamówienia

5.1.1. Waloryzacja kontraktu nieadekwatna do wzrostu cen

Opis problemu

W listopadzie 2017 roku wykonawca złożył roszczenie dotyczące ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny stanowiące Siłę Wyższą¹⁸. Powiadomienie o wspomnianym roszczeniu zostało złożone przez wykonawcę ponad 4 miesiące po podpisaniu umowy. Był to efekt, jak twierdził wykonawca, niemożliwego do przewidzenia na etapie konstruowania oferty nadzwyczajnego wzrostu cen realizacji kontraktów budowlanych. Otoczenie gospodarcze reagowało w ten sposób na splot wielu niekorzystnych dla wykonawców okoliczności, takich jak obniżenie wieku emerytalnego, podniesienie płacy minimalnej, wprowadzenie ceł antydumpingowych na stal czy deficyt wykwalifikowanej kadry. Nie bez znaczenia była też skala Krajowego Programu Kolejowego – uruchamiane w coraz większej liczbie inwestycje kolejowe windowały ceny usług i materiałów niezbędnych do ich realizacji. Przykładowy tłuczeń z transportem, szeroko wykorzystywany w branży kolejowej, miał podrożeć w krótkim czasie (w zaledwie kilka tygodni od rozstrzygnięcia przetargu) o 30%. Wykonawca odwołał się przy tym do Subklauzuli 19.1 Warunków Kontraktu, która definiuje Siłę Wyższą jako wyjątkowe wydarzenie lub okoliczność, na którą jako strona nie ma wpływu (1), przed którą nie jest w stanie rozsądnie się zabezpieczyć przed momentem zawarcia umowy (2), w razie wystąpienia nie można jej uniknąć lub przezwyciężyć (3) oraz której nie można w istocie przypisać drugiej stronie (4). Przykładami takich zdarzeń wymienionymi w FIDIC-u może być wojna, zamieszki lub klęski żywiołowe, ale także – według wykonawcy – zmiana stosunków gospodarczo-ekonomicznych w nadzwyczajnej skali.

Wzmożony popyt na materiały, dobra i usługi przekładający się na ich ograniczoną dostępność nie wystąpiłby w takiej skali, gdyby nie dynamika wzrostu liczby zamówień publicznych realizowanych w KPK. W sprawozdaniu z realizacji Programu za rok 2018 przyznano, że skumulowanie prac modernizacyjnych na liniach kolejowych napędziło popyt na usługi budowlane. Opóźniony start programu doprowadził do presji na rozpoczęcie jeszcze większej liczby postępowań przetargowych w tym samym czasie. Zmniejszenie przepustowości szlaków kolejowych z uwagi na coraz częstsze remonty ograniczyło możliwości transportu kruszyw. We wspomnianym sprawozdaniu odnotowano ryzyko, że firmy, które zaczęły realizować kontrakty w poprzednich latach po cenach istotnie niższych, niż dyktuje obecna sytuacja na rynku, zaczną skarżyć się na rentowność umów i wnioskować o ich waloryzację¹⁹. Ten scenariusz w przypadku monitorowanego kontraktu sprawdził się nawet szybciej.

Na etapie przetargu ZUE musiała bronić się przed formułowanymi przez innego z oferentów zarzutami o rażąco niską cenę, a dotyczyły one elementu wyceny ZUE w zakresie budowy ekranów akustycznych. Wówczas komisja przetargowa przyjęła wyjaśnienia wykonawcy, że wybudowanie ekranów nastąpi, jeżeli alternatywne rozwiązania nie okażą się skuteczne zgodnie z PFU, i tylko w zakresie, w którym zachodzi faktyczna konieczność ich postawienia. Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do

18 Pismo PKP PLK do Fundacji z 24.01.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/07/Pro%C5%9Bba-PKP-PLK-w-sprawie-rozszczenia-5_24.01.18.pdf [dostęp: 7.08.2021].

19 *Sprawozdanie z wykonania planu realizacji Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku za rok 2018*, s. 18, <https://www.gov.pl/web/infrastruktura/krajowy-program-kolejowy> [dostęp: 30.09.2021].

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Zamawiający powinni na bieżąco **monitorować kontrakty** pod kątem ryzyka wzrostu cen robót, usług, materiałów oraz pojawiających się w tym zakresie roszczeń.

odrzućenia oferty z tej przyczyny, i takie stanowisko przedstawiał też przed Krajową Izbą Odwoławczą. Już po podpisaniu umowy ZUE dalej broniła ceny zapisanej w ofercie, twierdząc, że odpowiadała ona ówczesnym realiom kosztowym, uwzględniała standardowe ryzyka związane z wahaniami cen oraz umiarkowany zysk wykonawcy²⁰.

Należy przyznać, że koszt budowy ekranów nie był istotną częścią składową przedstawionej przez spółkę oferty wartej 457 mln złotych. Odwołujący się od decyzji komisji przetargowej twierdził, że postawienie ekranów może kosztować 7,5 mln złotych, chociaż sam w swojej ofercie wycenił tę pozycję kosztową na „jedynie” 4 mln złotych. Nawet przyjmując tę pierwszą, prawdopodobnie zawyżoną wartość, i dodając ją do ceny oferty złożonej przez ZUE, nadal byłaby ona wyraźnie niższa od ofert konkurencji. Przykład tych rozbieżności ilustruje problem polegający na tym, że wykonawcy w takiej formule mają relatywnie duże możliwości obniżenia ceny oferty, nie będąc jednocześnie zobligowanymi do precyzyjnego uzasadnienia takiej obniżki. Po stronie zamawiających stwarza to trudność w ocenie, czy w takich przypadkach ma się do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Wątpliwości dotyczące rażąco niskich cen ofert składanych przez wykonawców **powinni badać niezależni biegli.**

²⁰ Notatka ze spotkania specjalnego o analizie roszczenia wykonawcy dotyczącego ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny na rynku kolejowym, z 21.06.2018 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/07/Notatka-Spotkanie-Specjalne-21.06.2018.pdf> [dostęp: 5.08.2021].

Przyjmując, że obiektywne uwarunkowania ekonomiczne dawały wykonawcy podstawę do składania roszczeń o waloryzację kontraktu, osobnej analizy wymagało stwierdzenie, czy zaistniały przesłanki do uznania oferty ZUE za ryzykowną pod kątem cenowym. Po pierwsze, cena zaproponowana przez ZUE była wyraźnie niższa od trzech ofert konkurencyjnych, w tym o ponad 70 mln złotych niższa od drugiej najtańszej oferty złożonej przez Torpol. Po drugie, jak pokazuje dynamika zmian na rynku budowlanym, podwyżki cen na materiały budowlane mogły być widoczne zarówno w II jak i III kwartale 2017 roku²¹. Pozyskane później od wykonawcy informacje na temat cen specyficznych materiałów niezbędnych do realizacji infrastruktury kolejowej, takich jak kruszywo łamane czy tłuczeń, wskazywały jednak, że te zaczęły najbardziej drożeć już po podpisaniu umowy, bo w IV kwartale 2017 roku i I kwartale 2018 roku. Ostatecznie przedstawiciele obserwatora zasiadający w komisji przetargowej uznali złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w aspekcie wyceny ekranów za wystarczające.

Na spotkaniach z obserwatorem w 2018 roku przedstawiciele ZUE przekonywali, że na etapie konstruowania oferty nie byli w stanie przewidzieć skokowego wzrostu cen, na który złożyło się wiele niezależnych okoliczności²². Gdyby było to możliwe, wygrany wykonawca teoretycznie mógłby nawet odstąpić od podpisania umowy, zwłaszcza że minął termin związania ofertą (90 dni)²³. W okresie od 10 marca do 20 lipca 2017 roku wykonawca podtrzymywał jednak, że jego oferta odpowiada rzeczywistym kosztom realizacji zadania. Na dowód tego przedstawiał też dane z systemu Sekocenbud, który dopiero od IV kwartału 2017 roku notował radykalne wzrosty cen dla materiałów znajdujących największe zastosowanie do realizacji projektu. Oczywiście sam start Krajowego Programu Kolejowego w roku 2016 uprawdopodobnił zwiększony popyt na materiały i usługi związane z kolejnictwem. Znajduje to odzwierciedlenie także w danych na temat odsetka ofert przekraczających budżet PKP PLK, których wzrost w 2017 roku w stosunku do roku poprzedniego nastąpił dokładnie o 34 punkty procentowe, wynosząc aż 51% wszystkich złożonych ofert²⁴.

Również z końcem 2017 roku problem nieoczekiwanego wzrostu kosztów produkcji w zakresie kontraktów kolejowych zaczął być nagłaśniany w prasie branżowej. W sprawę zaangażowały się fundacje, stowarzyszenia i instytucje związane z budownictwem lądowym, przedsiębiorczością (np. Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa, Izba Gospodarcza Transportu Lądowego czy Federacja Przedsiębiorców Polskich) oraz podmioty finansowe współuczestniczące w procesie budowlanym np. poprzez udzielanie zabezpieczeń należytego wykonania kontraktów.

Dodatkowo wykonawca argumentował, że zapisane w kontrakcie klauzule waloryzacyjne, zgodnie z którymi może on złożyć wniosek o waloryzację obejmujący cztery ostatnie kwartały od daty wniosku, jeżeli wskaźnik GUS dla dóbr inwestycyjnych wzrośnie w tym czasie średnio o co najmniej 2%, to w istocie rzeczy działania pozorowane. Wskaźnik ten obejmuje bowiem zbyt duży zakres koszyka dóbr, zamiast ograniczać się do tych, które są faktycznie wykorzystywane w projektach kolejowych. Prezes

21 *Dynamika cen na rynku budowlanym w latach 2017–2018. Raport Gleeds Polska*, s. 12–15, https://pl.gleeds.com/globalassets/news--media/publications/dynamika-cen/2019_04_dynamikacen_raportgp.pdf [dostęp: 9.08.2021].

22 *Notatka ze spotkania specjalnego o analizie roszczenia wykonawcy dotyczącego ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny na rynku kolejowym*, op. cit.

23 Takie przypadki miały miejsce później na rynku budowlanym, czego przykładem jest wycofanie się konsorcjum, które wygrało przetarg na budowę tunelu w Świnoujściu, m.in. ze względu na drastyczną zmianę kosztów budowy, która prowadziła do tego, że wykonawca za cenę podaną w ofercie musiałby realizować kontrakt ze stratą dla siebie, <https://www.gospodarkamorska.pl/porty-logistyka-problemy-z-budowa-tunelu-w-swinoujściu-wykonawca-wycofał-się-z-podpisania-umowy-32621> [dostęp: 14.09.2021].

24 *Raport Analiza zmiany kosztów realizacji kontraktów budowlanych w ramach modernizacji sieci kolejowej w latach 2016–2018 z komentarzem prawnym kancelarii Jara Drapała & Partners* przygotowany dla Izby Gospodarczej Transportu Lądowego, 3.10.2018 r.

Izby Gospodarczej Transportu Lądowego (IGTL) nazwał wprost waloryzację poprzez wskaźniki GUS „fikcją”²⁵. Prezes ZUE na spotkaniu w przedstawicielami Fundacji wykazywał natomiast, że wskaźnik ten obarczony jest istotną wadą metodologiczną, gdyż opiera się na sprawozdaniach sprzedażowych wykonawców zamiast na sprawozdaniach kosztowych. Raport NIK o umowach na infrastrukturę liniową potwierdził, że stosowane w latach 2016–2019 przez PKP PLK klauzule waloryzacyjne w istocie uniemożliwiły korektę wartości umów pomimo wyraźnego wzrostu cen na materiały budowlane w tym czasie²⁶.

Innym działaniem mającym na celu ograniczenie problemów związanych ze wzrostem kosztów inwestycji kolejowych było wyprzedzające skupowanie i magazynowanie materiałów przez PKP PLK jeszcze na etapie projektowania inwestycji w celu zabezpieczenia ich dostaw. Trudno jest szacować, czy skala problemu zmniejszonego dostępu do materiałów byłaby znacząco inna bez wdrożenia tego typu działań, gdyż brakuje na to dowodów opartych na danych empirycznych. Rozwiązanie to przyjęto m.in. w monitorowanym kontrakcie, a mimo to wykonawca uskarżał się np. na wstrzymanie dostaw materiałów sieciowych. Prawdopodobnie udało się dzięki temu nieco przesunąć i wypłaszczyć górkę cenową dla niektórych produktów, jednak w ocenie przedstawicieli branży takich jak IGTL wysiłki zamawiającego nie przyniosły spodziewanego rezultatu, gdyż co prawda pozwoliły rezerwować materiały mające zostać użyte w ramach prac w perspektywie kilku miesięcy, ale ograniczyły dostęp do dostaw dla realizowanych już projektów²⁷.

Reakcja na zaistniały problem

Obserwator zajął się problemem waloryzacji na prośbę PKP PLK Dyrektor Projektu, powołując się na zapisy paktu uczciwości, zwrócił się do niego w styczniu 2018 roku z prośbą o wydanie opinii w zakresie powiadomienia ZUE o roszczeniu nr 5 właśnie w sprawie ograniczonej dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny. Prośba była motywowana tym, że zagadnienie dotyczy problemu wykraczającego poza jeden kontrakt, o dużym znaczeniu dla praktyki zakupowej i interesu publicznego²⁸. W ślad za nią obserwator rozpoczął dialog z wykonawcą i zamawiającym w celu załagodzenia negatywnego wpływu roszczeń waloryzacyjnych na realizację kontraktu. Przygotowując na wniosek PKP PLK własną analizę problemu²⁹, zwrócił m.in. uwagę na fakt, że obecnie przyjęty wskaźnik waloryzacji nie spełnia swojej roli i z tego względu potrzebne jest wypracowanie bardziej skonkretyzowanego wskaźnika GUS dla branży kolejowej. W swoim stanowisku obserwator stwierdził, że nie widzi możliwości waloryzacji kontraktowej na podstawie przesłanki Siły Wyższej. Dostrzegł natomiast przesłankę do zaistnienia nadzwyczajnej zmiany stosunków, co otwiera drogę do waloryzacji sądowej, opierając się na przepisach kodeksowych. Jest to możliwe choćby na gruncie art. 357 kodeksu cywilnego, który reguluje zasadę *rebus sic stantibus*, czyli wpływu zewnętrznych okoliczności na zobowiązania umowne. Może on ochronić wykonawcę przed ryzykiem straty, gdy okoliczności, które do niej prowadzą, nie sposób było przewidzieć. Oprócz tego istnieje także art. 632 § 2 kodeksu cywilnego, który pozwala na zmianę stawki za świadczenie lub wręcz na rozwiązanie umowy, jeżeli obie strony w momencie

25 Pismo IGTL do Fundacji Batorego z 10.09.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/09/Pismo_IGTL-10.09.18.pdf [dostęp: 13.08.2021].

26 Informacja o wynikach kontroli: *Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej*, Warszawa 2021, s. 25, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24698,vp,27446.pdf> [dostęp: 30.09.2021].

27 Pismo IGTL do Fundacji Batorego z 10.09.2018 r., *op. cit.*

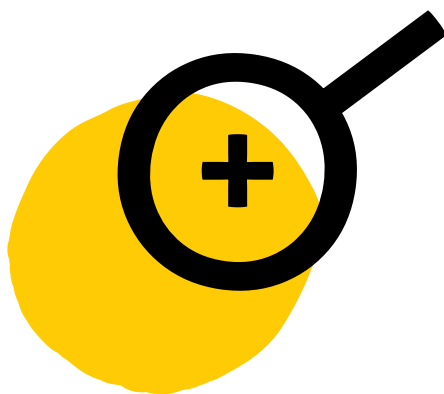
28 Notatka z 1. spotkania kwartalnego (Częstochowa, 14.03.2018), <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/07/Notatka-Spotkanie-Kwartalne-14.03.2018.pdf> [dostęp: 13.09.2021].

29 Analiza Fundacji im. Stefana Batorego na temat roszczenia nr 5 z 27.04.2018 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/07/Analiza-i-opinia-prawna-nt.-roszczenia-nr-5-Wykonawcy.pdf> [dostęp: 13.08.2021].

zawarcia porozumienia nie przewidziały, że jej realizacja może wiązać się z nadmiernymi trudnościami lub rażąco stratą po jednej ze stron. W obu przypadkach do dokonania waloryzacji stosunku umownego uprawniony jest wyłącznie sąd powszechny. Oczywiście obie strony mogą uniknąć postępowania sądowego, dochodząc do kompromisu między sobą i zmieniając warunki umowy w stosunku do treści oferty odpowiednim aneksem. Na podstawie prawa zamówień publicznych jest to dopuszczalne pod pewnymi warunkami, których spełnienie wymaga odrębnej analizy. Obserwator w swojej opinii przypomniał też, że w przypadku, gdy mamy do czynienia z projektem finansowanym ze środków unijnych, należy w sposób szczególny wystrzegać się działań, które mogą być uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaakceptowanie roszczeń wykonawcy o waloryzację niedługo po jego wyborze, o którym zdecydowała wyłącznie niższa cena oferty, mogłoby zostać uznane przez jego konkurentów za działanie ich dyskryminujące.

Obserwatorowi trudno było jednoznacznie rozstrzygnąć, czy wykonawca rzeczywiście nie mógł przewidzieć okoliczności, które istotnie zmieniły warunki kontraktu w momencie, gdy od wielu miesięcy w realizacji był już wart 76 mld złotych Krajowy Program Kolejowy i boom na projekty kolejowe stał się faktem. Jednak nie było celem działania obserwatora udzielanie odpowiedzi na to pytanie, ale przedstawienie ryzyk związanych z przyjęciem lub odrzuceniem złożonego przez wykonawcę roszczenia. Obserwator wskazał w swojej opinii, że za brak porozumienia z wykonawcą zapłacić mogą bankrutami jego podwykonawcy, co tym samym stawia pod znakiem zapytania ciągłość realizacji inwestycji. Ponadto odrzucenie roszczenia pociąga za sobą też widmo długich i kosztownych procesów sądowych o odszkodowania, na których stracić może zamawiający. Z drugiej strony uznanie jego roszczenia oznaczałoby stworzenie precedensu, który uprawdopodobniłby akceptację podobnych roszczeń w przypadku innych kontraktów infrastrukturalnych wdrażanych w trybie „projektuj i buduj”. Jeżeli skala tego zjawiska nasilałaby się, mogłoby to spowodować cały łańcuch zdarzeń o trudnych do przewidzenia konsekwencjach systemowych dla całego rynku oraz potencjalnym negatywnym wpływie na kwalifikowalność środków unijnych.

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Bardziej otwarty i konkurencyjny rynek można zapewnić przez zwiększenie dostępu do materiałów i sprzętu, **po dokonaniu oceny procedur** dopuszczania zagranicznych producentów i dostawców do polskiego rynku.

Obserwator zaapelował do stron umowy o podjęcie dialogu w duchu standardów FIDIC, który mógłby pomóc ustalić ryzyka dla kontraktu związane ze skokowym wzrostem cen na materiały i usługi oraz sformułować rozwiązania przeciwdziałające problemowi, takie jak inny sposób podziału ryzyka między stronami, mający na celu ochronę interesu publicznego. Padła też ze strony obserwatora deklaracja, że jest gotów dalej uczestniczyć w rozmowach na ten temat. W czerwcu 2018 roku obserwator był też gospodarzem jednego ze spotkań między stronami kontraktu na temat możliwości waloryzacji

monitorowanego kontraktu³⁰. Obserwator zwrócił ponadto uwagę na potrzebę wypracowania jednolitego stanowiska wobec tego rodzaju roszczeń wykonawców pojawiających się w przypadku innych kontraktów PKP PLK, z udziałem producentów, dostawców, Forum Inwestycyjnego, stowarzyszeń branżowych i zainteresowanych instytucji. Do obserwatora docierały zresztą głosy z branży, takie jak wystąpienie prezes Izby Gospodarczej Transportu Lądowego z września 2018 roku, która zwróciła uwagę, że kontrakty zawierane w latach 2016–2017 na skutek dynamicznego wzrostu cen materiałów, transportu, robocizny i usług podwykonawczych stają się z perspektywy wykonawców coraz bardziej deficytowe. Branża upominała się zatem o rozwiązania, które działałyby wstecz, a nie tylko w stosunku do kontraktów jeszcze nie zawartych. Według danych przytaczanych przez ZUE w okresie grudzień 2016 – listopad 2017 problem ten dotyczył minimum 90% kontraktów kolejowych zawartych wówczas przez firmy z PKP PLK³¹.

Dodatkowo obserwator postanowił wyjść naprzeciw oczekiwaniom wykonawcy i korzystając z uczestnictwa w projekcie zainicjowanym przez DG Regio Komisji Europejskiej, dowiedzieć się u źródła, jakie podejście wobec kryzysu cenowego na rynku infrastruktury prezentują organy unijne. Skierował pytania do przedstawicieli Komisji Europejskiej w kontekście rozliczania środków unijnych m.in. o to, czy ugody w sporach o waloryzację są tak samo akceptowalne, jak wyroki sądów, oraz jak głębokie zmiany w waloryzowanym kontrakcie są dopuszczalne. Obserwator nie uzyskał jednak oficjalnej i jednoznacznej odpowiedzi, którą mógłby przekazać partnerom paktu i umieścić w niniejszym raporcie.

Przy okazji problemu waloryzacji ujawniły się inne systemowe braki branży, które sprawiły, że koszty kontraktów rosły jeszcze szybciej, niż mogłyby w istocie. Takim problemem jest reglamentacja producentów i dostawców dopuszczonych do polskiego rynku zbytu oraz przeciągające się procedury certyfikowania ich towarów. Dostęp do materiałów, takich jak rozjazdy, podsypka tłuczniowa, szyny bądź podkłady kolejowe jest przez to niejako z definicji ograniczony, a jego producenci uzależnieni od decyzji regulatora rynku. Innym dużym wyzwaniem jest niedobór wykwalifikowanej kadry z odpowiednim stażem i doświadczeniem, której posiadanie PKP PLK zwyczajowo stawia jako warunek udziału w postępowaniach przetargowych. Nie przez przypadek wśród przyczyn wzrostu cen robocizny wykonawcy wymieniali obniżenie wieku emerytalnego, co pociągnęło za sobą odchodzenie z rynku starszych specjalistów. Jednocześnie zaś brakuje młodszej kadry o podobnych kwalifikacjach i uprawnieniach, która mogłaby ich zastąpić.

Na poziomie monitorowanego kontraktu podejście zamawiającego wobec wyzwania związanego z roszczeniami o waloryzację umowy nie odbiegało zasadniczo od praktyki przyjętej w innych projektach budowlanych. Raport o sporach budowlanych w Polsce uwidoczniał, że ich główną przyczyną jest wzrost realizacji kosztów inwestycji, a dominująca reakcja na nie to brak reakcji³². Zdaniem ankietowanych biorących udział w badaniu spory te bowiem z reguły nie są rozwiązywane na etapie realizacji umowy głównie z obawy przed odpowiedzialnością za podejmowane decyzje³³. Najpopularniejszymi metodami rozwiązywania sporów, choć bynajmniej nie najskuteczniejszymi według badanych, jest sąd powszechny oraz metoda „poczekamy-zobaczymy”. Metody polubownego rozwiązywania sporów stosowane są dużo rzadziej, chociaż to właśnie negocjacje stron przynoszą zdaniem badanych lepsze

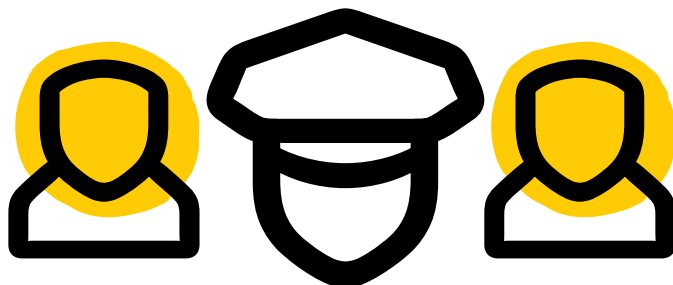
30 Notatka ze spotkania specjalnego o analizie roszczenia wykonawcy dotyczącego ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny na rynku kolejowym z 21.06.2018, *op. cit.*

31 *Ibidem.*

32 Por. podcast *Rozwiązywanie konfliktów w zamówieniach publicznych*, <https://www.youtube.com/watch?v=IQ-G5fFGIkWE&t=2s> [dostęp 28.11.2021].

33 Zob. *Raport o sporach budowlanych w Polsce*, Contract Advisory Services 2019, s. 4, <https://www.caservices.pl/aktualnosci/raport-o-sporach-budowlanych-w-polsce-2019/> [dostęp: 5.08.2021].

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Regulatorzy rynku oraz publiczni decydenci powinni **kształcić nową kadrę specjalistów w branży kolejowej** i zwiększać możliwości rozwoju kompetencji i zdobywania doświadczenia.

efekty; cenione są też mediacje. Sceptycyzm wobec stosowania ugód przedsądowych w sporach o waloryzację był też widoczny w wypowiedziach partnerów paktu uczciwości³⁴. Niemniej choć w umowach o zamówienie publiczne zawieranie ugód jest uznawane przez decydentów za postępowanie dla nich ryzykowne, to część prawników wyraża się z dużym entuzjazmem o tej drodze dochodzenia spornych należności³⁵. Rekomendacje w zakresie stosowania polubownego rozwiązywania sporów oraz prowadzenia negocjacji ugodowych wydała też Prokuratura Generalna³⁶.

W tym miejscu trzeba odnotować, że zamawiający mógłby oprzeć się na zapisach kontraktowych i własnych procedurach, aby sprowadzić spór o waloryzację z wykonawcą właśnie na ścieżkę ugodową. Uczynił tak przecież w przypadku sporu o przejście podziemne w Poraju, kiedy zaprosił wykonawcę do dialogu z zespołem negocjacyjnym, jak również później do mediacji przez Sądem Polubownym Prokuraturii Generalnej. Z możliwości tych w sporze o waloryzację, z nieznanym obserwatorowi przyczyn, jednak nie skorzystał. Wykonawca złożył wnioski do sądu o postępowanie pojednawcze, co jednak nie przyniosło żadnego rezultatu. Ostatecznie 27 kwietnia 2020 roku pozwał PKP PLK do sądu okręgowego o podwyższenie wynagrodzenia o blisko 35 mln złotych. I ten pozew czeka na rozpatrzenie. Bezładność w podejmowaniu decyzji była widoczna zarówno po stronie zamawiającego, jak i inżyniera projektu, który do roszczenia nr 5 nigdy się nie odniósł, mimo że zostało przedstawione przez wykonawcę jako pełne i ostateczne 5 marca 2021 roku. Dodatkowo ZUE zdecydowała się wystąpić z kolejnymi dwoma roszczeniami o brak rozpatrzenia wniosków o waloryzację złożonych po 12 i 24 miesiącach. Wykonawca wniósł przy tym o przeprowadzenie konsultacji w trybie Subklauzuli 3.5 przy udziale zamawiającego, które ostatecznie się nie odbyły. Inżynier, który nie przyjął wniosków i odrzucił oba roszczenia, przedstawił stanowisko, że warunki do uznania waloryzacji nie zostały spełnione, a wykonawca błędnie wylicza wartość kwartalnych wskaźników GUS za ostatnie miesiące.

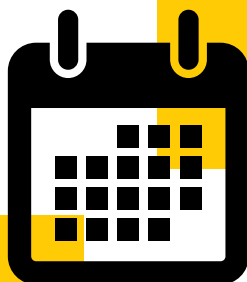
Po wielu miesiącach rozmów PKP PLK we współpracy z GDDKiA i z udziałem organizacji branżowych, związkiem pracodawców, Prokuraturii Generalnej RP, UZP, CUPT i GUS na temat wypracowania

34 Notatka z 3. spotkania kwartalnego (Warszawa, 11.12.2018), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/01/Notatka-Spotkanie-Kwartalne-11.12.2018_OST.pdf [dostęp 13.09.2021].

35 Relacja z seminarium *Ugody w zamówieniach – czy staną się normą?*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/ugody-w-zamowieniach-czy-stana-sie-norma/> [dostęp 13.09.2021].

36 *Rekomendacje dotyczące polubownego rozwiązywania sporów*, Prokuratura Generalna RP 2021, <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/rekomendacje-prokuraturii-generalnej-rp-dotyczace-postepowania-w-zakresie-polubownego-rozwiazywania-sporow> [dostęp: 26.11.2021].

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Zamawiający powinien **ogłaszać plany przetargowe w perspektywie dłuższej niż rok**, co pozwoliłoby branży podejmować bardziej racjonalne decyzje biznesowe.

systemowych rozwiązań osiągnięto porozumienie. Jego efektem było zastosowanie w kontraktach PKP PLK od 1 lutego 2019 roku waloryzacji miesięcznej ograniczonej kwotą 5% podpisanego kontraktu³⁷. Dane GUS natomiast, na których opierają się wskaźniki, zostały wykorzystane do stworzenia „koszyków waloryzacyjnych”, odrębnych dla projektów kolejowych i drogowych. PKP PLK zdecydowała się też wdrożyć także tzw. matrycę ryzyk, która służy bardziej sprawiedliwemu podziałowi ryzyk w procesie inwestycyjnym. W opisie zamówienia do zadań inżyniera wpisano obowiązek rozpatrywania roszczeń wykonawcy z pomocniczym zastosowaniem matrycy ryzyk. Według informacji przekazanych przez CUPT nie mogło być jednak mowy o systemowym bądź zbiorowym wprowadzeniu waloryzacji „wstecznej”, która mogłaby objąć także monitorowany kontrakt³⁸. Zamawiający również na etapie konsultacji niniejszego raportu wskazywał, że prawo nie przewiduje takiej możliwości. Problem zakresu zmian w deficytowych dla wykonawców umowach pozostawiono do rozstrzygnięcia w ramach składanych indywidualnie roszczeń o waloryzację. Na szczęście nie sprawdził się najbardziej czarny scenariusz, który miał miejsce na innych kontraktach, czyli zejście wykonawcy z placu budowy.

5.1.2. Spór w zakresie sposobu zabezpieczeń przed hałasem

Opis problemu

Podczas realizacji projektu strony napotkały na sporną, a zarazem dość istotną ze społecznego punktu widzenia, kwestię. Dotyczyła ona zabezpieczenia obszarów przyległych do inwestycji przed hałasem wytwarzanym podczas użytkowania linii kolejowej. Formą zabezpieczenia będącą przedmiotem sporu wykonawcy i zamawiającego były ekrany akustyczne.

[2] Komentarz wykonawcy: Wykonawca stoi na stanowisku, że zgodnie z PFU ekrany, jako ochrona przed hałasem, miały być zastosowane w ostateczności. Taka interpretacja wykonawcy wynika m.in. z zapisów PFU (fragment na s. 143), który stwierdza: „W celu zapewnienia dotrzymania dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, w pierwszej kolejności należy stosować rozwiązania ograniczania hałasu u źródła”. W konsekwencji należy stwierdzić, że zabezpieczenie przed hałasem w pierwszej kolejności miało likwidować hałas u źródła. Forma zabezpieczenia w postaci ekranów akustycznych miała stanowić wyłącznie ostateczność – co musi zostać wyraźnie podkreślone – już na samym wstępie opisu sporu między inwestorem a wykonawcą.

³⁷ Raport roczny PKP PLK za 2019 rok, https://www.plk-sa.pl/files/public/raport_roczny/Raport_Roczny_2019_.pdf [dostęp: 7.08.2021].

³⁸ Notatka z 4. spotkania kwartalnego (Warszawa, 3.06.2019), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/08/Spotkanie_kwartalne_3_06_19_FIN.pdf [dostęp: 13.09.2021].

Konieczność budowy ekranów akustycznych została określona w Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach (DŚU) przedsięwzięcia. Decyzja ta, wydana w lipcu 2017 roku, określiła, iż realizacja przedsięwzięcia na odcinku około 44 km linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa–Zawiercie pociąga za sobą konieczność wybudowania łącznie około 4,5 km ekranów akustycznych. Pomimo faktu, że sama DŚU została wydana już po terminie składania ofert, zamawiający jeszcze na etapie postępowania przetargowego zakładał, iż każdy podmiot składający ofertę na realizację zamówienia powinien wycenić wykonanie ekranów akustycznych we wskazanej konkretnej długości – 4462 metry.

[3] Komentarz wykonawcy: Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie dysponował jeszcze DŚU – na co inwestor wprost wskazał, odpowiadając na pytanie 124 do SIWZ, złożone przez wykonawcę. Sama DŚU została przekazana na rzecz wykonawcy dopiero we wrześniu 2017 roku – i to dopiero po pisemnym wniosku wykonawcy o przedstawienie ww. decyzji przez inwestora. W związku z powyższym – zarówno na etapie składania ofert, jak i podpisywania umowy (lipiec 2017 roku) – konieczność budowy ekranów nie była stwierdzona w DŚU.

Ponadto z wyjaśnień zamawiającego składanych w czasie postępowania odwoławczego przed KIO 29 maja 2017 roku wprost wynikało, że DŚU może podlegać zmianom, a wykonawca jest uprawniony do przeprowadzenia własnych badań, aby, co potwierdza PFU na stronie 143, modyfikować sposób ochrony przed hałasem – i poprzez to występować o zmianę DŚU w zakresie określonej w niej metody ochrony przed hałasem.

Parametry charakterystyczne tych ekranów (lokalizacja, wysokości) zostały bowiem określone w skrócie raportu o oddziaływaniu na środowisko, który był częścią dokumentacji przetargowej.

Wymóg postawienia ekranów nie był jednak definitywny (sygnalizowany, jak podkreślał wykonawca, na str. 143 PFU). Zamawiający, na etapie konsultacji niniejszego raportu, dowodził co prawda, że w dokumentacji przetargowej liczba i długość ekranów została określona precyzyjnie oraz że nie było pytań na etapie postępowania w tym zakresie. W jego ocenie był to dowód, iż nie mogło być mowy o niejednoznaczności. Jednakże według wykonawcy stwierdzenie na str. 143 PFU (patrz komentarze wykonawcy) można było interpretować odmiennie i na etapie postępowania przetargowego istniała możliwość przedstawienia alternatywnej koncepcji zabezpieczenia przed hałasem, co też uczynił wygrany wykonawca, a zamawiający na tym etapie (postępowania przed KIO) zaakceptował taką możliwość. Już po podpisaniu umowy na realizację zadania, pojawił się jednak spór o to, czy faktycznie można wybudować mniejszą liczbę ekranów akustycznych aniżeli wskazaną w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, czy też nie.

[4] Komentarz wykonawcy: Zamawiający złożył w tym przedmiocie dość jednoznaczne oświadczenie w toku postępowania przed KIO, w maju 2017 roku. Zamawiający stwierdził wówczas, że: „Zamawiający wyjaśnia, że z treści raportu środowiskowego, którego streszczenie załączono do odpowiedzi na pytanie nr 124, wynika, że wykonawca musi najpierw zrealizować odpowiednie badania i dopiero na ich podstawie wybrać prawidłowe rozwiązanie w zakresie minimalizacji działań akustycznych”⁹⁹. W konsekwencji z tej ustnej wypowiedzi zamawiającego, ale zaprotokołowanej w toku postępowania przed KIO, wykonawca wywodził, że to zadaniem wykonawcy jest dokonanie ostatecznego wyboru odnośnie do tego, co powinno zostać zrealizowane w zakresie ochrony przed hałasem – po tym, jak zostaną przeprowadzone stosowne badania.

Ponadto wedle analiz wykonawcy nie istniała konieczność budowy ekranów – a jedynie w dwóch punktach – 112 i 113 należało wykonać modernizację okien. W konsekwencji, według wykonawcy, spór nie dotyczył tego, czy należy wybudować mniejszą liczbę ekranów, a dotyczył bardziej zasadniczego problemu – tj. czy budowa ekranów jest właściwym sposobem ochrony przed hałasem. Wykonawca bowiem stał na stanowisku, że był uprawniony do przeprowadzania swoich własnych badań (które wykonał) – aby zgodnie z PFU zapewnić w pierwszej kolejności ochronę przed hałasem – „u źródła”. W konsekwencji, w ocenie wykonawcy (popartej badaniami przeprowadzonymi przez niezależne podmioty i przekazanymi zamawiającemu), istniały wystarczające argumenty uzasadniające zmianę DŚU.

Jednakże w ocenie zamawiającego wykonawca w sposób nieprawidłowy oraz nieuprawniony podejmował działania zmierzające do przedstawienia dokumentacji i innych argumentów mających usankcjonować taką optymalizację. Zamawiający negował również możliwość wybudowania mniejszej liczby ekranów akustycznych aniżeli wskazana w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a także określona do wyceny przez wykonawcę w kontrakcie do wykonania.

Strony przez długi czas (w latach 2018–2020) prowadziły zarówno rozmowy, jak i korespondencję w tej sprawie. Dialog ten nie zakończył się jednak porozumieniem. Wykonawca stał na stanowisku, że miał wszelkie prerogatywy, aby podejmować działania (już w roku 2018) w kierunku zmiany DŚU. Jednocześnie twierdził, że to zamawiający, poprzez cofnięcie pełnomocnictwa dla Dyrektora Kontraktu, który mógłby zainicjować taką zmianę, doprowadził do konfliktu.

Niezależnie od tego, która ze stron ostatecznie miała rację, skutkiem sporu były opóźnienia prac projektowych, a w konsekwencji uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę dotyczącego ekranów akustycznych. Opóźnienia te, podobnie jak i późniejsze problemy z dostępem do materiałów niezbędnych do zakończenia budowy ekranów akustycznych (w grudniu 2020 i w kolejnych miesiącach roku 2021 wystąpił, niezależny od wykonawcy, problem z dostępnością aluminium), spowodowały, że niemożliwe było sfinalizowanie budowy ekranów i do upływu kontraktowego terminu zakończenia robót (koniec grudnia 2020 roku) nie wszystkie wskazane w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach ekrany akustyczne zostały wybudowane.

Na marginesie warto odnotować, że spór ten wydawał się jeszcze bardziej kontrowersyjny w kontekście pojawiających się w domenie publicznej zapowiedzi prezesa PKP PLK o tym, że należy odchodzić od stosowania ekranów akustycznych jako zabezpieczenia przed hałasem i stosować je w ostateczności⁴⁰.



**Zdjęcie 2. Niedokończone ekrany akustyczne na stacji w Poraju. Fotografia z wizyty monitorin-
gowej 18 lutego 2021 roku. Źródło: materiały własne.**

39 Protokół posiedzenia i rozprawy z 29.05.2017 r., sygn. akt: KIO 966/17, s. 5–6.

40 J. Madrjas, *PLK chce skończyć z „ekranozą”*, <https://www.rynek-kolejowy.pl/mobile/plk-chce-skonczyz-z-ekranoza-91220.html>, [dostęp: 13.09.2021].

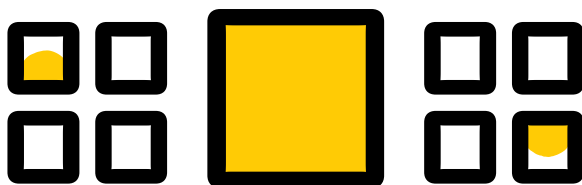
Reakcja na zaistniały problem

Temat ekranów akustycznych był przedmiotem rozmów między obserwatorem a zamawiającym jeszcze na etapie przed postępowaniem przetargowym i później, w czasie oceny ofert. Podczas postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia problem wykonania ekranów akustycznych był poruszany w kontekście:

- braku decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na etapie wszczęcia i prowadzenia postępowania przetargowego;
- cen, jakie przedstawili oferenci za wykonanie tego segmentu robót.

Pierwszą kwestię obserwator szczegółowo opisał w pierwszym raporcie z monitoringu, wskazując rekomendację, jak i pozytywne działanie PKP PLK w zakresie zminimalizowania ryzyka – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być rozpoczynane, jeśli w dokumentacji przetargowej występują istotne braki. A takim istotnym brakiem był niewątpliwie brak decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, przez co wykonawcy nie mieli pewności, jak ostatecznie należałoby dokonać wyceny poszczególnych elementów oferty.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Zamawiający, rozpoczynając postępowanie przetargowe, powinien upublicznić wszystkie dokumenty, których treść może wpływać na złożone oferty oraz na realizację inwestycji. Postępowania nie powinny rozpoczynać się bez kompletu takiej dokumentacji.

Druga kwestia także była wspomniana w pierwszym raporcie z monitoringu, jednakże tylko hasłowo. Wykonawca wskazał w tabeli ceny ofertowej relatywnie niską kwotę (będącą składową kwoty kontraktowej) za wykonanie wskazanej konkretnej liczby ekranów akustycznych. Była to przyczyna protestu innych wykonawców w związku z rażąco niską ceną i doprowadziło to do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Po wyjaśnieniach ze strony wykonawcy zamawiający przychylił się do jego stanowiska (do wiadomości przyjął je również obserwator) i po oddaleniu odwołania przez KIO (zresztą, jak już wspomniano, wyrok KIO właściwie potwierdzał stanowisko przedstawione przez wykonawcę) zawarto kontrakt z wykonawcą z założeniem wykonania ekranów akustycznych w ramach Kwoty Kontraktowej.

[5] Komentarz wykonawcy: Treść PFU (strona 143) oraz oświadczenia samego zamawiającego wskazują, że w formie zamówienia „projektuj i buduj” – to wykonawca dobiera stosowne rozwiązania w zakresie projektowania – w tym dotyczące ochrony przed hałasem. Umowa nie zakłada więc, że ma dojść do wykonania ekranów. Umowa zakłada coś wręcz przeciwnego – ekrany mają powstać jako rozwiązanie ostateczne – a wykonawca, w ramach kształtowania rozwiązań projektowych, jest uprawniony do prowadzenia własnych badań, w zakresie przyjęcia optymalnej ochrony przez hałasem – i poprzez to również wnioskowania o zmianę DŚU.

Wkrótce po podpisaniu kontraktu wykonawca przesłał do zamawiającego wniosek o możliwość zmniejszenia liczby ekranów do wybudowania w ramach zamówienia. Począwszy od 2018 roku kwestia optymalizacji liczby ekranów była przedmiotem bilateralnej dyskusji stron. Była ona również prowadzona w trakcie spotkań kwartalnych, jakie podczas realizacji paktu organizował obserwator⁴¹. Dokumenty przedstawione przez wykonawcę wskazywały, że nie istnieje konieczność budowy ekranów – a wymagana ochrona przed hałasem zostanie osiągnięta w inny sposób – a to w szczególności poprzez modernizację nawierzchni kolejowej. Ponadto, jak wspomniano, wykonawca już wtedy miał stosowne analizy wskazujące, iż nie będzie konieczności wybudowania ekranów akustycznych. Jednakże wszystkie te dokumenty zamawiający ocenił negatywnie pod względem merytorycznym. Ponadto zamawiający twierdził, że istnieje ryzyko, iż zmiana zakresu budowy ekranów akustycznych względem wymagań określonych w DŚU z dużym prawdopodobieństwem może spowodować opóźnienia w uzyskiwaniu decyzji o pozwoleniu na budowę dla całego zakresu projektu. W ocenie zamawiającego opóźnienia dotyczące ostatecznych ustaleń w kwestii potencjalnych zmian w ochronie przed hałasem mogłyby trwać aż do kontraktowego terminu wybudowania linii kolejowej.

Brak porozumienia stron w zakresie merytorycznych opracowań środowiskowych przedstawianych przez wykonawcę spowodował, iż w roku 2018 wykonawca podjął decyzję o oddzielnym traktowaniu kwestii budowy ekranów. Wykonanie projektu i uzyskiwanie decyzji o pozwoleniu na budowę ekranów akustycznych stało się odrębnym procesem w stosunku do pozostałego zakresu rzeczowego projektu. W trakcie spotkań kwartalnych, w ramach pilotażu, wspomniana została możliwość, aby kwestie ekranów akustycznych objąć ponowną oceną oddziaływania na środowisko. Ponadto, jak wskazywał wykonawca, m.in. w piśmie z 25.01.2019 roku (ZAW/2019/01/1934/TF/AWO) skierowanym do zamawiającego, wprost stwierdzono, że: „(...) zmiana powyższej Decyzji [DŚU] jest konieczna”. Jednak do zmiany DŚU nie doszło.

Kolejnym wątkiem w sporze związanym z ekranami akustycznymi było to, iż według zamawiającego wykonawca przekroczył uprawnienia, wykonując funkcję pełnomocnika inwestora. Pod koniec 2018 roku wykonawca jako pełnomocnik inwestora złożył bowiem wniosek do Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wniosek przygotowany przez wykonawcę związany był z ograniczeniem liczby zabezpieczeń przed hałasem w postaci ekranów akustycznych. Podstawowym problemem wskazywanym przez zamawiającego był brak dialogu, do którego, zgodnie z zapisami kontraktu, wykonawca był zobowiązany. Dodatkowo w ocenie zamawiającego pełnomocnictwo nie upoważniało przedstawiciela wykonawcy do takich działań. Obserwator zauważył zaś, iż faktycznie istniał problem interpretacyjny stosowania pełnomocnictwa, jakie otrzymał wykonawca od zamawiającego. Niezbędne zatem byłoby doprecyzowanie tworzenia zapisów pełnomocnictw dla przedstawicieli zamawiającego, w przypadku założenia jego ograniczenia w konkretnych czynnościach. Z informacji, jakie w momencie zakończenia prac nad raportem miał obserwator, zamawiający od pewnego czasu stosował już literalne zapisy pełnomocnictw. Te nie uprawniały pełnomocnika do dokonywania czynności związanych tak ze zmianą, jak i z samym uzyskiwaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

41 Notatka z 2. spotkania kwartalnego, (Warszawa, 23.05.2021), <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/07/Notatka-Spotkanie-Kwartalne-23.05.2018.pdf> [dostęp 8.10.2021].

[6] Komentarz wykonawcy: Wykonawca w piśmie z dnia 5 marca 2019 roku (ZAW/2019/2227/TF) przekazał zamawiającemu oraz inżynierowi projektu opinię prawną, w której jednoznacznie stwierdzono, że zakres pełnomocnictwa udzielonego dyrektorowi kontraktu obejmował złożenie wniosku o zmianę DŚU.

Pełnomocnictwo udzielone dyrektorowi kontraktu było analizowane chociażby poprzez kancelarię adwokacką RBM – i zgodnie z przygotowaną opinią Dyrektor Kontraktu mógł działać w ramach pełnomocnictwa i domagać się zmiany DŚU. Kwestia zakresu pełnomocnictwa udzielonego dyrektorowi kontraktu przez zamawiającego była więc przedmiotem sporu między wykonawcą a zamawiającym.

Ponadto PFU gwarantował wykonawcy, że może „wybrać” rozwiązanie adekwatnie chroniące przed hałasem – a ekrany to tylko ostateczność. To zamawiający w istocie naruszył więź kontraktową łączącą go z wykonawcą, bezpodstawnie narzucając budowę ekranów – poprzez ograniczenie pełnomocnictwa – pomimo tego, że wykonawca miał mieć zagwarantowaną możliwość adekwatnego dobrania metody ochrony przed hałasem.

Co więcej analiza zapisów PFU (przykładowo pkt. 4.1, pkt. 4.5 czy pkt. 7.2) prowadzi do wniosku, że wykonawca nie był obowiązany do przedkładania inżynierowi do przeglądu lub akceptacji wniosku o zmianę DŚU. PFU wyszczególnia bowiem, jakie dokumenty mają zostać przedłożone inżynierowi do akceptacji – nie wymieniając pośród tych dokumentów wniosku o zmianę DŚU.

Ostatecznie jednak, w opisanej sytuacji wykonawca nie uzyskał aprobaty zamawiającego co do zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Nie uzyskał także od zamawiającego uzgodnienia samego wniosku o zmianę decyzji – pomimo iż w świetle zapisów kontraktu wykonawca miał taki obowiązek. W ocenie obserwatora proces uzgodnienia z zamawiającym wniosku o zmianę wymagań środowiskowych w zakresie ekranów akustycznych nie został przez wykonawcę przeprowadzony prawidłowo.

Z uwagi, iż przez dłuższy czas strony nie znajdowały porozumienia w zakresie możliwości optymalizacji zabezpieczeń przed hałasem, obserwator zorganizował na początku 2019 roku specjalne spotkanie⁴². Wynikiem spotkania było uzgodnienie pomiędzy stronami dalszego postępowania zmierzającego do zawarcia uzgodnienia w przedmiotowej sprawie. W odpowiedzi na argumenty wykonawcy zamawiający, a konkretnie Biuro Ochrony Środowiska PKP PLK, przedstawiał własne merytoryczne stanowiska (w ramach wewnętrznych struktur zamawiającego Biuro to było wsparciem dla Zespołu Projektowego, który odpowiadał bezpośrednio za realizację inwestycji objętej paktem). Obserwator zauważył jednak pewien brak spójności stanowisk wyrażanych przez przedstawicieli Biura Ochrony Środowiska i Zespołu Projektowego realizującego inwestycję. W konsekwencji brakowało jednego wspólnego klarownego stanowiska zamawiającego wobec argumentów wykonawcy. W tym kontekście szczególnie często powracał wspomniany już wcześniej wątek dotyczący tego, że na etapie oceny ofert zamawiający (a dokładnie inna jego komórka organizacyjna) zaakceptował wyjaśnienia wykonawcy dotyczące konieczności (czy też braku konieczności) budowy ekranów i później dodatkowo podtrzymał tę aprobatę w ramach postępowania przed KIO. W ocenie obserwatora w trakcie realizacji projektów w ramach programu związanego z ochroną środowiska niezwykle istotna jest ciągła współpraca wyodrębnionych jednostek organizacyjnych wewnątrz PKP PLK – począwszy od momentu przygotowywania inwestycji, jak i podczas jej realizacji oraz po jej zakończeniu.

Istotnym wątkiem związanym z powyższymi czynnościami był fakt, iż z początkiem roku 2019 zamawiający (z uwagi na to, iż interpretował działania wykonawcy jako przekroczenie pełnomocnictw) skorzystał ze swoich uprawnień kontraktowych i złożył roszczenie do wykonawcy. Roszczenie to polegało na skierowaniu do wykonawcy wniosku o zaniechanie naruszenia umowy w zakresie podjętych czynności

⁴² Notatka ze spotkania specjalnego dnia 27.02.2019 r., <https://paktuczciwosci.pl/przebieg/notatka-ze-spotkania-specjalnego-27-02-2019/> [dostęp: 1.10.2021].

związanych ze zmianą decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawcę, iż w przypadku wyrządzenia szkody zamawiającemu, będzie on formułował dalsze roszczenia. Później zamawiający poinformował obserwatora, że ostatecznie nie powstały szkody po stronie zamawiającego z tytułu działań wykonawcy w przedmiocie roszczenia⁴³.

Z drugiej strony należy w tym miejscu podkreślić, iż wykonawca także złożył do zamawiającego powiadomienia o roszczeniu w zakresie:

- uniemożliwienia realizacji przedmiotu umowy (optymalizacja zabezpieczeń przed hałasem określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach) – marzec 2019 roku, roszczenie o nr 44. Roszczenie to opierało się na opisywanym już stanowisku zamawiającego, wyrażonym przed KIO i znajdującym, zdaniem wykonawcy, oparcie także w PFU, iż wykonawca jest uprawniony do przeprowadzenia własnych badań celem ustalenia optymalnego sposobu ochrony przed hałasem i zastosowania tego sposobu;
- braku współdziałania ze strony zamawiającego (uniemożliwienie wykonywania prac wykonawcy zgodnych z kontraktem) – marzec 2020 roku, roszczenie o nr 64⁴⁴. Roszczenie to było związane z odmową udostępnienia przez zamawiającego modelu akustycznego (problem ten szczegółowo opisujemy dalej). Jak podkreślał wykonawca, zmusiło go to również do złożenia wniosku do sądu (Sąd Rejonowy w Częstochowie, VIII Wydział Gospodarczy – sygn. akt: VIII GCo 2/20) o zabezpieczenie dowodu, tj. modelu akustycznego, m.in. celem ustalenia zakresu oddziaływania akustycznego.

Obserwator w ramach własnych działań dokonał także wstępnej oceny merytorycznej dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia ograniczenia budowy ekranów akustycznych. Przedstawione przez obserwatora informacje (wątpliwości do dokumentacji dotyczące kumulacji oddziaływania wszystkich linii na otoczenie, a w szczególności braku uwzględnienia poprawki kalibracyjnej dla taboru poruszającego się linią kolejową nr 1, jak również dla taboru poruszającego się po liniach kolejowych uwzględnionych jako oddziaływanie skumulowane; zwrócenie uwagi na brak informacji, czy zostały wykonane pomiary hałasu w stanie istniejącym) zostały przekazane zainteresowanym stronom w kwietniu 2019 roku⁴⁵. W odpowiedzi na powyższe wykonawca przedstawił swoje stanowisko, z którego wynikało, iż dokumentacja została wykonana poprawnie oraz, przede wszystkim to, że sama budowa ekranów akustycznych nie jest konieczna.

Niezwykle istotną kwestią sporną w temacie ekranów był brak dostępu do tzw. modelu akustycznego będącego podstawą do wykonania raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. W ocenie wykonawcy opracowanie to (model akustyczny wykonany przez zamawiającego na etapie uzyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach) było mu niezbędne do wykonania własnych opracowań objętych kontraktem. Zamawiający się z tym nie zgadzał. Spór wokół tej kwestii omawiamy szczegółowo w dalszej części raportu.

43 Pismo PKP PLK do Fundacji z 5.05.2020 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/IRR4-3-0815-POIi%C5%9A-5.2-6-112-2020.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

44 Pismo PKP PLK do Fundacji z 12.03.2021 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Odp.-89-2021-Roszczenia.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

45 Informacja Partnera Społecznego dotycząca dyskusji o konieczności budowy ekranów akustycznych, 8.04.2019, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/07/Informacja-Fundacji-w-zakresie-ekran%C3%B3w_08.04.2019.pdf [dostęp: 1.10.2021].

Opisane powyżej wydarzenia spowodowały impas w zakresie możliwości uzgodnienia optymalizacji budowy ekranów akustycznych. Podczas spotkania kwartalnego w marcu 2020 roku obserwator został poinformowany o tym, że sprawa sporna w zakresie ekranów akustycznych została skierowana przez wykonawcę na drogę sądową. Wniosek złożony do sądu dotyczył zabezpieczenia dowodu w postaci badań hałasu (przed wybudowaniem obiektów/ekranów w ramach realizacji kontraktu). Jednocześnie obserwator został poinformowany, iż wykonywane projekty oraz decyzje uzyskiwane przez wykonawcę są i będą zgodne ze wskazaniami w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach⁴⁶. Trzeba jednak odnotować, że na moment ukończenia raportu obserwator nie miał wiedzy o tym, jakoby w toku realizacji kontraktu w tej sprawie inżynier wydawał polecenia, do których wykonawca powinien się zastosować. Do chwili ukończenia prac nad raportem wykonawca nie zrezygnował także ze swoich roszczeń – z uwagi na to, iż w jego ocenie to zamawiający naruszył postanowienia kontraktowe, poprzez, jak to ujmował wykonawca, „narzucenie” mu obowiązku budowy ekranów.

Spór między wykonawcą a zamawiającym spowodował, że w zakresie ekranów akustycznych wykonawca ostatecznie nie zakończył prac projektowych w terminach przewidzianych kontraktem. Termin uzyskania ostatniego pozwolenia na budowę określony został aneksem nr 1 do kontraktu na 26 maja 2020 roku, a ostatnie pozwolenie na budowę ekranów wydano jeszcze kilka miesięcy później, bo w IV kwartale roku 2020. Co więcej, opóźnienie robót budowlanych wynikające z toczącego się sporu zaowocowało pod koniec realizacji inwestycji problemami, związanymi z pozyskaniem niezbędnych materiałów (aluminiowe panele akustyczne) przez wykonawcę. W efekcie budowa kompletu ekranów akustycznych nie została zakończona zgodnie z terminami kontraktowymi. Brak zabezpieczeń przed hałasem był jednym z kilku powodów kolejnego sporu stron, jaki powstał w związku z wystawieniem świadectwa przejęcia – dokumentu potwierdzającego wykonanie robót w zgodzie z kontraktem (temu wątkowi również poświęcamy więcej uwagi w dalszej części raportu).

Wedle informacji udzielonej przez zamawiającego w trakcie konsultacji raportu budowa ekranów akustycznych przez wykonawcę została ukończona i odebrana stosownym protokołem. Jednocześnie, jak pod koniec monitoringu poinformował Zespół Projektowy zamawiającego, ponowna analiza akustyczna ma zostać wykonana w ciągu 1 roku od zakończenia inwestycji.

5.2. Zarządzanie konfliktem interesów

Opis problemu

Konflikt interesów pojawiał się jako problem niemal od początku pilotażu paktu uczciwości. Na etapie prac nad paktem był jednym z niewralgicznych tematów negocjacji co do tego, w jaki sposób go zdefiniować, jak go uregulować i jak usankcjonować. Warto przy tym zaznaczyć, że wówczas, w 2016 roku, nie istniała żadna ustawowa definicja konfliktu interesów, a zaistniała dopiero w 2020 roku wraz z wejściem nowego prawa zamówień publicznych. W związku z tym, na potrzeby pilotażu przyjęto szeroką definicję konfliktu interesów wzorowaną na zapisach dyrektywy UE (art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE). W § 2 ust. 5 Paktu moduł I – porozumienie między obserwatorem (czyli w definicji Fundacja i/lub Konsultant) a zamawiającym (zwanym Spółką) konflikt interesów zdefiniowano następująco:

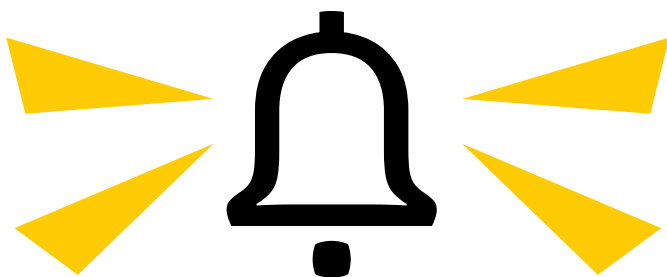
46 Notatka z 6. spotkania kwartalnego (Warszawa, 5.03.2020 r.), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2020/04/Notatka-Spotkanie-Kwartalne_05.03.20_OST.pdf [dostęp: 1.10.2021].

Za konflikt interesów rozumie się sytuację, gdy bezstronna i obiektywna realizacja zadań w ramach projektu jest zagrożona z uwagi na względy rodzinne, emocjonalne, sympatie polityczne, interes gospodarczy lub jakiegokolwiek inne interesy, w szczególności takie, w których Fundacja, Konsultant, Spółka lub ich pracownicy i współpracownicy:

- 1) ubiegają się o realizację zamówienia;
- 2) udzielają swojego potencjału wykonawcom lub podwykonawcom startującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) ubiegają się o zamówienie na inżyniera dla nadzoru nad zamówieniem;
- 4) udzielają swojego potencjału wykonawcom lub podwykonawcom startującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia na inżyniera dla nadzoru nad zamówieniem;
- 5) znajdują się w sporze sądowym ze Spółką.

Definicja jak widać ma część ogólną, dotyczącą realizacji całości pilotażu, której dotyczą ogólne kryteria oceny, czy konflikt interesów wystąpił lub nie, oraz kryteria szczegółowe, dotyczące przede wszystkim relacji między obserwatorem i PKP PLK, koncentrujące się głównie na tym, żeby zapobiec sytuacji, w której obserwator i/lub zamawiający mogliby występować w podwójnych rolach. W pakcie zawarto procedurę zarządzania konfliktem interesów, zdając sobie sprawę, że mimowolnie może dojść do konfliktu interesów (np. z uwagi na dość wąskie środowiska, w których obracają się inżynierowie lub prawnicy). Jako naczelną zasadę przyjęto jawność. Konflikt interesów, zarówno potencjalny, jak i faktyczny, trzeba zadeklarować. Po drugie, obserwator i zamawiający zobowiązali się do powzięcia działań, które zapobiegłyby negatywnym konsekwencjom konfliktu interesów lub co najmniej zmniejszyły jego skalę, jeśli nie udało się go wyeliminować bez szkody dla pilotażu, a zwłaszcza dla monitoringu, który był jego zasadniczą częścią. Uzgodniono również, że problemy wynikające z pojawienia się konfliktu interesów będą rozwiązywane w dialogu. Zarówno obserwator, jak i zamawiający mieli mieć prawo do przekazywania sobie nawzajem rekomendacji, co należałoby uczynić, żeby konflikt interesów zminimalizować lub wyjść z takiej sytuacji, rezerwując jednocześnie prawo do wstrzymania współpracy, gdyby sytuacja okazała się patowa.

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Urząd Zamówień Publicznych powinien realizować **program informacyjno-edukacyjny** poświęcony tematyce konfliktu interesów oraz dostępu do informacji publicznej dla zamawiających i wykonawców.

Zarówno definicja konfliktu interesów, jak i mechanizmy zarządcze zdążyły się sprawdzić już na etapie postępowania o zamówienie publiczne. W czasie oceny ofert okazało się, że konsultant techniczny biorący udział w monitoringu złamał postanowienie paktu zakazujące udzielania potencjału wykonawcom lub podwykonawcom starającym się o zamówienie dotyczące nadzoru nad inwestycją objętą paktem. Po kilku tygodniach zawieszenia w działaniach monitoringowych konsultant wycofał się z zamówienia dotyczącego nadzoru i za zgodą zamawiającego powrócił do monitoringu. Inna sytuacja, jaka wydarzyła się również na etapie oceny ofert, dotyczyła jednego z wykonawców (jak później się okazało – wygranego). Główny Projektant proponowany przez wykonawcę był blisko spokrewniony z szefem Zakładu Linii Kolejowych w Częstochowie. Według obserwatora zaistniał tu konflikt interesów. Tej opinii nie podzielał zamawiający, niemniej zadeklarował podjęcie dodatkowych działań mających zapobiec ewentualnym negatywnym konsekwencjom tej sytuacji.

Ponadto, na etapie odbiorów końcowych, ze strony wykonawcy pojawił się zarzut wobec obserwatora o to, że działał w konflikcie interesów, wydając opinię prawną dotyczącą świadectwa przejęcia robót wystawionego przez inżyniera projektu.

Reakcja na zaistniały problem

Jak wspomniano, pierwsza sytuacja konfliktu interesów, dotycząca konsultanta technicznego, po stronie Fundacji została rozwiązana w dialogu z zamawiającym jeszcze przed realizacją inwestycji⁴⁷. Z uwagi na wewnętrzne nieporozumienia komunikacyjne konsultant techniczny biorący udział w monitoringu udzielił swojego potencjału kadrowego wykonawcy starającemu się o zamówienie dotyczące nadzoru nad inwestycją objętą paktem. Fakt ten został rozpoznany na etapie oceny ofert, gdy zamawiający wybrał jako zwycięską ofertę wykonawcy, któremu konsultant techniczny udzielił swego potencjału kadrowego. Z uwagi na ewentualny konflikt interesów podjęto wspólną decyzję o zawieszeniu w działaniach monitoringowych konsultanta oraz rozpoczęto starania rozwiązania tego konfliktu poprzez wymianę udzielonego potencjału. Ostatecznie wykonawca dokonał zmiany w zasobach kadrowych swojego zespołu, a tym samym konsultant techniczny wycofał się z zamówienia dotyczącego nadzoru i za zgodą zamawiającego powrócił do monitoringu.

Druga z sytuacji dotycząca konfliktu interesów między zamawiającym a wykonawcą, zasygnalizowana na etapie oceny ofert, została rozwiązana w zasadzie zaraz po tym, jak się ujawniła. Zamawiający, choć nie zgodził się z oceną, że konflikt interesów faktycznie ma miejsce, to jednocześnie zadeklarował, że na etapie odbiorów robót, czyli wówczas, gdy ewentualne ryzyka nieprawidłowości bądź nadużyć byłyby największe, podejmie dodatkowe środki mające uchronić inwestycję przed takimi potencjalnie negatywnymi konsekwencjami.

Ponadto w dniu 7.09.2017 roku wykonawca pismem nr ZAW/2017/09/25/AWO zgłosił zmianę na stanowisku Głównego Projektanta. Wykonawca dokonał jej niezwłocznie po otrzymaniu od Fundacji informacji, że widzą w sprawie potencjalny konflikt interesów, która to informacja została przekazana Prezesowi Zarządu ZUE przez obserwatora przy okazji podpisania umowy o zamówienie publiczne.

47 G. Makowski, M. Waszak, *Pakt uczciwości, czyli obywatele w przetargach*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2021, s. 12–14, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/11/Obywatele-i-przetargi.pdf> [dostęp: 29.11.2021].

Dodatkowo obserwator pod koniec 2020 roku, a więc w czasie, gdy miało dojść do odbiorów końcowych, zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o zarządzanie tym konfliktem interesów⁴⁸. W odpowiedzi PKP PLK wskazała, że proces odbiorów jest koordynowany przede wszystkim z poziomu Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK⁴⁹. Z kolei Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie, a konkretnie jego dyrektor, którego bezpośrednio dotyczył ten problem, pełni w tym procesie rolę pomocniczą. Zamawiający zapewnił również, że dyrektor Zakładu nie uczestniczył w pracach Zespołu Opiniowania Projektów Inwestycyjnych, odpowiedzialnego za realizację monitorowanego zamówienia. Nie był też członkiem komisji odbiorowych, ani nie brał żadnego innego udziału w ich pracach. Dodatkowo wspomniano, że przewodniczący komisji odbiorowych także byli powoływani przez Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK.

Jednocześnie w swojej odpowiedzi zamawiający wskazał szereg wewnętrznych regulacji PKP PLK pozwalających jej na zarządzanie konfliktem interesów. Spośród nich najważniejszy jest dokument *Zasady postępowania w kontaktach i relacjach biznesowych z interesariuszami PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.* z 2020 roku. Podkreślamy datę wydania tego dokumentu z uwagi na to, że powstał on w czasie, gdy PKP PLK już od dłuższego czasu uczestniczyła w realizacji paktu i być może także to doświadczenie znalazło jakieś odbicie w zasadach przyjętych przez zamawiającego. We wspomnianym dokumencie znalazł się cały rozdział poświęcony konfliktowi interesów w relacjach zamawiającego z wykonawcami, definiujący to pojęcie i opisujący procedury postępowania w takich sytuacjach. Podobnie jak w pakcie, zamawiający w swojej regulacji przyjął otwartą procedurę zarządzania konfliktem interesów. Jak wynika z przedstawionych dokumentów naczelną zasadą jest co prawda (i słusznie) wyłączenie się osoby, której konflikt dotyczy, ze wszelkich czynności, dla których taka okoliczność mogłaby mieć negatywne konsekwencje. Ale procedura przyjęta w PKP PLK zakłada również konsultacje z przełożonymi i osobami odpowiedzialnymi w spółce za zarządzanie ryzykiem. Procedura pozostawia zatem furtkę, dzięki której w sytuacji, gdy nie da się (np. z uwagi na braki kadrowe) wyłączyć danej osoby z określonego procesu decyzyjnego, konflikt interesów zostaje ujawniony i może być kontrolowany w taki sposób, żeby uniknąć nieprawidłowości lub nadużyć. Jest to właściwe podejście, ponieważ niemożność całkowitego wyeliminowania konfliktu interesów wcale nie jest rzadką sytuacją i gdy nie da się tego zrobić, wówczas konflikt powinien być po prostu ujawniony i kontrolowany. Dodatkowo, na kanwie opisanego tu przypadku, na prośbę PKP PLK obserwator przesłał rekomendacje, które być może w przyszłości okażą się pomocne w zarządzaniu konfliktem interesów.

Kwestia zarzutów wykonawcy wobec obserwatora odnośnie do konfliktu interesów wymaga przedstawienia w odrębnej formie z uwagi na to, że obserwator jest twórcą niniejszego raportu. Stąd też w tym miejscu przedstawiamy stanowisko wykonawcy w takiej postaci, w jakiej przedstawił on je w komentarzach do raportu, a następnie stanowisko obserwatora.

[7] Stanowisko wykonawcy dotyczące zarzutu działania obserwatora w konflikcie interesów

Jedną z węzłowych zasad paktów uczciwości jest wymóg bezstronności i niezależności organizacji społecznej będącej obserwatorem. Zarówno partner społeczny, jak i jego konsultanci są zobowiązani do wyłączenia się w przypadku powstania konfliktu interesów. Obowiązek ten wynika z obowiązującego porządku prawnego Unii Europejskiej. Stosowne klauzule konfliktu interesów zawarte są w umowie podpisanej z Komisją

48 Pismo Fundacji do PKP PLK z 15.12.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/05/Sz.P.-J.-Pawluk-pismo-ws.-konfliktu_final.pdf [dostęp: 1.10.2021].

49 Pismo PKP PLK do Fundacji z 13.01.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/05/pismo-J.-Pawluk-ws.-konfliktu-interesow_13.01.21.pdf [dostęp: 1.10.2021].

Europejską wdrażającą pakty uczciwości. Partnerzy Społeczni zostali zobowiązani przez Komisję Europejską do ich przestrzegania oraz zapewnienia ich przestrzegania przez konsultantów. Konflikt interesów jest przy tym definiowany szeroko jako sytuacje, gdy bezstronna i obiektywna realizacja zadań w ramach projektu jest zagrożona z uwagi na względy rodzinne, emocjonalne, sympatie polityczne, interes gospodarczy lub jakiegokolwiek inne interesy. Definicja ta ma zatem charakter otwarty, obejmując każdy (jakiegokolwiek) interes.

Zgodnie z porozumieniem pomiędzy Fundacją a PKP PLK wdrażającym pakt uczciwości w Polsce monitoring kontraktu (i samo porozumienie) obowiązuje do dnia wydania w ramach kontraktu świadectwa przejścia. Świadectwo przejścia zostało wydane przez inżyniera kontraktu 8 lutego 2021 roku. W dniach 22.02.2021, 24.02.2021, 3.03.2021, 17.03.2021 i 23.03.2021 pomiędzy Fundacją a PKP PLK zostały wymienione pisma, w których:

- Fundacja wnioskowała o przedłużenie porozumienia do dnia 30.09.2021;
- PKP PLK odmówiła zgody na przedłużenie porozumienia, żądając miast tego od Fundacji wypowiedzenia się w sprawie ważności świadectwa przejścia i wskazując, że skoro świadectwo przejścia jest nieważne, to monitoring kontraktu trwa nadal.

W zaistniałej sytuacji Fundacja powinna była wyłączyć się z opiniowania ważności świadectwa przejścia z uwagi na konflikt interesów, gdyż treść opinii wpływała na jej własne prawa i obowiązki jako obserwatora paktu uczciwości:

- opinia prawna aprobująca wydanie przez inżyniera świadectwa przejścia potwierdzałaby wygaśnięcie z dniem 8 lutego 2021 roku realizowanego przez Fundację na zlecenie Komisji Europejskiej monitoringu kontraktu, tj. kluczowej części paktu uczciwości;
- opinia prawna negująca świadectwo przejścia uchroniłaby realizowany przez Fundację monitoring kontraktu przed wygaśnięciem.

Co więcej, 3.03.2021 roku Fundacja – pracując nad własną opinią prawną – zwróciła się do PKP PLK o udostępnienie opinii prawnych przygotowanych przez prawników PKP PLK. Analogiczna prośba nie została wystosowana do wykonawcy. W ocenie wykonawcy świadczy to co najmniej o beztroskim podejściu do wymogów bezstronności. Fundacja podnosi co prawda, że zwróciła się z pytaniem do ZUE, czy wykonawca ma opinię prawną i czy ją udostępni, należy jednak wskazać, że powyższe zapytania zostały wystosowane do ZUE dopiero 24.05.2021 roku, czyli już po wydaniu przez Fundację opinii prawnej (co miało miejsce 30.03.2021 roku).

Treść opinii prawnej wpływała także na sytuację konsultanta prawnego, który zgodnie z podpisaną umową jest wynagradzany według stawki godzinowej (za każdą godzinę pracy). Treść opinii prawnej miała wpływ na zakres świadczonego przez konsultanta prawnego prac (a tym samym również na wysokość wynagrodzenia), gdyż uznanie zasadności wystawienia świadectwa przejścia byłoby równoznaczne z wygaśnięciem monitoringu kontraktu, tj. kluczowej części paktu uczciwości.

Co więcej, w przypadku wydania opinii prawnej potwierdzającej zasadność wystawienia świadectwa przejścia (a zatem wygaśnięcie monitoringu z dniem 8 lutego 2021 roku) co najmniej pod znakiem zapytania stałaby się podstawa prawna do rozliczenia z Unią Europejską wydatków poniesionych już przez Fundację/konsultanta prawnego na monitoring kontraktu po dniu 8 lutego 2021 roku.

Z tych względów miał miejsce konflikt interesów, o którym mowa w umowach wdrażających pakt uczciwości, a zarówno Fundacja, jak i konsultant winni byli wyłączyć się ze sprawy i odmówić wydania opinii prawnej w sprawie, która miała wpływ na prawa i obowiązki ich samych.

Wykonawca wielokrotnie podkreślał, że klauzule konfliktu interesów mają charakter obiektywny i są niezależne od względów subiektywnych, takich jak motywacje czy intencje osób będących w konflikcie interesów.

Wykonawca zwracał również Fundacji uwagę na obowiązujące w polskim porządku prawnym przepisy dotyczące konfliktu interesów sędziów oraz pracowników organów administracji publicznej, które wyznaczają godne naśladowania standardy i wzorce postępowania, a zgodnie z którymi, jeżeli sędzia czy urzędnik

pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że rozstrzygnięcie może mieć wpływ na jego prawa czy obowiązki, wówczas podlega wyłączeniu z jej rozpoznania z mocy samego prawa.

Wykonawca zakwestionował również merytoryczną poprawność wydanej przez Fundację opinii, w szczególności zwracając uwagę na prawne konsekwencje faktu, że linia kolejowa, dla której wystawiono świadectwo przejęcia, była i jest przez zamawiającego użytkowana, tj. prowadzony jest po niej normalny ruch kolejowy.

Stanowisko obserwatora dotyczące zarzutu wykonawcy dotyczące tego, że działał w konflikcie interesów

Przed wszystkim należy podkreślić, że na etapie przygotowywania treści paktu nie było pewne nawet, jaka konkretnie inwestycja kolejowa zostanie nim ostatecznie objęta (to było rozstrzygane równolegle wraz z toczącymi się pracami nad treścią paktu). Tym bardziej trudno było przewidywać, jak może w ogóle potoczyć się taka hipotetyczna inwestycja, a co zatem idzie – sam pilotaż. Tworząc pakt, wszystkie zaangażowane strony starały się więc zaprojektować go maksymalnie elastycznie. Stąd też bez wiedzy, jak pilotaż będzie realizowany, nie było możliwości zakreślenia choćby przybliżonych ram czasowych obowiązywania paktu. Ustalono więc, że pakt będzie trwać „od dnia jego zawarcia do dnia wystawienia świadectwa przejęcia (lub innego równoważnego dokumentu) dla Zamówienia”. Poza tym pakt mógł zostać oczywiście wypowiedziany w każdej chwili. Mógł też zakończyć się wraz z zakończeniem finansowania całości pilotażu przez Komisję Europejską (warto przy tym odnotować, że w trakcie jego realizacji Komisja raz, w 2019 roku, zdecydowała się przedłużyć pilotaż o dwa kolejne lata).

We wrześniu 2020 roku, gdy pojawił się spór wokół budowy przejścia podziemnego w Poraju (patrz rozdział 5.6), zanościło się już, że może zaistnieć paradoksalna sytuacja. Jednym ze scenariuszy, jaki się wówczas rysował, było wyłączenie budowy przejścia w Poraju z kontraktu podstawowego i dokończenie go jako odrębnej inwestycji, a być może nawet ogłoszenie kolejnego przetargu tylko na ten element (w przypadku tego wariantu najprawdopodobniej musiałby zostać przyjęty nowy pakt lub bardziej złożony aneks obejmujący takie „nowe” zamówienie). Paradoks polegałby więc na tym, że zasadnicza część monitorowanego zamówienia zostałaby zakończona, ale ważna i kosztowna jego część, jaką było przejście podziemne w Poraju, byłaby dalej realizowana. Inwestycja zakończyłaby się więc formalnie, ale w praktyce trwałaby dalej.

Po stronie obserwatora powstało więc pytanie, czy w takiej sytuacji monitoring powinien być dalej prowadzony dla budowy przejścia w Poraju, choć stałoby się ono formalnie odrębną inwestycją. Po analizie i konsultacjach z Ministerstwem Funduszy i Polityki Regionalnej oraz Transparency International (europejskim koordynatorem pilotażu) obserwator zdecydował, że monitoring powinien być kontynuowany, choćby dlatego, że wokół przejścia w Poraju narosło wiele kontrowersji. Na tle wartości wszystkich robót nie był to najbardziej kosztowny element, ale jego szacunkowy koszt wahał się od 5 mln (według oceny zamawiającego z początku 2018 roku) do ponad 15 mln złotych (według oferty wykonawcy z początku roku 2020). Nie były to więc bagatelne kwoty. Jednocześnie, gdyby faktycznie przejście podziemne w miejscowości Poraj zostało wydzielone z głównego kontraktu, a ten zakończyłby się wystawieniem świadectwa przejęcia, wówczas obserwator straciłby możliwość prowadzenia działań monitoringowych. Nie bez znaczenia był fakt, że obserwator nie miał już wówczas pewności co do terminowej realizacji pozostałych elementów kontraktu, w tym remontu ul. Towarowej w Myszkowie, co sygnalizował partnerom na spotkaniu kwartalnym⁵⁰. Dlatego też pod koniec 2020 roku obserwator zgłaszał PKP PLK potrzebę aneksu przedłużającego pakt do 30 września 2021 roku, kiedy to, zgodnie z umową z Komisją Europejską, miały się zakończyć wszelkie działania monitoringowe lub informacyjne w ramach pilotażu. Data ta była ustalona niezależnie od tego, czy sama inwestycja by się ostatecznie zakończyła, czy nie. Zamawiający pozytywnie ustosunkował się do tej próby, samemu dostrzegając potrzebę realizacji monitoringu, niezależnie od tego, w jakiej formie byłyby kontynuowane prace dotyczące przejścia w Poraju. W związku z tym obserwator zwrócił się do zamawiającego 22 lutego 2021 roku z propozycją prostego aneksu przedłużającego trwanie paktu i dającego możliwość realizacji działań monitoringowych⁵¹.

50 Notatka z 7. spotkania kwartalnego, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/01/Notatka-ze-spotkania-kwartalnego_17.11.20_OST.pdf [dostęp: 13.09.2021].

51 Pismo Fundacji Batorego do PKP PLK S.A. z 22.02.2021, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/pismo-Fundacji-ws.-aneksu_22.02.21.pdf [dostęp: 16.08.2021].

Zanim jednak doszło do uzgodnienia treści aneksu między Fundacją i PKP PLK niespodziewanie inżynier projektu, po jednostronnym odbiorze dokonanym przez wykonawcę i na wniosek tegoż (złożony w dniu 8 lutego 2021 roku) wystawił świadectwo przejęcia robót. Okoliczności i kontrowersje prawne wokół tego zdarzenia są szczegółowo opisane w części 5.7. W tym miejscu odnotujmy jedynie, że zamawiający, argumentując, iż w jego ocenie nie dokonał się odbiór końcowy inwestycji, a część z jej istotnych elementów nie została dokończona, odmówił zaakceptowania świadectwa przejęcia. PKP PLK poszła nawet dalej i oskarżyła inżyniera projektu, iż ten, wystawiając świadectwo przejęcia, dopuścił się działania na szkodę zamawiającego. W związku powyższym, na podstawie § 5 ustęp 1 punkt 6a paktu PKP PLK zwróciła się do obserwatora z prośbą o zajęcie stanowiska w tej sprawie. Natomiast w kwestii aneksu zamawiający wycofał się z wcześniejszych deklaracji i odmówił jego podpisania. Podstawową argumentacją zamawiającego było to, że skoro nie uznaje on ważności świadectwa przejęcia, to nie ma potrzeby przedłużania porozumienia z obserwatorem. Z punktu widzenia obserwatora nie była to jednak sytuacja klarowna, ponieważ ważność czy nieważność świadectwa przejęcia była kwestią sporną między zamawiającym, wykonawcą i inżynierem projektu. To zaś mogło tworzyć grunt do podważania statusu obserwatora. Argument zamawiającego był też niezrozumiały w obliczu tego, że inwestycja i tak nadal trwała, podobnie jak i cały pilotaż (do końca 2021 roku), stąd też podpisanie aneksu określającego konkretną datę zakończenia monitoringu było z tego punktu widzenia neutralne. PKP PLK jednak, mimo wielokrotnych ponowień prób o podpisanie aneksu, nie zmieniła swojego stanowiska. Obserwator odbierał wówczas ten opór (być może niesłusznie) jako chęć pozostawienia sobie przez zamawiającego możliwości „ucięcia” monitoringu w dogodnym dla siebie momencie, gdyby ten nagle zmienił zdanie i uznał prawomocność wystawionego świadectwa przejęcia lub wystawienia nowego świadectwa już po zmianie inżyniera projektu, która dokonała się 9 czerwca 2021 roku. Trzeba jednak odnotować, że mimo kolejnych perturbacji wokół tej sprawy do takiego zdarzenia jednak nie doszło i monitoring trwał do końca września 2021 roku.

Wracając do kontrowersji wokół świadectwa przejęcia wystawionego w styczniu 2021 roku. Obserwator po analizie zdecydował, że nie może poprzestać na ogólnym stanowisku, ale powinien przedstawić pogłębioną opinię prawną zaistniałej sytuacji. Nie był to bowiem jeden ze „zwyczajnych” sporów między stronami kontraktu, jakich w ciągu lat pojawiło się wiele. Niezakończone przejście podziemne dla pieszych w Poraju stanowiło jednocześnie zagrożenie dla bezpieczeństwa i komfortu pasażerów, którzy musieli wchodzić na peron oddalonym, niewygodnym i mniej bezpiecznym przejściem tymczasowym na linii torów. Ponadto brak jasności co do sedna konfliktu i uwarunkowań prawnych znów zrodził uzasadnione pytanie, czy nie zostaną zmarnowane środki publiczne (w tym zwłaszcza unijne). Krótko mówiąc, fakt wystawienia świadectwa przejęcia, nie tylko w kontekście innych niezakończonych robót (m.in. ekranów akustycznych) czy nieuzyskania certyfikacji dla części elementów inwestycji, ale także w kontekście sytuacji w Poraju, rodzi zasadnicze pytanie, czy wystawienie świadectwa przejęcia w tym, a nie w innym momencie jest zgodne z prawem i interesem publicznym. Obserwator sam też miał potrzebę lepszego zrozumienia zaistniałej sytuacji. Do tego pogłębiona analiza prawna była wręcz niezbędna. W konsekwencji konsultant prawny na prośbę obserwatora przygotował taką opinię.

Opinia w dniu 1 kwietnia 2021 roku została przesłana wszystkim uczestnikom pilotażu. Jej podstawową konkluzją było stwierdzenie, że inżynier projektu powinien był odrzucić wniosek wykonawcy o wydanie świadectwa przejęcia. Ponadto taką czy inną decyzję w tej sprawie powinien był skonsultować z zamawiającym – czego nie zrobił⁵². Jednocześnie zamawiający mógł odstąpić od czynności odbioru końcowego, co faktycznie uczynił, ale nie udokumentował tego prawidłowo, dając wykonawcy pole do jednostronnego kontynuowania odbioru. Jednostronny obiór przez wykonawcę nie miał jednak podstaw prawnych i faktycznych, bo w rzeczywistości część robót nie została zakończona. Żadna ze stron nie skorzystała z możliwości podjęcia działań „naprawczych” już po dokonaniu jednostronnego odbioru i wystawieniu wadliwego (w ocenie obserwatora i zamawiającego) świadectwa przejęcia. Jednym z proponowanych inżynierowi przez zamawiającego „działań naprawczych” było uchylenie skutków naruszenia polegającego na wystawieniu świadectwa przejęcia robót ze złamaniem postanowień umowy, co pozwoliłoby na powtórzenie czynności odbioru w przyszłości zgodnie z prawem i regulacjami dotyczącymi odbiorów i wystawiania świadectwa przejęcia. Zamiast tego strony eskalowały spór. Nie udało się odpowiedzieć na pytanie związane z niedokończonymi robotami w Poraju, bowiem status tego elementu inwestycji pozostał niedookreślony do momentu ukończenia opinii. Wykonawca opinię obserwatora zdecydowanie odrzucił, formułując zarzuty wobec obserwatora, jakoby ten działał w konflikcie interesów, i przedstawiając argumenty streszczone powyżej.

52 Wykonawca w ramach konsultacji niniejszego raportu podniósł, iż zgodnie z umową o zamówienie publiczne brak było obowiązku uzyskiwania zgody na tę decyzję przez inżyniera od zamawiającego. Umowa o zamówienie publiczne w sposób wyczerpujący wskazuje te przypadki, gdzie występuje wymóg uzyskania zgody przez inżyniera od zamawiającego przed podjęciem określonej decyzji. Nie ma wśród nich wydania świadectwa przejęcia. Inżynier, według wykonawcy, zgodnie z obowiązującą umową o zamówienie publiczne (opartą na FIDIC) jest prawnie zobowiązany działać w sposób obiektywny i rzetelny, a nie w sposób bezkrytyczny wykonywać polecenia zamawiającego. Z tym argumentem polemizował jednak obserwator, o czym można przeczytać w rozdziale 5.7.

Z kolei obserwator, w odpowiedzi na stanowisko wykonawcy, w kilku pismach i w trakcie spotkania kwartalnego w kwietniu 2021 roku odrzucił jako bezzasadne. Obserwator nie kierował się interesem finansowym, dążąc do podpisania aneksu przedłużającego realizację monitoringu. Przede wszystkim starania o przedłużenie aneksu zostały zainicjowane przed zaistnieniem kontrowersji wokół wydania świadectwa przejścia wydanego w styczniu 2021 roku z powodów, które zostały opisane wcześniej. Nawet w grudniu 2020 roku, gdy obserwator wystąpił po raz pierwszy z propozycją aneksu, nikt nie był w stanie przewidzieć problemów, jakie ostatecznie pojawiły się po wystawieniu kontrowersyjnego świadectwa wydanego w styczniu 2021 roku. Ponadto, jak wspomniano, już we wrześniu 2020 roku można było się spodziewać, że główna część inwestycji może się zakończyć, a prace w Poraju zostać wyłączone do odrębnego zadania, które powinno być dalej monitorowane, i to była główna przesłanka wystąpienia do zamawiającego, po wcześniejszej konsultacji z Ministerstwem Funduszy i Polityki Regionalnej⁵³ (instytucji zarządzającej i inicjującej pilotaż paktu w Polsce), o podpisanie aneksu wydłużającego monitoring do końca września 2021 roku. A zatem teza, jakoby obserwator kierował się chęcią przedłużenia monitoringu i uzyskania z tego tytułu korzyści finansowej, w obliczu wystawienia kontrowersyjnego świadectwa przejścia, jest nie do utrzymania. Starania podpisania aneksu z zamawiającym wyprzedzały wystawienie kontrowersyjnego świadectwa.

Ponadto obserwator sam zdecydował o przygotowaniu opinii prawnej na temat świadectwa przejścia i okoliczności jego wydania z prośbą o zajęcie stanowiska, zanim w tej sprawie zwrócił się do niego zamawiający. Obie strony widziały więc potrzebę zajęcia się tą kwestią. Jak to już było wspomniane, z punktu widzenia obserwatora sednem problemu i główną motywacją odnośnie do zamówienia tej opinii nie był nawet spór między zamawiającym a wykonawcą, ale dążenie do uzyskania pełniejszego obrazu sytuacji, zrozumienia jej i oceny, czy nie zagraża ona interesowi publicznemu, w tym zwłaszcza w aspekcie możliwej utraty środków publicznych polskich i unijnych.

Dodatkowo monitoring, jakkolwiek był zasadniczym elementem pilotażu, nie był jedynym działaniem obserwatora w ramach tego przedsięwzięcia. Oprócz monitorowania inwestycji objętej paktem obserwator realizował też działania analityczne, informacyjne i edukacyjne dotyczące rynku zamówień publicznych. Tych w ostatnim roku realizacji pilotażu było zaplanowanych na tyle dużo, że nawet gdyby zamawiający zaakceptował kontrowersyjne świadectwo przejścia, a monitoring by się zakończył, to pilotaż trwałby dalej, aż do wygaśnięcia umów z Komisją Europejską i Transparency International, czyli do końca 2021 roku. Obserwator nie straciłby zatem finansowania, choć nie realizowałby już działań monitoringowych lub realizowałby je w ograniczonym zakresie. Zatem także i z tego względu zarzut o kierowanie się własnym interesem finansowym z punktu widzenia obserwatora, ale i uwarunkowań, w jakich realizowano cały pilotaż, był chybiony.

Także argument wykonawcy, jakoby radca prawna, która przygotowała opinię, kierując się interesem finansowym, był chybiony. Przede wszystkim, stawiając ten zarzut, wykonawca zignorował fakt, iż konsultantem prawnym obserwatora była nie konkretna osoba, ale kancelaria prawna, która sama decydowała, kto z jej zespołu przygotowuje opinie prawne na potrzeby pilotażu, i to kancelaria rozliczała koszty tych działań ze swoimi pracownikami. Ponadto stawka godzinowa kancelarii za obsługę prawną pilotażu (97,17 zł brutto) była daleko poniżej stawek, według których ta kancelaria świadczyła usługi komercyjne⁵⁴. Pilotaż był przedsięwzięciem not-for-profit i dzięki temu można było uzyskać usługi z zakresu pomocy prawnej poniżej stawek rynkowych. W tym kontekście trudno zatem twierdzić, że konsultant prawny, podejmując się przygotowania opinii, kierował się chęcią zysku. Sam traktował pracę w ramach paktu, raczej jako element własnych działań CSR (ang. *Corporate Social Responsibility*) i z tego tytułu zaakceptował niższe stawki za swoje usługi.

W końcu zarzut, jakoby o braku bezstronności obserwatora miał świadczyć fakt, iż przygotowując opinię, wystąpił do zamawiającego o jego własną opinię prawną, a do wykonawcy nie, również jest chybiony. Po pierwsze, racje wykonawcy wraz z argumentacją prawną zostały przedstawione w decyzji o wydaniu świadectwa przejścia i bogatej korespondencji z zamawiającym. Należy przy tym podkreślić, że przy przygotowaniu opinii obserwator korzystał z dokumentacji dostarczonej mu przez wszystkie strony sporu. We wspomnianej korespondencji zamawiający nie odnosił się równie szczegółowo do argumentów wykonawcy i inżyniera projektu. Na pytanie obserwatora dlaczego, zamawiający odpowiedział, że ma własną analizę, której jednak nie ujawnia stronom sporu. Stąd wynikała prośba obserwatora, który chciał lepiej poznać stanowisko zamawiającego. Po drugie, zamawiający odmówił obserwatorowi udostępnienia własnej analizy, argumentując, że nie chce, aby wpływała ona na opinię przygotowywaną na zlecenie obserwatora. Analizę

53 Notatka ze spotkania specjalnego z przedstawicielami Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie problemów występujących w pakcie uczciwości (22.12.2020), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Notatka_spotkanie_z_MFPR_22.12.2020_OST.pdf [dostęp: 1.10.2021].

54 <https://gptogatus.pl/doradztwo-prawne-cennik/> [dostęp: 1.10.2021].

PKP PLK obserwator poznał dopiero kilka tygodni po tym, jak przedstawił własną opinię. Nie wpłynęło to na zmianę stanowiska obserwatora w rzeczonyj sprawie. Po trzecie, obserwator wyrażał też gotowość do zapoznania się z opinią prawną będącą w posiadaniu ZUE i zrewidowania na jej podstawie poglądu na sprawę⁵⁵. Taki dokument nigdy jednak Fundacji nie został przedstawiony.

Kończąc ten wątek, należy odnotować, iż żadna z pozostałych stron zaangażowanych w realizację pilotażu paktu uczciwości nie dostrzegła znamion działania obserwatora w sytuacji konfliktu interesów. Zastrzeżeń nie sformułowało ani Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, ani zamawiający, który miałby po temu dodatkowe umocowanie wynikające z treści samego paktu.

Wykonawca nie zrezygnował z zarzutów wobec obserwatora ani z żądań wycofania opinii prawnej. Obserwator z kolei odrzucał argumenty wykonawcy. W tej patowej sytuacji wykonawca przesłał skargę na działania obserwatora do Transparency International oraz do Komisji Europejskiej. Jednocześnie, zanim jeszcze skarga została przesłana przez wykonawcę, obserwator, będąc zobowiązanym umowami z Komisją i Transparency International, sam poinformował je, że pojawił się wobec niego taki zarzut.

Na chwilę ukończenia niniejszego raportu Transparency International, po zapoznaniu się ze stanowiskiem wykonawcy i wyjaśnieniami obserwatora, zajęła stanowisko, w którym nie uznała za zasadne twierdzenia, że obserwator, zamawiając opinię prawną, działał w warunkach konfliktu interesów. Nie było znane natomiast stanowisko Komisji Europejskiej.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE REALIZACJI PAKTU UCZCIWOŚCI



Treść paktu uczciwości powinna zawierać **precyzyjną definicję konfliktu interesów** oraz **procedury zarządzania ryzykiem jego wystąpienia**.

5.3. Dostęp do informacji publicznej w trakcie realizacji zamówienia

Opis problemu

Problem dostępu do informacji publicznej istniał w pilotażu od samego początku. W pierwszym raporcie szczegółowo omówiliśmy kwestię zagwarantowania obserwatorowi społecznemu szerokiego i swobodnego dostępu do informacji o zamówieniu, na każdym etapie realizacji inwestycji (od przetargu aż po jej zakończenie). Ogólne ustawowe ramy dostępu do informacji publicznej, nawet relatywnie

55 Pismo Fundacji do ZUE z 24.05.2021, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/04/pismo_ZUE_24.05.21.pdf (dostęp: 13.09.2021).

dobrze rozbudowane (przynajmniej w Polsce), nie są bowiem wystarczające, aby zapewnić szybki i nieprzerwany dostęp do informacji w ramach monitoringu. Ten problem udało się rozwiązać dzięki dobrej współpracy z zamawiającym w momencie przygotowania paktu.

Na etapie oceny ofert pojawił się pierwszy, praktyczny problem związany z dostępem do informacji publicznej wymagający reakcji nie tylko obserwatora, ale i innych podmiotów związanych z monitorowanym zamówieniem. Miał on naturę systemową i wiązał się z koniecznością rozwiązania dylematu między swobodą dostępu do informacji publicznej i tajemnicą przedsiębiorstwa – argumentu, na który powoływał się zwycięski wykonawca, chcąc zastrzec jako poufną część swojej oferty. Dylemat ten ostatecznie został rozwiązany orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej idącym w kierunku poszerzenia dostępu do informacji publicznej na etapie przetargu i oceny ofert wykonawców⁵⁶.

W trakcie realizacji inwestycji problem dostępu do informacji publicznej wrócił – nie tyle w związku z trudnościami dla prowadzenia monitoringu, ale w wymiarze systemowym. Tym razem zagadnienie dotyczyło ogólnie dostępu do informacji publicznej w procesie realizacji zamówienia. Tę sytuację, którą w tym miejscu chcemy omówić, był pewien spór między wykonawcą a zamawiającym (szerzej opisano go w poprzednim rozdziale – 5.2). Dotyczył on konieczności (lub braku konieczności) budowy ekranów akustycznych na wymaganym przez decyzję środowiskową odcinku czterech kilometrów. W dużym skrócie, w zgodzie ze złożoną ofertą (w której, jak wskazywał zamawiający, pojawiła się wyceńna dotycząca budowy ekranów, ale na bardzo niską kwotę) wykonawca zdecydował, że nie ma potrzeby budowy na wspomnianym odcinku ekranów akustycznych, ponieważ według jego ekspertyz natężenie hałasu nie przekraczało norm. W związku z tym budowa tego elementu zdaniem wykonawcy nie była konieczna, choć w PFU taka ewentualność została ujęta, zdaniem wykonawcy, jako rozwiązanie ostateczne (o czym była już mowa w części opisującej problem ekranów) – w nawiązaniu do Raportu OOŚ i spodziewanych zapisów przyszłej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zamawiający z takim stanowiskiem się nie zgodził, zażądał wybudowania ekranów i na tym tle wywiązał się spór.

Ze strony wykonawcy pojawiła się propozycja, aby porównać obliczenia dotyczące natężenia hałasu, które były w jego posiadaniu, z tymi, na które powoływał się zamawiający, domagając się budowy ekranów. Do tego niezbędne było udostępnienie przez zamawiającego edytowalnej wersji tzw. modelu akustycznego. Jest to plik komputerowy zawierający obliczenia, na podstawie których określono, jaki charakter powinny mieć zabezpieczenia przed hałasem na poszczególnych odcinkach modernizowanej linii kolejowej. Model można też zdefiniować jako cyfrową reprezentację „klimatu akustycznego (stanu hałasu) w wybranej przestrzeni”⁵⁷. W trakcie rozmów dotyczących tej kwestii (prowadzonych również w ramach cyklicznych spotkań kwartalnych w ramach monitoringu) zamawiający odmówił udostępnienia tych danych. W tej sytuacji wykonawca 14 sierpnia 2019 roku zdecydował się złożyć wniosek o dostęp do informacji publicznej do zamawiającego, żądając udostępnienia modelu akustycznego. PKP PLK jest spółką kontrolowaną przez państwo, a na moment złożenia tego wniosku, zgodnie z polską ustawą o dostępie do informacji publicznej i orzecznictwem sądów w sprawach dotyczących tego rodzaju podmiotów, istniały przesłanki, żeby taki wniosek sformułować, w sytuacji, gdy inne próby uzyskania modelu zawiodły.

⁵⁶ *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Tworzenie paktu i wybór wykonawcy, op. cit.*, s. 44–45.

⁵⁷ Opinia prawna (pogląd organizacji społecznej) z 3.11.2020 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/list-przewodn-amicus-curiae-Fundacji-Batorego.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

To osobliwa sytuacja, ponieważ zamawiający i wykonawca związani są kontraktem zobowiązującym ich do współpracy, a odwołują się do ustawodawstwa regulującego ogólnie kwestię dostępu do informacji publicznej, chcąc rozwiązać problem, który *de facto* sprowadza się do kwestii przepływu informacji między stronami kontraktu (czy też brakiem takiego przepływu), niezbędnych przecież do prawidłowej realizacji inwestycji. Tak ocenił to nie tylko obserwator, ale i zewnętrzni eksperci, z którymi omawiano ten problem⁵⁸. Sytuacja ta jest kontrowersyjna sama w sobie także dlatego, że zobowiązanie do współpracy, a co za tym idzie wymieniania się informacjami, wynika nie tylko z kontraktu, ale też z przepisów prawa cywilnego (a dokładnie z przepisów art. 354 KC). Zresztą podobne wnioski można wyciągnąć, nie odwołując się nawet do argumentów prawnych czy zapisów kontraktu. Wykonawca i zamawiający, realizując zamówienie publiczne, którego rezultat ma służyć obywatelom, powinni po prostu wymieniać się wszelkimi niezbędnymi informacjami bądź danymi, które mogą się przysłużyć jak najlepszemu wykonaniu takiego zadania. Tak się jednak w tym przypadku nie stało, a wniosek wykonawcy o udostępnienie modelu akustycznego był początkiem długiej procedury prawnej.

Na wniosek o dostęp do informacji publicznej zamawiający dwukrotnie odpowiedział odmownie, argumentując, że model nie stanowi informacji publicznej, w rozumieniu przepisów ustawowych, i jest jedynie jego „dokumentem wewnętrznym”, czyli materiałem roboczym nieprzesadzającym o podjęciu takiej bądź innej decyzji czy obraniu tego lub innego kierunku działania. To dość popularny w Polsce sposób argumentacji stosowany przez podmioty publiczne, gdy chcą się uchylić od obowiązku udostępnienia informacji publicznej. Nierzadko udaje się odrzucić ten argument na etapie postępowania sądowego, ale nawet jeśli tak się ostatecznie stanie, to sprawa może trwać wiele miesięcy, jeśli nie lat.

Reakcją na odmowę udostępnienia modelu było złożenie przez wykonawcę, na początku grudnia 2019 roku, do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie skargi na bezczynność zamawiającego. Sąd zaskakująco szybko rozpatrzył skargę na posiedzeniu niejawnym, nie wysłuchując stron. 23 marca 2020 roku zapadł wyrok, w którym sąd przychylił się przede wszystkim do stanowiska zamawiającego, iż model był dokumentem wewnętrznym i już tylko z tego powodu nie stanowi informacji publicznej. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się wykonawca, który złożył skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Reakcja na zaistniały problem

W tej sytuacji, mimo ciągnącego się sporu o udostępnienie modelu akustycznego, wykonawca rozpoczął budowę ekranów. Z punktu widzenia Fundacji i celów pilotażu był to istotny moment warty wyjścia poza działania czysto monitoringowe. W momencie przesłania skargi kasacyjnej przez wykonawcę spór dotyczący dostępu do informacji publicznej przerodził się bowiem w swego rodzaju litygację strategiczną. Wynik tego postępowania sądowego może przyczynić się do zmian praktyki stosowania przepisów dotyczących dostępu do informacji publicznej nie tylko w obszarze zamówień publicznych, ale też i w sprawach innego rodzaju.

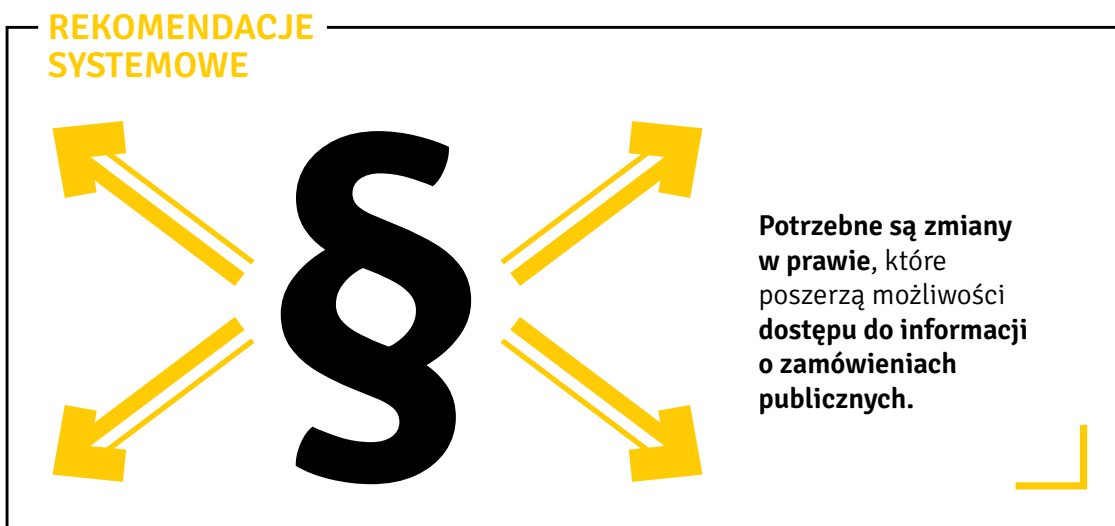
W związku z tym Fundacja kierując się swoją misją, w której mieszczą się działania na rzecz przejrzystości w życiu publicznym, a także celami paktu, wśród których znalazł się zapis o „zbadaniu możliwości

58 Zob.: podcast *Dostęp do informacji w zamówieniach publicznych*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/podcast-dostep-do-informacji-w-zamowieniach-publicznych/> [dostęp 1.10.2021]; *Czy łatwo jest uzyskać dostęp do informacji publicznej? – Relacja z debaty*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/czy-latwo-jest-uzyskac-dostep-do-informacji-publicznej-relacja-z-debaty/> [dostęp 1.10.2021]; P. Bogdanowicz, *Dostęp do informacji w zamówieniach publicznych w prawie polskim i jego główne ograniczenia*, Warszawa 2021, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/08/P_Bogdanowicz_Dostep-do-informacji-w-zamowieniach_Analiza.pdf [dostęp: 10.10.2021].

wykorzystania paktów uczciwości do zwiększenia przejrzystości i odpowiedzialności w trakcie wydatkowania środków UE, z funduszy strukturalnych i spójności”, zdecydowała o przesłaniu do Naczelnego Sądu Administracyjnego opinii przyjaciela sądu (tzw. *amicus curiae*), przedstawiając argumenty prawne przemawiające za udostępnieniem modelu akustycznego.

W opinii przyjaciela sądu obserwator podniósł przede wszystkim, że PKP PLK, będąc jednoosobową spółką skarbu państwa, naturalnie jest podmiotem zobowiązanym do udostępnienia informacji publicznej (co zresztą niejako sama potwierdza, prowadząc własny Biuletyn Informacji Publicznej czy umieszczając procedurę dostępu do informacji publicznej na swoich stronach).

Po drugie, w opinii przyjaciela sądu zwrócono uwagę, że model akustyczny nie tylko jest elementem dokumentacji inwestycji, ale stanowi również jeden z materiałów, które posłużyły do sporządzenia raportu o oddziaływaniu na środowisko, na podstawie którego przeprowadzono następnie ocenę oddziaływania na środowisko i wydawano decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach niezbędne dla realizacji monitorowanej inwestycji. Przeto model, jako materiał analityczny, który posłużył jako baza do podjęcia innych działań (opracowywania dokumentów, wydawania decyzji administracyjnych itd.), należałoby uznać za efekt realizacji zadania publicznego. Co za tym idzie, model akustyczny mieści się w definicji informacji publicznej, której wykładnię kilkakrotnie przedkładał Naczelny Sąd Administracyjny, doprecyzowując definicję ustawową. W opinii przywołano jeden z wyroków NSA, w którym stwierdza się, że: „Informację publiczną stanowi treść wszelkiego rodzaju dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej i dotyczących sfery jego działalności. **Bez znaczenia jest to, w jaki sposób dokumenty te znalazły się w posiadaniu organu i jakiej sprawy dotyczą. Ważne natomiast jest to, by dokumenty takie służyły realizowaniu zadań publicznych przez organ i odnosiły się do niego bezpośrednio**”⁵⁹. Model akustyczny jest tego rodzaju dokumentem, bez niego bowiem zarówno zamawiający, jak i inne podmioty publiczne nie mogłyby zrealizować swoich zadań.



Po trzecie, w opinii podniesiono argumenty przeciwko traktowaniu modelu akustycznego w kategoriach dokumentu wewnętrznego. Zgodnie z bogatym orzecnictwem dotyczącym przepisów o dostępie do informacji publicznej przyjmuje się, że „dokumentem wewnętrznym są dokumenty służące wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk,

59 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27.03.2012 r., sygn. akt: I OSK 155/12.

dokumenty, które nie są wiążące co do sposobu załatwienia sprawy i nie są wyrazem stanowiska organu⁶⁰. Podobną definicję dokumentu wewnętrznego przedstawił też w jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny⁶¹. Taka definicja obejmuje głównie (jak wynika z orzecznictwa sądów w Polsce) korespondencję między pracownikami podmiotów publicznych czy odrębne, robocze notatki ze spotkań. W obliczu tego orzecznictwa trudno się zgodzić z twierdzeniem, że model akustyczny, dokument, na bazie którego, jak już wspomniano, sporządzano inne dokumenty i podejmowano konkretne decyzje administracyjne, jest „dokumentem wewnętrznym”. Przytoczono przy tym wyrok NSA z 2017 roku, w którym sąd jednoznacznie wypowiedział się, iż: „Materiałów znajdujących się w posiadaniu organu, które choćby potencjalnie mogą być wykorzystane w procesie decyzyjnym, nie sposób uznać za tzw. dokument wewnętrzny”⁶².

Były to najważniejsze, w ocenie obserwatora, argumenty za udostępnieniem wykonawcy modelu akustycznego. W chwili ukończenia tego raportu NSA nie rozpoznał sprawy i mając na uwadze polskie realia, trudno było wyrokować, kiedy zostanie ona rozstrzygnięta i jakie będzie orzeczenie. Trudno także przewidzieć, czy sąd weźmie pod uwagę przesłaną opinię i jak się do niej odniesie. Wyrok korzystny z punktu widzenia dostępu do informacji publicznej byłby jednak dużym wkładem w polskie orzecznictwo dotyczące nie tylko samego dostępu, ale też transparentności procesu realizacji zamówień publicznych. Opinia przyjaciela sądu ma szansę uprawdopodobnić taki scenariusz. Nawet jeśli wyrok NSA nie zdąży przyczynić się do rozwiązania sporu między zamawiającym a wykonawcą czy zwiększenia transparentności w przypadku monitorowanej inwestycji, to może mieć znaczenie w kolejnych tego rodzaju sytuacjach i jest szansa, że doprowadzi do zwiększenia przejrzystości całego rynku zamówień publicznych.

Oprócz przesłania do sądu wspomnianej opinii, w ramach działań informacyjno-edukacyjnych towarzyszących monitoringowi zorganizowano 26 października 2020 roku seminarium poświęcone problemom w dostępie do informacji publicznej podczas realizacji zamówień publicznych, do którego zaproszono ekspertów i praktyków nie zaangażowanych w pilotaż⁶³. Seminarium cieszyło się sporym zainteresowaniem. Ponadto tej kwestii poświęcono podcast, którego uczestnikiem był prof. Piotr Bogdanowicz, ekspert i znawca regulacji europejskich, specjalizujący się w problematyce dostępu do informacji publicznej. Jemu zlecono również przygotowanie ekspertyzy na temat barier dostępu do informacji publicznej przy realizacji zamówień⁶⁴.

Podsumowując, obserwacja *amicus curiae* złożona w ramach monitoringu przez Fundację w sprawie dotyczącej monitorowanego zamówienia oraz materiały edukacyjne i informacyjne nawet po zakończeniu pilotażu będą stanowić jeszcze przez długie lata cenny materiał, pomocny w rozstrzyganiu sporów dotyczących dostępu do informacji w zamówieniach publicznych.

60 Opinia prawna (pogląd organizacji społecznej) z 5.11.2020 r., s. 10, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/list-przewodn-amicus-curiae-Fundacji-Batorego.pdf> [dostęp: 27.11.2021].

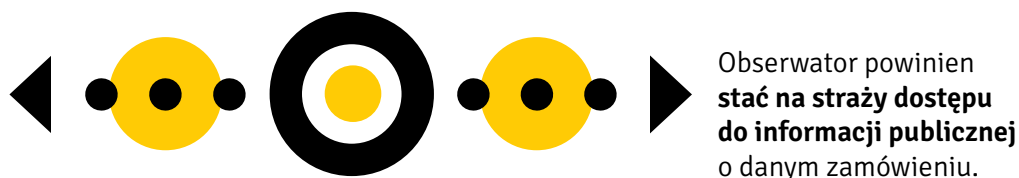
61 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13.11.2013 r., sygn. akt: P 25/12.

62 Wyrok NSA z 31.01.2017 r., sygn. akt: I OSK 1690/15, za *amicus curiae*.

63 Czy łatwo jest uzyskać dostęp do informacji publicznej? – Relacja z debaty, *op. cit.*

64 P. Bogdanowicz, *Dostęp do informacji w zamówieniach publicznych w prawie polskim i jego główne ograniczenia*, Warszawa 2021, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/08/P_Bogdanowicz_Dostep-do-informacji-w-zamowieniach_Analiza.pdf [dostęp: 10.10.2021].

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE REALIZACJI PAKTU UCZCIWOŚCI



5.4. Prowadzenie robót bez wymaganych pozwoleń

Opis problemu

Istotnym problemem, który ujawnił się w trakcie monitoringu, było rozpoczynanie robót budowlanych bez niezbędnej dokumentacji (w szczególności bez pozwoleń na budowę). Okoliczność ta została jednoznacznie potwierdzona w postępowaniach administracyjnych wszczętych przez śląski Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego (o czym także dalej). Problem ten powracał w kilku odsłonach niemal od początku realizacji inwestycji, a poszczególne przypadki miały różną skalę i odmienne konsekwencje. W raporcie skupimy się na dwóch, szczególnie interesujących, przypadkach.

Pierwsza sytuacja związana z wykonywaniem prac bez koniecznej dokumentacji, która stała się zarazem przedmiotem szczególnego zainteresowania obserwatora, zaistniała na początku 2018 roku. Zespół monitoringowy przyglądał się przedłużającemu się procesowi uzyskiwania przez wykonawcę pozwoleń na budowę, które były niezbędne do rozpoczęcia robót. Dość niespodziewanie, w sierpniu 2018 roku okazało się, że roboty lada moment mają się rozpocząć, choć pozwolenia nie zostały uzyskane. Dodatkową okolicznością, która sprawiła, że obserwator zaczął się baczniej przyglądać tej sprawie, była niespodziewana zmiana dyrektora projektu z ramienia zamawiającego.

O braku właściwych pozwoleń na budowę dotyczących kilku kluczowych odcinków inwestycji, od których miały się zacząć roboty, jeszcze w lipcu 2018 roku alarmował inżynier projektu. Później kilkakrotnie w korespondencji, a także w trakcie spotkań kontraktowych inżynier podnosił ten problem, zwracając uwagę wykonawcy, że ten nie może rozpoczynać prac, nie mając właściwych zgód, ponieważ byłoby to nie tylko naruszeniem przepisów prawa budowlanego, ale także warunków kontraktu⁶⁵. Następnie inżynier wyrażał głębokie zaniepokojenie podjęciem przez wykonawcę prac bez konsultacji z nim oraz z zamawiającym. Z tymi tezami polemizował wykonawca, utrzymując, że mógł rozpocząć prace na podstawie tzw. „zgłoszenia wykonywania robót budowlanych”⁶⁶. Zgłoszenie robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę (w skrócie: „zgłoszenie”) jest informacją o zamiarze

65 Pismo inżyniera projektu do PKP PLK sygn. MP/PKP/B0/jk/MO/526/18 z 8.08.2018 r.; notatka służbowa ze spotkania z 9.08.2018 r. prowadzonego przez inżyniera projektu.

66 Pismo ZUE do Fundacji z 21.05.2019 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/06/W-2796-Fundacja-Batorego-Dot.-Pisma-Fundacji-im.-Stefana-Batorego-z-9-maja-2019r..pdf> [dostęp: 1.10.2021]; pismo ZUE do inżyniera projektu sygn. ZAW/2018/08/829/AWO z 1.08.2018 r.

rozpoczęcia konkretnych prac budowlanych, którą przesyła się właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej (w tym wypadku – wojewodzie). Zgłoszenie podlega analizie i weryfikacji przez wojewódzkiego inspektora budowlanego. Mechanizm ten dopuszczany jest do pewnego konkretnego (i ograniczonego) rodzaju prac budowlanych wskazanych w Ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i pozwala znacznie szybciej rozpocząć roboty niż przy zachowaniu pełnej procedury uzyskiwania pozwolenia na budowę (PnB). Zakres prac wymagających uzyskania pozwolenia na budowę określa odrębny katalog w artykułach Prawa Budowlanego oraz wymaga od organu nadzoru pogłębianej analizy dokumentacji. Zgłoszenie natomiast „uprawomocnia się” i otwiera drogę do realizacji prac, jeśli organ nadzoru nie zareaguje w ciągu 21 dni od przesłania mu informacji. Jednocześnie, jak wskazywał zamawiający, nawet proste prace, dla których wystarczałoby zgłoszenie, mogą być objęte koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę. Z racji na przykład obowiązków kontraktowych czy z mocy prawa – np. wówczas, gdy przed wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach niezbędne jest przeprowadzenie oceny oddziaływania inwestycji na środowisko naturalne – a z taką okolicznością mieliśmy do czynienia w przypadku monitorowanego zamówienia. Niemniej, co do idei, oba tryby realizacji robót budowlanych (tzn. na zgłoszenie i na pozwolenie) są dopuszczalne oraz mają się wzajemnie uzupełniać.

Wykonawca zgłosił do nadzoru budowlanego rozpoczęcie prac na trzech odcinkach inwestycji. Dokładniej rzecz ujmując, w okresie od maja do sierpnia 2018 roku wykonawca zgłosił rozpoczęcie siedmiu prac budowlanych w ramach wspomnianych trzech odcinków inwestycji⁶⁷. W piśmie z 8 sierpnia 2018 roku inżynier projektu w sposób kategoryczny (przedkładając także argumenty prawne) sprzeciwił się realizacji robót bez uprzedniego uzyskania pozwoleń na budowę. Dodatkowo zarzucił wykonawcy, że ten, dokonując zgłoszeń, powinien był przesłać wojewodzie śląskiemu pełny komplet dokumentów, łącznie z informacją o środowiskowych uwarunkowaniach. W ocenie inżyniera, gdyby zgłoszenie zawierało informację o wydaniu takiej decyzji, nadzór mógłby sprzeciwić się rozpoczęciu prac, nakazując uzyskanie pozwolenia. Załączony do zgłoszenia PZT (Projekt Zagospodarowania Terenu) zawierał jednak informację o wydaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, stąd też wykonawca uznał zarzut inżyniera za bezpodstawny. Wobec stwierdzenia tej rzekomej luki w zgłoszeniu wykonawcy inżynier zalecił, żeby przesłać ponowne zgłoszenie w celu uniknięcia oskarżenia o naruszenie prawa budowlanego i związanych z tym konsekwencji, które potencjalnie mogły być daleko idące (o czym jeszcze za moment). Ponadto, w tym samym piśmie, inżynier zwrócił uwagę, że wykonawca świadomie wprowadził w błąd Zespół Opiniowania Projektów Inwestycyjnych (ZOPI), nie informując członków tego gremium o fakcie dokonania zgłoszeń. W odpowiedzi na powyższe wykonawca zwracał uwagę, iż nie istniał obowiązek informowania ZOPI o dokonywaniu zgłoszeń, albowiem w jego ocenie rolą ZOPI jest weryfikacja i akceptacja dokumentacji projektowej, a nie wniosków/zgłoszeń w zakresie realizowanych robót.

Ten rozwój wypadków można interpretować na różne sposoby. Jedno z możliwych wytłumaczeń, które widział obserwator, sprowadzało się do stwierdzenia, że wykonawca chciał nadrobić opóźnienia w harmonogramie realizacji inwestycji. Co ciekawe, miało to nastąpić za swego rodzaju przyzwoleniem zamawiającego (tj. po rozwiązaniu sporu formalno-prawnego między wykonawcą a zamawiającym w zakresie niedoprecyzowanych zapisów kontraktowych), a na końcu także inżyniera projektu. Na rzecz takiej tezy przemawiają kolejne wydarzenia, które nastąpiły po interwencji inżyniera projektu. Już następnego dnia, tj. 9 sierpnia 2018 roku, zwołano pilne spotkanie stron bezpośrednio zaangażowanych w realizację inwestycji, po którym wykonawca oświadczył (składając również odpowiednie pismo), że zgłoszenie robót jest „czynnością wstępną na drodze do pozyskania wszystkich wymaganych

67 Pismo ZUE do inżyniera projektu, *op. cit.*

[...] pozwoleń na budowę”⁶⁸. Na spotkaniu wykonawca zaprezentował też przygotowaną na jego zlecenie opinię prawną, która wskazywała na zasadność jego postępowania oraz zgodność z warunkami kontraktu i przepisami prawa. Inżynier przyjął wówczas argumenty wykonawcy za słuszne i wycofał się ze swoich wcześniejszych zastrzeżeń dotyczących legalności prac budowlanych. Wyraził też zgodę na rozpoczęcie robót budowlanych. O przebiegu tego spotkania i jego ustaleniach, na prośbę obserwatora, poinformował zamawiający (a konkretnie nowy dyrektor projektu zajmujący się inwestycją w rejonie jej realizacji). Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający wyraził wobec tych ustaleń aprobatę, podkreślając, że dzięki temu wykonawca będzie mógł wykorzystać przydzielone mu tzw. zamknięcia torowe. Wspomniane zamknięcia to wyłączenia z ruchu odcinków modernizowanej linii, które ustalane są dla konkretnych obszarów linii kolejowych z wielomiesięcznym wyprzedzeniem i mają bezpośredni wpływ na harmonogram realizacji inwestycji.

Obserwator, analizując zaistniałą sytuację, uważa, że wszystkim stronom kontraktu zależało na tym, żeby rozpocząć roboty budowlane jak najszybciej, nawet jeśli miałyby to oznaczać działanie na granicy prawa czy przekroczenie przepisów. W ocenie obserwatora szukano formuł prawnych, które mogłyby pomóc uniknąć ewentualnych negatywnych konsekwencji takiego działania, a ono jednocześnie nie doprowadziło do przekroczenia harmonogramu prac. Być może również organ architektoniczno-budowlany nie wykazał się wystarczającą czujnością. Najwyraźniej nie przeanalizował on bowiem wystarczająco dokładnie przesłanego mu zgłoszenia. Mógł i powinien domagać się np. dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy. Gdyby tak się stało, miałby właściwe wyobrażenie o skali i charakterze robót i mógłby sprzeciwić się ich rozpoczęciu bez uprzedniego uzyskania pozwoleń na budowę.

Abstrahując na moment od opisu tej konkretnej sytuacji, uściślijmy, jakie ryzyka mogłyby w takich okolicznościach wystąpić. Obserwator, przyglądając się tej sytuacji, rozważał różne hipotetyczne scenariusze jej rozwoju (które, podkreślmy, ostatecznie nie potwierdziły się w monitoringu). Potencjalnie konsekwencje naruszenia prawa w opisanej sytuacji mogły być dotkliwe. Pomijając kwestię naruszenia przepisów prawa budowlanego lub warunków kontraktu, taka okoliczność mogła kreować inne ryzyka, włączając w to ryzyka korupcyjne. Wyobraźmy sobie taką sytuację (nawet jeżeli taki scenariusz jest bardzo mało prawdopodobny), że roboty przeprowadzone bez odpowiedniego przygotowania (tj. pełnego procesu zatwierdzenia skwitowanego pozwoleniem na realizację robót budowlanych) zostałyby wykonane wadliwie (do czego w naszym przypadku szczęśliwie nie doszło). Wtedy wykonawca, inżynier projektu czy nawet zamawiający mogliby teoretycznie dążyć do ukrycia wad prawnych bądź budowlanych, posuwając się do kolejnych naruszeń. Powstanie takiej spirali naruszeń jest realnym, wręcz podręcznikowym ryzykiem opisywanym w tekstach eksperckich i akademickich poświęconych korupcji, publicznym politykom czy problemom zarządzania publicznego⁶⁹. Innego rodzaju ryzyko, które mogłoby realnie zaistnieć w takich okolicznościach, to niebezpieczeństwo dla ostatecznych użytkowników tej inwestycji. Wszak uzyskanie pozwolenia na rozpoczęcie prac budowlanych było konieczne również dlatego, że inwestycja, po przeprowadzeniu oceny oddziaływania na środowisko, była objęta decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. Koniec końców sytuacja, w której mamy do czynienia ze złamaniem czy obejściem prawa, jest także podręcznikowym przykładem „sytuacji pokusy”, a więc działania w kolejnych krokach, tak aby ukryć taką okoliczność⁷⁰. I tu może się pojawić

68 Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 4.12.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/02/Ad_pismo_nr_3_Odpowiedz_PKP_PLK_z_dn_4_12_2018.pdf [dostęp: 26.11.2021].

69 Zob. m.in.: N.A. den Nieuwenboer, M. Kaptein, *Spiraling down into Corruption: A Dynamic Analysis of the Social Identity Processes That Cause Corruption in Organizations to Grow*, „Journal of Business Ethics” 2008, vol. 83, no. 2, s. 133–146.

70 M. Kosewski, *Kiedy urzędnicy naruszają wartości moralne i jak można to ograniczyć?*, „Służba Cywilna” 2001/2002, nr 3, s. 9–22.

zagrożenie korupcją. W ocenie obserwatora istniały więc realne ryzyka związane z naruszeniem prawa, potencjalną korupcją, ryzykiem dla bezpieczeństwa publicznego i środowiska naturalnego. Wedle opinii prawnej, przygotowanej dla obserwatora, oprócz wymienionych ewentualne naruszenie przepisów prawa mogły rodzić ryzyka odpowiedzialności karnej dla osób realizujących roboty bez właściwych zezwoleń (np. dla kierownika budowy). Realnym ryzykiem mogła być też utrata dofinansowania ze środków unijnych z tej racji, że koszty robót zrealizowanych z naruszeniem prawa mogłyby zostać uznane przez Komisję Europejską za wydatki niekwalifikowane. Sytuacja ta stworzyła więc wystarczająco dużo przesłanek (faktycznych i potencjalnych), żeby skłonić obserwatora do bardziej zdecydowanej reakcji, o czym dalej.

Opisana wyżej sytuacja była jednym z największych kryzysów zdiagnozowanych w ramach monitoringu i najpoważniejszym problemem związanym z zagadnieniem zachowania wszystkich procedur w zakresie realizacji kontraktu. Oprócz tego zdarzenia wystąpiła także inna sytuacja – o mniejszym ciężarze gatunkowym, ale podobna co do charakteru, bo związana z realizacją prac budowlanych bez odpowiednich uzgodnień lub zezwolenia.

We wrześniu 2020 roku do obserwatora zgłosił się dziennikarz „Gazety Myszkowskiej” przede wszystkim z ogólnymi pytaniami dotyczącymi realizacji paktu, ale także dotyczącymi konkretnej sytuacji, którą „Gazecie” zasygnalizował mieszkaniec Myszkowa. Twierdził on, że wykonawca od kilku miesięcy prowadził prace na jego prywatnej działce wzdłuż linii kolejowej nr 1 w Myszkowie, w obrębie Nierady i Kręciwilka. Według dziennikarza prace te znacząco ingerowały w stan działki (m.in. wykonano przekop pod ułożenie magistrali kablowej, wyrwano drzewa i krzewy) i prowadzono je bez pozwolenia na wejście na teren działki. Stan ten mieli rzekomo potwierdzić przedstawiciele Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Katowicach (RDOŚ), a także pracownicy PKP PLK wizytujący rzezoną działkę. Obserwator odpowiedział na pytanie prasowe „Gazety” jedynie ogólnie, ponieważ o zaistniałej sytuacji dowiedział się dopiero z tego zapytania. W ślad za pytaniem prasowym obserwator zwrócił się również z prośbami o wyjaśnienie tego zajścia do wykonawcy i do zamawiającego. Efekty tej interwencji zostaną omówione dalej. W tym miejscu odnotujmy jedynie, że potencjalną konsekwencją wkroczenia przez wykonawcę na prywatną działkę – bez pozwolenia i bez niezbędnych zgód – mogła być odpowiedzialność karna, a także cywilna (zgłaszający szkodę wysuwał bowiem roszczenia i zapowiadał pozwy związane z zaistniałą sytuacją, później okazało się, że m.in. postępowanie karne wszczęte z zawiadomienia właściciela zostało umorzone z uwagi na brak znamion popełnienia czynu zabronionego).

Reakcja na zaistniały problem

Na pierwszą z sytuacji opisanych powyżej obserwator zareagował z pewnym opóźnieniem. Do momentu bowiem, gdy zmieniono pierwszego dyrektora projektu, monitoring koncentrował się na coraz większym ryzyku opóźnień w rozpoczęciu robót budowlanych. Jeszcze pod koniec sierpnia 2018 roku zanosilo się, że największym problemem w realizacji inwestycji będą opóźnienia związane z przeciągającymi się procedurami uzyskiwania pozwoleń na budowę oraz innych decyzji administracyjnych – w szczególności dotyczących ustalenia lokalizacji linii kolejowej (tzw. ULLK) i/lub ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego (tzw. ULICP). Część pozwoleń na roboty budowlane mogła zostać uzyskana dopiero w marcu 2019 roku (podczas gdy pierwotny termin uzyskania wszystkich niezbędnych zgód mijał 20 sierpnia 2018 roku), co oznaczałoby ogromne opóźnienie w realizacji inwestycji. Z dostępnej wówczas korespondencji wynikało, że na koniec sierpnia 2018 roku wykonawca uzyskał jedynie nieco ponad jedną trzecią niezbędnych decyzji, co było powodem napięć widocznych w trakcie rad budowy

i w korespondencji kontraktowej. Tymczasem roboty budowlane miały się rozpocząć, zgodnie z pierwotnym harmonogramem, z początkiem września 2018 roku⁷¹.

Jednocześnie w połowie sierpnia 2018 roku zaczęły się pojawiać informacje, jakoby roboty miały się rozpocząć niezależnie od tego, czy pozwolenia i inne decyzje zostałyby uzyskane, czy nie. Trudno było na podstawie rozmów zrozumieć, jak roboty miałyby się faktycznie rozpocząć, nie naruszając przy tym przepisów prawa. Jeszcze we wrześniu tego samego roku obserwator nie miał kompletu korespondencji świadczącej o tym, że roboty się rozpoczęły – choć faktycznie były już w toku. Obserwator wciąż dopytywał zamawiającego, wykonawcę i inżyniera projektu o coraz bardziej zagrożony harmonogram i o to, w jaki sposób opóźnienia będą mogły zostać zmniejszone, będąc zarazem przekonany, że trwa proces uzyskiwania pozwoleń na budowę.

O tym, że wykonawca poszedł „ścieżką zgłoszeń” i na podstawie tej procedury zamierzał rozpocząć część prac, można się było częściowo zorientować na początku września 2018 roku dzięki rozmowie z dyrektorem kontraktu. Stało się to w momencie, gdy roboty budowlane już się rozpoczęły, w ocenie obserwatora, bez właściwych decyzji i zezwoleń. Niedługo potem ówczesny dyrektor projektu odszedł ze stanowiska, a PKP PLK podjęła decyzję o reorganizacji zespołu projektowego zamawiającego, co jeszcze bardziej utrudniło zorientowanie się w sytuacji. Kolejne spotkania, w pierwszej połowie września 2018 roku, z nową dyrektor projektu oraz przedstawicielami Centrum Unijnych Projektów Transportowych przybliżyły obraz sytuacji. Pojawiły się relacje z pierwszej ręki o tym, że zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego toczyły się dyskusje nad rosnącymi opóźnieniami i pomysłem ograniczenia negatywnych skutków tego faktu poprzez rozpoczęcie robót właśnie na podstawie „zgłoszenia”. Wiadomo było również, że CUPT wyraził zaniepokojenie tym pomysłem, wskazując, że roboty rozpoczęte bez pozwolenia, a więc z wadą prawną, mogą okazać się kosztem niekwalifikowanym z punktu widzenia zasad wydatkowania funduszy unijnych. Obserwatorowi wciąż jednak było trudno ustosunkować się do tej sytuacji, co wynikało z braku dostępu do pełnej korespondencji dotyczącej tego problemu. Niemniej na początku października konsultant prawny Fundacji zapytany o opinię w sprawie możliwości prowadzenia prac budowlanych na podstawie „zgłoszenia” wstępnie ocenił, że byłoby to naruszenie przepisów prawa budowlanego⁷² (później obserwator zamówił szczegółową opinię prawną na ten temat, o czym dalej).

Obawy obserwatora dotyczące realizacji robót budowlanych bez niezbędnych zezwoleń potwierdziły się ostatecznie dopiero pod koniec października 2018 roku, kiedy to uzyskano pierwszy pakiet korespondencji kontraktowej dotyczącej tego zagadnienia. Wynikało z niej, że scenariusz prowadzenia prac budowlanych na podstawie „zgłoszenia” był analizowany trzy miesiące wcześniej. Przykładowo, już pod koniec lipca 2018 roku wykonawca dysponował wspomnianą opinią prawną wskazującą, że mógłby rozpocząć część robót budowlanych wyłącznie na podstawie „zgłoszenia”. Wówczas jednak taką możliwość kategorycznie odrzucali zarówno zamawiający, jak i inżynier projektu. Ostatecznie

71 Do momentu ukończenia prac nad raportem wykonawca niezmiennie podtrzymywał, iż o żadnym opóźnieniu w uzyskiwaniu niezbędnych dokumentów nie mogło być mowy. W jego ocenie bowiem, zgodnie z Subklauzulą 1.1.6.13 Warunków Szczególnych „Pozwolenie na Budowę” oznacza dokument „Decyzja o pozwoleniu na budowę” lub odpowiednio inną akceptację, wydane w formie decyzji administracyjnej przez właściwy organ administracji architektoniczno-budowlanej na podstawie Rozdziału 4 Prawa budowlanego. Pod pojęciem „pozwolenia na budowę” rozumie się także – w zależności od okoliczności – „Zgłoszenie wykonywania robót budowlanych”. Przez Zgłoszenie wykonania robót budowlanych rozumie się zaś „zgłoszenie właściwemu organowi rodzaju, zakresu i sposobu wykonywania robót budowlanych oraz terminu ich rozpoczęcia zgodnie z Prawem budowlanym – art. 29–31, co do którego w/w organ nie wniósł sprzeciwu”.

72 Opinia prawna z 10.10.2018 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/11/OPINIA-BATORY-terminy-ulcip-roboty-dodatkowe.pdf> [dostęp: 29.11.2021].

okazało się jednak, że pomimo wcześniejszych obiekcji zamawiający i inżynier projektu zmienili zdanie co do możliwości rozpoczęcia robót na podstawie „zgłoszenia”, potwierdzając (w tamtym momencie) poprawność działań wykonawcy. W związku z tym roboty rozpoczęły się bez wymaganych pozwoleń na budowę na początku września 2018 roku.

Na marginesie warto odnotować, że jednym z argumentów, jaki pojawił się we wspomnianej opinii prawnej wykonanej na zlecenie wykonawcy, było stwierdzenie, że dokumentacja przetargowa zawierała mylące zapisy, z czego miałyby wynikać możliwości rozpoczęcia robót bez pozwolenia. Z drugiej strony, jak dowodził inżynier projektu, podjęte przez wykonawcę działania należało ocenić jako niezgodne z warunkami kontraktu, gdyż obowiązujące prawo budowlane zawiera wyraźnie wskazanie, że prace należy prowadzić w oparciu o pozwolenie na budowę, z uwagi na uzyskanie DUŚ po przeprowadzonej ocenie oddziaływania na środowisko⁷³. Wykonawca odwoływał się jednak do definicji zawartych w SIWZ, a nie do punktu 4.7.5 PFU – „Pozwolenia na budowę”, gdzie został opisany ich wymóg. SIWZ zawierał inną treść i na tym właśnie m.in. polegała kluczowa niespójność. Wedle opinii prawnej wykonawcy opis robót był niejasny, w związku z czym wykonawca odmiennie interpretował wymóg uzyskania pozwolenia na budowę przed rozpoczęciem robót. Wykonawca argumentował, że rozbieżności między SIWZ a Warunkami Szczególnymi kontraktu (dokumentem wyższej rangi) umożliwiały mu, w pewnych okolicznościach, potraktowanie „zgłoszenia” jako pozwolenia na budowę, przez co, realizując roboty na podstawie „zgłoszenia”, nie łamałby on zapisów kontraktu. Ujmując rzecz bardziej dosadnie, kontrakt zdaniem wykonawcy, wskazywał jednoznacznie, iż przez pozwolenie na budowę rozumie się również zgłoszenie prac budowlanych. W opinii prawnej wykonawcy odnotowano również fakt, że w momencie rozstrzygnięcia przetargu zamawiający wciąż nie dysponował decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, przez co wymóg uzyskania pozwoleń na budowę był według wykonawcy nieokreślony.

Abstrahując od słuszności argumentów jednej i drugiej strony, warto podkreślić, że obserwator jeszcze przed ogłoszeniem przetargu przestrzegał zamawiającego, że rozbieżności w dokumentacji i brak decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych mogą stać się przyczyną problemów i nieprawidłowości na etapie realizacji inwestycji. Niestety, tak jak szczegółowo opisano to w pierwszym raporcie z pilotażu paktu uczciwości, zamawiający zignorował te uwagi⁷⁴, a konsekwencją tego jest opisywana sytuacja.

Osobną kwestią wartą podkreślenia jest fakt, że obserwator mógł zacząć dokładniej analizować tę sytuację dopiero pod koniec października 2018 roku. Przekazywane obserwatorowi informacje były niejasne, niekompletne lub spóźnione, a znaczną część dokumentacji uzyskiwano dopiero na szczegółowe zapytania kierowane do zamawiającego i wykonawcy. Sprawiało to nieodparte wrażenie unikania przez zamawiającego, wykonawcę i inżyniera projektu realizacji, wynikających wprost z paktowych obowiązków informacyjnych wobec obserwatora i wzmacniało podejrzenia, że sprawa może mieć jakieś drugie dno.

W trakcie analizowania przekazanej dokumentacji szczególną uwagę obserwatora zwróciło pismo inżyniera projektu z 8 sierpnia 2018 roku (a więc już po tym, jak wykonawca uzyskał własną opinię prawną). W piśmie tym inżynier kategorycznie odrzucał możliwość realizowania robót budowlanych na podstawie „zgłoszenia”, przedstawiając przy tym szczegółowo uwarunkowania prawne i ewentualne konsekwencje podjęcia takich kroków – zarówno dla wykonawcy, jak i dla całości inwestycji.

⁷³ Pismo inżyniera projektu do PKP PLK sygn. MP/PKP/B0/jk/MO/526/18 z 8.08.2018 r.

⁷⁴ *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Tworzenie paktu i wybór wykonawcy, op. cit.*, s. 35–37.

Podstawowe pytanie, jakie narodziło się w tym kontekście, brzmiało, jak to możliwe, że roboty jednak rozpoczęto, nie mając właściwych zgód, przy akceptacji zamawiającego i inżyniera projektu, który przecież tak zdecydowanie oponował przeciwko takiemu wariantowi. Przegląd korespondencji między stronami oraz dokumentacji dał silne przesłanki, aby sądzić, iż kwestia prawna związana z możliwością realizacji robót na podstawie zgłoszenia jest otwarta i wymaga pogłębionej analizy ze strony obserwatora. Zlecono więc przygotowanie takiej opinii konsultantowi prawnemu Fundacji. Opinia została przygotowana po gruntownej analizie 22 marca 2019 roku.

W międzyczasie stało się jasne, że problem realizacji robót na podstawie zgłoszenia ma podłoże systemowe i nie wynika tylko z uwarunkowań dotyczących monitorowanego zamówienia. Obserwator dostrzegł też, że przeciągające się procedury wydawania pozwoleń na budowę nie są specyficzne dla monitorowanego projektu, jednak nie dysponował własnymi analizami bądź badaniami na ten temat. Był jednak o tym informowany przez doświadczonych wykonawców projektów infrastrukturalnych i nie miał też podstaw, żeby podważać ich diagnozy w tym zakresie. Według tych relacji opóźnienia z jednej strony wynikały często z niskiej jakości dokumentacji projektowej, co mogło być konsekwencją ograniczonych zasobów projektowych oraz bardzo krótkich terminów kontraktowych na przygotowanie dokumentacji. Z drugiej strony powodem mogło być też przeciążenie urzędów wojewódzkich odpowiedzialnych za proces wydawania pozwoleń na budowę, niedofinansowanie i braki kadrowe⁷⁵. Trzeba przy tym odnotować, że lata 2017–2019 to okres największego wzmożenia realizacji Krajowego Programu Kolejowego. W tym okresie rozpoczęto na samej tylko kolei realizację dziesiątek inwestycji, które wymagały wydania setek, jeśli nie tysięcy pozwoleń na budowę i innych dokumentów. Jednocześnie w tym czasie urzędy nie otrzymały od państwa właściwego wsparcia. Także inwestycja objęta paktem zderzyła się z tymi problemami. W sytuacji więc, w której z jednej strony państwo nie realizuje swoich funkcji we właściwym tempie (nie wydaje decyzji administracyjnych), a z drugiej strony bezwzględnie wymaga terminowości od wykonawców zamówień publicznych, grozi karami za opóźnienia itd., nie można się dziwić, że zarówno wykonawcy, jak i zamawiający poszukują „kreatywnych” rozwiązań, chcąc wybrnąć z narastających problemów. Tyle że z punktu widzenia celów monitoringu i idei paktu uczciwości należy taką sytuację ocenić jako czynnik ryzyka mogący prowadzić do naruszeń, nadużyć albo korupcji. Drugi, systemowy wymiar, który wiązał się z zaistniałą sytuacją, dotyczył, zdaniem obserwatora, wadliwych rozwiązań prawnych w zakresie zgłaszania robót budowlanych. Istniejące w owym czasie przepisy faktycznie stwarzały możliwość stosowania odmiennych rozwiązań i omijania obowiązku pozyskania pozwolenia na niektóre roboty budowlane poprzez wysyłanie do organów nadzoru „zgłoszeń”. Co więcej według wiedzy, którą w owym czasie miał obserwator, w warunkach przeciążenia organów nadzoru budowlanego i nieprecyzyjnych regulacji dotyczących nie tylko „zgłoszeń”, ale i terminów wydawania pozwoleń na budowę, praktyka omijania obowiązku uzyskiwania pozwoleń była częsta. Znowuż obserwator nie dysponował badaniami czy ilościowymi analizami pokazującymi mierzalną skalę tego zjawiska. Swoją ocenę wywodził jednak z relacji doświadczonych uczestników rynku zamówień infrastrukturalnych i własnych konsultantów technicznych (którzy również mieli wieloletnie doświadczenie w tym zakresie). Dodatkowo, już na etapie konsultacji niniejszego raportu, wykonawca zwracał uwagę,

75 W ramach konsultacji niniejszego raportu Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej przypomniało co prawda, że w odpowiedzi na pytanie obserwatora dotyczące tej kwestii minister infrastruktury informował, że średni czas wydawania PnB wynosił wówczas 42 dni. Z tego miałyby wynikać, że problemu jednak nie było, bo duża część PnB była wydawana w terminach ustawowych. Nie kwestionując tej liczby, trzeba jednak zwrócić uwagę, że średnie wartości opisują zjawiska bardzo ogólnie, a powołując się tylko na nie, można dojść do całkowicie mylnych wniosków (dużo lepszym pojedynczym wskaźnikiem jest chociażby mediana). Dodatkowo problem musiał być jednak realny, skoro dla kolejnej perspektywy finansowej UE, na lata 2021–2027 ministerstwo zaplanowało środki na wzmocnienie organów administracji zaangażowanych w realizację projektów unijnych – między innymi pod wpływem wniosków z monitoringu.

że realizacja prac na podstawie „zgłoszenia” była powszechną praktyką. Z drugiej strony, ani Ministerstwo Infrastruktury, ani Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, kwestionujące ocenę skali tego zjawiska, także nie przedstawiły ilościowych argumentów, które faktycznie mogłyby ją podważyć.

To klasyczna sytuacja określana w naukach społecznych terminem „anomalii”⁷⁶. Są to warunki, w których system społeczny (tu system zamówień publicznych) wyznacza jego uczestnikom pewne cele i nakłada określone obowiązki (wykonaj zamówienie w określonym terminie), ale sam nie dostarcza środków (rozwiązań prawnych i instytucjonalnych), żeby te cele mogły zostać osiągnięte, a obowiązki wykonane. Taka sytuacja to prosta droga do nadużyć i korupcji. Żeby zmniejszyć te ryzyka, rozbieżność między celami a środkami musi zostać zmniejszona – na przykład przez zmiany w prawie. Stąd też, niezależnie od działań ukierunkowanych na monitorowaną inwestycję, w połowie listopada 2018 roku obserwator zdecydował się poinformować o problemie ówczesne Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju (będące dla monitorowanej inwestycji instytucją zarządzającą), prosząc jednocześnie o analizę skali problemu, rozważenie zmian prawnych i jak najszybsze wzmocnienie ww. organów administracyjnych. Obserwator nie rekomendował wówczas konkretnego kierunku ewentualnej interwencji legislacyjnej, nie mając wystarczających przesłanek, żeby stwierdzić, czy na problem może zaradzić zacieśnienie wymogów prawnych, czy też wręcz przeciwnie – ich liberalizacja⁷⁷.

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Organy administracji publicznej odpowiedzialne za nadzór i inne decyzje związane z realizacją inwestycji infrastrukturalnych **powinny zostać wzmocnione finansowo i kadrowo.**

Ujawnił się jeszcze jeden istotny, systemowy, wymiar tego problemu. Istniało bowiem ryzyko, że wydatki poniesione w związku z realizacją robót budowlanych bez odpowiednich pozwoleń, a więc z naruszeniem prawa, mogłyby zostać uznane za niekwalifikujące się do sfinansowania ze środków unijnych (uwagę na to zwracał nie tylko obserwator, ale także zamawiający, inżynier projektu, jak i CUPT).

Równoległe z pismem do ówczesnego Ministra Inwestycji i Rozwoju obserwator, już po dokładnej analizie korespondencji i dokumentacji dotyczącej robót na podstawie „zgłoszenia”, skierował do zamawiającego oficjalne zapytanie z prośbą o wyjaśnienie sytuacji. Odpowiedź zamawiającego nadeszła dopiero w grudniu 2018 roku. Wynikało z niej, że już w sierpniu 2018 roku, w konsekwencji wymiany korespondencji i spotkań między zamawiającym, inżynierem projektu i wykonawcą osiągnięto

⁷⁶ R.K. Merton, *Social Structure and Anomie*, „American Sociological Review” 1938, vol. 3, no. 5, s. 672–682.

⁷⁷ Pismo Fundacji do Ministra Inwestycji i Rozwoju z 15.11.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/11/Sz.-P.-J.-Kwieci%C5%84ski_15.11.18-1.pdf [dostęp: 1.10.2021].

porozumienie, iż procedura zgłaszania robót jest zaledwie „czynnością wstępną do pozyskania wszystkich wymaganych warunkami umowy [...] pozwoleń na budowę”. Jednocześnie strony zgodziły się, że jest to wystarczająca przesłanka rozpoczęcia robót, czego dodatkowym uzasadnieniem miało być dobro, jakim jest umożliwienie realizacji inwestycji i dochowanie terminów kontraktowych. W tych okolicznościach wewnętrznie sprzeczna wydaje się postawa inżyniera projektu, który z jednej strony zgodził się ostatecznie na rozpoczęcie robót na podstawie „zgłoszenia”. Z drugiej strony jednak pozostał na stanowisku, iż „procedura [...] oparta na zgłaszaniu robót (zgodnie z definicją wynikającą z ustawy Prawo budowlane) jest niezgodna dla niniejszego kontraktu zarówno z tą ustawą jak i warunkami umowy”. Domagał się w związku z tym jak najszybszego uzyskania przez wykonawcę pozwoleń na budowę. W praktyce oznaczało to, że wykonawca miał zacząć realizację prac budowlanych, nie mając ku temu właściwych podstaw prawnych, a następnie te prace miałyby zostać niejako „zalegalizowane” poprzez wtórne uzyskanie pozwolenia na budowę. W tym kontekście powstawało oczywiste pytanie, co będzie, jeśli prace wykonane na podstawie „zgłoszenia” nie będą spełniać wymogów pozwolenia na budowę wydanego już w ich trakcie albo po ich realizacji. Z punktu widzenia obserwatora było to postępowanie zwiększające ryzyko nieprawidłowości bądź nadużyć, ponieważ naturalnie pojawiały się kolejne poziomy „pokusy”. Przykładem takich negatywnych konsekwencji mogłoby być np. wywieranie presji na organ administracji, żeby ten „zalegalizował” pozwoleniem na budowę wykonane już prace, lub ukrywanie informacji o tym, że uzyskuje się pozwolenia na realizowane albo już zakończone roboty. Dalej pozostawało też otwarte pytanie o to, czy przyjęta przez strony kontraktu strategia jest zgodna z prawem. Zamawiający zdawał się przychylić do stanowiska wykonawcy, który wspierając się własnymi opiniami prawnymi, twierdził, że nie jest to naruszenie prawa, inżynier projektu wyraźnie się dystansował, a obserwator dopiero czekał na własną opinię prawną.

Z tygodnia na tydzień sytuacja stawała się co raz bardziej skomplikowana. W związku z narastającymi wątpliwościami CUPT wstrzymał refundację wydatków na kwotę 22 mln złotych. Opinia prawna zlecona przez obserwatora powstała 22 marca 2019 roku⁷⁸. W obszernym dokumencie konsultant prawny jednoznacznie stwierdzał, że trwające już roboty zostały zainicjowane i były prowadzone z naruszeniem przepisów prawa budowlanego. Wskazywał również na ewentualność odpowiedzialności karnej co najmniej po stronie wykonawcy, organów administracji architektoniczno-budowlanej, gdyby okazało się, że ten nie sprawdził wystarczająco dokładnie przesłanych mu zgłoszeń i nie wyraził sprzeciwu, czyli mógł się dopuścić przestępstwa niedopełnienia obowiązków, nadużycia uprawnień (jedno z typów przestępstw korupcyjnych). Wykonane już roboty mogły nawet zostać potraktowane w kategoriach „samowoli budowlanej” ze wszystkimi tego konsekwencjami (nawet w skrajnych przypadkach z koniecznością likwidacji, tj. rozbiórki bezprawnie wykonanych elementów inwestycji). Opinia potwierdzała również, że koszt robót wykonanych w takim trybie może zostać potraktowany jako niekwalifikujący się do sfinansowania w ramach dotacji unijnej, co mogłoby oznaczać utratę poważnych kwot z funduszy europejskich. Opinia stwierdzała też jednoznacznie, że nie można wydać pozwolenia na budowę dla robót już trwających lub zakończonych, takich, które uprzednio wymagały uzyskania pozwolenia. Krótko mówiąc, nie dałoby się ich „zalegalizować” wtórnie wydanym pozwoleniem, gdyż w polskich przepisach nie istnieje taki mechanizm. Wedle opinii prawo budowlane nie przewidywało też procedury naprawczej adekwatnej dla tego rodzaju przypadków. Jednocześnie, po dogłębnej analizie, w opinii wskazano, że wojewoda wadliwie nie wniósł sprzeciwu wobec przesłanych mu przez wykonawcę zgłoszeń, zatem powinien sam opracować procedurę legalizacji tych prac, nie chcąc jednocześnie ich zatrzymywać, lub dążyć do rozbiórki już zrealizowanych obiektów, czyli w dużej mierze wziąć na siebie odpowiedzialność za zaistniałą sytuację. Opinia zawierała więc też propozycje

78 Opinia Fundacji ws. prowadzenia robót na podstawie „zgłoszenia” z 22.03.2019 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/opinia-prawna-ws.-prowadzenia-rob%C3%B3t.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

wyjścia z tej sytuacji. Trzeba przy tym odnotować, że z opinią nie zgodził się wykonawca i w odpowiedzi na nią przesłał pismo streszczające argumenty z własnej opinii prawnej z lipca 2018 roku.

Minister tymczasem nie odpowiedział na pierwsze pismo obserwatora z listopada 2018 roku (odpowiedź przyszła dopiero po przesłaniu wniosku na podstawie przepisów Kpa, na początku 2019 roku, o czym dalej). Jednakże Departament Programów Infrastrukturalnych ministerstwa poświęcił problemowi zgłoszeń wiele uwagi, prowadząc rozmowy na ten temat m.in. z Głównym Urzędem Nadzoru Budowlanego, śląskim Urzędem Wojewódzkim i śląskim Wojewódzkim Inspektorem Nadzoru Budowlanego⁷⁹. Działania tych instytucji były z jednej strony ukierunkowane na rozwiązanie problemów opisanych w raporcie, jak i na wyeliminowanie nieścisłości prawnych, tak aby zminimalizować możliwość występowania podobnych problemów w przyszłości.

Faktycznie na początku 2019 roku pojawiły się informacje o tym, że przygotowywane są zmiany prawne dotyczące „robót na zgłoszenie”. W związku z tym obserwator zwrócił się ponownie do ministerstwa, tym razem kierując 26 marca 2019 roku wniosek z art. 241 Kpa (przepis opisujący tryb postępowania administracyjnego z wnioskami kierowanymi do organów władzy publicznej). Było to tym bardziej uzasadnione, że mając już własną prawną ocenę sytuacji, uważał zaistniały problem za jeszcze bardziej palący. Dopiero w odpowiedzi na wniosek, w ustawowych terminach, ministerstwo potwierdziło, że w reakcji na zgłoszenie obserwatora zostały zainicjowane prace legislacyjne zmierzające do uściślenia przepisów dotyczących „robót na zgłoszenie”. Z drugiej strony ministerstwo stwierdziło, że nie ma danych pozwalających na ocenę skali nadużywania formuły „robót na zgłoszenie” w celu omińnięcia konieczności uzyskania pozwolenia na budowę. Tak czy inaczej interwencja obserwatora, dla której punktem wyjścia był monitoring inwestycji objętej paktem, przyczyniła się do zmiany w prawie budowlanym. Zawierała ona m.in. nowy, bardziej precyzyjny katalog prac budowlanych, które można było rozpocząć i prowadzić na podstawie „zgłoszenia”. Nowelizacja nałożyła także na występujących ze zgłoszeniem obowiązek dołączania do takiego wniosku kompletu dokumentów dotyczących inwestycji, a organy nadzoru zobowiązano do ściślejszej analizy zgłoszeń. Prace nad nowymi przepisami trwały niemal do końca grudnia 2019 roku, sejm uchwalił je ostatecznie w lutym 2020 roku, a przepisy weszły w życie we wrześniu 2020 roku⁸⁰. Oczywiście nie można oczekiwać, że sama zmiana prawa natychmiast poprawi sytuację i spowoduje, że zmieni się wieloletnia praktyka omijania obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę poprzez „zgłoszenia” robót budowlanych, tym bardziej że presja czasu na rynku inwestycji infrastrukturalnych nie słabnie. Niemniej taka zmiana, dodatkowo w połączeniu z decyzją o wzmocnieniu organów nadzoru budowlanego wraz z nową perspektywą budżetową UE na lata 2021–2027 (odpowiednie ustalenia w tej sprawie także zostały podjęte pod wpływem wniosków z monitoringu⁸¹) są istotnym osiągnięciem pilotażu i pokazują, że nawet swego rodzaju „studium przypadku” może stać się zaczynem zmian systemowych.

Jednocześnie na poziomie monitorowanej inwestycji, po trwającej aż do końca maja 2019 roku serii spotkań i wymianie obszernej korespondencji zamawiający przyznał, że jednak istniały uzasadnione wątpliwości co do zastosowanych procedur administracyjnych, i w związku z tym podjął dodatkowe czynności kontrolne. W istocie w październiku 2019 roku Wojewódzki Inspektor Budowlany w Katowicach poinformował o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia robót

79 Notatka z 5. spotkania kwartalnego (Warszawa, 30.09.2019), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/11/Notatka_spotkanie_30.09.2019_OST.pdf [dostęp: 1.10.2021].

80 *Jakie zmiany w procesie inwestycyjno-budowlanym obowiązują od września 2021?*, <https://www.biznes.gov.pl/pl/portal/00225#8> [dostęp: 1.10.2021].

81 Odpowiedź Ministra Inwestycji i Rozwoju do Fundacji z 7.05.2019 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/05/Odp.-MIiR-dla-Fundacji_07.05.19.pdf [dostęp: 1.10.2021].

budowlanych wymagających pozwolenia na budowę, a prowadzonych na podstawie zgłoszenia przyjętego bez sprzeciwu przez wojewodę śląskiego. Postępowania te zakończyły się umorzeniami. Nie wyciągnięto żadnych konsekwencji wobec żadnej ze stron. Jednocześnie kontrola wykazała, że w istocie prace rozpoczęto i prowadzono z naruszeniem prawa budowlanego (o czym była też mowa w opinii prawnej przygotowanej na zlecenie obserwatora). W decyzjach organ nadzoru stwierdzał: „roboty budowlane, które zostały wykonane na podstawie ww. zgłoszeń zostały zrealizowane z naruszeniem przepisu art. 30 ust. 1 Ustawy prawo budowlane, gdyż jak wskazano powyżej zostały wykonane na podstawie zgłoszeń, w sytuacji gdy ich realizacja wymagała pozwolenia na budowę”. Jednocześnie organ nadzoru uwzględnił fakt, iż w międzyczasie wykonawca uzyskał niezbędne pozwolenia, a wszystkie roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką i normami technicznymi oraz innymi uwarunkowaniami prawnymi (np. w zgodzie z planami zagospodarowania miejscowego i innymi wymogami prawnymi). W obliczu tegoż organ nadzoru uznał, że złamanie prawa miało charakter błędu formalnego i zezwolił wykonawcy na kontynuowanie prowadzonych prac. Jakkolwiek decyzje o umorzeniu postępowań administracyjnych wydawały się wewnętrznie sprzeczne. Skoro bowiem stwierdzono złamanie prawa, właściwe organy powinny jednak wyciągnąć choćby minimalne konsekwencje wobec winnych tego naruszenia.

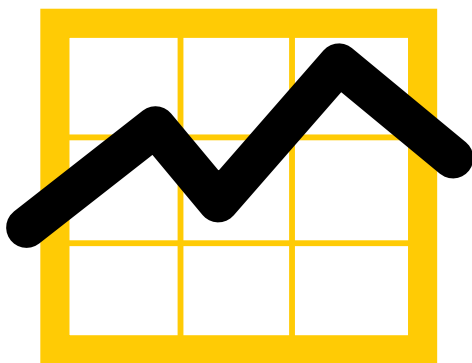
[8] Komentarz wykonawcy: ZUE stoi na stanowisku, iż nie sposób mówić o prowadzeniu robót z naruszeniem przepisów czy kontraktu. Wykonawca i pozostałe strony procesu inwestycyjnego miały prawo do przyjętej interpretacji przepisów prawa, jak i prawo do prowadzenia robót w zaufaniu do decyzji podejmowanych przez organy administracji publicznej. Zapadłe w sprawie rozstrzygnięcia administracyjno-prawne w ocenie wykonawcy potwierdzają, że roboty zostały zrealizowane w sposób prawidłowy. Przepisy prawa administracyjnego należy interpretować nie w sposób „formalistyczny”, lecz w świetle celów publicznych, składających się na szeroko rozumiany interes publiczny. Jednym z istotnych, uprawnionych i społecznie aprobowanych celów publicznych jest potrzeba sprawnej realizacji inwestycji infrastrukturalnych. Przebudowa linii kolejowej nie jest prywatnym przedsięwzięciem, lecz inwestycją celu publicznego realizowaną dla zaspokojenia potrzeb lokalnej i ponadlokalnej społeczności oraz państwa. Art. 29 ust. 2 Ustawy Prawo budowlane (w ówczesnym brzmieniu) dopuszczał prowadzenie na podstawie zgłoszenia m.in. robót polegających na przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych. Pomiędzy art. 29 ust. 2 a art. 29 ust. 3 Ustawy Prawo budowlane zachodziła kolizja. Sposób jej rozstrzygnięcia nie był oczywisty w sytuacji, gdy w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie stwierdzono obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, a zgodnie z art. 72 ust. 1a Ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach może nastąpić także przed dokonaniem zgłoszenia budowy lub wykonania robót budowlanych. W ocenie wykonawcy, reguły kolizyjne i dyrektywy wykładni uzasadniały przyjęcie stanowiska o dopuszczalności prowadzenia robót na podstawie zgłoszenia, opierając się na podstawie prawnej, jaką dawał art. 29 ust. 2 Ustawy Prawo budowlane. Reasumując zatem, wykonawca wskazuje, że o ile zaistniały spór można rozpatrywać w kontekście konfliktu celów interesu publicznego i prawidłowości dokonywanych wyborów interpretacyjnych, to przedstawianie go w kategoriach naruszeń jest zbyt daleko idące i na gruncie niniejszej sprawy nieuprawnione.

Działania obserwatora wzmocniły czujność zarówno zamawiającego, jak i CUPT wobec podobnych przypadków obchodzenia prawa budowlanego. Dyrekcja PKP PLK w piśmie do obserwatora zadeklarowała, że w spotkaniach z wykonawcami kładzie nacisk na konieczność uzyskiwania odpowiednich decyzji i pozwoleń na realizację robót budowlanych oraz monitoruje ich działania także pod tym kątem⁸². W sierpniu 2018 roku CUPT wystosował do PKP PLK przypomnienie i pouczenie, iż w przypadku, gdy była ocena oddziaływania na środowisko, roboty objęte DŚU należy realizować na podstawie pozwoleń na budowę. W przypadku monitorowanego projektu, gdy tylko pojawiły się we wniosku o płatność wydatki poniesione na podstawie zgłoszenia robót, wydatki te zostały tymczasowo wstrzymane do czasu wyjaśnienia przez organ nadzoru budowlanego wątpliwości.

82 Pismo PKP PLK do Fundacji z 22.11.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/12/pismo-PKP-PLK_22.11.2019.pdf [dostęp: 16.08.2021].

Podsumowując, choć z pozoru opisany przypadek sprawia wrażenie sytuacji jak z powiedzenia „z dużej chmury mały deszcz”, to jednak z punktu widzenia celów pilotażu i działań monitoringowych nie można jej zbagatelizować. Obserwator zareagował na przesłanki dające podstawy do stwierdzenia, że w monitorowanej inwestycji złamano prawo, co mogło mieć swoje dalsze, negatywne konsekwencje w postaci kolejnych naruszeń czy nawet nadużyć i korupcji, odpowiedzialności karnej lub utraty środków UE. Do tego rodzaju negatywnych zdarzeń ostatecznie nie doszło, m.in. dlatego, że działania obserwatora spotkały się z konstruktywną reakcją stron kontraktu (w szczególności zamawiającego). Kwestia realizacji robót, które powinny bazować na pozwoleniach na budowę, na podstawie „zgłoszenia” została ponownie dokładnie zbadana zarówno przez zamawiającego, jak i przez powiadomione przez niego organy nadzoru, które wykonały swego rodzaju „postępowanie naprawcze”. Kontrole potwierdziły, że prace wykonane (czy wykonywane) były zgodne z wymogami prawa budowlanego i ze standardami „sztuki budowlanej”, i umorzono postępowanie administracyjne. Tym samym zmniejszono ryzyko powstania nadużyć bądź zagrożenia dla użytkowników inwestycji i środowiska naturalnego. Decyzja organu nadzoru uchroniła też inwestycję przed ryzykiem uznania części kosztów za niekwalifikowane z punktu widzenia zasad wydatkowania środków UE. Wartością dodaną tej interwencji były zmiany w przepisach polskiego prawa budowlanego uściślające warunki prowadzenie robót budowlanych na podstawie „zgłoszeń” oraz zagwarantowanie wsparcia dla organów administracji architektoniczno-budowlanej w kolejnej perspektywie finansowej UE na lata 2021–2027 (ponadto organy nadzoru budowlanego na szczeblu wojewody otrzymują wsparcie ze środków UE na realizację zadań związanych z inwestycjami finansowanymi z funduszy UE począwszy od roku 2019).

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Po rozliczeniu projektów z mijającej perspektywy finansowej UE **należy zrealizować badania skali omijania wymogów dotyczących uzyskiwania pozwoleń na budowę i realizacji robót na zgłoszenie**. Mogą one stać się przyczynkiem do korekty przepisów.

Przejdźmy tymczasem do omówienia drugiego ze wspomnianych przypadków dotyczących realizacji robót bez wymaganych zgód – czyli o podobnym charakterze, ale o dużo mniejszym kalibrze. Był on związany z robotami w obrębie działki nr 70 w Myszkowie. Uwagę na ten problem zwrócił obserwatorowi dziennikarz lokalnej „Gazety Myszkowskiej”, gdy na początku września 2020 roku przesłał do Fundacji pytanie w trybie prawa prasowego⁸³. W przesłanym zapytaniu poprosił o ustosunkowanie się do faktu, iż wykonawca bez zezwolenia wkroczył na prywatną działkę. Zgodnie z otrzymaną informacją

⁸³ Dziennikarz „Gazety Myszkowskiej” zrelacjonował odpowiedzi przedstawicieli Fundacji Batorego w artykule: *Inwestycja kolejowa bez pozwoleń. Kto odpowie za bezprawne wejście na tereny prywatne?*, <https://www.gazetamyszkowska.pl/wiadomosci/6710,inwestycja-kolejowa-bez-pozwolen-kto-odpowie-za-bezprawne-wejscie-na-tereny-prywatne> [dostęp: 27.11.2021].

wykonawca miał w trakcie robót budowlanych zniszczyć roślinność znajdującą się pod ochroną oraz uniemożliwić właścicielowi korzystanie z jego własności. W momencie, gdy obserwator uzyskał wiedzę na temat tej sytuacji, miała ona już swoją historię, o czym świadczyła korespondencja między właścicielami działki a wykonawcą i zamawiającym, wizja lokalna przeprowadzona przez miejscowe władze oraz RDOŚ. Mimo ważkości sprawy i zaangażowania organów oraz instytucji publicznych problemu nie ujawniono obserwatorowi, choć pakt w ramach monitoringu zobowiązywał strony jednoznacznie do informowania o tego rodzaju sytuacjach. Fakt ten był niestety jednym z kilku podobnych, wskazujących na co najmniej zakłócenia, a może niechęć do dzielenia się z obserwatorem informacjami kłopotliwymi z punktu widzenia realizacji inwestycji (*vide* opisany wcześniej problem robót na podstawie „zgłoszenia”).

W związku z powyższym, ponieważ obserwator nie posiadał wtedy wiedzy na temat wspomnianej sprawy, to udzielając odpowiedzi na pytanie dziennikarza, nie mógł wypowiedzieć się na temat zasygnalizowanej nieprawidłowości. Dopiero po kilku tygodniach od otrzymania zgłoszenia od „Gazety” udało się uzyskać część korespondencji i dokumentacji w tej sprawie⁸⁴. Wynikało z niej, że między marcem a kwietniem 2020 roku wykonawca (a konkretnie – jeden z podwykonawców) wykonał roboty budowlane na wspomnianej działce, polegające na awaryjnej wymianie uszkodzonego kabla teletechnicznego i usunięciu kolidującej z pracami roślinności. Rzeczony kabel widniał już na mapach z 1944 roku i w wyniku uszkodzenia zamakał i tym samym zagrażał bezpieczeństwu prowadzenia ruchu kolejowego. W maju 2020 roku z wykonawcą skontaktował się aktualny właściciel działki, skarżąc się, że prace spowodowały nieodwracalne szkody, i żądając w związku z tym odszkodowania. Zaznaczyć należy, iż skarżący nabył działkę ponad miesiąc po realizacji prac. Wypłata odszkodowania, której oczekiwał aktualny właściciel, miała polegać na wypłacie „do ręki”, bez żadnych dokumentów, kwoty 15 tys. złotych (propozycja złożona przedstawicielowi wykonawcy), a następnie, na analogicznych zasadach 30 tys. złotych. Ostatecznie w listopadzie 2020 roku nowy właściciel działki za pośrednictwem reprezentującej go kancelarii adwokackiej, przesłał wykonawcy wezwanie do zapłaty opiewające na kwotę 400 tys. złotych tytułem odszkodowania i zadośćuczynienia. Wykonawca wskazywał na (1) brak stosownej legitymacji aktualnego właściciela – uprawnionym do ewentualnego odszkodowania mógłby być przecież poprzedni właściciel działki – oraz (2) rażąco zawyżonej kwoty odszkodowania i jej całkowitego nieudowodnienia. Wykonawca wyjaśniał ponadto, że usiłowano skontaktować się z ujawnionym w księdze wieczystej właścicielem działki jeszcze przed rozpoczęciem robót, ale te próby się nie powiodły. W tej sytuacji, podwykonawca wykonawcy – Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach, nie mogąc czekać, albowiem uszkodzenie ww. kabla teletechnicznego zagrażało bezpieczeństwu prowadzonego ruchu, wykonał naprawę awaryjną. Jednocześnie w kontekście usuniętej roślinności ww. podwykonawca argumentował, powołując się na przepisy ustawy z 2004 roku o ochronie przyrody, że mógł te prace wykonać bez pozwolenia, gdy roślinność utrudnia eksploatację urządzeń kolejowych lub zagraża bezpieczeństwu ruchu. Ponadto usunięta roślinność to drzewa tzw. samosiejki, gatunki nie podlegające ochronie, których obwody pni nie przekraczały określonych w Ustawie z 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody wartości, oraz krzewy nie znajdujące się w określonym w ww. ustawie skupisku (tj. 25 m²). Nie doszło zatem do naruszenia przepisów ochrony środowiska, co potwierdziła w swojej decyzji Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Katowicach [20.10.2020 roku Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Katowicach poinformowała zamawiającego, że w trakcie kontroli problemowej w zakresie ochrony środowiska (dotyczącej kwestii

84 Obserwator najpierw zorganizował pilne spotkanie w celu uzyskania wyjaśnień od zainteresowanych stron (zob. notatka ze spotkania z 14.09.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2020/09/Notatka-ze-spotkania-online_14.09.20_OST-1.pdf), a następnie podjął w tej sprawie długotrwałą korespondencję z PKP PLK (zob. <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2020/09/korespondencja-ws.-Myszkowa-2-1.pdf>) [dostęp: 7.12.2021].

usunięcia drzew na działce nr 70, obręb Nierada w Myszkowie) „nie stwierdzono nieprawidłowości i uchybień”]. Można zatem uznać, że wykonawca działał niejako w stanie „wyższej konieczności”, musząc wykonać te prace, a zarazem nie mając kontaktu z właścicielami działki. Pojawiła się też wątpliwość co do intencji nowego właściciela działki. Wedle wykonawcy mógł on nabyć ją już po wykonaniu robót po to, żeby wykorzystać ją do uzyskania korzyści majątkowej w postaci odszkodowania. Na moment ukończenia prac nad raportem ta wersja wydarzeń nie znalazła jednak potwierdzenia.

Jakkolwiek wyjaśnienia wykonawcy wydawały się racjonalne, faktem pozostaje także to, że w momencie przystąpienia do wspomnianych robót nie posiadał on zgody właściciela prywatnej działki⁸⁵. Co więcej, jak wynikało z wyjaśnień przedstawionych przez zamawiającego, wykonawca nie poinformował go o realizacji wspomnianych robót w trybie awaryjnym. Wiedzy na ten temat nie miał też inżynier projektu ani zespół projektowy zamawiającego nadzorujący realizację robót w terenie.

Na moment zakończenia prac nad raportem opisywana sprawa nie została rozwiązana, czy to w postaci ugody między właścicielem działki, wykonawcą i zamawiającym, czy to w formie sprawy karnej lub cywilnej. Właściciele działki nr 70 przesłali skargi do władz gminy Myszków, do RDOŚ (postępowanie zakończono „nie stwierdzając nieprawidłowości i naruszeń”), do zamawiającego, a także przedstawili swoją sprawę policji (postępowanie zostało umorzone) i lokalnym mediom. Żaden z organów publicznych poinformowanych przez właścicieli nie znalazł przesłanek uzasadniających wszczęcie jakiegokolwiek postępowania wobec wykonawcy czy zamawiającego. Do chwili ukończenia prac nad raportem właściciel działki nie wytoczył jednak sprawy cywilnej wykonawcy ani zamawiającemu, choć taki ruch został zapowiedziany. Warto przy tym odnotować, że w ramach monitoringu w lutym 2021 roku przedstawiciele obserwatora spotkali się na miejscu z właścicielem działki, jednakże spotkanie to niewiele wniosło do sprawy. W jego trakcie właściciel działki nr 70 obiecał przesłanie po spotkaniu dodatkowych materiałów obrazujących sytuację, jednak żadne nowe materiały nie napłynęły.

Trudno zatem przesądzać, jak ostatecznie zakończy się spór między właścicielami działki nr 70 a stronami monitorowanej inwestycji. Była to jednak kolejna sytuacja, po dużo poważniejszym przypadku realizacji robót na podstawie „zgłoszenia”, w której ujawniły się problemy organizacyjne związane z realizacją inwestycji – brak właściwej komunikacji między wykonawcą, zamawiającym i inżynierem projektu. To doprowadziło do kolejnego kryzysu, który znowuż, przy innych niesprzyjających okolicznościach, mógłby mieć istotne, negatywne konsekwencje dla inwestycji, stron kontraktu i interesu publicznego.

85 Jak argumentował wykonawca, zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 17 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane „nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia, o którym mowa w art. 30: [...] 17) budowa telekomunikacyjnych linii kablowych”. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż podmioty realizujące prace na torach kolejowych zobowiązane są do bezwzględnego przestrzegania przepisów Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym oraz aktów wykonawczych do niej, w tym w szczególności rozporządzenia Ministra Infrastruktury dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji. Zgodnie z treścią § 48 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia: „W razie zagrożenia bezpieczeństwa ruchu należy stosować wszelkie dostępne środki w celu niedopuszczenia do wypadku, a gdy jest to niemożliwe – zmniejszenia skutków wypadku”. Mając na uwadze ww. przepisy i okoliczności oraz treść Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w ocenie ZUE w omawianej sytuacji nie było potrzeby uzyskiwania pozwolenia na budowę w celu usunięcia przedmiotowej awarii.

5.5. Polecenia zmian i roszczenia

Opis problemu

Istotną kwestią, jaką można było zaobserwować podczas realizacji projektu objętego paktem, były zmiany względem wymagań zamawiającego określonych w kontrakcie (wskazanych w głównej w mierze w PFU) wprowadzane do robót do wykonania przez wykonawcę. Obserwator skoncentrował się w szczególności na dwóch sytuacjach, które jednocześnie obrazują generalny charakter wątpliwości obserwatora do wprowadzania lub właśnie braku wprowadzania zmian do kontraktu:

1. Zmiany zakresu prac do wykonania w obszarze stacji Częstochowa Towarowa. Powodem wprowadzenia takich zmian była konieczność zachowania trwałości robót w związku z kolejną, planowaną przez PKP PLK, inwestycją. Jednakże zdaniem obserwatora problemem była duża skala zmian, jakie strony zdecydowały się wprowadzić do kontraktu.
2. Zmiany w obszarze ulicy Partyzantów w miejscowości Myszków. W tym przypadku istotą problemu był brak wprowadzenia zmian do kontraktu pomimo realizacji robót odmiennych aniżeli wskazane w wymaganiach zamawiającego.

Reakcja na zaistniały problem

Jeśli chodzi o zmiany w zakresie robót w obszarze stacji Częstochowa Towarowa, to zmiany wprowadzone do kontraktu dotyczyły wartości przekraczającej 31 mln złotych netto. Na wartość zmiany składały się prace dodatkowe w kwocie około 46 mln złotych netto pomniejszone o prace niewykonane w kwocie około 15 mln złotych netto. Przy łącznej pierwotnej kwocie kontraktowej wynoszącej 337,8 mln złotych netto zmiana ta wzbudziła pewne wątpliwości u obserwatora. Już z samych powyższych kwot można wywnioskować, że zakres zmiany kontraktu w obszarze stacji Częstochowa Towarowa był bardzo duży w skali całego przedsięwzięcia.

Proces zmiany zakresu robót do wykonania został rozpoczęty z początkiem roku 2018. Strony przez kilka miesięcy uzgadniały zakres robót objętych propozycją zmiany. Podczas tych uzgodnień jak i już po wprowadzeniu przez strony zmiany do kontraktu obserwator podniósł kilka istotnych pytań dotyczących m.in.:

1. **zgodności zakresu zmian z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach.** Obserwator otrzymał od wykonawcy zapewnienie, że zapisy decyzji środowiskowej w kwestii przebudowy układu torowego stacji są na tyle ogólne, że zmiana decyzji środowiskowej nie będzie wymagana⁸⁶.
2. **wpływu zmiany na harmonogram inwestycji.** Obserwator starał się wyjaśnić, jaki był wpływ zmiany na terminy/etapy realizacji kontraktu (przede wszystkim jeśli chodziło o prace projektowe). Z jednej strony obserwator otrzymywał informacje od zamawiającego, iż zakres robót objętych zmianą na stacji Częstochowa Towarowa został wydzielony jako odrębny element w zakresie projektowym bez wpływu na zakres podstawowy, a z drugiej strony z dokumentacji dotyczącej zmiany wynikało, iż rzeczona zmiana ma wpływ na terminy poszczególnych etapów realizacji całego

⁸⁶ Notatka ze spotkania specjalnego na temat wniosku o zmianę decyzji środowiskowej skierowanego do Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska przez wykonawcę i jego oceny przez zamawiającego (Warszawa, 27.02.2019), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/03/Notatka_spotkanie_specjalne_27_02_19.pdf [dostęp: 11.10.2021]; Notatka z 5. spotkania kwartalnego, *op. cit.*

kontraktu. Z ostatecznych informacji wynika, iż polecenie zmiany związane z pracami na stacji Częstochowa Towarowa spowodowało korektę terminów wykonania większości etapów realizacji kontraktu (aneks nr 1 do kontraktu) – w tym także etapu projektowego dla całości kontraktu. Warto podkreślić, że cały kontrakt miał pierwotnie trwać do lipca 2020 roku i to właśnie ta zmiana doprowadziła do jego wydłużenia do grudnia 2020 roku.

3. **podstawy prawnej do dokonania zmian oraz możliwości przewidzenia zmiany.** Obserwator otrzymał pisemne wyjaśnienie od zamawiającego, iż w jego ocenie istnieją przesłanki do zawarcia tego typu zmiany⁸⁷. Wyjaśnienie to nie było jednak wystarczające. Z jednej strony pojawiły się zapewnienia, iż tego typu zmiany nie dało się przewidzieć, udzielając zamówienia. Z drugiej strony pojawiały się sygnały, iż infrastruktura, która powinna zostać wymieniona na nową, ma już 50 lat i z każdym rokiem staje się bardziej awaryjna. Skoro więc było wiadomo od lat, że takie prace są niezbędne, to wydaje się, że były one do przewidzenia. Co więcej, zakres prac objętych zmianą ograniczony został do wykonania tylko niezbędnych robót w celu uniknięcia robót straconych podczas realizacji planowanego nowego zamówienia inwestycyjnego). Powstało więc kolejne pytanie, mianowicie, dlaczego zamawiający nie zdecydował się na włączenie (całego lub częściowego) zakresu robót na stacji Częstochowa Towarowa do kontraktu. I kolejne, dlaczego zdecydował się na taki ruch dopiero po dwóch latach od rozpoczęcia realizacji inwestycji objętej paktem – w roku 2018. Jednocześnie, zgodnie z informacją, jaką obserwator otrzymał od zamawiającego, do dnia tworzenia niniejszego raportu nie została rozpoczęta realizacja nowego zamówienia inwestycyjnego w obszarze Częstochowa Towarowa⁸⁸. Powstaje więc jeszcze jedno pytanie – skoro nagle dostrzeżono potrzebę realizacji tych prac i w dość kontrowersyjny sposób próbowano je połączyć z monitorowanym zamówieniem, to dlaczego ostatecznie porzucono pomysł na ich realizację? Jak później, w trakcie prac nad raportem, poinformował wykonawcę, pomysłu tego nie porzucono. Jednak na etapie realizacji kontraktu podstawowego zabrakło środków na jego realizację.

Ostatecznie, na moment ukończenia prac nad tym raportem, planowany termin ogłoszenia przetargu na prace w rejonie stacji Częstochowa Towarowa był szacowany na listopad 2021 roku. Była to kolejna dość zaskakująca informacja, zważywszy, że już w roku 2018 spółka PKP PLK musiała być przygotowana na takie działanie – wnioskując do inżyniera projektu o możliwość wprowadzenia tego typu zmiany do kontraktu, którego dotyczył pakt.

Co do prac w rejonie ul. Partyzantów w Myszkowie, to pod koniec grudnia 2020 roku obserwator został poinformowany przez anonimowego sygnalistę o możliwej niezgodności pomiędzy zakresem wykonanych prac przez wykonawcę a wymaganiami zamawiającego określonymi w kontrakcie. Informacja sygnalisty dotyczyła zakresu robót związanych z przebudową ul. Partyzantów oraz przejazdem kolejowym w miejscowości Myszków⁸⁹. W związku z tym zawiadomieniem obserwator zwrócił się prośbą do zamawiającego o wyjaśnienie sytuacji.

Z korespondencji z zamawiającym wynikało, iż zakres robót wskazany w wymaganiach zamawiającego związany z ulicą Partyzantów nie został wykonany i strony z tego tytułu nie dokonywały i nie planują

87 Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 4.12.2018 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/02/Ad_pismo_nr_1_Odpowiedz_PKP_PL_z_dn_4_12_2018.pdf [dostęp: 1.10.2021].

88 Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 12.03.2021 r., *op. cit.*

89 Pismo Fundacji do PKP PLK z 11.01.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.P.-J.-Maga-ws.-przejazdu-przy-ul.-Partyzant%C3%B3w-w-Myszkowie_11.01.21.pdf [dostęp: 1.10.2021].

dokonywać zmian⁹⁰. Niezależnie od faktycznych powodów rezygnacji z robót przy ul. Partyzantów, które były objęte kontraktem, takie wyjaśnienie zamawiającego jest co najmniej zaskakujące. Powodem zdziwienia jest niejednoznaczne podejście, jakie zamawiający zastosował w kontrakcie, jeśli chodzi o zmiany zakresów robót do wykonania przez wykonawcę. Z jednej strony zamawiający z wykonawcą dokonywali zmian kontraktu w związku z robotami o znikomym znaczeniu (np. dodatkowa wymiana stolarki okiennej w budynku nastawni kolejowej była przedmiotem wydanego polecenia zmiany). Z drugiej zaś zmiana zakresów robót o tej skali, co prace przy ul. Partyzantów w Myszkowie, nie okazała się przesłanką do zmian kontraktu. Wyjaśnienia zamawiającego otrzymane do momentu ukończenia prac na tym raporcie były w tej kwestii całkowicie niewystarczające.

W ocenie obserwatora niedopuszczalne jest, aby zmiany zakresów robót, zwłaszcza o istotnej z punktu widzenia przeciętnego mieszkańca (ostatecznego beneficjanta inwestycji) skali i wartości (ok. 120 tys. złotych), nie miały odzwierciedlenia w dokumentach kontraktowych. Obserwator takich dokumentów nie otrzymał. Na dzień tworzenia raportu obserwator wciąż oczekiwał odpowiedzi na pytanie, dlaczego tak się stało (prośba obserwatora została skierowana do zamawiającego pod koniec lipca 2021 roku). W celu doprecyzowania ww. kwestii wykonawca przekazał informację, że roboty główne dla tego przejazdu zostały zrealizowane, a brak niektórych elementów wynikał z konieczności wprowadzenia do planu zagospodarowania przestrzennego miasta Myszków zmian, które trwałyby bardzo długo. Dodatkowo teren wymagany do wyprostowania drogi wiązałby się z potrzebą uzyskania decyzji ULLK i wykupu gruntów przez zamawiającego, czym ten nie był zainteresowany.

Niezależnie od dwóch powyżej opisanych kwestii, należy dodatkowo wspomnieć, iż w ramach zmian (złożonych wniosków z jednej lub drugiej strony kontraktu i ich procedowaniu) napotkane problemy w ich uzgodnieniu były dla wykonawcy podstawą do wysuwania roszczeń. Przykładem tutaj może być kwestia wprowadzenia do kontraktu zmiany polegającej na rezygnacji z budowy skrzyżowania dwupoziomowego w km 235,958 linii kolejowej nr 1⁹¹. Wprowadzenie zmiany poprzez wydanie polecenia zmiany przez inżyniera projektu miało miejsce w 2019 roku, a zawarcie samego aneksu do kontraktu dopiero w roku 2020 (trzy lata po podpisaniu kontraktu). Czyli zakładając, iż wykonawca powinien działać zgodnie z kontraktem, to dopiero najwcześniej w 2019 roku powinien rozpocząć realizację prac projektowych wg zmienionego zakresu robót. Tak jak to zostało przedstawione w raporcie w części dotyczącej przejścia podziemnego w Poraju, niezwykle istotną kwestią jest sprawne wprowadzanie/uzgadnianie zmian do kontraktu. Algorytm (10 dokumentów wewnątrz struktur zamawiającego) powinien być znany stronom kontraktu od samego początku współpracy (przed złożeniem oferty) i powinien zostać uwzględniony w harmonogramie realizacji inwestycji. Tym samym w przypadku napotkania jakichkolwiek utrudnień podczas procesu uzgodnień, problemy też powinny być niezwłocznie być przedstawiane/komunikowane drugiej stronie, zanim nastąpi wprowadzenie zmiany. Kolejnym formalnym problemem okazało się wydanie przez inżyniera czterech poleceń zmian (nr 10, 11, 12, 13), które zostały zrealizowane w 2020 roku, a do momentu zakończenia prac nad raportem (wrzesień 2021 roku) nie zostały poparte właściwym aneksem do umowy.

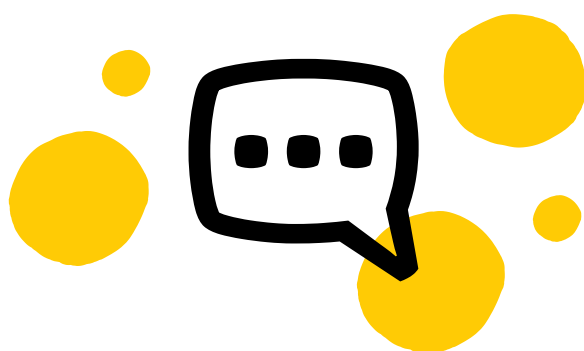
Ponadto istotnym dla realizacji projektu wątkiem do podkreślenia w tym miejscu jest wyraźnie widoczny problem w komunikacji stron kontraktu w zakresie roszczeń. Obserwator nie dysponował korespondencją zamawiającego, z której wynikałaby chęć współdziałania w rozwiązaniu tego problemu

90 Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 18.02.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/odp.-ul.-Partyzant%C3%B3w_18.02.21.pdf [dostęp: 11.10.2021], Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 31.03.2021 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/11-2021.pdf> [dostęp: 11.10.2021].

91 W ramach konsultacji niniejszego raportu zamawiający podkreślał, że możliwość rezygnacji z budowy skrzyżowania była uwzględniona w PFU.

i zmniejszenia związanych z nim ryzyk. Niezrozumiałe jest stanowisko, iż właściwym sposobem komunikowania się w sprawie roszczeń jest oczekiwanie na roszczenie ostateczne od wykonawcy po to, aby inżynier projektu mógł wyrazić swoje stanowisko. Zresztą dla części roszczeń inżynier przedstawił stanowisko przed otrzymaniem od wykonawcy roszczeń ostatecznych, a dla części tego nie zrobił. W ocenie obserwatora zabrakło podczas realizacji projektu oficjalnego dialogu zamawiającego z wykonawcą pozwalającego na dokonanie ustaleń lub uzgodnień w przedmiotach roszczeń.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Umiejętności komunikacyjne powinny być **wzmacniane przez szkolenia i warsztaty** dla zamawiających i wykonawców.

Dodatkowo warto wspomnieć o zmianie nazewnictwa jednego z etapów realizacji kontraktu. Aneksem nr 1 do kontraktu strony wprowadziły zmiany w oznaczeniach i nazewnictwach poszczególnych etapów realizacji kontraktu. Zmiana miała miejsce także w oznaczeniu ostatniego etapu, tj.

Etap 8 [wersja przed zmianami]	Etap 11 [wersja po zmianie wprowadzonej aneksem 1]
Pozostałe roboty wraz z dokonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów oraz uzyskaniem wymaganych decyzji i pozwoleń	Pozostałe prace wraz z wykonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów

Tabela 2. Porównanie nazewnictwa ostatniego etapu przed i po zawarciu aneksu nr 1. Źródło: Opracowanie własne.

Ta z pozoru błaha zmiana może mieć istotne konsekwencje, np. z punktu widzenia okresu gwarancji. Obserwator, pomimo kilku próśb skierowanych do zamawiającego o wyjaśnienie powodów tej zmiany, również i w tym przypadku nie otrzymał klarownych odpowiedzi⁹². Jak powyżej można zauważyć, zmiana ta polegała na usunięciu z nazwy ostatniego z etapów zapisu o konieczności „uzyskania wymaganych decyzji i pozwoleń”. Jednocześnie zamawiający potwierdził, iż w ramach ostatniego z etapów

⁹² Pismo Fundacji do PKP PLK z 28.04.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.P.-R.Krok_terminy-etap%C3%B3w-kontraktu-w-aneksie-1.pdf [dostęp: 1.10.2021]; Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 12.05.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/PPK-PLK_terminy-realizacji-kontraktu.pdf [dostęp: 1.10.2021]; Pismo Fundacji do PKP PLK z 15.12.2020 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.P.-J.-Maga-pismo-ws.-ostatniego-etapu-OST-1.pdf> [dostęp: 1.10.2021]; Pismo PKP PLK do Fundacji Batorego z 28.12.2020 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Odp.-PKP-PLK-dot.-realizacji-ostatniego-etapu-1.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

należy uzyskać wymagane decyzje i pozwolenia, wobec czego powyższa zmiana nazewnictwa jest tym bardziej niezrozumiała dla obserwatora. Obserwator stoi na stanowisku, iż niedopuszczalne są zmiany w kontrakcie bez uzasadnionej i wskazanej w aneksie podstawy do takowych czynności. Każda zmiana (w tym nawet omyłka pisarska) co do jej podstawy powinna zostać jasno i klarownie przedstawiona w dokumentach wprowadzających w życie zmianę kontraktu. Obserwator takich podstaw nie widział i nie zostały mu one przedstawione.

5.6. Przypadek przejścia podziemnego w Poraju

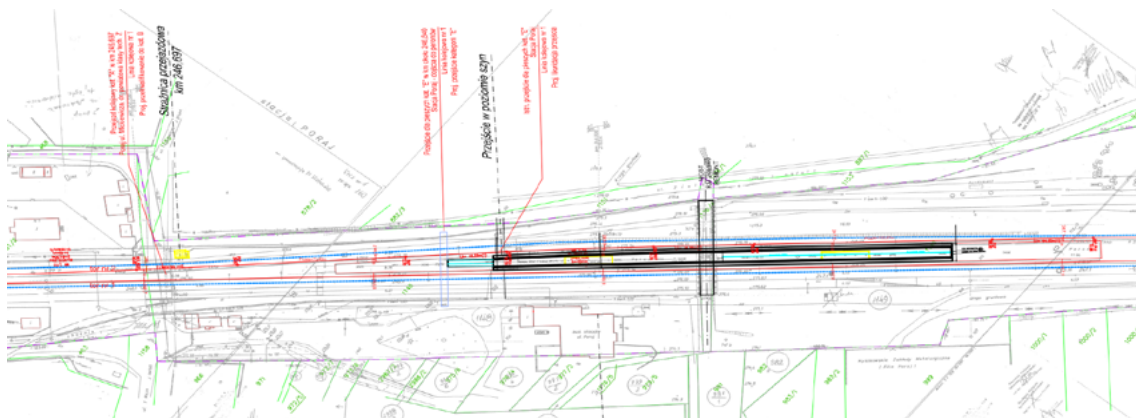
Opis problemu

Na odcinku inwestycji w miejscowości Poraj (km 246,840 linii kolejowej nr 1) powstała nieplanowana sytuacja związana z brakiem docelowego dojścia do peronów oraz przejścia przez tory na tamtejszej stacji. Problem związany z tą sytuacją wynikał przede wszystkim z braku docelowego przejścia w Poraju pomimo założeń kontraktu, iż takie przejście miało zostać wykonane. Z powodu sporu, jaki wyniknął między wykonawcą a zamawiającym, nie zostało dokończzone przejście podziemne i wykonano tymczasowe dojście do peronów (zamiast normalnie funkcjonującego, w poziomie szyn), co spowodowało istotne uciążliwości dla pasażerów i mieszkańców miejscowości chcących przedostać się na drugą stronę torów (dojście z drugiej strony peronu aniżeli centrum przesiadkowe, poprzez nieutwardzoną drogę, bez wydzielonego ciągu pieszego). Co więcej, taki stan tymczasowości oraz wymuszanie wydłużonego ciągu w poruszaniu się po nim mógł stwarzać (a w momencie ukończenia prac na tym raporcie wciąż stwarzał) istotne zagrożenie. Stan przejścia tymczasowego przedstawiają poniższe zdjęcia, wykonane przez obserwatora w lutym 2021 roku.



Zdjęcia 3 i 4. Przejście tymczasowe do peronu na stacji w Poraju podczas wizyty monitoringowej 18 lutego 2021 roku. Źródło: materiały własne.

Zgodnie z założeniami, jakie inwestor zawarł w 2016 roku w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przygotowanej w celu realizacji zamówienia objętej paktem, w ramach inwestycji należało zaprojektować i wybudować nowe przejście w poziomie szyn w zamian istniejącego już wcześniej przejścia. W ocenie obserwatora wymagania zamawiającego określone w kontrakcie w zakresie przejścia w Poraju zostały względnie precyzyjnie określone w dokumentacji przetargowej, co zostało uwidocznione m.in. na poniższym rysunku.



Rycina 4. Projekt przejścia naziemnego na stacji w Poraju

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wydana dla inwestycji, a dokładnie rzecz biorąc załącznik do decyzji w postaci charakterystyki planowanego przedsięwzięcia, wskazuje zakres rzeczowy przedsięwzięcia. Zakres ten został wskazany w podziale na m.in. przejazdy kolejowe oraz obiekty inżynieryjne. Istniała jednak pewna rozbieżność w treści rzeczowego załącznika do decyzji. Wynikało z niej bowiem, iż przedmiotem przedsięwzięcia były dwa obiekty:

- a) Przejście w poziomie szyn – pkt III, tab. 1, poz. 7 załącznika do decyzji, jak i
- b) Budowa przejścia podziemnego – pkt IV, tab. 3, poz. 35 załącznika do decyzji.

Jednocześnie w streszczeniu raportu o oddziaływaniu na środowisko wykonywanego przez PKP PLK dla celu uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, udostępnionego przez zamawiającego wykonawcom w postępowaniu przetargowym (nie było wówczas jeszcze decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, co obserwator wskazywał kilkakrotnie jako czynnik ryzyka w trakcie przetargu), nie została wskazana budowa przejścia podziemnego w Poraju – pomimo iż same plany zbudowania innych przejść zostały tam wskazane. Na etapie przetargu wykonawcy nie mogli więc na podstawie dostępnych dokumentów (przede wszystkim PFU, ale również dokumentów dodatkowych, tj. streszczenia raportu o oddziaływaniu na środowisko) przewidzieć, iż w Poraju może pojawić się potrzeba przejścia podziemnego. Rozwiązanie to ostatecznie zostało ujęte już po rozstrzygnięciu przetargu – w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Obserwator w poprzednim raporcie z monitoringu wskazywał na potrzebę uzyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w terminie pozwalającym na zapoznanie się z jej treścią przez wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Na etapie przetargu można było zakładać, że intencją PKP PLK było wykonanie jednego przejścia, w poziomie torów, w pobliżu peronów w Poraju. Trudno w tym kontekście zrozumieć, dlaczego w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nastąpiła pewnego rodzaju redundancja zakresów do wykonania w ramach przedsięwzięcia. Nie jest też do końca jasne, czy przejście podziemne w Poraju było przedmiotem analizy. Jak podnosił zamawiający w ramach konsultacji niniejszego raportu, było ono co prawda ujęte jako opcja w aneksie nr 1 do raportu o oddziaływaniu na środowisko (obserwator nie poznał jego treści), ale jako przejście dodatkowe. Nie wiadomo jednak, na podstawie jakich konkretnie przesłanek w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach rozszerzono zakres przedsięwzięcia o możliwość wybudowania przejścia podziemnego.

W ocenie obserwatora zakres przedsięwzięcia wskazany w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach powinien być jednoznacznie określony bez pozostawiania wariantów do wyboru podczas realizacji inwestycji, ponieważ kontrakt wymagał wykonania zadania zgodnie z DŚU. Tymczasem brak jednoznaczności w tej kwestii spowodował spór dotyczący tego elementu inwestycji, uniemożliwiający *de facto* zakończenie jej w całości w terminie kontraktowym i generujący dodatkowe koszty.

Z kolei umowa o dofinansowanie projektu nie zawierała szczegółowych zapisów określających zakres rzeczowy zamówienia. Także w załączniku do umowy pn. „Opis Projektu” nie zostało określone, jakiego rodzaju przejścia przez tory miałyby zostać wykonane w ramach inwestycji. Wiadomo jedynie, według deklaracji PKP PLK, że zamawiający starając się o DŚU, chciał budować przejście podziemne (lipiec 2017 roku). Wówczas jednak oczekiwanie to nie zostało jeszcze skonkretyzowane. Od lipca 2017 roku, kiedy to zamawiający i wykonawca podpisali kontrakt, pomimo kilkukrotnych zmian umowy, nie zmieniły się istniejące zapisy dotyczące przejść kolejowych. Można więc założyć, że projekt opisany w umowie o dofinansowanie nie przewidywał budowy przejścia podziemnego, a jedynie budowę przejścia w poziomie szyn. Dodatkowo CUPT wskazywał, że przejście w poziomie szyn znajduje się w zakresie projektu i jego wybudowanie jest konieczne do rozliczenia projektu⁹³.

Dopiero, z początkiem 2018 roku zamawiający zainicjował zmianę zakresu kontraktu polegającą na zastąpieniu przejścia w poziomie szyn przejściem podziemnym. Wg ówczesnych wstępnych szacunków zamawiającego koszt takiego zadania wynosił około 5 mln złotych⁹⁴. Jednakże dopiero w trzecim kwartale 2018 roku (ponad pół roku od zainicjowania zmiany) strony doprowadziły do kolejnego istotnego kroku. Wykonawca przedłożył pierwszą koncepcję przejścia podziemnego. Z kolei sam wybór wariantu koncepcji budowy przejścia podziemnego dokonał się dopiero w lutym 2019 roku (ponad rok od zainicjowania zmiany).

Wykonawca przekazał wstępny wariant koncepcji już w czerwcu 2018 roku (3 miesiące po zainicjowaniu procedury zmiany). Następnie, po spotkaniach i uzgodnieniach, wykonawca przekazał dalsze 5 wariantów – 2 w sierpniu, 2 w październiku 2018 roku oraz ostatnią w styczniu 2019 roku. W maju 2019 roku wykonawca poinformował o szacunkowym koszcie wykonania robót inżynierskich przejścia wg wybranego wariantu wynoszącym 11 mln złotych. Następnie między zamawiającym a wykonawcą toczyły się rozmowy dotyczące uszczegółowienia wariantów budowy przejścia.

[9] Komentarz wykonawcy: Zamawiający i inżynier projektu odrzucili przedstawioną wycenę, oczekując uprzedniego przygotowania dokumentacji projektowej – projektu budowlanego i wykonawczego w podziale branżowym. Wykonawca przystąpił do wykonywania ww. dokumentacji projektowej, która na bieżąco była uzgadniana i opiniowana na ZOPI.

W lutym 2020 roku (ponad dwa lata od zainicjowania zmiany), po przygotowaniu i zatwierdzeniu na ZOPI dokumentacji wykonawczej, wykonawca przedłożył nową ofertę, której wartość przekroczyła 15 mln złotych. Jednocześnie z ofertą cenową wykonawca wskazał termin wykonania przejścia. Oferta ta nie została przyjęta przez zamawiającego z uwagi na koszt oraz odległy termin wykonania przejścia. W międzyczasie (styczeń 2020 roku) wykonawca, działając na podstawie udzielonych mu pełnomocnictw, uzyskał decyzję o pozwoleniu na budowę przejścia podziemnego w Poraju. Po kolejnych rozmowach prowadzonych przez zamawiającego, inżyniera i wykonawcę ustalono, iż koszt budowy przejścia

93 Notatka ze spotkania specjalnego z przedstawicielami Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie problemów występujących w pakcie uczciwości, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Notatka_spotkanie_z_MFPR_22.12.2020_OST.pdf [dostęp: 28.11.2021].

94 Pismo PKP PLK Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie z 11.01.2018 r. nr IZIW-210-02/18.

podziemnego to około 15 mln złotych, a termin wykonania większości robót w zakresie przedmiotowego przejścia podziemnego musiał być zbieżny z końcem realizacji całej inwestycji, który przypadał na koniec roku 2020. Jednocześnie uzgodniono, że drobne prace wykończeniowe (malowanie), zagospodarowanie terenu oraz uzyskanie wymaganych pozwoleń mogły trwać do kwietnia 2021 roku.

[10] Komentarz wykonawcy: Termin 29.12.2020 roku był terminem nieprzekraczalnym i od jego utrzymania zamawiający warunkował realizację tych prac. Powyższe było uwarunkowane uzgodnionymi zamknięciami torowymi oraz faktem rozpoczęcia przez zamawiającego inwestycji na linii kolejowej nr 131, dla której linią obwodową miała być linia kolejowa nr 1.

W połowie 2020 roku zamawiający poinformował, że inicjuje wewnętrzne procedury uzyskiwania zgód korporacyjnych pozwalających na ostateczne dokonanie zmiany zakresu robót w Poraju i rozpoczęcie prac dotyczących wybudowania przejścia podziemnego. Ale w sierpniu 2020 roku wykonawca, nie mając tych zgód, rozpoczął prowadzenie robót budowlanych. Na przełomie września i października tego samego roku zamawiający nakazał wstrzymanie prac, ponieważ (jak twierdził) nie wyraził zgody na ich realizację. Korespondencja z tego czasu, do której dostęp miał obserwator, dotyczyła zabezpieczenia już jedynie wykonanych robót przy przejściu, jak i ustalenia możliwości tymczasowego korzystania z peronów w Poraju. Mimo ponad dwóch lat od zainicjowania zmiany dotyczącej opisywanego elementu inwestycji, do dnia ukończenia ostatniego etapu realizacji całości inwestycji (koniec grudnia 2020 roku) nie zostało wybudowane dojście do peronów w linii szyn ani przejście podziemne. Nie zostały również ustalone ostateczne zasady jego realizacji. W ramach konsultacji raportu zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca nie otrzymał od inżyniera polecenia na realizację tego zakresu robót. Zamawiający wielokrotnie informował wykonawcę, że do czasu uzyskania wymaganych regulacjami zamawiającego zgód korporacyjnych, wykonawca nie może wykonywać robót.

[11] Komentarz wykonawcy: Gdy zamawiający poinformował, że inicjuje wewnętrzne procedury uzyskiwania zgód korporacyjnych oraz zagwarantowania zabezpieczenia finansowania w kwocie 15 mln złotych, strony prowadziły dalsze uzgodnienia – ustalono harmonogram realizacji prac (czerwiec 2020 roku), zamawiający dokonał zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych do śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego (sierpień 2020 roku), wykonawca negocjował oraz zawierał umowy z podwykonawcami oraz dokonywał ich zgłoszenia do zamawiającego (sierpień 2020 roku). Równolegle dokonywano weryfikacji przygotowanej przez wykonawcę wyceny i uzgadniano warunki cenowe. Także w sierpniu 2020 roku, pomimo braku ww. zgód, stosownie do wzajemnych uzgodnień z zamawiającym oraz mając na uwadze apele przedstawicieli zamawiającego o niezwłoczne rozpoczęcie prac (albowiem w przeciwnym wypadku niemożliwe byłoby ich wykonanie w terminie wymaganym przez zamawiającego tj. do dnia 29.12.2020 roku), wykonawca rozpoczął prowadzenie tych robót budowlanych. Prace rozpoczęto oraz dokonano stosownych wpisów w dzienniku budowy (w tym wpisów dokonali inspektorzy nadzoru ze strony zamawiającego i inżyniera projektu). Ponadto wykonawca dokonywał zgłoszeń umów zawieranych z podwykonawcami, którzy realizowali przedmiotowe prace. Sam stan prac, z uwagi na napięty harmonogram, był na bieżąco raportowany zamawiającemu (przedstawicielom Centrum Realizacji Inwestycji) i omawiany na Radach Budowy. Na przełomie września i października 2020 roku zamawiający nakazał wstrzymanie prac, ponieważ rzekomo nie wyraził zgody na ich realizację. W chwili wstrzymania prace były w zaawansowanym stadium realizacji i ich wstrzymanie z dnia na dzień nie było możliwe. W konsekwencji strony uzgodniły zakres prac zabezpieczających koniecznych do wykonania, które nie spowodowałyby utracenia wykonanych już robót oraz umożliwiły przywrócenie ruchu kolejowego (przejście przebiegało pod oboma torami newralgicznej linii kolejowej). *De facto* zatem wykonawca zobowiązany został do wykonania całego stanu surowego przejścia podziemnego, określonego roboczą nazwą „roboty zabezpieczające”. Ponieważ zamiast kompletnego zakresu prac (który obejmował m.in. zapewnienie dostępu do peronu wyspowego za pomocą wind) wykonawca zrealizował wyłącznie zakres częściowy polegający na budowie przejścia podziemnego na stacji Poraj w stanie surowym, jak również z uwagi na fakt, iż w tym momencie niemożliwe było wykonanie przewidzianego w PFU przejścia w poziomie szyn (przejście podziemne powstało w miejscu planowanego przejścia naziemnego, dodatkowo peron wyspowy został zaprojektowany i wykonany już na podstawie dokumentacji projektowej uwzględniającej budowę przejścia podziemnego), konieczne stało się wykonanie tymczasowego dojścia dla podróżnych na peron wyspowy.

Na marginesie wskazać należy również, iż rozpoczęcie budowy (oraz późniejsze jej wstrzymanie) przejścia podziemnego w km 246,853 w stacji Poraj, który to zakres wykraczał poza umowę podstawową, uniemożliwił uzyskanie Certyfikatów WE końcowych dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Urządzenia przytorowe Sterowanie ruchem kolejowym”. Przeprowadzenie procedury uzyskiwania Certyfikatów Końcowej Weryfikacji dla ww. podsystemów uzależnione jest od zakończenia prac związanych z budową przejścia podziemnego na stacji Poraj w km 246,853 oraz dokonania stosownych zmian w kontrakcie (wyłączenia z zakresu prac robót polegających na budowie przejścia w poziomie szyn na ww. stacji, zamiast którego zbudowano przejście podziemne).

Reakcja na zaistniały problem

W ocenie obserwatora wniosek przedstawiony przez PKP PLK dotyczący możliwości wykonania przejścia podziemnego w zamian za przejście w poziomie szyn jest od strony bezpieczeństwa wnioskiem nad wyraz słusznym. Wątpliwości budził jedynie chaotyczny i nie do końca zrozumiały sposób realizacji tego zamierzenia.

Obserwator już w roku 2018 zwrócił się z prośbą do PKP PLK o wyjaśnienie, czy propozycja budowy przejścia podziemnego w zamian za przejście w poziomie szyn możliwa będzie do wykonania w trybie zmiany czy też odrębnego zamówienia⁹⁵. Zamawiający odpowiedział na to, iż tego typu zmiana możliwa jest do wprowadzenia do kontraktu zgodnie z zapisami umowy⁹⁶. Jednocześnie w toku realizacji inwestycji, w trakcie spotkań kwartalnych w ramach paktu oraz rad budowy, obserwator był wielokrotnie zapewniany, iż dialog pomiędzy zamawiającym i wykonawcą prowadzi do realizacji zmiany i zawarcia aneksu do umowy, pozwalającego na zrealizowanie przejścia podziemnego⁹⁷. Jak się ostatecznie okazało, dialog ten, w ocenie obserwatora, był nieskuteczny, między innymi dlatego, że nie był prowadzony właściwie – przy zachowaniu porządku w procedurach decyzyjnych i wzajemnego zaufania między wykonawcą i zamawiającym.

Na podstawie dostępnych obserwatorowi informacji można zaryzykować stwierdzenie, że na negatywnym przebiegu uzgodnień dotyczących przejścia w Poraju zaważyła przede wszystkim pewna opieszałość i dezorganizacja – zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy (z taką oceną obserwatora nie zgadzają się pozostałe strony). Z dostępnej korespondencji wynika, iż w pewnych momentach procesu zmiany każda ze stron podejmowała decyzję i/lub działania przewlekłe, dodatkowo nie informując się wzajemnie o opóźnieniach. Potwierdzeniem tego są wzajemne zarzuty w tej materii zawarte w dokumentacji inwestycji i korespondencji między stronami. W ocenie obserwatora nie istniały racjonalne przesłanki, aby uzgodnienia w sprawie tej zmiany prowadzić tak długo. Proces ten trwał ponad dwa lata, a i tak nie zakończył się porozumieniem między stronami, wprowadzeniem polecenia zmiany i podpisaniem aneksu do kontraktu. Wystarczy wypunktować główne czynności stron, uwzględniając terminy od wszczęcia/zainicjowania procesu zmiany przez zamawiającego:

1. Wniosek zamawiającego do inżyniera o przedstawienie zmiany – styczeń 2018 roku.
2. Wniosek inżyniera do wykonawcy o przedstawienie propozycji zmiany – marzec 2018 roku (po 2 miesiącach).

⁹⁵ Pismo Fundacji do PKP PLK z 15.11.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2019/02/Pismo_nr_1_z_dn_15_11_18_do_PKP_PLK.pdf [dostęp: 1.10.2021].

⁹⁶ Pismo PKP PLK do Fundacji z 4.12.2021 r., *op.cit.*

⁹⁷ Notatka z 6. spotkania kwartalnego, *op. cit.*

3. Wykonawca przedkłada wstępny projekt (koncepcję) budowy przejścia – czerwiec 2018 roku (po kolejnych 3 miesiącach).
4. Wybór przez zamawiającego wariantu koncepcji budowy przejścia do dalszych prac (projektowych) – luty 2019 roku (po kolejnych 6 miesiącach, a po roku od rozpoczęcia działań).
5. Przedstawienie przez wykonawcę szacunkowego kosztu budowy przejścia – maj 2019 roku (po kolejnych 2 miesiącach, a 14 miesięcy od wszczęcia procesu zmiany).

[12] Komentarz wykonawcy: Propozycja została odrzucona, ponieważ zamawiający wraz z inżynierem projektu oczekiwali szczegółowej wyceny, która mogła być przygotowana dopiero po przygotowaniu dokumentacji projektowej – projektu wykonawczego.

6. Przedstawienie przez wykonawcę kolejnej propozycji budowy przejścia – luty 2020 roku (po 24 miesiącach od rozpoczęcia działań).

[13] Komentarz wykonawcy: Propozycja została przedstawiona niezwłocznie po akceptacji (zwolnieniu do realizacji) na ZOPI ostatniej części dokumentacji wykonawczej przygotowanej przez wykonawcę.

Trudne do ustalenia są dokładne powody opieszałości każdej ze stron, jak i czynniki zewnętrzne utrudniające porozumienie wokół przejścia w Poraju. Jedyną okolicznością, która mogłaby mieć znaczenie, była budowa centrum przesiadkowego w Poraju. Ale nawet ten fakt, w ocenie obserwatora, nie powinien stanowić przeszkody w ustaleniu zasad wprowadzenia zmiany dotyczącej przejścia. Jednocześnie w przypadku innych procedowanych zmian (np. zmiana nr 2 dotycząca zwiększenia zakresu prac na stacji Częstochowa Towarowa, które wyceniano na ponad 30 mln złotych – znacznie więcej aniżeli prace związane z przejściem w Poraju), z tak długotrwałym procesem decyzyjnym nie było do czynienia. Jak w ramach konsultacji raportu podnosił zamawiający, długie procedowanie dotyczące budowy przejścia podziemnego w stacji Poraj wynikało z długiego procesu uzgadniania ostatecznego wariantu koncepcji przejścia przez wszystkie strony biorące udział w tym procesie oraz z koordynacji dokumentacji projektowej związanej z centrum przesiadkowym w Poraju.

Opieszałość, jaka miała miejsce przy podejmowaniu decyzji i działań przez strony, była też przyczyną eskalacji napięć i sporów między zamawiającym a wykonawcą. W konsekwencji zbliżający się termin zakończenia wykonania robót budowlanych powodował negatywną synergię warunków. Z jednej strony zaistniało ryzyko niewykonania tych robót w terminie zakresu podstawowego, z drugiej zaś, że do wykonania niezbędne będzie zaangażowanie zwiększonego potencjału kadrowego i sprzętowego. W ocenie obserwatora skrócenie czasu decyzji (obu stron) w toku uzgadniania zmiany zredukowałoby liczbę ryzyk związanych ze zmianą koncepcji przejścia w Poraju, znacznie obniżyłoby poziom konfliktu, a szansa na wybudowanie przejścia podziemnego w terminie kontraktowym byłaby znacznie większa.

Warto przy tym podnieść jeszcze dwie kwestie. Pierwszą jest niejednoznaczność zapisów kontraktu w zakresie dokumentów, jakie powinien wykonawca przedłożyć, aby uzgodnić zmianę. A dokładnie rzecz biorąc, chodzi o szczegółowość rozwiązań projektowych/założeń realizacji robót. Wykonawca wycenił budowę przejścia podziemnego realizowanego w ramach zakresu podstawowego. Wycenę wykonał, opierając się na dokumentacji dołączonej do postępowania przetargowego. W głównej mierze był to Program Funkcjonalno-Użytkowy, w którym zostały wskazane wymagania zamawiającego. Natomiast opracowaniem projektowym, które zamawiający dołączył w ramach postępowania przetargowego, była dokumentacja wykonana na poziomie koncepcji. Niezrozumiałe dla obserwatora jest

oczekiwanie zamawiającego wykonania przez wykonawcę szczegółowych rozwiązań projektowych (projektu budowlanego i wykonawczego), aby dopiero na ich podstawie móc uzgodnić zmianę. Jeśli PKP PLK mogła zaakceptować wycenę ofertową wykonaną na ogólnym poziomie szczegółowości, to i w przypadku zmian powinna na takim samym poziomie szczegółowości móc ocenić i uzgodnić propozycję zmiany. Czemu zatem w przypadku przejścia w Poraju oczekiwała pełniejszej dokumentacji? Oczekiwanie, że wykonawca przedstawi szczegółowe rozwiązanie projektowe, w ocenie obserwatora, dodatkowo jeszcze wydłużyły dialog stron w zakresie uzgodnienia zmiany.

Drugą kwestią, którą warto wskazać, jest wykonywanie dokumentacji projektowej dla zakresu objętego propozycją zmiany i jednocześnie traktowanie jej jako dokumentacji kontraktowej. W projektach realizowanych w formule „projektuj i buduj”, zarówno roboty budowlane, jak i prace projektowe są częścią robót do wykonania przez wykonawcę. Niezrozumiałym jest zatem oczekiwanie, że część robót nie ujętych w kontrakcie zostanie wykonana przed realizacją poleceniem zmiany. Innymi słowy, nie można zakładać, iż w formule „projektuj i buduj” formalną zmianą objęte są tylko roboty budowlane. W ocenie obserwatora nie powinno się realizować i zatwierdzać dokumentacji projektowej niezgodnej z kontraktem poprzez wprowadzenie zmiany do kontraktu. Nie można dopuszczać do sytuacji, w której realizowane są roboty (np. projektowanie lub roboty budowlane) niezgodne z zapisami wymagań zamawiającego, z założeniem, iż w późniejszym okresie dokona się formalnej zmiany kontraktu. Taka sytuacja zapewne ma miejsce w przypadku, gdy termin na wykonanie poszczególnych kamieni milowych jest krótki i w harmonogramie realizacji projektu nie zostały przewidziane do wykonania ewentualne zmiany w zakresie rzeczowym projektu.

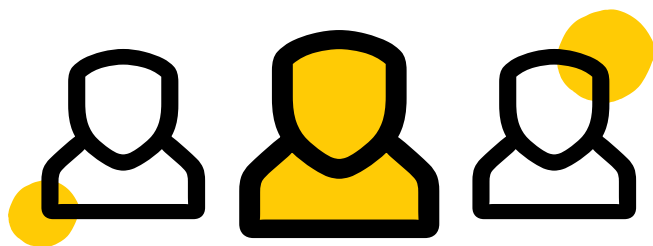
Niejednoznaczną kwestią jest też możliwość wprowadzenia przez inżyniera projektu, w rozliczeniu pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, stawek tymczasowych. Została ona także wskazana w Warunkach kontraktu. Niejednoznaczność takiego mechanizmu, w ocenie obserwatora, polega jednak na niedookreśleniu, w jakim momencie można go zastosować – przed, czy też po wydaniu polecenia zmiany. Niezależnie od powyższego obserwator nie miał korespondencji, w której inżynier projektu rozważałby wprowadzenie stawek tymczasowych za wykonane prace objęte zmianami (np. prace projektowe), które to według Warunków kontraktu miałyby usprawnić realizację robót objętych zmianą, chociaż na taką możliwość wskazywał wykonawca.

Kontynuując powyższe, należy jeszcze zwrócić uwagę, iż nie tylko samo wykonanie projektu budowlanego nastąpiło przed wprowadzeniem zmiany. Przedstawiciel wykonawcy jako pełnomocnik zamawiającego złożył również wniosek o zatwierdzenie projektu i jednocześnie udzielenie decyzji o pozwoleniu na budowę. Inżynier projektu nalegał bowiem na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, wskazując na uwarunkowania terminowe realizacji projektu. Decyzja o pozwoleniu na budowę dla zakresu innego aniżeli określony w kontrakcie (tj. przejście podziemne w Poraju) została wydana na początku roku 2020. W ocenie obserwatora uzyskiwanie decyzji o pozwoleniu na budowę dla obiektu innego aniżeli wskazany w kontrakcie nie jest prawidłowym działaniem. Tego typu decyzja powinna zostać wydana po uzgodnieniu i formalnym zatwierdzeniu zmian przez strony. W efekcie w korespondencji kontraktowej można przeczytać, że zamawiający (Centrum Realizacji Inwestycji) i inżynier zarzucali wykonawcy, iż fakt wydania decyzji o pozwoleniu na budowę został przez niego zatajony przez okres kilku miesięcy, chociaż decyzję taką jednostka zamawiającego – Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie otrzymała niezwłocznie po jej wydaniu. Wskazuje to również na problem w komunikacji wewnętrznej zamawiającego pomiędzy jego własnymi jednostkami organizacyjnymi (zgodnie z treścią decyzji zamawiający, a konkretnie Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie, otrzymał tę decyzję do wiadomości, o czym nie wiedziały inne jednostki zamawiającego).

Kolejną kwestią jest moment rozpoczęcia robót budowlanych. Z korespondencji wynika, że proces ten przebiegał raczej niekonwencjonalnie. Mianowicie o rozpoczęciu robót (sierpień 2020 roku) i ich prowadzeniu przez ponad miesiąc wiedział ponoć tylko wykonawca. Jest to zaskakujące, gdyż, aby rozpocząć roboty budowlane, niezbędne są oświadczenia inwestora oraz inspektora nadzoru (a nie tylko kierownika budowy z ramienia wykonawcy). Należy w tym miejscu podkreślić, że takie dokumenty zostały wydane, a rozpoczęcie robót zostało udokumentowane w dzienniku budowy. Pod zawiadomieniem o zamiarze rozpoczęcia robót budowlanych do śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego podpisała się dyrektor projektu ze strony zamawiającego. Wobec czego w ocenie obserwatora wszystkie strony kontraktu powinny zdawać sobie sprawę, że rozpoczyna się realizacja robót przy budowie przejścia podziemnego (na marginesie warto podkreślić jednak, że w ocenie obserwatora to w ogóle nie powinno mieć miejsca z uwagi na brak uzgodnienia zmiany).

Z faktem rozpoczęcia robót wiązało się zwolnienie osób zarządzających z ramienia zamawiającego projektem bezpośrednio w rejonie inwestycji, które dokonało się w trybie nagłym i zupełnie niezrozumiałym dla obserwatora. Z informacji, jakie ma obserwator, wynika, że dyrektor oraz kierownik kontraktu zostali zwolnieni za, ujmując rzecz w skrócie, niedopełnienie obowiązków, brak nadzoru nad inwestycją, a w konsekwencji działanie na szkodę spółki PKP PLK. W ocenie obserwatora taka sytuacja jest niezrozumiała przynajmniej z kilku powodów. Po pierwsze, zmiana kadry zarządzającej w newralgicznym momencie, gdy realizacja projektu była zaawansowana w 90%, zawsze stanowi dodatkowe ryzyko, jest trudna i skomplikowana. Po drugie, informację na temat rozpoczęcia robót budowlanych miał nie tylko dyrektor i kierownik kontraktu. O tym, że roboty miały się rozpocząć, wiedziały także inne osoby, stojące wyżej w strukturach zamawiającego. Po raz kolejny uwidacznia to również problemy w komunikacji wewnątrz PKP PLK. Na marginesie odnotujmy jedynie, że o zmianie dyrektora i kierownika kontraktu, z którymi obserwator miał stały i bezpośredni kontakt z uwagi na prowadzony monitoring, został on poinformowany (po interwencji) dopiero ponad miesiąc od zaistniałego faktu⁹⁸. Stanowiło to bodaj najbardziej wyraziste naruszenie postanowień paktu uczciwości, jakie zdarzyło się w ramach pilotażu, ponieważ dyrektor kontraktu był jednocześnie osobą odpowiedzialną bezpośrednio za kontakt z obserwatorem.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Każda zmiana przedstawicieli zamawiającego odpowiedzialnych za realizację inwestycji powinna być komunikowana wykonawcom, nadzorowi inwestorskiemu i instytucjom zarządzającym.

W tym miejscu należy także dodać, iż kwestia przejścia podziemnego w Poraju była przedmiotem audytu wewnętrznego, jaki zamawiający zlecił do wykonania. Sam audyt jest objęty tajemnicą

98 Pismo PKP PLK do Fundacji z 20.11.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/pismo-dot.-przej%C5%9Bcia-w-Porajuzmiana-dyrektora_20.11.2020.pdf [dostęp: 1.10.2021].

przedsiębiorstwa – w niniejszym raporcie nie można go więc przytoczyć. Niemniej jednak obserwator miał możliwość się z nim zapoznać. Udostępnienie tego raportu przez zamawiającego należy z kolei odnotować jako duży plus we wzajemnych relacjach. Dość powiedzieć, że wnioski przedstawione w audycie są tylko w części zbieżne z tymi, do jakich doszedł obserwator. Audyt jednak nie przedstawił precyzyjnie, na czym polegał problem w komunikacji wewnątrz PKP PLK podczas uzgadniania zmiany. Koncentrował się w dużym stopniu na zagadnieniu odpowiedzialności osób kadry zarządzającej projektem. Niemniej stanowił cenne źródło informacji, umożliwiające obserwatorowi lepsze zrozumienie problemów, które powstały w związku z budową przejścia w Poraju.

Na koniec tego wątku warto odnotować, że dopiero z mediów obserwator dowiedział się, iż w sprawie (byłego już) dyrektora kontraktu zamawiający złożył zawiadomienie do prokuratury. W tej materii obserwator nie otrzymał dodatkowych informacji od PKP PLK, pomimo kierowanych próśb o przekazanie wyjaśnień co do zakresu doniesienia do prokuratury⁹⁹.

Odnosząc się jeszcze do zakresów kompetencji poszczególnych osób zarządzających projektem u zamawiającego, nie sposób nie zauważyć, iż w kontrakcie tak istotne kwestie nie zostały należycie określone. Kontrakt nie zawiera przejrzystych i precyzyjnych zapisów wskazujących, jakie uprawnienia i kompetencje w podejmowaniu decyzji ma dyrektor i kierownik kontraktu czy dyrektor regionu. Co więcej, w kontrakcie nie została opisana ścieżka uzgodnień zmian – a przede wszystkim podpisywania aneksów. Nie została też opisana procedura uzgadniania aneksów (zarówno wewnątrz PKP PLK, jak i z wykonawcami) ani procedura uzgadniania zmian do kontraktu w ramach uzyskiwania tzw. zgód korporacyjnych, które to m.in. znacznie spowolniły proces zmiany w przypadku przejścia w Poraju. Brak schematu działań, określenia w kontrakcie terminów tych procesów powodują powstawanie ryzyk, wpływają na czas procedowania zmiany i w późniejszym okresie rozpoczęcie robót wg uzgodnionego zmienionego zakresu. Brak jasno określonych w kontrakcie kompetencji osób decyzyjnych może powodować sytuację, iż albo nie wiadomo z kim prowadzić dialog, albo prowadzi się ten dialog/uzgodnienia tylko i wyłącznie z osobami z poziomu najwyższego szczebla u zamawiającego. A nawet to, jak pokazuje przypadek przejścia w Poraju, nie gwarantuje, że uniknie się dezorganizacji i problemów z realizacją inwestycji. Te mankamenty mogły mieć, w ocenie obserwatora, wpływ na przebieg komunikacji stron odnośnie do przejścia w Poraju. Jasna i klarowna regulacja powyższych działań, która byłaby znana wykonawcy, mogłaby tymczasem poprawić procesy decyzyjne i uchronić strony przed popadaniem w niepotrzebne ostre spory.

W związku z brakiem porozumienia stron w zakresie zmiany, a przede wszystkim brakiem uzyskania przez zamawiającego zgód korporacyjnych w zakresie budowy przejścia podziemnego w Poraju, mając na względzie zbliżający się termin wykonania robót budowlanych objętych kontraktem oraz fakt rozpoczęcia robót budowlanych przed uzgodnieniem zmian, zamawiający podjął decyzję o ich wstrzymaniu (wraz z decyzją o konieczności dokonania inwentaryzacji robót wykonanych). Polecenie wstrzymania prowadzenia robót zostało wydane na początku października 2020 roku. Do tego czasu, jak się okazało, wykonawca wykonał już w dużym stopniu roboty budowlane związane z przejściem podziemnym, nie realizując rzecz jasna przejścia w poziomie szyn objętego kontraktem. Strony dokonały uzgodnienia w zakresie zabezpieczenia już wykonanych robót. Kolejnym krokiem, z uwagi na brak docelowego dojścia do peronów (czy to zgodnego z kontraktem w poziomie szyn, czy przejścia podziemnego objętego procedowaną zmianą), było zapewnienie możliwości korzystania z peronów

99 D. Tokarz, *PKP PLK pod lupą prokuratury i CBA*, Puls Biznesu 11.03.2021, <https://www.pb.pl/pkp-plk-pod-lupa-prokuratury-i-cba-1110835> [dostęp: 1.10.2021].

w Poraju. Strony uzgodniły, iż zostanie wykonane tymczasowe dojście do peronu znajdujące się całkowicie po drugiej stronie peronów aniżeli centrum przesiadkowe w Poraju.

Tak jak zostało to wskazane powyżej, obserwator zwrócił uwagę zamawiającemu na kwestię zapewnienia podstaw kontraktowych do dokonania zmiany w zakresie budowy przejścia podziemnego w Poraju. Zamawiający zapewnił obserwatora (jeszcze w 2018 roku), że takie podstawy prawne w kontrakcie są i nie ma przeszkód prawnych, aby taką zmianę do kontraktu wprowadzić. Z czasem jednak okazało się, że zamawiający nie miał jasno określonej ścieżki postępowania pozwalającej na realizację robót związanych z budową przejścia podziemnego w Poraju. Z jednej strony płynęły informacje, iż prace te będą przedmiotem zmiany, a z drugiej strony, że będą przedmiotem zamówienia podobnego (odrębna umowa). W ocenie obserwatora, w momencie inicjowania zmiany zamawiający powinien mieć już ustalone prawne możliwości realizacji robót, o które wnioskował, i powinien je przedstawić drugiej stronie kontraktu – zwłaszcza że rozmowy o tym elemencie monitorowanej inwestycji toczyły się na szczeblach zarządów obu podmiotów.

Istotną kwestią jest też to, iż wykonawca zgłosił obserwatorowi nieprawidłowości po stronie zamawiającego, m.in. w zakresie uzgadniania zmiany związanej z budową przejścia podziemnego w Poraju. Miało to miejsce na początku grudnia 2020 roku (niecały miesiąc do zakończenia wykonania robót budowlanych objętych kontraktem). W ślad za zgłoszeniem, jak i informacjami uzyskiwanymi podczas spotkań i rozmów obserwator przedstawił PKP PLK pisemnie swoje zaniepokojenie brakiem porozumienia stron w zakresie budowy przejścia podziemnego w Poraju oraz zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie szeregu dotychczas podejmowanych przez zamawiającego działań, a także działań przez niego planowanych do podjęcia celem uniknięcia sporu w tej materii¹⁰⁰. Jednocześnie obserwator zwrócił się pisemnie do Zarządu PKP PLK o przeprowadzenie spotkania na temat braku dojścia do peronu w Poraju¹⁰¹, co jeszcze w momencie ukończenia prac nad niniejszym raportem stanowiło istotny problem dla lokalnej społeczności¹⁰². Z odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego wynikało, że jeszcze w grudniu 2020 roku miało miejsce spotkanie z osobami zarządzającymi Centrum Realizacji Inwestycji w PKP PLK, na którym został przedstawiony plan najbliższych działań do podjęcia przez zamawiającego pozwalający na jak najszybsze zażegnanie sporu stron i wybudowanie przejścia podziemnego¹⁰³. Ponadto obserwator otrzymał pismo od Zarządu PKP PLK, w którym zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie braku porozumienia stron odnośnie do zmiany dotyczącej budowy przejścia podziemnego w Poraju. Jednocześnie obserwator został zaproszony do udziału spotkaniu specjalnie powoływanego zespołu negocjacyjnego, które miało na celu wyjaśnienie sporu w zakresie przejścia w Poraju¹⁰⁴.

100 Pismo Fundacji do PKP PLK z 3.12.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.-P.-J.-Maga_03.12.2020_OST.pdf [dostęp: 1.10.2021].

101 Pismo Fundacji do PKP PLK z 11.12.2020 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.P.-I.-Merchel-11.12.2020.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

102 *Kiedy będzie gotowe przejście pod torami?*, <https://myszkow.naszemiasto.pl/kiedy-bedzie-gotowe-przejscie-pod-torami-w-poraju-zdjecia/ar/c15-8392905> [dostęp: 1.10.2021].

103 Pismo PKP PLK do Fundacji z 7.12.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/pismo-PLK_07.12.2020r..pdf [dostęp: 12.10.2021]; Notatka ze spotkania Fundacji Batorego i jej konsultantów z przedstawicielami PKP PLK: dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji i zastępcą dyrektora Centrum Realizacji Inwestycji (spotkanie zdalne 17.12.2020 r.), https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Notatka_z-rozmowy-z-dyr.-Pawluk_17.12.20_OST.pdf [dostęp: 12.10.2021].

104 Pismo PKP PLK do Fundacji z 23.12.2020 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/odp.-PKP-PLK-do-Fundacji-Batorego_23.12.20.pdf [dostęp: 1.10.2021].

Do dnia kontraktowego terminu ukończenia robót budowlanych przez wykonawcę, tj. do 29 grudnia 2020 roku, zamawiający nie zawarł z wykonawcą porozumienia regulującego kwestię budowy przejścia podziemnego w Poraju. Obserwator jeszcze pod koniec grudnia 2020 roku spotkał się z przedstawicielami Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej (instytucji zarządzającej dla inwestycji objętej paktem), na którym przedstawił swoje spostrzeżenia co do sytuacji w Poraju¹⁰⁵. Z początkiem roku 2021 Ministerstwo poinformowało, że w wyniku spotkania zwrócono się z wnioskiem do Centrum Unijnych Projektów Transportowych o wstrzymanie refundacji projektu. Ministerstwo zwróciło się także do Rady Nadzorczej PKP PLK z prośbą o objęcie szczególnym nadzorem projektu objętego paktem uczciwości¹⁰⁶. Z informacji, które obserwator miał na chwilę ukończenia prac nad raportem, wynikało, że poziom refundacji, jaki został osiągnięty do momentu jej wstrzymania, wyniósł ok. 90% kwoty wydatków kwalifikowanych. Dodatkowo obserwator na prośbę Ministerstwa przedstawił pisemnie własną ocenę problematycznych kwestii w projekcie – w tym także kwestię dotyczącą przejścia podziemnego w Poraju¹⁰⁷.

Brak porozumienia między PKP PLK i ZUE w sprawie rozliczenia robót przy przejściu podziemnym w Poraju w terminie, czyli do 29 grudnia 2020 roku wyznaczającego koniec kontraktu, skłoniło zamawiającego do poszukania alternatywnych metod rozwiązania sporu. Rozbieżność w wycenie wykonanych robót między obiema stronami sporu była niebagatelna, gdyż ZUE żądała 15 mln złotych, natomiast PKP PLK było w stanie zgodzić się na 8,5 mln¹⁰⁸.

W piśmie z 23 grudnia 2020 roku PKP PLK po raz pierwszy poinformowała Fundację o planach powołania specjalnej komisji negocjacyjnej ds. ustalenia wartości robót w Poraju i formalnego rozwiązania sprawy jego budowy. Fundacja przyjęła zaproszenie do prac komisji w roli obserwatora. Z jej strony do udziału w pracach komisji zgłoszone zostały 4 osoby łącznie z konsultantami. Zaangażowanie się w obserwację rozmów negocjacyjnych motywowane było m.in. wcześniejszą prośbą wykonawcy, aby Fundacja włączyła się w rozwiązanie sporu. 2 grudnia 2020 roku ZUE skierowała bowiem do Fundacji pismo ze zgłoszeniem nadużycia, w którym zarzuca zamawiającemu nieprzygotowanie aneksu w zakresie zleconych (i częściowo wykonanych) prac dodatkowych polegających na budowie przejścia podziemnego na stacji Poraj¹⁰⁹. Wykonawca oczekiwał, że Fundacja przyczyni się do uczciwego rozliczenia prac przy przejściu podziemnym w Poraju, zwracając się o pomoc w konstruktywnym rozwiązaniu zaistniałej sytuacji. Ponadto Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej na specjalnym spotkaniu z przedstawicielami Fundacji wyraziło oczekiwanie, że obserwator głębiej przeanalizuje sytuację dotyczącą przejścia w Poraju w celu wyjaśnienia przyczyn związanego z nim kryzysu i wydania rekomendacji w tym zakresie dla Instytucji Zarządzającej¹¹⁰. Z perspektywy obserwatora ważne było, aby wraz z zakończeniem prac komisji została wyjaśniona kwestia podstawowa, o którą upominał się on na spotkaniu kwartalnym 17 listopada 2020 roku, czyli zostało ustalone, kiedy roboty przy przejściu

105 Notatka ze spotkania specjalnego z przedstawicielami Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie problemów występujących w pakcie uczciwości (22.12.2020 r.), *op. cit.*

106 Pismo Ministerstwa i Funduszy Regionalnych do Fundacji z 11.01.2021 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/21-01-11-pismo-MFiPR-do-FSB.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

107 Pismo Fundacji Batorego do Dyrektora Departamentu Programów Infrastrukturalnych z 12.03.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/07/pismo-FB-do-Ministerstwa_12.03.21.pdf [dostęp: 12.10.2021].

108 Pismo PKP PLK do Fundacji z 23.12.2020 r., *op. cit.*

109 Pismo ZUE do Fundacji z 2.12.2020 r. ws. zgłoszenia nadużycia, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/ZAL.-1-W-6614-Fundacja-Batorego-Dot.-Braku-zawarcia-Aneksu-w-zakresie-prac-dodatkowych.pdf> [dostęp: 3.08.2021].

110 Notatka ze spotkania specjalnego z przedstawicielami Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie problemów występujących w pakcie uczciwości (22.12.2020 r.), *op. cit.*

podziemnym zostaną definitywnie zakończone. Obserwator stał też na stanowisku, że szczególnie istotne jest wyjaśnienie, czy zostanie przygotowany aneks do budowy przejścia w Poraju i rozstrzygnięta się wszelkie wątpliwości natury formalno-prawnej dotyczące zakwalifikowania tych robót. Oczekiwania te od początku pracy zespołu były jasno komunikowane przez przedstawicieli obserwatora.

W ramach zespołu negocyjacyjnego od stycznia do lutego 2021 roku odbyło się łącznie osiem zdalnych (z uwagi na ograniczenia związane z pandemią COVID-19) spotkań, w tym jedno składające się z dwóch części. Warto przy tym od razu zaznaczyć, że formuła spotkań zdalnych (na co zgodzili się niestety wszyscy uczestnicy) przebiegała bez udostępniania obrazu. Rozmowy prowadzone w ten sposób nie sprzyjały porozumieniu, a czasem wręcz przyczyniały się do eskalacji konfliktów.

Prace od samego początku do końca koncentrowały się na analizie przedstawianych przez ZUE kosztorysów robót i ich weryfikacji przez zespół PKP PLK. Co więcej, był to w zasadzie jedyny temat rozmów. Przy czym przebiegały one w rytmie formułowania kolejnych wymagań w stosunku do wykonawcy w zakresie przygotowania i poprawienia kosztorysów. Wypełnianie tych zobowiązań było rygorystycznie przestrzegane przez prowadzącego zespół negocyjacyjny, z drugiej strony padały prośby ZUE o przesłanie kosztorysów przygotowanych przez PKP PLK, które nigdy nie zostały przekazane (negocjacje prowadzono, opierając się wyłącznie na kosztorysach przygotowanych przez wykonawcę, na których PKP PLK nanosiła swoje uwagi, zastrzeżenia i poprawki). Ta sytuacja ilustruje sposób procedowania komisji i traktowanie jej uczestników przez zespół PKP PLK z góry, na dowód czego można przytoczyć więcej omawianych poniżej przykładów działań zespołu. Zabrakło podstawowego elementu klasycznych negocjacji, jakim powinno być sformułowanie na samym początku przez strony sporu oczekiwań co do satysfakcjonującego sposobu jego rozstrzygnięcia.

W tym miejscu należy jednak zadać sobie pytanie, czym właściwie była „komisja negocyjacyjna”, już po rozpoczęciu prac przemianowana na „zespół negocyjacyjny” PKP PLK. Wydaje się, że od początku miało tu miejsce niezrozumienie jej statusu i celów działania zarówno po stronie obserwatora, ale też wykonawcy. Podstawy powołania komisji budziły sporo pytań z uwagi na to, że instytucja ta nie była znana wcześniej ani konsultantom Fundacji, ani wykonawcy doświadczonemu w realizacji licznych zamówień kolejowych. Kwestia ta nie została również objaśniona uczestnikom na pierwszym spotkaniu zespołu negocyjacyjnego. Nie było jasne, dlaczego wcześniej, dla innych sporów kontraktowych między wykonawcą a zamawiającym, podobna komisja nie była powoływana, skoro PKP PLK takim narzędziem dysponuje.

Obserwator od początku podejmował zatem próby uściślenia podstaw powołania komisji, zgłaszając jednocześnie pilną potrzebę przyjęcia regulaminu jej działania¹¹¹. PKP PLK w informacji mailowej udzielonej obserwatorowi wyjaśniła, że podstawą powołania zespołu jest wewnętrzny dokument spółki, czyli Podręcznik zarządzania sporami inwestycyjnymi w PKP PLK z 4 października 2016 roku. Fundacja nie poznała jego treści, a jedynie zadania zespołu, które ten dokument określa. Mówiły one o tym, że zespół weryfikuje koszty będące przedmiotem roszczenia wykonawcy, ustala kwotę bezsporną oraz prowadzi korespondencję i spotkania z wykonawcą w celu uzyskania wyjaśnień lub zebrania brakujących dowodów, co faktycznie miało miejsce. Zespół mógł też zaproponować projekt ugody/porozumienia, co ostatecznie nie nastąpiło. Kluczowe okazało się jednak wyjaśnienie, że zespół negocyjacyjny jest ciałem wewnętrznym spółki PKP PLK. Tym samym osoby spoza spółki PKP PLK biorące udział w działaniach zespołu nie są jego pełnoprawnymi członkami, a osobami, które mogą w jego

111 Zob. pismo Fundacji do PKP PLK z 7.01.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Sz.P.-J.-Pawluk-pismo-ws.-Poraja_07.01.20-v.2.pdf [dostęp: 3.08.2021].

działalności uczestniczyć wyłącznie na zaproszenie. Dodatkowo udostępnione zasady jasno mówiły, że zespół prowadzi negocjacje z wykonawcą, aby uzyskać warunki ugody jak najkorzystniejsze dla zamawiającego. PKP PLK powołała się też na Subklauzulę 20.5 Warunków Szczególnych umowy o polubowym załatwianiu sporów, która pozwoliła na umocowanie zespołu w ramach kontraktu.

Spółka określiła trzy cele działania zespołu, czyli (1) weryfikację dokumentów dotyczących wyceny zakresu przejścia podziemnego w Poraju oraz rzeczywistej wartości jego budowy, (2) weryfikację podstawy formalno-prawnej do zakończenia sporu oraz (3) ustalenie możliwości rozliczenia robót wykonanych oraz zrealizowania robót pozostałych do wykonania. Z powyższych celów zespołowi tak naprawdę udało się zrealizować w pełni tylko pierwszy.

Zatem prace zespołu od początku przebiegały niejako pod dyktando i na zasadach określonych przez PKP PLK. Wszelka dyskusja o kwestiach organizacyjnych, trybie procedowania i celach działania zespołu inicjowana ze strony tak obserwatora, jak i wykonawcy, była ucinana. PKP PLK narzucała też agendę kolejnych spotkań. Obserwator, przyjmując do wiadomości, że zespół jest organem wewnętrznym spółki PKP PLK, stał konsekwentnie na stanowisku, że nie uzasadnia to formy prowadzenia rozmów, która nie przypominała negocjacji równorzędnych sobie stron. Obserwator zgłaszał wątpliwości na spotkaniach, w korespondencji i osobnych pismach, w tym w najbardziej rozbudowanej wersji w piśmie z 9 lutego 2021 roku¹¹². Podobne zastrzeżenia zgłaszał wykonawca. Obserwator zwracał uwagę, że sposób prowadzenia negocjacji przez PKP PLK z pozycji silniejszej strony kontraktu oddala obie strony od zawarcia kompromisu. Przez większość czasu wykonawca był przepytywany z poszczególnych pozycji kosztorysowych. Brak jasnych zasad co do proponowania agendy spotkań, terminu udostępniania materiałów, zatwierdzania notatek i uwag do nich, czasu na wypowiedzi, przerywania i odwoływania spotkań stały się niejednokrotnie przyczyną niepotrzebnych spięć. Jednym z postulatów Fundacji było, aby rozmowy moderował zewnętrzny facylitator, który łagodziłby konflikty i ułatwił porozumienie.

[14] Komentarz zamawiającego: Zamawiający zapewniał uczestnictwo i aktywny udział wszystkich stron, dążył przede wszystkim do wyjaśnienia kwestii merytorycznych i spornych z wykonawcą, przyjmując kwestie organizacyjne za drugorzędne z uwagi na konieczność jak najszybszego znalezienia kompromisu.

Ponadto zespół od samego początku uciekał od pytań, które zdaniem obserwatora (ale też wykonawcy) powinny stanowić punkt wyjścia do zawarcia porozumienia. Chodziło przede wszystkim o ustalenie formalno-prawnej podstawy prowadzenia robót, które określiłoby relacje między robotami w Poraju a kontraktem podstawowym oraz pozwoliło ustalić jednolite wytyczne co do metody wyceny prac czy kwalifikacji robót jako dodatkowych lub podobnych. Obie strony prezentowały w tym aspekcie odmienne stanowiska, natomiast nie podjęta została jakakolwiek próba ich uzgodnień. Przedstawiciele ZUE wielokrotnie deklarowali, że prace w Poraju traktują jako roboty dodatkowe, które nie zostały uwzględnione w przedmiocie zamówienia, z czym nie zgadzało się kierownictwo PKP PLK, przekonując że mieliśmy do czynienia z tzw. „robotami podobnymi, nie mieszczącymi się w ramach zakresu podstawowego zamówienia”. Spór ten nie doczekał się rozstrzygnięcia w ramach prac zespołu.

Kolejnym niezrozumiałym dla obserwatora posunięciem było niedopuszczenie do rozmów inżyniera projektu, mimo że członkowie zespołu negocjacyjnego wielokrotnie odnosili się do jego decyzji i ustaleń. PKP PLK z reguły zresztą podważała zweryfikowane przez inżyniera projektu kosztorysy dotyczące propozycji budowy przejścia pochodzące z lipca 2020 roku. Brak możliwości wypowiedzenia się

112 Pismo Fundacji do PKP PLK z 9.02.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Pismo-FB_zasady-negocjacji_OST.pdf [dostęp: 4.08.2021].

inżyniera na ich temat, wsparcia się na jego wiedzy i doświadczeniu utrudniał merytoryczną dyskusję. Obserwator wielokrotnie upominał się o zaproszenie do zespołu negocyjacyjnego inżyniera projektu, jednak bezskutecznie. Poza inżynierem winę za niewłaściwe przeprowadzenie polecenia zmiany i inne uchybienia przypisywano nieobecnej, byłej już dyrektor projektu i byłemu kierownikowi projektu. Uwagi ZUE, że zamawiający akceptował wcześniej przedstawione koszty czy podwykonawców, były odrzucane, gdyż przedstawiciele PKP PLK w takich sytuacjach dawali jasno do zrozumienia, że nie mogą brać odpowiedzialności za byłych pracowników, którzy nadużyli swoich uprawnień. A za takiego uznawali zwolnioną dyscyplinarnie w związku z sytuacją w Poraju dyrektor projektu.

[15] Komentarz zamawiającego: PKP PLK nie zgadza się z takim stanowiskiem. Spółka wprost wskazała, że działania inżyniera w zakresie wystawienia świadectwa przejęcia były bezprawne, co w ostateczności doprowadziło do rozwiązania umowy. Spółka stwierdza, że ten fakt jest wystarczającym argumentem, aby inżynier nie brał udziału w negocjacjach. Z propozycji obserwatora mogło wynikać, że skupiając się na wskazanych kwestiach, nie brał on pod uwagę, że ten spór musi być jak najszybciej rozstrzygnięty. Im szybciej rozstrzygnię się spór, tym szybciej przejście zostanie udostępnione społeczeństwu.

[16] Komentarz wykonawcy: W chwili wszczęcia prac komisji (8.01.2021) nie było wydane świadectwo przejęcia. Świadectwo przejęcia zostało wydane 8.02.2021 roku, a ostatnie spotkanie negocyjne odbyło się w dniu 12.02.2021 roku. Wydanie świadectwa przejęcia nie mogło zatem być podstawą do odmowy udziału inżyniera projektu w negocjacjach.

Obserwator zwracał od samego początku uwagę na znaczenie czasu w prowadzonych rozmowach, podkreślając, że toczą się one w warunkach, w których nie wiadomo, co dalej z odbiorami końcowymi oraz wstrzymaną refundacją dla projektu¹¹³. Nie zaprezentowano uczestnikom nawet przybliżonego harmonogramu prac komisji. Do końca prac komisji nie było więc pewne, ile spotkań jeszcze się odbędzie oraz do kiedy tak naprawdę komisja może pracować.

Już po zakończeniu rozmów zamawiający formułował zarzut w stosunku do obserwatora, iż jego przedstawiciele nie wzięli czynnego udziału w pracach zespołu negocyjacyjnego, a konsultant techniczny nie włączył się do rozmów o wycenie kosztorysowej¹¹⁴. Na ten zarzut obserwator odpowiedział, zwracając uwagę przede wszystkim na to, że „czynny udział” jest pojęciem względnym. Przedstawiciele obserwatora byli obecni na każdym spotkaniu komisji, wyrażali swoje opinie i zadawali pytania. Ponieważ jednak występowali właśnie w roli obserwatora, to ich podstawowym zadaniem była obserwacja przebiegu komisji, a nie zajmowanie merytorycznego stanowiska co do nadsyłanych do zespołu materiałów. Po drugie, rozmowy komisji koncentrowały się wokół kwestii szczegółowych i z perspektywy obserwatora drugorzędnych. Jego przedstawiciele wielokrotnie dawali wyraz temu, o czym chcieliby na komisji rozmawiać i usłyszeć, jednak rozmów tych nie udało się skierować na wskazane przez niego tory. Zamiast tego uczestnicy zespołu długo deliberowali przykładowo nad tym, jak bardzo wzrosły koszty utylizacji zanieczyszczonej ziemi i dlaczego należało zatrudnić większą liczbę ochroniarzy. Angażowanie ograniczonych zasobów obserwatora do rozstrzygania tego rodzaju spraw w naszym odczuciu kompletnie mijało się z jego rolą w pakcie uczciwości. Kiedy natomiast jego przedstawiciele poruszali problematyczne tematy, m.in. kwestionowania narzutu dla wykonawcy mimo jego akceptacji w tej samej wysokości dla innych poleceń zmian, przedstawiciele PKP PLK unikali wyjaśnień.

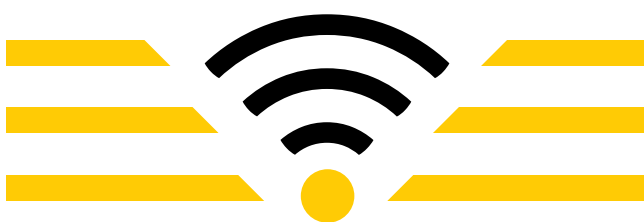
Ostatecznie trudno uznać, że prace zespołu zakończyły się sukcesem. Co prawda obie strony porozumiały się co do tzw. „kwoty bezspornej”, którą ustalono na poziomie 10 384 388,36 złotych. To jednak

¹¹³ Notatka z posiedzenia zespołu negocyjacyjnego z 14.01.2021 r.

¹¹⁴ Pismo Fundacji do PKP PLK z 16.03.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/pismo-PKP-PLK_16.03.21.pdf [dostęp: 4.08.2021].

nie kończyło tego sporu. W notatce z podsumowania prac zespołu negocjacyjnego podkreślono, że ZUE nie zrezygnowała z roszczenia dodatkowych 5 mln złotych. Zaznaczono też, że sporna pozostaje podstawa prawna służąca do wyliczenia przedmiotowej kwoty. Dodatkowo znów dała o sobie znać nierówność w traktowaniu stron negocjacji, gdyż tak naprawdę wykonawca nie mógł być pewien powyższych ustaleń, dopóki nie zostaną one zatwierdzone przez zarząd PKP PLK jako prawomocne. Zaistniała więc sytuacja, w której jedna strona dawała sobie furtkę do wycofania się z takiego porozumienia. Ostatecznie jednak Zarząd PKP PLK, co prawda dużo później niż było to zapowiadane (ponad miesiąc od zakończenia prac komisji), potwierdził ustalenia zespołu negocjacyjnego.

REKOMENDACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Procedury negocjacji z wykonawcami, którymi dysponują zamawiający, **powinny być stosowane szerzej**, a zasady ich wdrażania uprzednio prezentowane wykonawcom.

Najważniejszym ustaleniem (popartym przez obserwatora), poza kwotą bezsporną, było skierowanie dalszych rozmów do mediacji przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej. Obserwator deklarował gotowość monitorowania także tego etapu rozwiązania sporu, jednak żadna ze stron nie wyraziła takiej woli. Stąd też niewiele można powiedzieć na temat tego, w jakim kierunku rozmowy o przejściu podziemnym w Poraju dalej się toczyły i czy udało się wyjść ponad kwestie dyskutowane na spotkaniach zespołu negocjacyjnego (tym bardziej, że przebieg mediacji objęty został klauzulą poufności). Mediacja rozpoczęła się w kwietniu 2021 roku i trwała do sierpnia. Ostatecznie PKP PLK poinformowała Fundację, że zawarta ugoda obejmuje ustalenie kwoty wynagrodzenia dla wykonawcy za wykonane roboty oraz przeniesienie praw autorskich do przygotowanej dokumentacji projektowej. Ponadto ugoda uwzględnia udzielenie gwarancji na wykonane przez wykonawcę roboty. Strony nie osiągnęły porozumienia w kwestiach dotyczących dokończenia przejścia podziemnego, w tym harmonogramu prac, wynagrodzenia za wykonanie pozostałych prac, przedłużenia kontraktu (czasu na ukończenie) i terminów oraz zasad płatności wynagrodzenia¹¹⁵.

Ponadto zapadła decyzja o zleceniu dokończenia prac w Poraju innemu wykonawcy, tak aby zakończyć budowę przejścia do końca 2021 roku. Było to wyjście naprzeciw oczekiwaniom tamtejszych mieszkańców i radnych, których głosy wsparła Fundacja, iż dalsze utrzymywanie mało komfortowego tymczasowego dojścia na peron stwarza coraz większe niebezpieczeństwo dla osób próbujących się tam dostać. Umowę na dokończenie przejścia udało się podpisać z nowym wykonawcą, Zakładem Robót Komunalnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (spółką zależną PKP PLK) 14 września 2021 roku. Do czasu zakończenia monitoringu umowa ta nie została obserwatorowi udostępniona, nie została ujawniona

115 Pismo PKP PLK do Fundacji z 23.08.2021 r., *op.cit.*

zatem jej wartość, którą można byłoby zestawić z żądaniami ZUE za te same roboty. Plan PKP PLK zakładał oddanie przejścia do użytkowania do końca 2021 roku¹¹⁶.

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Regulatorzy rynku oraz organy kontroli powinni **zachęcać do polubownego rozwiązywania sporów**: szkolić, wydawać podręczniki i informatory oraz zalecenia w trakcie postępowań sprawdzających i kontrolnych.

5.7. Odbiory końcowe robót

Opis problemu

W końcowej fazie realizacji zamówienia publicznego ujawnił się jeden z największych i, jak się wydaje, najważniejszych problemów inwestycji, a mianowicie spór formalno-prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą oraz inżynierem projektu w zakresie dokonania odbioru końcowego robót. Warto dodać, że obserwator wcześniej przewidywał problem z terminowym zakończeniem inwestycji i możliwością przeprowadzenia odbiorów końcowych przy obecnym stanie prac, artykułując obawy z tym związane uczestnikom spotkania kwartalnego 17 listopada 2020 roku¹¹⁷.

Przed przejściem do omówienia przypadku zaistniałego w trakcie monitorowanego zamówienia, warto podkreślić, że odbiór robót budowlanych, a następnie całej inwestycji, jest momentem kluczowym w stosunkach pomiędzy stronami procesu budowlanego, bowiem potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera prawo wykonawcy do żądania wynagrodzenia. Nadto, skuteczny odbiór robót wyznacza również początek biegu terminów rękojmi za wady. Zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy Prawo budowlane z czynności odbioru sporządza się protokół odbioru częściowy lub końcowy, który jest pokwitowaniem spełnienia świadczenia i podstawą dokonania rozliczenia stron. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z potencjalnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Przy czym należy mieć na uwadze, że sam fakt zgłoszenia gotowości do odbioru robót nie oznacza automatycznie, że faktycznie do zakończenia tych robót doszło. Często sam odbiór końcowy uwarunkowany jest spełnieniem jeszcze szeregu innych przesłanek, tj. przeprowadzenia różnego

116 Pismo PKP PLK do Fundacji z 14.09.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Pismo-ws.-podpisania-Umowy_14.09.21.pdf [dostęp: 1.10.2021].

117 Notatka z 7. spotkania kwartalnego (17.11.2020 r.), *op. cit.*

rodzaju odbiorów technicznych, prób czy dostarczenia dokumentacji powykonawczej. Inwestor również jest uprawniony do weryfikowania, czy roboty faktycznie zostały zakończone zgodnie z umową, a w razie stwierdzenia, że roboty są nieukończone, winien informacje te w sposób szczegółowy opisać w protokole odbioru końcowego, wraz z określeniem terminu ich wykonania, oraz zastrzec, że robót nie odbiera.

Nieporozumienia na tle odbiorów końcowych robót budowlanych nie są zjawiskiem rzadkim w trakcie realizacji tego rodzaju inwestycji. Głównym punktem spornym pomiędzy stronami jest zazwyczaj kwalifikowanie wad, z punktu widzenia ich istotności, albowiem tylko takie wady uzasadniają odmowę dokonania odbioru końcowego. Także przy monitorowanym przez Fundację zamówieniu jednym z aspektów powstałego sporu była właśnie kwestia rodzaju stwierdzonych wad w robotach, o czym będzie mowa w dalszej części.

Obecnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, zgodnie z którym obowiązek inwestora odebrania obiektu nie może być pojmowany mechanicznie, tzn., że powstanie tego obowiązku jest niezależne od rodzaju, zakresu i wagi stwierdzonych wad. Przyjmuje się, że inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami (wyrok SN 21.04.2017 r., ICSK 333/16). W myśl poglądu dominującego w orzecznictwie Sądu Najwyższego podstawy faktyczne uzasadniające odmowę odebrania obiektu należy oceniać *a casu ad casum*. Zależnie od rodzaju i przeznaczenia obiektu taka sama wada w jednym przypadku może być istotna, a w innym zupełnie pozbawiona znaczenia dla wartości użytkowych obiektu.

Zgodnie z orzecznictwem sądów, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy może być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza jego normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając jego wartość (wada istotna).

Przechodząc do przypadku powstałego w trakcie monitorowania przedmiotowej inwestycji, należy zwrócić uwagę, że spór ten dotyczył przede wszystkim rozbieżności w stanowiskach zamawiającego oraz wykonawcy w zakresie tego, czy roboty zostały ukończone zgodnie z warunkami kontraktu, co uzasadniałoby dokonanie odbioru końcowego, a także co do możliwości wystawienia świadectwa przejścia robót przez inżyniera projektu mimo wyraźnego sprzeciwu zamawiającego.

Na dzień sporządzenia niniejszego raportu spór ten nie został rozwiązany między stronami, bowiem każda z nich kategorycznie podtrzymuje swoje stanowisko. W niniejszym rozdziale autorzy opisują problem według stanu na dzień jego sporządzenia.

Treść tego problemu ma o tyle istotne znaczenie z punktu widzenia monitorowanego zamówienia publicznego, że wpływa na wiele praw i obowiązków stron z tym związanych, w szczególności na możliwość końcowego rozliczenia inwestycji, w tym także dofinansowania, a nadto na ustalenie terminu zakończenia robót, a przez to możliwość naliczania kar umownych oraz roszczeń związanych z wadami. Mając na względzie istotny charakter odbioru robót budowlanych dla inwestycji, Fundacja w sposób szczególny oraz dokładny zwróciła uwagę na ten aspekt w monitorowanym zamówieniu oraz podjęła

decyzję o konieczności opisanie tej kwestii w niniejszym raporcie. Należy odnotować, że PKP PLK na dzień zamknięcia prac nad raportem nie przekazała wykonawcy robót ostatecznego stanowiska w zakresie naliczania kar umownych, czekając z tą decyzją na zakończenie etapu 11¹¹⁸. Powściągliwość zamawiającego w tej materii może zastanawiać w sytuacji, gdy w osobnej korespondencji na temat świadectwa przejęcia wytykał on wykonawcy, że to w wyniku jego działań część prac nie została zrealizowana w terminie. Inżynier projektu w swoim raporcie podawał, że na 29.12.2020 roku wysokość kar za niedotrzymanie poszczególnych etapów kontraktu dla wykonawcy wynosi łącznie 3 923 820,17 złotych¹¹⁹.

Problem z końcowym odbiorem robót powstał na tle następującego stanu faktycznego. Zgodnie z § 2 Umowy na wykonanie robót budowlanych, zmienionym Aneks nr 1 z 20 grudnia 2019 roku (§ 4 ust. 2 pkt 1), wykonawca zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu umowy w okresie od daty rozpoczęcia zgodnie z Subklauzulą 8.1. Warunków Szczególnych, nie dłużej niż do 29 grudnia 2020 roku. 27 listopada 2020 roku wykonawca powiadomił zamawiającego o gotowości do przeprowadzenia odbioru końcowego (na podstawie Subklauzuli 2.7 i 8.2 SWK) oraz zgłosił wniosek o powołanie Komisji Odbiorowej i wyznaczenie zgodnego z kontraktem terminu odbioru. Inżynier projektu 16 grudnia 2020 roku potwierdził gotowość do komisyjnego odbioru końcowego w zakresie branży sieć trakcyjna. 21 grudnia 2020 roku zamawiający powołał Komisję odbioru końcowego wszystkich branż¹²⁰. Komisja miała rozpocząć prace 22 grudnia 2020 roku w zakresie branży sieci trakcyjnej. Pozostałe odbiory w zakresie innych branż miały odbywać się sukcesywnie w wyznaczonych przez zamawiającego terminach, po każdorazowym potwierdzeniu przez inżyniera projektu gotowości do odbioru określonego obiektu. O terminach poszczególnych odbiorów zamawiający miał każdorazowo powiadamiać wszystkich członków komisji.

Odbyło się jedno spotkanie komisji 22 grudnia 2020 roku, w trakcie którego stwierdzono potrzebę zapoznania się z operatem kolaudacyjnym, zaś następne spotkanie komisji zaplanowano na początek roku 2021 w formie zdalnej, a jego konkretny termin miał zostać ustalony. Jednak 22 grudnia 2020 roku komisja nie dokonała odbioru robót.

W kolejnych dniach, 23–29 grudnia 2020 roku, inżynier projektu potwierdzał gotowość do odbioru w zakresie wszystkich pozostałych branż. Ale niedługo potem, pismem z 11 stycznia 2021 roku wykonawca wystąpił do inżyniera projektu z wnioskiem o wystawienie świadectwa przejęcia według Subklauzuli 10.1 SWK dla całości robót stałych objętych kontraktem, z uwzględnieniem wyłączenia części robót stałych na podstawie Subklauzuli 11.1 SWK.

118 Pismo PKP PLK do Fundacji z 27.09.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/Odpowiedz-PKP-PLK_27.09.21.pdf [dostęp: 1.10.2021].

119 Raport inżyniera projektu za okres 1.12.2020 – 31.12.2020, s. 160.

120 W ramach konsultacji niniejszego raportu wykonawca doprecyzował, iż powołanie komisji odbioru końcowego było poprzedzone dokonaniem stosownego wpisu o zakończeniu robót budowlanych w Dzienniku Budowy. Wpis został potwierdzony przez właściwego inspektora nadzoru działającego w imieniu zamawiającego.

[17] Komentarz wykonawcy: W tym miejscu należy zaznaczyć, iż na 29.12.2020 roku na całym modernizowanym odcinku linii kolejowej (z wyłączeniem stacji Poraj, niemniej jest to okoliczność niezależna od wykonawcy i została opisana powyżej) pociągi poruszały się bez ograniczeń z prędkością rozkładową. Czynne były oba tory szlakowe, co umożliwiło zwiększenie częstotliwości kursowania pociągów zarówno pasażerskich, jak i towarowych. Powyższe wynika chociażby z informacji prasowych zamawiającego, gdzie wskazano, iż „W województwie śląskim skróci się czas przejazdu między Zawierciem a Częstochową o kolejne kilka minut. Najszybsze składy przejadą ten dystans w 31 min. Po modernizacji wszystkie przystanki gwarantują dogodny dostęp do kolei”¹²¹. Analogiczne informacje przekazywali przewoźnicy kolejowi, np. Koleje Śląskie, które poinformowały o zmianie rozkładu jazdy. Jak czytamy: „Najważniejszą zmianą w nowym rozkładzie jazdy będzie zakończenie modernizacji linii kolejowej nr 1 na odcinku Zawiercie–Częstochowa. Umożliwi to skrócenie czasu jazdy na odcinku Katowice–Częstochowa do poniżej 90 minut dla pociągów osobowych i poniżej 70 minut dla pociągów przyspieszonych”¹²². Skrócenie czasu przejazdu pociągów jest bezpośrednim efektem zakończenia robót zasadniczych i zwiększenia dopuszczalnej prędkości przejazdu. Obiekt (zmodernizowany odcinek linii kolejowej) nadawał się zatem do użytkowania.

Pismem z 12 stycznia 2021 roku PKP PLK Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski poinformowała wykonawcę, inżyniera projektu i Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie o wstrzymaniu prac Komisji odbioru końcowego, z uwagi na niewykonanie części robót objętych kontraktem oraz nieusunięciem usterek po dokonanych odbiorach technicznych i eksploatacyjnych.

W dalszym czasie między stronami trwała korespondencja na temat braku zasadności wzajemnych stanowisk w zakresie odbiorów końcowych. Pismem z 5 lutego 2021 roku wykonawca wezwał zamawiającego do przekazania protokołu odbioru końcowego w nieprzekraczalnym terminie do 8 lutego 2021 roku, pod rygorem sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego przedmiotowych robót.

Z uwagi na brak reakcji ze strony zamawiającego wykonawca pismem z 8 lutego 2021 roku skierowanym do zamawiającego oraz inżyniera projektu przekazał jednostronnie podpisane protokoły odbioru końcowego zadania i wniósł o wydanie świadectwa przejęcia dla całości robót¹²³. Tego samego dnia inżynier projektu wystawił świadectwo przejęcia robót, zaświadczaając w nim, iż roboty zaczęły być użytkowane w terminach określonych poszczególnymi protokołami odbiorów eksploatacyjnych (uznając jednostronnie wystawiony przez wykonawcę protokół odbioru) i są uważane za przejęte z dniem 8 lutego 2021 roku, z wyjątkiem drobnej zaległej pracy i wad nie mających w istocie wpływu na użycie robót dla przeznaczonego im celu. Inżynier projektu stwierdził nadto w świadectwie przejęcia, iż roboty zostały wykonane w 1298 dni w okresie od 20 lipca 2017 roku do 8 lutego 2021 roku.

121 <https://www.plk-sa.pl/o-spolce/biuro-prasowe/informacje-prasowe/szczegoly/nowy-rozklad-jazdy-krotsze-podroze-nowe-przystanki-5224>; informacja z 11.12.2020 r. [dostęp: 13.10.2021].

122 <https://www.kolejeslaskie.com/od-13-grudnia-2020-zmiana-rozkladu-jazdy/>; informacja z 2.12.2020 r. [dostęp: 13.10.2021].

123 W ramach konsultacji raportu wykonawca wskazywał, że do protokołu odbioru dołączona była przygotowana na przez członków komisji odbiorowej lista wad oraz informacja o drobnej pozostałej do wykonania pracy.

[18] Komentarz zamawiającego: Zdaniem zamawiającego istotnym argumentem przemawiającym za wstrzymaniem odbioru robót był brak certyfikacji oraz pozwolenia na budowę dla drogi w ciągu ul. Towarowej w Myszkowie, a także brak wykonania zakresu dotyczącego budowy ekranów akustycznych. Zamawiający poinformował wykonawcę o swoim stanowisku w sprawie wstrzymania prac Komisji Odbioru Końcowego. W piśmie podtrzymywał, iż część robót kontraktowych pomimo potwierdzenia gotowości do odbioru prac, nie została wykonana. Zamawiający nie zgadza się z wykonawcą, że na dzień wstrzymania odbioru, roboty kontraktowe zostały wykonane lub ich wykonanie nie zależało od wykonawcy.

Ponadto, w wezwaniu wykonawcy z 5.02.2021 roku (piątek) zamawiający otrzymał termin na przekazanie protokołu odbioru końcowego do dnia 8.02.2021 roku (poniedziałek). Jednocześnie wykonawca 8.02.2021 roku, przekazał już protokół jednostronnego odbioru końcowego – tj. przed upływem terminu odpowiedzi, czyli czasu, który zamawiający mógł wykorzystać, chcąc odpowiedzieć wykonawcy. Wyznaczony przez wykonawcę termin był zbyt krótki (wynosił tylko trzy dni, w tym weekend).

W świadectwie przejęcia inżynier projektu nie uwzględnił stanowiska zamawiającego. W związku z tym, pismem z 9 lutego 2021 roku zamawiający zwrócił się do inżyniera projektu o wyjaśnienie podstaw kontraktowych do wystawienia świadectwa przejęcia oraz poinformował o uznaniu tej czynności za bezpodstawną, niezgodną z zapisami umów zarówno na roboty budowlane, jak też na pełnienie nadzoru. W odpowiedzi na powyższe pismo inżynier projektu 15 lutego 2021 roku podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

Niedługo potem, pismem z 23 lutego 2021 roku zamawiający poinformował inżyniera projektu, iż nie uznaje jego czynności polegającej na wystawieniu świadectwa przejęcia robót za prawnie skuteczną i wiążącą. Nadto zamawiający wezwał inżyniera projektu do uchylenia się od skutków dokonanej czynności w terminie 3 dni. Pismem z 24 lutego 2021 roku zamawiający poinformował wykonawcę, iż czynność jednostronnego odbioru końcowego zadania została dokonana bezskutecznie, a także, iż nie uznaje czynności dokonanej przez inżyniera w postaci wystawienia świadectwa przejęcia za prawnie skuteczną i wiążącą dla zamawiającego.

[19] Komentarz wykonawcy: W odpowiedzi na ww. korespondencję wykonawca wskazał, iż wydanie przez inżyniera projektu świadectwa przejęcia było czynnością prawnie skuteczną i wiążącą i wykonawca będzie procedował zakończenie kontraktu przy uwzględnieniu ww. stanowiska. Wykonawca zwrócił uwagę, iż sporządzenie i podpisanie jednostronnego protokołu Odbioru końcowego dla zadania objętego kontraktem wynikało z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, nie, jak błędnie wskazał zamawiający, kontraktu. Wykonawca podkreślił ponadto, że wystosował do zamawiającego trzy wezwania, a pomimo tego nie podjął on żadnych działań w celu usunięcia stanu naruszenia prawa i kontraktu. Wykonawca zwrócił również uwagę, iż zgodnie z kontraktem inżynier projektu nie miał obowiązku uzyskiwania uprzedniej zgody lub opinii zamawiającego w zakresie wystawienia świadectwa przejęcia. W przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku o wystawienie świadectwa przejęcia inżynier miał obowiązek wyłącznie zweryfikować, czy roboty zostały ukończone i umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy, i w tym zakresie nie mógł się powoływać na „wszelkie drobne zaległe prace

[20] Komentarz zamawiającego: Zamawiający nie uznał czynności dokonanej przez inżyniera projektu polegającej na wystawieniu świadectwa przejęcia za prawnie skuteczną i wiążącą. Świadectwo przejęcia zostało wystawione niezgodnie z postanowieniami Subklauzuli 10.1. i 2.7 umowy. Nie było także podstaw prawnych ani faktycznych do jednostronnego podpisania protokołu odbioru końcowego. W ocenie zamawiającego działanie wykonawcy było nie tylko niezgodne z kontraktem, ale też z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Według zamawiającego skoro nie zachodziły przesłanki do dokonania odbioru, to tym bardziej wykonawca nie był uprawniony do dokonywania go jednostronnie.

i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu". Jeśli owa weryfikacja przebiegałaby pozytywnie, inżynier projektu miał obowiązek wystawić świadectwo przejęcia. Zdaniem wykonawcy z treści zarówno Subklauzuli 3.5 Warunków Szczególnych Kontraktu, jak i Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu inżynier projektu nie miał obowiązku uzyskiwać w powyższym zakresie (wydania świadectwa przejęcia) zgody zamawiającego.	
---	--

Inżynier projektu pismem z 26 lutego 2021 roku poinformował zamawiającego, iż brak jest jakichkolwiek obiektywnych podstaw do zakwestionowania skutków wystawienia świadectwa przejęcia na rzecz wykonawcy. Na tym gruncie właśnie zaistniała wątpliwość, czy ziściły się przesłanki i warunki do dokonania odbioru końcowego, a następnie podpisania protokołu odbioru końcowego przez strony i wystawienia świadectwa przejęcia robót przez inżyniera projektu, oraz, czy stwierdzone wady w robotach stanowią wady istotne uzasadniające odmowę dokonania odbioru, a także czy roboty zostały w ogóle ukończone w rozumieniu warunków umownych. Ponadto ważnym zagadnieniem stało się również to, czy inżynier projektu winien był uznać podpisany jednostronnie przez wykonawcę protokół odbioru oraz czy nie powinien uwzględnić wyraźnego sprzeciwu zamawiającego wobec wystawienia świadectwa przejęcia.

Reakcja na zaistniały problem

Zarówno zamawiający, jak też wykonawca dysponowali swoimi rozbieżnymi stanowiskami i opiniami prawnymi i uporczywie przy nich trwali. Podobnie inżynier projektu, który w tym zakresie opowiedział się po stronie wykonawcy.

24 lutego 2021 roku zamawiający, korzystając z § 5 ustęp 1 punkt 6a paktu uczciwości zwrócił się do Fundacji o zajęcie stanowiska w związku zaistniałym sporem¹²⁴. W odpowiedzi obserwator podjął decyzję nie tyle o przygotowaniu ogólnego stanowiska, ile o wydaniu własnej, niezależnej opinii prawnej, która miałaby dać szczegółowy obraz zaistniałej sytuacji pod względem formalnoprawnym i wyjaśnić powstałe rozbieżności. Zespół monitorujący inwestycję sam bowiem nie miał jasności co do charakteru sporu, ale jednocześnie dostrzegał, że stanowi on nie tylko problem w relacjach między stronami kontraktu, ale także zagrożenie dla interesu publicznego, z uwagi m.in. na możliwość utraty dofinansowania ze środków unijnych czy kwestie dotyczące gwarancji. Opinia zatem została sporządzona przede wszystkim na potrzeby monitoringu po to, aby obserwator miał własne, poparte analizą prawną stanowisko, a nie po to, aby opowiadać się po którejkolwiek ze stron. Analiza doprowadziła obserwatora do następujących wniosków:

1. Przynajmniej część prac i robót wskazywanych przez zamawiającego kwalifikowała się do uznania zgodnie z kontraktem za nieukończone lub jako wady istotne. W związku z powyższym zamawiający mógł odmówić odbioru końcowego do czasu ukończenia prac i usunięcia wad.
2. Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku należytego udokumentowania czynności rozpoczętych, czynności odbiorowych, ograniczając się jedynie do pisma informującego o wstrzymaniu prac

¹²⁴ Pismo PKP PLK do Fundacji z 24.02.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/03/24-02-2021-FB_aneks-odpowied%C5%BA.pdf [dostęp: 16.08.2021].

Komisji odbioru końcowego, czym przyczynił się do eskalacji konfliktu z wykonawcą i inżynierem projektu.

3. Nie było podstaw do sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru przez wykonawcę, z uwagi na brak odpowiednich unormowań kontraktowych w tym zakresie, a także brak przesłanki bezzasadnego uchylania się przez zamawiającego od odbioru. Nadto, gdyby nawet uznać, że przysługiwało uprawnienie do jednostronnego odbioru, to protokół tegoż sporządzony przez wykonawcę powinien uwzględniać także stanowisko zamawiającego, które zostało przez niego uprzednio wyraźnie sformułowane na piśmie. Przy tym protokół ten został wystawiony przedwcześnie, przed upływem terminu wyznaczonego zamawiającemu do podpisania protokołu odbioru.
4. Inżynier projektu, zgodnie z Subklauzulą 10.1 tiret (ii) Kontraktu, miał możliwość i w ocenie obserwatora powinien odrzucić wniosek o wydanie świadectwa przejęcia, podając i wyszczególniając, które prace wymagają ukończenia. A przy tym inżynier projektu winien co najmniej skonsultować z zamawiającym wydanie świadectwa przejęcia robót. Inżynier powinien również uwzględnić zgłoszone przez zamawiającego uwagi, które ujawniły się w korespondencji po przystąpieniu do odbioru końcowego, a o czym inżynier miał wiedzę, w szczególności w zakresie nieukończonych robót oraz stwierdzonych wad.

Powyższe wnioski wskazano w przygotowanej na zlecenie obserwatora opinii prawnej¹²⁵:

1. **Nie doszło do ziszczenia warunków uzasadniających zgłoszenie gotowości do odbioru robót, a następnie przystąpienie do odbioru końcowego zadania, z uwagi na dostarczenie niepełnej dokumentacji powykonawczej, a także brak odbiorów technicznych.**

Jak wynika z analizy stanu faktycznego w niniejszej sprawie, w ocenie obserwatora, wykonawca nie przedstawił we właściwym terminie wymaganej, kompletnej dokumentacji powykonawczej wynikającej z warunków umowy. Wynika to z korespondencji inżyniera potwierdzającej gotowość do odbioru. Wskazuje on w niej wprost, że nie została dostarczona dokumentacja powykonawcza w zakresie certyfikacji właściwego podsystemu TSI (kwestia opisana szczegółowo niżej). Dodatkowo, zgodnie z postanowieniami umowy oraz SWK, obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji powykonawczej obejmował również dokumenty związane z procesem certyfikacji. Abstrahując od tego, że wykonawca dokumentację w zakresie certyfikacji uzupełniał w późniejszym czasie, to uznać należy, że na dzień zgłoszenia do odbioru oraz na dzień potwierdzenia gotowości przez inżyniera dokumentacja nie była kompletna, a tym samym nie można było uznać, że zadanie zostało ukończone. Stąd też, w ocenie obserwatora, inżynier projektu nie powinien był w takiej sytuacji potwierdzać gotowości zadania do odbioru. Powinien natomiast postąpić zgodnie z Subklauzulą 2.7 oraz 5.6. SWK, tj. wezwać wykonawcę do uzupełnienia tej dokumentacji i oczekiwać na potwierdzenie gotowości do odbioru, aż do czasu ich uzyskania.

Co więcej, jak wynika z analizy korespondencji pomiędzy stronami, brak było również wszelkich koniecznych decyzji administracyjnych wymaganych warunkami umowy, w tym pozwolenia na budowę dla drogi w ciągu ulicy Towarowej w Myszkowie. I choć w tym zakresie wykonawca stał na stanowisku,

¹²⁵ Dalsza część tego rozdziału została przygotowana na podstawie: *Opinia prawna Fundacji Batorego w sprawie przygotowania jednostronnego protokołu odbioru i wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót z 30 marca 2021*, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/opinia-prawna-ws.-wystawienia-%C5%9AP_OST.pdf [dostęp: 1.10.2021].

iż brak ww. pozwolenia wynika z okoliczności leżących po stronie zamawiającego, faktem pozostaje, że tej dokumentacji brakowało, a tym samym uznać należało, że także w tym zakresie dokumentacja powykonawcza podlegała uzupełnieniu. Okoliczności, na które powołuje się wykonawca, mogą mieć wpływ i znaczenie dla ewentualnego zgłoszenia innych roszczeń z tego tytułu przez wykonawcę względem zamawiającego. Jednakże sam fakt, że dokumentacja ta była niekompletna, pozostaje w opinii obserwatora bezsporny.

Ponadto, na dzień zgłoszenia gotowości do odbioru oraz powołania komisji, nie zostały dokonane wszystkie odbiory techniczne, o czym wiedział zarówno wykonawca, jak też inżynier projektu. Odbiory techniczne muszą zaś poprzedzać odbiór końcowy. Do dnia spotkania Komisji odbioru końcowego wykonawca nie przedstawił też operatu kolaudacyjnego, a inżynier nie dokonał jego weryfikacji i za-twierdzenia. Powyższe warunki dotyczące kompletności dokumentacji powykonawczej oraz operatu kolaudacyjnego (niezbędne do dokonania odbioru końcowego) są zawarte w umowie, a także w zapi-sach pkt 4.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).

[21] Komentarz wykonawcy: W powyższym zakresie wykonawca wskazywał, iż odbiory techniczne w zakresie prac zasadniczych (umożliwiających eksploatację linii kolejowej) i stanowiące przedmiot odbioru końcowego zostały przekazane do inżyniera projektu przed zgłoszeniem przez tegoż gotowości do odbioru. Prace, których dotyczyły odbiory techniczne 20.01.2021 roku oraz 25.01.2021 roku (co do których zastrzeżenia miał obserwator), tj. zabudowa urządzeń na nastawni w Myszkowie oraz wymiana nawierzchni na przejeździe kolejowo drogowym w km 235,958 stanowiły na 29.12.2020 roku „drobną zaległą pracę”. Wykonawca wyjaśniał, iż ich niewykonanie w terminie przed 29.12.2020 roku wynikało z obiektywnych okoliczności (np. w zakresie prac na ww. przejeździe kolejowo-drogowym wykonawca nie uzyskał zgody na jego zamknięcie od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z uwagi na kolizję inwestycji – prowadzony równolegle remont drogi krajowej nr 701). Prace te, z uwagi na krótki czas niezbędny do ich wykonania (1 dzień), zostały wykonane w trakcie, gdy trwały jeszcze odbiory końcowe. W konsekwencji wykonawca zgłosił je do odbioru. Wówczas brak było uwag do wykonanych prac.

2. Część prac i robót wskazanych przez zamawiającego kwalifikowała się do uznania ich zgodnie z kontraktem za nieukończone lub za wady istotne.

Brak wykonania części ekranów akustycznych – jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy jest zgodnie z pkt I PFU zmniejszenie oddziaływania na środowisko. Zatem skoro ekrany akustyczne nie zostały wybudowane zgodnie z decyzją środowiskową, to w ocenie obserwatora nie można uznać, że wykonane roboty nadawały się do przeznaczonego im celu. Wobec tego nie sposób było się zgodzić z twierdzeniem wykonawcy, że były to drobne zaległe prace, bowiem w istocie stano-wiły one o niewykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy i nie realizują jej celu.

Brak zabudowy wygradzenia na przejazdach kolejowych, brak wykonania rowów bocznych, nieusunię-cie fundamentów słupów trakcyjnych na szlakach i stacjach to inne wady, które można w ocenie obser-watora uznać za istotne, a którego to stanowiska nie podzielał ani wykonawca, ani inżynier projektu. Jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy była, zgodnie z pkt I PFU, poprawa bezpieczeństwa ruchu kolejowego, podróży, przewożonych ładunków oraz ruchu drogowego na przejazdach kolejowych. Wskazany powyżej zakres nieukończonych prac odnosi się właśnie do bezpie-czeństwa ruchu kolejowego. Znowuż więc mieliśmy, w ocenie obserwatora, do czynienia z nieosiągnię-ciem podstawowych celów kontraktu.

Brak certyfikacji weryfikacji WE. Jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy było, zgodnie z pkt I PFU, zapewnienie interoperacyjności kolei. Brak kompletnej dokumentacji certyfikującej nie tylko uniemożliwił pełną realizację tego celu, ale zakres ten należało również rozpatrywać

z punktu widzenia zobowiązania wykonawcy do dostarczenia pełnej dokumentacji powykonawczej, zgodnie z Subklausulą 2.7 SWK, które to zobowiązanie nie zostało wypełnione. Warto przy tym także podkreślić, że nieprzekazanie przez wykonawcę przewidzianej w umowie kompletnej dokumentacji, koniecznej do oceny zgodności wykonania dzieła z wymaganiami technicznymi oraz bezpieczeństwa korzystania z dzieła i jego użytkowania, również stanowił w ocenie obserwatora wadę istotną dzieła.

[22] Komentarz wykonawcy: W zakresie procesu certyfikacji należy jednak mieć na uwadze, iż rozpoczęcie budowy (oraz późniejsze jej wstrzymanie) przejścia podziemnego w km 246,853 na stacji Poraj, który to zakres wykraczał poza umowę podstawową, uniemożliwił uzyskanie końcowych Certyfikatów WE dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Urządzenia przytorowe sterowanie ruchem kolejowym”. Przeprowadzenie procedury uzyskiwania Certyfikatów Końcowej Weryfikacji dla ww. podsystemów uzależnione jest od zakończenia prac związanych z budową przejścia podziemnego na stacji Poraj w km 246,853 oraz dokonania stosownych zmian w kontrakcie (wyłączenia z zakresu prac robót polegających na budowie przejścia w poziomie szyn na ww. stacji, zamiast którego zbudowano przejście podziemne).

Ze względu na istotne znaczenie odebrania obiektu dla ostatecznego rozliczenia inwestora z wykonawcą, dla odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady obiektu oraz dla odpowiedzialności gwarancyjnej, czynność ta powinna być należycie udokumentowana. W tym zakresie należy zatem wskazać, iż **zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku i rozpoczętych czynności odbiorowych nie udokumentował**, ograniczając się jedynie do pisma z 12 stycznia 2021 roku informującego o wstrzymaniu prac Komisji odbioru końcowego. Zdaniem obserwatora pismo to należy w istocie traktować jako odmowę dokonania odbioru, a wobec tego taka odmowa i jej przyczyny powinny zostać zawarte w protokole odbioru, co jednak nie nastąpiło.

[23] Komentarz zamawiającego: Zamawiający wyjaśnił, że brak wspomnianej dokumentacji poskutkowało wszczęciem kontroli, czy istnieje dokumentacja dla pozostałych branż. To w konsekwencji doprowadziło do wstrzymania procedury kontynuacji odbioru końcowego. Protokół ze spotkania nie został spisany z uwagi na niemożność ustalenia, czy dokumentacja jest kompletna. Bez możliwości uprzedniego wglądu do kompletnej dokumentacji nie sposób dochować wymogów prawidłowego odbioru.

3. Nie było podstaw do sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru z uwagi na brak odpowiednich unormowań umownych w tym zakresie, a także brak przesłanki bezzasadnego uchylania się zamawiającego od odbioru. Nadto, nawet gdyby już uznać, że uprawnienie takie przysługiwało, to protokół ten powinien uwzględniać także stanowisko zamawiającego, które zostało przez niego uprzednio wyraźnie sformułowane na piśmie wobec wykonawcy i inżyniera projektu. Przy tym protokół ten został wystawiony przedwcześnie, przed upływem terminu wyznaczonego zamawiającemu.

W przedmiotowej sprawie strony umówiły się, że podstawą dokonania odbioru robót będzie protokół odbioru końcowego, a w tym celu zostanie powołana komisja składająca się z przedstawicieli: wykonawcy, zamawiającego, inżyniera projektu oraz użytkownika. Ponadto umowa nie przewidywała możliwości wystawienia przez którąkolwiek ze stron jednostronnego protokołu odbioru końcowego, ani nie określała procedury związanej z sytuacją, gdy którakolwiek ze stron uchyla się od dokonania czynności odbioru.

W realiach opisywanej sprawy, w ocenie obserwatora, nie sposób uznać, że zamawiający uchylał się od dokonania czynności odbioru w ogóle. Do czynności tej zamawiający przystąpił, jednakże z uwagi na stwierdzenie nieukończenia robót i istnienia wad przerwał ich odbiór i wezwał wykonawcę do wykonania tych prac oraz wyznaczył termin w tym celu. Wykonawca pismem z 5 lutego 2021 roku wezwał zamawiającego do przekazania protokołu odbioru końcowego zadania w nieprzekraczalnym terminie do 8 lutego 2021 roku pod rygorem sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego

przedmiotowych robót. Jednakże skuteczność takiego wezwania, w ocenie obserwatora, jest wątpliwa, z uwagi na to, iż zamawiający uprzednio poinformował wykonawcę o konieczności ukończenia prac i usunięcia wad w ich wykonaniu przed dokonaniem odbioru końcowego. Wykonawca, nie czekając jednak do końca upływu wyznaczonego przez siebie terminu, już 8 lutego 2021 roku sporządził wspomniany jednostronny protokół odbioru końcowego robót. Wyjaśnić należy, iż zgodnie z zasadami obliczania terminów w prawie cywilnym, termin wyrażony konkretną datą kończy się z upływem właśnie tego dnia (daty). W niniejszej sprawie, termin wyznaczony przez wykonawcę upłynął więc 8 lutego 2021 roku o godz. 23:59. W związku z tym, protokół jednostronny z 8 lutego 2021 roku sporządzony we wcześniejszych godzinach, nawet gdyby przyznać wykonawcy prawo do jego wystawienia, został sporządzony przedwcześnie. I choćby przez to nie mógł być w ocenie obserwatora skutecznie wiążący.

[24] Komentarz wykonawcy: Wykonawca, ustosunkowując się do powyższych twierdzeń (przedstawionych także w opinii prawnej sporządzonej na zlecenie obserwatora, kwestionowanej przez wykonawcę), wskazywał, iż jednostronne podpisanie protokołu Odbioru Końcowego dla zadania objętego kontraktem było w pełni uzasadnione. Zamawiający pozostawał bowiem w „zwłóce” z zakończeniem procesu odbioru końcowego i mimo kierowanych wezwań nie podejmował żadnych działań w celu usunięcia stanu naruszenia prawa i kontraktu. Wykonawca wskazywał w szczególności na odmienną kwalifikację wskazywanych przez zamawiającego prac (ekrany akustyczne, rowy boczne), które niezmiennie w ocenie wykonawcy stanowiły „drobną zaległą pracę i wady nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu”. Uprawnienie wykonawcy do sporządzenia i podpisania jednostronnego protokołu Odbioru Końcowego dla zadania objętego kontraktem wynikało zaś z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, nie kontraktu.

4. **Zgodnie z Subklauzulą 10.1 SWK: „Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego” na dzień złożenia przez wykonawcę wniosku o wystawienie świadectwa przejęcia, tj. 11 stycznia 2021 roku nie został dokonany odbiór końcowy robót. Tym samym, złożenie wniosku przez wykonawcę było przedwcześnie i wniosek taki nie powinien być przez inżyniera projektu przyjęty z uwagi na nienadejście terminu (zdarzenia) do jego złożenia, tj. brak odbioru końcowego.**

Na 11 stycznia 2021 roku brak było choćby nawet tego – choć wątpliwego – jednostronnego protokołu odbioru, co także w ocenie obserwatora obligowało inżyniera projektu do nieprzyjęcia takiego wniosku. W tej sytuacji, wniosek wykonawcy z 11 stycznia 2021 roku o wystawienie świadectwa przejęcia winien być odrzucony. Nadto, w ocenie obserwatora, nawet gdyby uznać, że inżynier projektu winien był przyjąć wniosek o wydanie świadectwa przejęcia, to z uwagi na ujawnione kolejnego dnia okoliczności (dotyczące zgłoszenia przez zamawiającego w piśmie z 12 stycznia 2021 roku nieukończenia robót oraz stwierdzenia wad), w tym mając w szczególności na względzie obszerną korespondencję pomiędzy stronami, **inżynier projektu, w ocenie obserwatora, zgodnie z Subklauzulą 10.1 tiret (ii) powinien był odrzucić wniosek, podając i wyszczególniając prace wymagane do zrobienia przez wykonawcę.**

Inżynier projektu w ocenie obserwatora nie powinien w sposób bezkrytyczny przyjmować stanowiska wykonawcy, mając przede wszystkim na uwadze sprzeciw zamawiającego wobec dokonania odbioru końcowego oraz zgłoszonych przez niego robót wymagających ukończenia. Uwagi zamawiającego zostały jednak przez inżyniera projektu zignorowane lub też inżynier nadał im odmienne znaczenie. W ocenie obserwatora nieprawidłowe było w tym względzie stanowisko inżyniera projektu, jakoby nie miał innej możliwości jak wystawienie świadectwa przejęcia, skoro Subklauzula 10.1 SWK przewiduje również możliwość odrzucenia wniosku.

Reasumując powyższe, w opinii obserwatora, każda ze stron monitorowanego zamówienia w aspekcie problemu odbioru końcowego działała w interesie własnym, kierując się różnymi pobudkami, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji patowej.

Wykonawca, związany terminem zakończenia robót budowlanych wynikającym z zawartej umowy, dokonał zgłoszenia zakończenia robót w celu dotrzymania ww. terminu bez uwzględnienia szczegółów dotyczących podstaw do dokonania takiego zgłoszenia, o których mowa powyżej. Zdaniem obserwatora, motywacją takiego działania mogła być chęć uchronienia się przed karami umownymi z tytułu niedotrzymania terminu zakończenia robót, a także potrzeba rozliczenia i otrzymania płatności.

Zamawiający z kolei, dostrzegając brak podstaw do dokonania odbioru końcowego, w szczególności poprzez nieukończenie robót objętych kontraktem, a także zaistnienie (w ocenie zamawiającego) wad istotnych, działał w obawie przed zakwestionowaniem takiego stanu rzeczy przez instytucje dofinansujące, co w konsekwencji uniemożliwiłoby zakończenie realizacji projektu i problem z rozliczeniem dofinansowania. Nadto, dokonanie odbioru w takiej sytuacji rozpoczęłoby bieg terminów rękojmi za wady, co działałoby na niekorzyść zamawiającego, jeżeli dokonałby odbioru przed faktycznym zakończeniem prac budowlanych.

Nie można również wykluczyć, że kwestia wstrzymania odbioru końcowego i jej dalsze następstwa mogła być powiązana z konfliktem pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, dotyczącym budowy przejścia podziemnego na stacji Poraj, który opisany został w rozdziale 5.6.

[25] Komentarz zamawiającego: Interesem PKP PLK jest chronić interes publiczny, tj. doprowadzić do realizacji wszystkich robót w zakładanym czasie, zapewniając bezpieczeństwo i komfort podróżnych w sposób możliwie najmniej dokuczliwy dla społeczeństwa, przy poszanowaniu zasad prawa, w tym dyscypliny finansów publicznych i zasad rozliczania środków unijnych.

Nie do końca zrozumiałe w ocenie obserwatora wydają się pobudki w działaniu inżyniera projektu, choć zdaje się, że także on był zainteresowany po prostu jak najszybszym zakończeniem inwestycji, bowiem ponosił koszty związane z utrzymaniem zaplecza techniczno-kadrowego, a przy tym zakończenie inwestycji oznaczałoby dla inżyniera również otrzymanie płatności końcowej.

Obserwacja postępowania każdej ze stron przy odbiorze końcowym daje podstawy do oceny, że gdzieś po drodze zapomniano o dobru inwestycji jako całości, a więc o interesie publicznym. Każdej ze stron przy tym aspekcie można zarzucić jakąś nieprawidłowość, którą można było zniwelować, działając w porozumieniu i mając na względzie interes publiczny.

Niemniej jednak, jak już to wcześniej wskazano, zgodnie z dokonaną przez obserwatora analizą stanu faktycznego i prawnego dotyczącego zaistniałej problematyki, bez względu na stanowiska stron w tym zakresie, w przedmiotowej sprawie zamawiający mógł odmówić dokonania odbioru końcowego robót. Ostatecznie spór ten prawdopodobnie zakończy się długotrwałym procesem sądowym.

Takie działania bezsprzecznie nie wpływają na przejrzystość i transparentność zamówienia publicznego oraz wydatkowania środków publicznych, a także nie budzą zaufania społeczeństwa. Zdaniem obserwatora, kwestie odbiorów końcowych być może powinny być bardziej jednoznaczne i nie pozostawiać miejsca na rozbieżności czy uznaniowość stron. Jednakże w tej materii uregulowania wymagają także przepisy i procedury na szczeblu prawa powszechnie obowiązującego.

Dalszą odsłoną sporu o prawidłowość wydania świadectwa przejęcia było wypowiedzenie umowy na nadzór inwestorski najpierw przez PKP PLK¹²⁶, a potem także przez inżyniera¹²⁷, w stosunku do którego, jak poinformował zamawiający, przesłał on doniesienie do prokuratury. W następstwie rozwiązania umowy powołany został inżynier tymczasowy projektu, w którego skład weszli pracownicy PKP PLK. Wykonawca jednoznacznie zadeklarował, że nie uznaje powołania tymczasowego inżyniera ani jego kompetencji do podejmowania wiążących decyzji w zakresie kontraktu. Oznacza to, że także kolejne świadectwo przejęcia spodziewane ze strony inżyniera tymczasowego będzie kontestowane przez jedną ze stron kontraktu. To z kolei może oznaczać, że jeszcze bardzo długo nie uda się dojść do konsensusu w sprawie warunków zakończenia całego kontraktu.

REKOMENDACJE SYSTEMOWE



Zasady kwalifikowania wad stwierdzonych przy odbiorze robót jako istotnych lub nieistotnych wymagają regulacji ustawowej.

Powinny też istnieć jasne przesłanki przystąpienia do odbioru prac budowlanych, ich przyjęcia lub odmowy.

Jednakże zamawiający wskazuje, iż powołanie inżyniera tymczasowego projektu jest koniecznością wynikającą z Warunków FIDIC oraz z wymogami instytucji unijnych tj. CUPIT, a kontrakt nie pozwala na kwestionowanie takiej możliwości, natomiast działanie wykonawcy w tym zakresie utrudnia zakończenie procesu finalizacji inwestycji.

126 Pismo PKP PLK z 19.05.2021 r., https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/dot.-wypowiedzenia-umowy-z-In%C5%BCynierem_19.05.21.pdf [dostęp: 14.09.2021].

127 Pismo PKP PLK z 17.06.2021 r., <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/Pismo-nr-IRR-431.217.245.2021.IRE-1764-I-z-17.06.2021r..pdf> [dostęp: 14.09.2021].

[26] Komentarz wykonawcy: Zdaniem wykonawcy opinia prawna przygotowana przez obserwatora pomijała kluczowy fakt, tj. zrealizowania przez wykonawcę celu Zadania – zapewnienia przejezdności (eksploatacji) linii kolejowej nr 1 w modernizowanym zakresie. Tym samym, zdaniem wykonawcy, wyciągnięte wnioski i poczynione przez obserwatora analizy okazały się błędne.

Cel Zadania (wielokrotnie podkreślany przez zamawiającego i inżyniera projektu, chociażby w trakcie uzgodnień ceny i terminu realizacji przejścia podziemnego na stacji Poraj, tj. zapewnienie przejezdności linii kolejowej nr 1 do 29.12.2020 roku) został spełniony. Argumenty za tym zostały już przytoczone w komentarzu [17]. Skrócenie czasu przejazdu pociągów jest bezpośrednim efektem zakończenia robót zasadniczych i zwiększenia dopuszczalnej prędkości przejazdu. Powyższe zmiany rozkładów obowiązywały od 13.12.2020 roku, a zatem należy uznać, iż już w tym terminie cel zadania został przez wykonawcę wypełniony. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż powyższe rozumienie pojęcia „celu zadania” (przejezdności linii/jej eksploatacji) było zbieżne zarówno w komunikacji prezentowanej przez wykonawcę, inżyniera projektu, jak również zamawiającego, co potwierdza m.in. treść notatki ze spotkania kwartalnego z 17.11.2020 roku, pismo zamawiającego kierowane do obserwatora z 5.05.2020 roku [„zakończenie tzw. etapów umownych wynikających z zapisów Subklauzuli 8.13 umowy oraz Aneksu nr 1 do tejże umowy polega na uzyskaniu przejezdności danego szlaku (oddaniu do eksploatacji), a nie całkowitym zakończeniu prac budowlanych”] czy z 28.12.2020 roku („Oczywistym i bezspornym jest, iż linia kolejowa ma na celu prowadzenie ruchu pociągów pasażerskich i towarowych oraz zapewnienie bezpiecznego korzystania z wszelkiej infrastruktury służącej do obsługi podróżnych. Termin «przejezdność linii» niejednokrotnie używany jest jako potoczne określenie celu eksploatacji linii kolejowych”).

W kontekście powyższych bezspornych (podanych chociażby przez samego zamawiającego) i w prosty sposób weryfikowalnych informacji należy zadać sobie pytanie, w jaki zatem sposób możliwe jest, by w robotach występowały istotne wady lub też by nie zostały one wykonane w sposób umożliwiający wykorzystanie przedmiotu umowy, skoro ruch odbywa się w sposób niezakłócony i z prędkością rozkładową? Czy powyższe samo w sobie nie stanowi wystarczającego (obiektywnego) dowodu na realizację przez wykonawcę celu umowy już 13.12.2020 roku? Wykonawca ponownie zwraca uwagę, że nie zaistniały żadne ograniczenia co do możliwości poruszania się i prędkości pociągów (poza ograniczeniami na stacji Poraj, co wynika jednak z okoliczności niezależnych od wykonawcy), żadne takie ograniczenia nie zostały także wprowadzone w chwili rzekomego „dostrzeżenia” przez zamawiającego występowania przedmiotowych wad lub niewykonanych prac (tj. 12.01.2021 roku).

Zdaniem wykonawcy okoliczność, iż pociągi poruszają się bez ograniczeń z prędkością rozkładową, a także, że czynne są oba tory szlakowe, jasno wskazuje, iż nie sposób mówić o występowaniu wad istotnych lub też niewykonaniu części przedmiotu umowy w zakresie uniemożliwiającym jego użytkowanie. Powyższe wraz z faktem, iż w zakresie, w jakim roboty zostały wykonane (tj. z wyłączeniem „drobnej zaległej pracy” oraz stwierdzonych wad), wykonawca przekazał kompletną dokumentację powykonawczą, jasno wskazuje również, iż nie istniały podstawy do wstrzymania przez zamawiającego prac komisji odbiorowej. To z kolei spowodowało, iż zamawiający pozostawał w zwłocie z wykonaniem swoich obowiązków umownych i ustawowych (art. 647 Kodeksu cywilnego; art. 18 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane). W konsekwencji wykonawca był w pełni uprawniony do sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego, a inżynier projektu – do wystawienia świadectwa przejścia.

Wykonawca pragnie jeszcze zwrócić uwagę na fakt, iż sytuacja, w której wykonane są roboty zasadnicze (pozwalające osiągnąć cel inwestycji), a jednocześnie do wykonania pozostają drobne prace (np. roboty wykończeniowe, poprawianie rowów bocznych bądź fundamentów, uruchamianie urządzeń, uzupełnienie dokumentacji, wykonanie robót pobocznych – niezwiązanych bezpośrednio z prowadzeniem ruchu kolejowego) są sytuacją normalną przy realizacji kontraktów kolejowych dla zamawiającego (w szczególności zaś, gdy dotyczą bardzo dużych inwestycji, takich jak Zadanie). Świadectwa przejścia wystawione dla innych niż wykonawca firm w żaden sposób nie odbiegały swoją treścią (zakresem „drobnej zaległej pracy” czy stwierdzonych wad) od świadectwa przejścia wystawionego dla wykonawcy. Stąd też wykonawca z zaskoczeniem przyjął informację o wstrzymaniu procedury odbioru końcowego przez zamawiającego, braku jego reakcji na kierowane wezwania, a następnie kwestionowaniu wydanego świadectwa przejścia.

5.8. Wnioski i rekomendacje z monitoringu

5.8.1. Wnioski i rekomendacje natury systemowej

Wzmocnienie administracji publicznej i monitoring zmian w prawie budowlanym. Monitoring pokazał dobitnie, że wiele problemów związanych z realizacją zarówno prac projektowych, jak i budowlanych wynika z tego, że część administracji publicznej (w tym zwłaszcza wojewódzkie organy administracji architektoniczno-budowlanej) nie dysponują wystarczającymi zasobami do tego, żeby obsłużyć wszystkie inwestycje. Dodatkowo ta wydajność okazuje się niewystarczająca w sytuacji, w której wdrażane są ogromne programy inwestycji infrastrukturalnych, takie jak Krajowy Program Kolejowy, którego częścią było zamówienia objęte paktem. Dziwi przy tym fakt, że choć podobne problemy wystąpiły już wcześniej (np. gdy tempa nabrały inwestycje drogowe w związku ze współorganizacją przez Polskę Euro 2012), nie wyciągnięto z tamtych doświadczeń wniosków. Program Kolejowy spowodował podobne problemy, a ich ilustracją były wydarzenia związane z realizacją inwestycji objętej paktem, związane w szczególności z przewlekłością w uzyskiwaniu pozwoleń na budowę oraz innych dokumentów niezbędnych do prawidłowego i bezpiecznego dla obywateli wykonania inwestycji infrastrukturalnych. Choć w przypadku monitorowanego przedsięwzięcia nie stwierdzono przy tym konsekwencji w postaci korupcji czy nadużyć, to ryzyko wystąpienia takich przypadków również jest realne. Wszak w przypadku inwestycji doszło jednak do naruszenia prawa, które wynikało w dużej mierze właśnie stąd, że chcąc z jednej strony dochować harmonogramu realizacji robót, a z drugiej nie mogąc dopełnić wszystkich formalności, zarówno wykonawca, jak i zamawiający poszukiwali rozwiązań, które może nie były zgodne z prawem (czy też były na granicy prawa), ale w ich ocenie stanowiły wyjście z tej patowej sytuacji. Jeszcze w ramach pilotażu, strona rządowa zobowiązała się wzmocnić służby administracji architektoniczno-budowlanej, realizując nową perspektywę budżetową UE na lata 2021–2027 [zgodnie z informacjami przekazanymi podczas konsultacji niniejszego raportu stosowne rozwiązania znalazły się w projekcie programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę Klimat i Środowisko (FENIKS) 2021–2027]. W międzyczasie zdarzyła się pandemia COVID-19, na którą rząd zareagował zamrożeniem plac w sferze budżetowej, stąd też we wnioskach kończących pilotaż nie sposób nie powtórzyć postulatu o realne wzmocnienie finansowe i kadrowe służb administracji publicznej odpowiedzialnych za nadzór i inne decyzje związane z realizacją inwestycji infrastrukturalnych.

Pilotaż przyczynił się również do zmian w prawie budowlanym w zakresie wymogów dotyczących realizacji prac wymagających pozwolenia na budowę, jak i takich, które można realizować na zasadzie „zgłoszenia”. Nowe przepisy doprecyzowały m.in. zasady zgłaszania robót budowlanych i kontroli takich zgłoszeń. Kończąc pilotaż, obserwator miał już jednak wiedzę, że i te nowe przepisy są omijane, co wiąże się z wcześniejszym postulatem. Stąd też wprowadzone w 2020 roku zmiany powinny zostać potraktowane w kategoriach, tzw. *sunset regulation* – prawa, którego działanie ocenia się po pewnym czasie, po to żeby sprawdzić, czy realizuje założenia ustawodawcy. A zatem, na przykład po zakończeniu realizacji perspektywy finansowej UE w roku 2023 właściwe ministerstwo powinno zrealizować badania, które dałyby odpowiedź na pytanie, jaka jest skala omijania wymogów dotyczących uzyskiwania pozwoleń na budowę i realizacji prac budowlanych na zgłoszenie, jakie są tego konsekwencje oraz czy wprowadzone zmiany utrudniły, czy też ułatwiły realizację inwestycji. Po takiej ocenie można byłoby rozważyć korektę przepisów, czy to w kierunku ich usztywnienia, czy też liberalizacji.

Program informacyjno-edukacyjny poświęcony tematyce konfliktu interesów i dostępu do informacji publicznej. Urząd Zamówień Publicznych, jako regulator rynku, powinien otrzymać wsparcie od rządu i zrealizować intensywny, wieloletni program informacyjno-edukacyjny poświęcony problematyce konfliktu interesów oraz dostępowi do informacji publicznej. Działania powinny być

skierowane zarówno do zamawiających, jak i wykonawców. Powinny także dotyczyć problemów związanych z oboma zagadnieniami, występujących na każdym etapie realizacji zamówień publicznych, tj. przygotowywania, przetargu i wdrażania. Celem takiego programu powinno być upowszechnienie wiedzy na temat zarządzania konfliktem interesów, zasad dostępu do informacji publicznej oraz praw obywateli do tego, żeby móc pozyskiwać wiedzę na temat rynku zamówień publicznych, jak i konkretnych zamówień. Oczekiwanym rezultatem natomiast powinno być zmniejszenie liczby spraw sądowych i innych sporów dotyczących dostępu do informacji o zamówieniach oraz zmniejszenie liczby spraw (także spraw o charakterze karnym) związanych z naruszeniami wynikającymi ze złego zarządzania konfliktem interesów.

Zmiany prawne poszerzające możliwości dostępu do informacji w zamówieniach publicznych.

Ustawodawca powinien dokonać przeglądu przepisów regulujących dostęp do informacji publicznej (nie chodzi przy tym wyłącznie o ustawę o dostępie do informacji publicznej), dokonać zmian poszerzających tę możliwość i likwidujących bariery w dostępie do informacji. Jedną z takich barier są niejasne przepisy dotyczące ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (problem ten opisaliśmy już w pierwszym raporcie z pilotażu). Z kolei zmiany prawne, mogące zwiększyć dostęp do informacji, mogłyby na przykład dotyczyć wymogów regularnego sprawozdawania postępów w realizacji zamówień i upubliczniania takich informacji w formie przystępnych, zrozumiałych dla przeciętnego obywatela raportów (w tym aspekcie sytuację poprawiły nowe przepisy prawa zamówień publicznych, które weszły w życie w 2020 roku). Stworzenie systemu bieżącej sprawozdawczości z realizacji zamówień publicznych jest od lat rekomendowane m.in. przez OECD i Unię Europejską¹²⁸. Tego rodzaju rozwiązania istnieją już m.in. w Portugalii, we Włoszech, a do 2012 roku istniały na Węgrzech (niestety później tamtejszy rząd wycofał część regulacji, w tym zakresie znacznie obniżając przejrzystość tamtejszego systemu zamówień publicznych)¹²⁹.

Monitoring ryzyka wzrostu cen. PKP PLK powinna na bieżąco monitorować prowadzone przez siebie kontrakty pod kątem pojawienia się ryzyka wzrostu cen robót, usług, materiałów i pojawiających się w tym zakresie roszczeń. Umożliwiłoby to spółce uprzednie i szybsze reagowanie na niepokojące trendy związane z drożącymi materiałami czy ograniczonym dostępem do siły roboczej. Jest to niezwykle istotne, choćby w kontekście planowania budżetu na przyszłe inwestycje. Może też przyspieszać wypracowywanie systemowych rozwiązań dla rynku znajdującego się w kryzysie cenowym poprzez szybsze inicjowanie współpracy z innymi instytucjami, organizacjami reprezentującymi branżę i regulatorami rynku w tym zakresie oraz dostarczanie im danych niezbędnych do racjonalnego prowadzenia polityki zakupowej państwa.

Kształcenie specjalistów. Zadaniem dla regulatorów rynku i publicznych decydentów jest rozwój kształcenia nowej kadry specjalistów z branży kolejowej i otworenie większych możliwości rozwoju kompetencji i zdobycia doświadczenia przez osoby wchodzące dopiero na rynek pracy w tej branży. Widoczne braki kadrowe i zaawansowany wiek wielu specjalistów z branży kolejowej znacznie uprawdopodobniają wzrost kosztów robocizny, zwłaszcza przy wielu projektach kolejowych realizowanych równocześnie. Szczególnie dotknięte tym problemem są branże sieci trakcyjnej i sterowania ruchem kolejowym.

128 OECD *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD 2009, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf> [dostęp: 14.10.2021].

129 M. Mendes, M. Fazekas, *DIGIWHIST Recommendations for the Implementation of Open Public Procurement Data, An Implementer's Guide*, 1.03.2018, https://opentender.eu/blog/assets/downloads/digiwhist_implementers_guide.pdf [dostęp: 14.10.2021].

Zwiększenie dostępu do materiałów i sprzętu. Na obniżenie cen sprzętu i ich dostaw mogłoby wpłynąć uproszczenie i skrócenie procedur odpowiadających za dopuszczanie zagranicznych producentów i dostawców do rodzimego rynku. Rekomendujemy przeprowadzenie ewaluacji tego, jak wygląda realizacja wymogów administracyjnych w tym zakresie i z jakimi kosztami się wiąże. Nie jest wykluczone, że mogą być czynnikiem odstrasającym przed wejściem na rynek i wąskim gardłem, które nazbyt restrykcyjnie ogranicza konkurencyjność i podaż produktów z przeznaczeniem dla branży kolejowych.

Zachęty do ugód. Nadal widoczna jest bariera wykonawców i zamawiających przed wchodzeniem w ugody w przypadku sporów kontraktowych o waloryzację. Twórcy nowego prawa zamówień publicznych zapewnili uczestnikom rynku zamówień narzędzia, które sprzyjają tworzeniu kultury mediacji. Rośnie też liczba postępowań mediacyjnych, w które zaangażowana jest Prokuratura Generalna. Mimo wszystko uważamy, że potrzebny jest silniejszy bodziec ze strony regulatorów rynku i organów kontroli, który sprowadziłby spory kontraktowe w większym stopniu na ścieżkę polubownego rozwiązywania sporów. Jesteśmy przekonani, że determinacja do działania w tym kierunku byłaby silniejsza, gdyby dostępne były dokładne analizy, ile wynoszą koszty alternatywne dla budżetu państwa związane z unikaniem mediacji w konfliktach między uczestnikami zamówienia publicznego. Brakuje rzetelnego porównania popartego empirycznymi dowodami skuteczności wdrażania dwóch ścieżek rozwiązywania sporów – mediacyjnej oraz sądowej. Nie wiemy, ile one kosztują strony sporu, ile dokładnie trwają, jakim obciążeniem są dla finansów publicznych i dla wymiaru sprawiedliwości. Istnieje wiele przesłanek, łącznie z opiniami samych uczestników rynku, że postępowania mediacyjne trwają dużo krócej i są dużo bardziej skuteczne w rozwiązywaniu sporów. Być może zatem uzasadnione jest nałożenie na zamawiających obowiązku wytłumaczenia się z faktu, dlaczego w przypadku konkretnych roszczeń wykonawcy, które zmierzają do sporu sądowego, tak jak stało się w monitorowanym kontrakcie, w przypadku waloryzacji nie zdecydował się on na ugodę w tej materii i dlaczego jest to korzystne dla finansów publicznych i środków unijnych. Z drugiej strony, naszym zdaniem, potrzebny jest silniejszy bodziec ze strony organów kontrolnych, regulatorów rynku czy instytucji zarządzających środkami publicznymi do rozwiązywania sporów kontraktowych bez udziału pozwów sądowych. Może to odbywać się bardziej miękkimi ścieżkami, na zasadzie zachęcania do mediacji poprzez ogólnodostępne szkolenia, poradniki lub informatory, ale może też dotyczyć twardych rekomendacji formułowanych przy okazji weryfikowania dokumentów kontraktowych przez organy nadzoru takie jak CUPT.

Strategiczne planowanie inwestycji kolejowych. PKP PLK może i powinna ogłaszać plany przetargowe w perspektywie dłuższej niż 1 rok. Znajomość tego, jak będą się kształtować w okresie najbliższych pięciu czy dziesięciu lat pozwoli branży podejmować bardziej racjonalne decyzje biznesowe, a tym samym przetrwać zarówno okresy wzmożonego popytu na projekty kolejowe, jak i zastoju na rynku. Dzięki tej wiedzy wykonawcy mogliby lepiej przygotować się do realizacji zadań inwestycyjnych i racjonalniej zarządzać własnymi zasobami. Umożliwiłoby to także skuteczniejsze przeciwdziałanie ryzykom związanym z udziałem w publicznych kontraktach. Redukcja podstawowej niepewności na rynku budowlanym co do faktu, kiedy, ile i jakiej wartości inwestycje publiczne są planowane, może pozytywnie wpłynąć na stabilizację ekonomiczną polskich firm oraz rynku pracy. Jeżeli istnieją jakieś zewnętrzne bariery, które utrudniają zamawiającemu takie długofalowe planowanie, np. związane z pozyskiwaniem finansowania z budżetu państwa czy funduszy unijnych, długoterminowe plany powinny być kształtowane także w konsultacji z instytucjami odpowiedzialnymi za ich udzielanie.

5.8.2. Wnioski i rekomendacje dotyczące realizacji zamówień publicznych

Poprawa przepływu informacji między stronami zamówienia. Właściwie we wszystkich sytuacjach, które zostały omówione w raporcie, przewija się kwestia trudności z przepływem informacji między

zamawiającym a wykonawcą. Przejawiał się on na różne sposoby – od zwykłego braku informacji z jednej bądź drugiej strony przez opóźnienia w informowaniu o istotnych zdarzeniach w procesie inwestycyjnym, na niedowładach dialogu wokół kwestii spornych skończywszy. Dodatkowo na przepływie informacji odbiła się pandemia COVID-19 i związane z nią obostrzenia dotyczące bezpośrednich kontaktów międzyludzkich. Głównym skutkiem tych problemów były konflikty, które dodatkowo pogłębiały się często w efekcie nierozwiązywanych problemów z komunikacją oraz z dezorganizacją prac na różnych etapach realizacji zamówienia (czego drastycznym przykładem była sytuacja związana z budową przejścia podziemnego na stacji Poraj), a w ostatecznym rozrachunku także zagrożenie dla interesu publicznego (np. dla bezpieczeństwa oraz komfortu pasażerów i mieszkańców obszaru inwestycji).

Osobną kwestią, ale o podobnym charakterze, były też problemy komunikacyjne wewnątrz struktury zamawiającego, które w ocenie obserwatora wiązały się m.in. z nadmiernie (w ocenie obserwatora) złożoną strukturą całej organizacji. Ten czynnik dodatkowo utrudniał komunikację między stronami zamówienia. Stąd też zasadny wydaje się postulat przepracowania procedur komunikowania się między zamawiającymi i wykonawcami (nie tylko w odniesieniu do zamawiającego i wykonawcy inwestycji objętej paktem). Chodzi nie tylko o wypracowanie lepszych, nowych mechanizmów (ponad te istniejące, jak rady budowy czy zespoły ZOPI), ale usprawnienie tych, które już funkcjonują.

Jednocześnie zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców jest dostrzegalny niedobór kompetencji negocjacyjnych i mediacyjnych. Można oczywiście liczyć na to, że niektórzy uczestnicy zamówień nabierają wraz z doświadczeniem odpowiednich umiejętności komunikacyjnych, ale jest też tak, że wraz z doświadczeniem nabiera się także i złych nawyków. Te kompetencje w zakresie komunikacji i dialogu mogłyby zostać wzmocnione poprzez pogram szkoleń i warsztatów oferowanych zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom. Być może takie działania edukacyjne mogłyby zostać sfinansowane ze środków unijnych. Niezależnie od tego instytucje zarządzające, być może również UZP, powinny silniej promować rozwiązania poprawiające komunikację między zamawiającymi i wykonawcami oraz polubowne rozwiązywanie sporów wokół realizacji zamówień publicznych. Unikanie eskalacji konfliktów, drogi sądowej, oczywiście przy zachowaniu niezbędnego poziomu formalizmu i zasady transparentności, z pewnością usprawniłoby realizację zamówień publicznych i pozwoliłoby na uniknięcie dodatkowych kosztów i problemów związanych z postępowaniami sądowymi czy prokuratorskimi.

Bardziej szczegółową rekomendacją dotyczącą usprawnienia przepływu informacji między stronami zamówienia jest zawarcie odpowiednich postanowień w treści umów. Należy oczekiwać od każdej ze stron kontraktu (w tym także inżyniera), aby istotne informacje przekazywały sobie bez zbędnej zwłoki. Dobrym zwyczajem byłoby, aby strona kontraktu otrzymująca powiadomienie o roszczeniu przekazywała komunikaty drugiej stronie wcześniej aniżeli otrzymanie roszczenia ostatecznego; tego typu działanie komunikacyjne pozwolić może na wcześniejszym etapie rozpocząć uzgodnienia stron w przedmiocie roszczeń, jak i ewentualnie może usprawnić realizację inwestycji poprzez wcześniejszą reakcję stron na okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na czas i koszt realizacji kontraktu. Obserwacje zebrane podczas paktu pokazały, iż nie wszystkie informacje przekazywane pomiędzy stronami były kompletne i nie były wydawane bez zbędnej zwłoki (np. brak komunikatów kontraktowych na temat powodów wydłużonego procesu podejmowania decyzji w zakresie uzgodnienia zmian). W ocenie obserwatora należy precyzyjnie określić termin, w jakim strona kontraktu (w tym inżynier) powinna podejmować działania wymagane kontraktem, jak i określić termin, w jakim strona powinna komunikować o powodach, iż nie jest w stanie wykonać wymaganej czynności w kontraktowym terminie. W związku z powyższym, w przypadku braku wywiązywania się przez jedną ze stron z procesu komunikowania, należy rozważyć nadanie uprawnień z tego tytułu drugiej stronie (np. roszczenie o dodatkowy czas i/lub koszt).

Optimalizacja praw i obowiązków stron kontraktu. Obserwacje zebrane podczas realizacji paktu pozwalają na przedstawienie kilku rekomendacji do wdrożenia w umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Podczas udzielania pełnomocnictw przez inwestora (zamawiającego) przedstawicielom wykonawcy należy jasno i precyzyjnie określać tak prawa, jak i obowiązki – przede wszystkim w zakresie ograniczeń upoważnień w konkretnych czynnościach, które inwestor planuje sam realizować; unormowania w tej materii winny być określone w zapisach umowy (kontraktu), tak aby świadomość oferentów (wykonawcy) znana była od samego początku ubiegania się o realizację inwestycji. Takie unormowania pozwolą uniknąć sporów stron kontraktu w zakresie prawa i obowiązków, jakie inwestor przekazuje przedstawicielom wykonawcy w celu realizacji inwestycji.

Rola inżyniera podczas realizacji kontraktu jest w ocenie obserwatora niezwykle istotna. W znacznej mierze dzięki działaniom podejmowanym przez inżyniera można uniknąć problemów z terminem realizacji inwestycji. Wobec powyższego niezwykle istotną kwestią jest, aby inżynier miał stosunkowo duży obszar swobody w zarządzaniu kontraktem (bez zbytniego ograniczenia swoich praw zawartych w warunkach kontraktu na rzecz dokonywania uzgodnień z zamawiającym poszczególnych swoich kroków)¹³⁰.

W projekcie objętym zamówieniem, w ocenie obserwatora, podejmowanie ustaleń przez inżyniera mogłoby się przyczynić do sprawniejszej realizacji kontraktu. Istnieją jednak ograniczenia, zarówno kontraktowe, pozbawiające inżyniera możliwości podejmowania szybkich i konkretnych decyzji mających na celu dobro inwestycji. Należałoby w związku z tym dokonać szczegółowej oceny praw i obowiązków, jakie zamawiający przekazuje inżynierowi, w celu eliminacji zapisów powodujących blokowanie jego działań w sytuacji, gdy decyzyjności wymaga dobro inwestycji.

Kolejną kwestią wartą opisania w treści umów wydaje się proces zmian, jaki obowiązuje pomiędzy stronami kontraktu. Należałoby precyzyjnie określić wymagania w stosunku do wykonawców w zakresie niezbędnych dokumentów, jakie powinni przedłożyć, aby dokonać uzgodnienia zmiany kontraktu. Brak takich zapisów może powodować spory stron w zakresie ich oczekiwań w tej materii. Ponadto doprecyzowanie procesu powinno mieć miejsce w zakresie terminów, jakie strony mają na poszczególne czynności w procesie. Niedopuszczalne jest to, aby strona kontraktu w procesie uzgadniania zmian nie podejmowała czynności przez kilka miesięcy¹³¹.

Doprecyzowania w umowie stron wymaga także kwestia ustalenia, kiedy następuje możliwość rozpoczęcia robót przez wykonawcę wg zmienionego zakresu. Przypadek przejścia w Poraju pokazał dobitnie, iż brak takiej regulacji kontraktowej może prowadzić do poważnego sporu. Jednoznaczne uregulowanie tej kwestii poprzez dookreślenie, kiedy wykonawca może rozpocząć prace wg wariantu objętego zmianą (pismo od inżyniera, uzgodnienie dodatkowego czasu, uzgodnienie dodatkowego kosztu, polecenie zmiany, określenie bądź aneks do umowy), spowoduje, iż nie będzie potrzeby

130 Z drugiej strony, jak w ramach konsultacji raportu wskazał zamawiający, przyznanie inżynierowi szerokiego obszaru swobody może prowadzić do takich sytuacji, jakie ujawniły się w ramach monitoringu, tj. do nieuprawnionego wydania świadectwa przejścia. Finansujący inwestycje podmiot musi mieć decydujące stanowisko w istotnych kwestiach dotyczących kontraktu.

131 W tym punkcie zamawiający zwrócił uwagę, że w jego ocenie nie jest możliwe ani wskazane, aby określać konkretnie, w jaki sposób, jakimi dokumentami wykonawca ma potwierdzać zasadność zmian/roszczeń. Ograniczyłoby to w sposób nieuzasadniony możliwość modyfikacji kontraktu w zakresie czasu, jak i wynagrodzenia ze szkodą dla wykonawcy, jak też zamawiającego, który zobowiązany byłby uwzględnić takie roszczenie na skutek wyroku sądu, który nie ogranicza w żaden sposób dokumentów, jakie mogą stanowić materiał dowodowy.

dokonywania interpretacji zapisów kontraktu, jak i intencji stron co do tego, aby prace zmienione wykonywać lub wręcz odwrotnie.

Wewnętrzny proces dokonywania uzgodnienia dokumentów w PKP PLK w ocenie obserwatora także powinien zostać klarownie przedstawiony w zapisach kontraktu. Przedstawienie takiego procesu – zarówno w zakresie terminowości, jak i osób podejmujących decyzje w poszczególnych kwestiach, byłoby bardzo pomocne dla ułożenia poprawnej współpracy PKP PLK zarówno z wykonawcami, jak i z inżynierami projektów. W ocenie obserwatora w monitorowanym zamówieniu przedstawiciele wykonawcy oraz inżyniera nie mieli pełnej i klarownej wiedzy na temat tego procesu. Nie było jasne, jakie decyzje podejmuje kierownik kontraktu, dyrektor projektu, dyrektor regionu Centrum Realizacji Inwestycji, dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji, jak i sam zarząd spółki PKP PLK. Przedstawienie procesu uzgadniania dokumentów (czy to związanych z uzgadnianiem dokumentacji, czy uzgadnianiem poleceń zmian, czy uzgadnianiem podejmowanych czynności przez inżyniera, o których uzgodnienie musi się zwracać do zamawiającego) pozwoli w sposób optymalny zaplanować realizację inwestycji – uwzględnić ten proces w harmonogramie zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego. Każdorazowe działanie niezgodne z założeniami tego procesu powinno być przesłanką do rozpoczęcia dialogu między stronami i aktualizacji harmonogramów. Jak pokazał monitorowany projekt niedookreślenie tego procesu w kontrakcie było przyczynkiem do powstawania poważnych sporów¹³².

Rozwijając kwestię decyzyjności po stronie przedstawicieli zamawiającego, należy rozważyć, aby w ramach kontraktu lub w ramach korespondencji kontraktowej przedstawić upoważnienia dla osób biorących udział w podejmowaniu decyzji – np. w sposób analogiczny, jak to powinno mieć miejsce zgodnie z warunkami kontraktu dla asystentów inżyniera. Długie i niedookreślone (dla wykonawcy czy choćby obserwatora) łańcuchy decyzyjne w PKP PLK nie przyczyniają się do sprawnego zarządzania inwestycją. W tym miejscu należy, w ocenie obserwatora, dokonać oceny, czy ścieżka decyzyjności w projektach realizowanych w PKP PLK nie jest zbyt duża i skomplikowana i czy nie ma pola do optymalizacji, która mogłaby spowodować sprawniejsze podejmowanie decyzji w projekcie.

Niezależnie od powyższego niezbędne jest, aby każdorazowa zmiana w zakresie przedstawicieli zamawiającego odpowiedzialnych za realizację inwestycji była komunikowana nie tylko wykonawcom i inżynierom, ale także instytucjom zarządzającym. W tym miejscu nie sposób nie wspomnieć (bazując na doświadczeniach zebranych podczas monitoringu) o tym, że zmiany osób odpowiedzialnych za realizację projektu powinny być podejmowane w ostateczności. W ocenie obserwatora w projekcie objętym paktem zmiany na stanowisku dyrektora projektu następowały zbyt często i z nie do końca jasnych przesłanek. Niezwykle istotny w ocenie obserwatora jest dobór przedstawicieli zamawiającego odpowiedzialnych za realizację kontraktu, gdyż to właśnie od nich (od czynnika ludzkiego) zależy w znacznym stopniu sukces projektu.

Kompletność dokumentacji przetargowej. Jeszcze na etapie postępowania przetargowego obserwator zwracał uwagę na brak decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Posiadanie przez inwestora tej decyzji co prawda nie jest wymagane przepisami prawa, niemniej, jak pokazał monitoring, tego rodzaju brak może stać się zarzewiem poważnych problemów również na etapie realizacji inwestycji. Rozpoczynając postępowanie przetargowe, zamawiający powinien mieć komplet najważniejszych dokumentów, których treść może mieć przełożenie nie tylko na to, jakie oferty zostaną złożone, ale

¹³² Przy czym zamawiający zastrzegł, że wewnętrzne procedury PKP PLK wskazują, jakie osoby w spółce podejmują decyzje co do zmian umowy, jaki jest łańcuch decyzyjny, a wykonawcy mają świadomość, jakie osoby są upoważnione do podpisania aneksu umowy.

także, jak będzie realizowana inwestycja. Takie podejście pozwoli na wprowadzanie do kontraktu czynników niepewnych, obarczonych ryzykiem co do kształtu tak istotnych elementów podczas realizacji inwestycji, jak ochrona środowiska. W przypadku inwestycji objętej paktem, gdyby decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach była znana wykonawcy na etapie składania ofert, uniknąć można byłoby kwestii interpretacji możliwości optymalizacji w zakresie budowy ekranów akustycznych.

Ponadto, opracowania przedprojektowe (przygotowywane przez inwestora dla celu przygotowania zamówienia, jak np. studium wykonalności) powinny być udostępniane oferentom podczas postępowania przetargowego w celu identyfikacji

ryzyk realizacji zamówienia; w przypadku, jeśli inwestor wykonał (zakupił) opracowania przedprojektowe w formie elektronicznej/edytowalnej, to taka forma także powinna być przedmiotem udostępnienia. Wszelkie dokumenty uławiające wycenę i realizację inwestycji, będące w posiadaniu zamawiającego, powinny być udostępniane wykonawcom (uwzględniając rzecz jasna przy tym kwestię ochrony danych osobowych czy wszelakie klauzule na dokumentach, które mogą powodować ograniczenie możliwości ich udostępnienia).

Weryfikacja rażąco niskiej ceny. Oparcie kryterium wyboru ofert wyłącznie na cenie (co jest wciąż możliwe mimo prawnego obowiązku stosowania kryteriów pozacenowych) sprawia, że bardziej prawdopodobne stają się sytuacje, w których wykonawcy, konkurując niższymi kosztami, będą ocierać się o granicę rażąco niskiej ceny. Jeżeli komisja przetargowa akceptuje wycenę wykonawcy, co do której istnieje podejrzenie, że nie może opierać się na realnych kosztach z uwagi na aktualne ceny materiałów, usług lub niemożność osiągnięcia oczekiwanych parametrów inwestycji środkami proponowanymi przez wykonawcę, problem ten ma wszelkie szanse powrócić na etapie realizacji kontraktu. Wówczas przysporzy to zamawiającemu dodatkowych problemów związanych ze sporami kontraktowymi czy żądaniem wykonawcy o dodatkową zapłatę. Nie zawsze rozwiązania przedstawiane przez wykonawcę jako tańsze i równie skuteczne w praktyce dają się później zastosować w danym kontrakcie. Dlatego istotne jest, aby takie sytuacje w trakcie wyboru oferty podlegały ocenie profesjonalnych i obiektywnych biegłych z zewnątrz spółki zamawiającej. Należy przy tym zweryfikować, czy obecnie przyjęty mechanizm weryfikacji wątpliwości i zarzutów o rażąco niską cenę jest w pełni skuteczny.

Wykorzystywanie narzędzi negocjacji. Zespół negocjacyjny to narzędzie, które PKP PLK powinna rozwijać i stosować częściej w różnych kontraktach i przypadkach różnego rodzaju sporów. Mimo że możliwość korzystania z tego narzędzia pojawiła się już w 2016 roku, PKP PLK z niego nie korzystała, a jedna z większych firm wykonawczych realizujących zamówienia, jaką jest ZUE, nie miała o nim żadnej wiedzy. Wydaje się zatem, że rozwiązanie to powinno być upowszechniane i promowane także z wykorzystaniem Forum Inwestycyjnego. Jego formuła musi jednak ulec przekształceniu w stronę

CO POWINNO BYĆ ZAWARTE W UMOWIE?

REKOMENDACJE WYNIKAJĄCE Z MONITORINGU

1. Jasne i precyzyjne odzwierciedlenie praw i obowiązków wykonawcy oraz ich ograniczeń w udzielonych przez inwestora pełnomocnictwach.
2. Zachowanie kompetencji inżyniera projektu do podejmowania niezależnych decyzji.
3. Precyzyjne określenie, jak długo może trwać uzgadnianie zmian kontraktu i jakich dokumentów wymaga się w tym celu od wykonawcy.
4. Warunki rozpoczęcia robót ujętych w zmianie do kontraktu.
5. Zasady obiegu dokumentów istotnych dla kontraktu w instytucji zamawiającej.
6. Przedstawianie upoważnień przez osoby podejmujące decyzje w instytucji zamawiającej.

bardziej koncyliacyjnego prowadzenia rozmów z wykonawcami, być może z udziałem trzeciej strony mediującej, którą mógłby być profesjonalny, zewnętrzny facylitator.

Zmiany w powszechnie obowiązujących przepisach prawa dotyczących dokonywania odbiorów końcowych inwestycji. Jak wykazała obserwacja etapu inwestycji w zakresie odbioru końcowego zadania, na tym tle pomiędzy stronami powstaje najwięcej problemów i sporów, a w dodatku największej wagi z punktu widzenia interesu publicznego. Problemy te powstają z uwagi na niejednoznaczność przepisów prawa, które pozostawiają miejsce na rozbieżne interpretacje, w zależności od tego, jaki podmiot je opiniuje. Przede wszystkim zmian w tym zakresie wymaga Ustawa Prawo budowlane, która o problematyce odbiorów końcowych stanowi w sposób lakoniczny, co pozostawia pole do wprowadzenia szczegółowych uregulowań w umowie. Warto zwrócić uwagę, że autorem umowy o realizację robót budowlanych w ramach zamówienia publicznego jest zamawiający, a sytuacja ta w zasadzie wyklucza możliwość negocjacji jej zapisów przez wykonawcę. Taka sytuacja powoduje, że zamawiający znajduje się w lepszej sytuacji prawnej, choć z drugiej strony ponosi też odpowiedzialność za precyzyjne sformułowanie zapisów kontraktowych. W związku z powyższym, jak już wskazano, należałoby rozpocząć od zmian prawodawczych na szczeblu ustawodawczym. Zmiany te powinny dotyczyć przede wszystkim wprowadzenia uregulowań w zakresie kwalifikowania wad robót stwierdzonych przy odbiorze, tj. które z wad są istotne i pozwalają odmówić inwestorowi odbioru robót, a które, jako nieistotne, nakazują dokonanie tego odbioru. Oczywiście przy tym jest, że nie da się stworzyć definicji tych wad poprzez wskazanie katalogu zamkniętego, jednakże możliwe jest szczegółowe wskazanie cech takich wad oraz podstaw do odmowy dokonania odbioru. Dodatkowo na tle monitorowanej inwestycji wydaje się, że zasadnym stałoby się również wprowadzenie do przepisów prawa procedury dokonywania odbiorów, tj. przesłanek uzasadniających przystąpienie do odbioru, ewentualne możliwości w zakresie wstrzymania odbiorów i w końcu procedurę odmowy odbioru. Zdaniem obserwatora bez zmian na szczeblu prawa powszechnie obowiązującego, spory pomiędzy stronami będą nagminne, a w rezultacie ostatecznie będą prowadziły do długoletnich procesów sądowych, co nie jest korzystne z punktu widzenia interesu społecznego.

5.8.3. Wnioski i rekomendacje dotyczące realizacji paktu uczciwości

Zarządzanie konfliktem interesów. Pilotaż pokazał, że pakt uczciwości może być dobrym narzędziem zarządzania konfliktem interesów na bardzo różnych płaszczyznach – w relacjach między różnymi stronami zamówienia, w sytuacjach dotyczących indywidualnie zamawiającego, wykonawcy, obserwatora czy innych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówień, a także w relacjach między obserwatorem i stronami zamówienia. Doświadczenie z realizacji pilotażu pokazuje, że zarządzanie takimi sytuacjami musi opierać się nie na restrykcyjnych regulacjach, ale na otwartych, elastycznych procedurach. Przy czym zasadą musi być transparentność (konflikt interesów powinien być zawsze ujawniany/deklarowany) i zarządzanie dialogiem między stronami. Tam, gdzie konflikt interesów można wyeliminować bez negatywnych skutków dla realizacji zamówienia, należy to robić. Tam, gdzie nie da się uniknąć konfliktu interesów, powinien on zostać ujawniony, a dokładny sposób postępowania w takiej sytuacji powinien zostać uzgodniony między stronami zamówienia i obserwatorem.

W zarządzaniu konfliktem interesów bardzo pomocny jest „zewnętrzny arbiter”, tj. podmiot, który nie jest ani stroną zamówienia, ani nie jest obserwatorem. W przypadku pilotażu rolę takiego „arbitra” wykonywała Transparency International, która była europejskim koordynatorem projektu i/lub Komisja Europejska, finansująca pilotaż. W innych przypadkach arbitrem mogłaby być instytucja zarządzająca środkami unijnymi lub innymi funduszami publicznymi przeznaczanymi zamawiającym na realizację ich działań (np. właściwe ministerstwo). Jeśli nie istnieje żaden „zewnętrzny” w stosunku

do zamówienia podmiot, który mógłby objąć funkcję takiego arbitra, strony zamówienia, wspólnie z obserwatorem powinny wskazać mechanizm odwoławczy i zapisać w pakcie. Jedną z możliwości jest na przykład wybór przez strony zamówienia i obserwatora jednego, wspólnego arbitra (np. kancelarii prawnej), który w sytuacji, gdy nie uda się porozumieć stronom co do sposobu zarządzania konfliktem interesów, rozstrzygałby taki spór.

Dobre zdefiniowanie w treści paktu, jak będzie rozumiany konflikt interesów, i ustalenie procedur zarządzania takimi sytuacjami, jest także niezwykle istotne, zwłaszcza z punktu widzenia obserwatora. Ten, wykonując aktywnie swoją rolę, przedstawiając, np. opinie dotyczące konkretnych zdarzeń w ramach realizacji zamówienia, zawsze może narazić się, że działa w interesie własnym lub jednej ze stron. Bez właściwego uregulowania, jak postępować w sytuacji konfliktu interesów, paradoksalnie zarzut o konflikt interesów może okazać się skutecznym instrumentem paraliżującym monitoring.

Dostęp do informacji publicznej. Jak wykazał pilotaż, dostęp do informacji w ramach realizacji zamówień publicznych, to złożona kwestia. Na poziomie relacji obserwator–strony zamówienia można zapewnić sobie szeroki i nieskrępowany dostęp do informacji na gruncie postanowień samego paktu. W ten sam sposób można również zagwarantować możliwość upowszechniania informacji. Monitoring nie powinien być tylko reaktywny – tzn. obserwator, zwłaszcza w aspekcie dostępu do informacji nie powinien poprzestawać jedynie korzystaniu z własnej, uprzywilejowanej pozycji. Pakt jako pewna koncepcja opiera się na założeniu, że poprzez włączenie czynnika społecznego do procesu udzielania i realizacji zamówień publicznych, można zapobiegać nadużyciom bądź nieprawidłowościom, jak również podnieść poziom zaufania do rynku zamówień publicznych i ogólniej – do państwa¹³³. Jednocześnie partycypacja w ramach paktu uczciwości jest stopniowalna – może się ograniczać głównie do obserwatora, a może też mieć szerszy charakter – jeśli uda się zainteresować danym zamówieniem np. społeczność lokalną, która ma być jej beneficjentem (a także podtrzymać takie zainteresowanie). Ta druga możliwość bywa jednak trudna zwłaszcza w przypadku dużych, infrastrukturalnych przedsięwzięć, do których dostęp większej liczby obserwatorów jest trudny lub wręcz niemożliwy, choćby przez względy bezpieczeństwa budowlanego (nie każdy może po prostu wejść na plac budowy). Bardziej „masowa” partycypacja rodzi też wiele problemów organizacyjnych po stronie obserwatora. To nie może być swego rodzaju „pospolite ruszenie”. Ktoś musi koordynować działania, być partnerem dla stron zamówienia, podejmować decyzje, decydować o tym, na czym się skupić, itd. Jeśli więc nie da się zorganizować monitoringu w formule, nazwijmy to, społecznościowej, alternatywą jest formuła ekspercka, w której obserwatorem jest jeden, konkretny podmiot, np. organizacja społeczna lub konsorcjum jakichś podmiotów. W takiej formule podmiot będący obserwatorem powinien jednak dążyć przynajmniej do poszerzenia pola dla innych potencjalnych zainteresowanych danym zamówieniem – zainteresowanych być może także bezpośrednim włączeniem się w monitoring. Z tego punktu widzenia warunkiem sine qua non partycypacji jest zwiększanie możliwości dostępu do informacji publicznej. Jeśli więc gdziekolwiek w formule paktu uczciwości jest miejsce na wyjście poza typowe działania monitoringowe, to przede wszystkim w tym aspekcie. Tam, gdzie w trakcie monitoringu okaże się, że występuje problem z dostępem do informacji, obserwator powinien nie tylko sygnalizować to stronom zamówienia, ale też powinien podejmować próby zainicjowania zmian organizacyjnych (czy to po stronie zamawiającego, czy wykonawcy) lub wręcz systemowych – przedstawiając ustawodawcy propozycje zmian prawnych i/lub dołączając do sporów między stronami zamówienia, przedstawiając

¹³³ Zob.: G. Makowski, *Partycypacja ekstremalna, czyli udział obywateli w decyzjach dotyczących zamówień publicznych – na przykładzie pilotażu paktów uczciwości*, [w:] J. Arcimowicz, K. Gadowska, *Sfera publiczna w Polsce i jej współczesne konteksty*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2021, s. 228–265, <https://www.isp.org.pl/pl/publikacje/sfera-publiczna-w-polsce-i-jej-wspolczesne-konteksty> [dostęp: 28.11.2021].

opinie prawne na temat dostępu do informacji i poprzez działania litygacyjne próbować zmieniać praktykę stosowania prawa, tak żeby dostęp do informacji był łatwiejszy, a co za tym idzie, aby każdy zainteresowany mógł ewentualnie włączyć się w działania monitoringowe.

Reagowanie na nadużycia i nieprawidłowości. Monitoring pokazał, że sytuacje, które na pierwszy rzut oka wydają się nadużyciami (zgodnie z definicją unijną są to umyślne działania wprost niezgodne z prawem, czyli po prostu przestępstwa), okazują się nieprawidłowościami (działania naruszające pewne zasady czy godzące w interes publiczny, choć nie będące przestępstwami) lub mniejszej wagi naruszeniami. Stąd też obserwatorzy powinni uważnie analizować własne pierwsze spostrzeżenia, informacje pochodzące z mediów lub od sygnalistów. Powinni domagać się wyjaśnień od stron zamówienia i dokładnie badać dostępną dokumentację. Jeśli pojawi się choćby cień wątpliwości, tego rodzaju zdarzenia powinny być w pierwszej kolejności omówione ze stronami paktu i ewentualnie instytucjami zarządzającymi, jeśli (tak jak w przypadku pieniędzy unijnych) istnieją one w procesie inwestycyjnym. Monitoring w ramach paktu uczciwości, powtórzmy to jeszcze raz, jest formą partycypacji w podejmowaniu i realizacji decyzji publicznych, a nie działalnością dochodzeniowo-śledczą. Obserwator powinien korzystać z takich instrumentów, jak doniesienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, wyłącznie w sytuacjach ewidentnych lub po dogłębnej analizie i uzyskaniu wyczerpujących wyjaśnień od stron zamówienia. Jeśli te warunki nie są spełnione, narazi się sam na odpowiedzialność cywilną, karną i zerwanie paktu, w sytuacji (nawet jeśli jest ona trudna i niejednoznaczna), gdy z punktu widzenia interesu publicznego byłoby jednak lepiej, gdyby kontynuował monitoring. Dlatego tak ważne jest, żeby każdy pakt zawierał też procedury reagowania na podejrzenia o nadużycia i nieprawidłowości.

Umocowanie paktu uczciwości. W pierwszym raporcie z pilotażu obejmującego etap przygotowania samego paktu i postępowanie przetargowe znalazła się rekomendacja mówiąca, że najbardziej pożądaną formułą paktu (przynajmniej jeśli chodzi o zamówienia infrastrukturalne) jest „hybryda”. Pakt powinien być modułowy. Na linii obserwator–zamawiający powinien mieć postać umowy cywilno-prawnej. Z kolei na linii obserwator–wykonawcy (i zamawiający) powinien być elementem wzoru umowy na realizację zamówienia. Taka formuła ma swoje zalety i wady. Jej podstawową zaletą jest to, że jest ona szybsza i łatwiejsza w realizacji. Ewentualne uzgodnienia co do treści paktu toczą się bowiem jedynie pomiędzy obserwatorem i zamawiającym. Ma to swoje uzasadnienie w fakcie, że to zamawiający inicjuje postępowanie przetargowe i jest głównym dysponentem środków publicznych. Podstawową wadą jest to, że w takiej formule kryje się pewna nierówność wynikająca stąd, że to, na co umówią się obserwator z zamawiającym, zostaje niejako narzucone wykonawcy w zapisach kontraktu. Zalety tego rozwiązania można wzmocnić, a wady osłabić, regulując pewne podstawowe elementy w prawie, czy to na poziomie ustawowym, np. w prawie zamówień publicznych, czy też na poziomie odpowiednich przepisów wykonawczych.

Regulacja prawna w szczególności powinna dawać podstawę zastosowania paktu jako takiego. Pakty w naszej opinii nie powinny być obligatoryjne w żadnym zakresie, ale prawo powinno je definiować i tworzyć zachęty do ich zastosowania. Dodatkowo przepisy powinny określać w szczególności prawa i obowiązki obserwatora, tryb wyboru obserwatorów i zakreślać krąg potencjalnych podmiotów, które mogłyby realizować monitoring. W tym ostatnim punkcie, jakkolwiek idea paktu wywodzi się ze środowisk obywatelskich (z organizacji i ruchów społecznych zajmujących się partycypacją i kontrolowaniem władz publicznych) i kładzie się w niej duży nacisk na szeroki udział społeczny w kontrolowaniu zamówień, to polski pilotaż pokazał, że swego rodzaju „pospolite ruszenie” nie może być jedyną formułą realizacji monitoringu. Oddolnie powstające, niesformalizowane podmioty nie mogą być jedynym rodzajem obserwatorów. Wiele zamówień (tak jak te objęte polskim pilotażem) ma wysoko specjalistyczny charakter. Dodatkowo ich realizacja sama w sobie jest trudna (np. nie każdy, ot tak, może wejść na

teren budowy i przyglądać się, jak jest prowadzona, albo otrzymać dowolne dokumenty jej dotyczące). W związku z tym trzeba dopuścić możliwość, że obserwatorami mogą być nie tylko grupy obywateli, organizacje społeczne, ale także inne podmioty – uczelnie wyższe, ośrodki eksperckie (np. instytuty badawcze), a nawet podmioty komercyjne, na przykład firmy konsultingowe – pod warunkiem, że przystępowałyby do paktów w konsorcjum z organizacją społeczną czy innym podmiotem niekomercyjnym, który zawsze powinien być liderem takiego konsorcjum.

Przepisy prawa mogły także precyzować generalne cele paktów. W tym punkcie wzorem mógłby być nawet pakt będący przedmiotem tego raportu, który wśród celów wymieniał m.in.: ochronę środków publicznych przed nieprawidłowościami, nadużyciami i korupcją; zachowanie prawidłowej, sprawnej i terminowej realizacji zamówienia; zwiększenie przejrzystości i odpowiedzialności wydatkowania środków publicznych; uzyskanie oszczędności w trakcie udzielania zamówień poprzez poprawę konkurencji; zwiększenie zaufania obywateli do władz i zamówień rządowych; budowanie dobrej reputacji instytucji zamawiających oraz wykonawców.

Ponadto przepisy prawa mogłyby zawierać ramy opisujące pakt, w tym zwłaszcza dotyczące: terminu realizacji monitoringu; gwarancji swobodnego dostępu do dokumentów związanych z realizacją zamówienia; terminów i trybu komunikacji między obserwatorami, zamawiającymi, wykonawcami oraz innymi stronami zaangażowanymi bezpośrednio w realizację zamówienia (np. organami nadzoru); prawa i obowiązki stron na poszczególnych etapach realizacji zamówienia (przygotowania zamówienia, wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, udzielenia zamówienia, realizacji zamówienia, obioru zamówienia); wymogi w zakresie dostępu do informacji poufnych i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa; warunki przerwania lub przedłużenia monitoringu oraz określenie zasad finansowania monitoringu. Jeśli chodzi o ten ostatni punkt prawo mogłoby również do pewnego stopnia określać zasady finansowania paktów.

Zasadniczo możliwe są trzy warianty finansowania monitoringu zamówień publicznych w formule paktu uczciwości. W pierwszym, tak jak w przypadku pilotażu, finansowanie paktu zostało zapewnione całkowicie niezależnie od stron monitorowanego zamówienia – bezpośrednio przez Komisję Europejską. Taki wariant jest jednak mało praktyczny, jeśli paki miałyby stać się do jakiegoś stopnia standardem w systemie zamówień publicznych (nawet jeśli nie byłyby obligatoryjne). Oznaczałoby to bowiem, że obserwator musiałby każdorazowo zapewnić sam sobie finansowanie działań monitoringowych, czyli znaleźć grant, dotację lub inne źródło zewnętrznego (w stosunku do zamówienia) finansowania. Zmobilizowanie takich zasobów wydaje się mało prawdopodobne.

Drugi wariant to finansowanie paktów ze środków publicznych i przez właściwe instytucje publiczne – inne niż zamawiający. W przypadku projektów, takich jak opisany w niniejszym raporcie, takim zewnętrznym podmiotem, który mógłby sfinansować monitoring, jest instytucja zarządzająca (w tym przypadku konkretnie Ministerstwo Funduszu i Polityki Regionalnej). Nie jest ona instytucją wdrażającą, nie jest zamawiającym, ale jako dysponent środków publicznych przeznaczanych na realizację określonych zamówień jest zainteresowana ich właściwym wykorzystaniem. W takiej konfiguracji tego rodzaju podmiot mógłby finansować monitoring w ramach realizacji swoich działań nadzorczych. Wariant ten jednak nie zawsze jest możliwy do realizacji, bo nie wszędzie tego rodzaju „pośredniczące” podmioty występują. Najczęściej zamawiający mają do dyspozycji jakieś środki publiczne i po prostu przeznaczają je na realizację zamówień. Trudno zatem, żeby jednocześnie finansowali też monitoring własnego zamówienia, bo kreowałoby to immanentny konflikt interesów.

Trzeci możliwy wariant polegałby na rozbudowaniu przepisów dotyczących pozycji, uprawnień i obowiązków obserwatora w sposób podobny do tego, w jaki gwarantuje się autonomię na przykład audytorom. Przy odpowiedniej regulacji można byłoby osłabić potencjalny konflikt interesów wynikający z tego, że ten, kto jednocześnie płaci za realizację zamówienia i monitoring, mógłby wpływać na obserwatora. W takiej konfiguracji nie da się całkowicie wyeliminować konfliktu, ale można go znacznie osłabić. Wymagałoby to jednak dość szerokiego uregulowania na poziomie ustawowym statusu obserwatora.

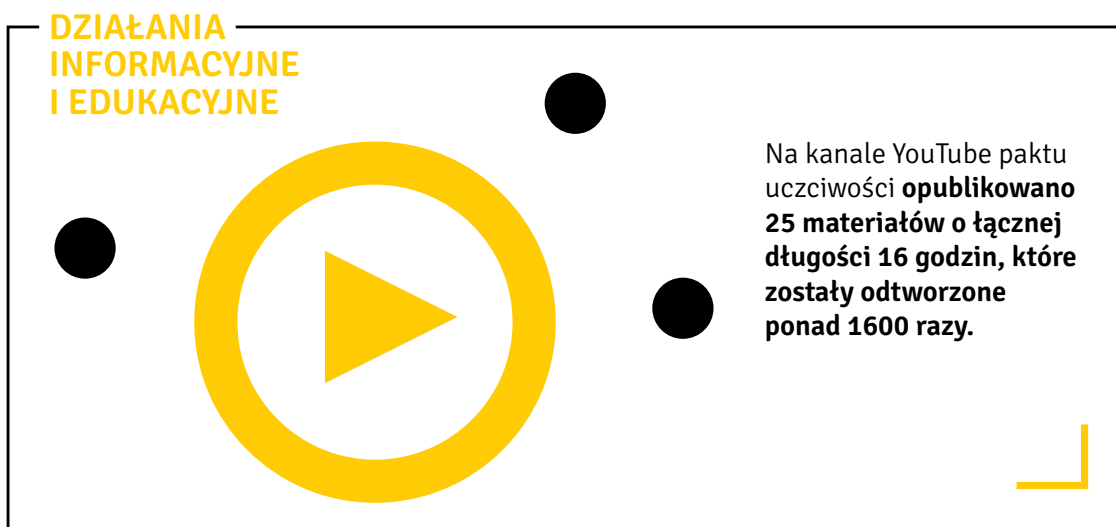
W końcu jeszcze jednym wariantem, ale tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane (i to nie każdego rodzaju), mogłoby być rozbudowanie funkcji inżyniera projektu, tak aby koncentrował się on nie tylko na technicznych aspektach realizacji zamówienia, ale także na tych „miękkich”, dotyczących ryzyka nieprawidłowości, korupcji czy innych nadużyć. Wówczas zamawiający uwzględniałby taki wymóg, rekrutując inżynierów projektu, a monitoring byłby finansowany w ramach kontraktu na nadzór inwestycyjny. Ponownie jednak – takie rozbudowanie funkcji inżyniera projektu wymagałoby wsparcia w odpowiednich przepisach ustawowych.

6. Działania informacyjne i edukacyjne w ramach pilotażu*

Założenia komunikacyjne

Od początku realizacji projektu założeniem było skierowanie komunikacji do osób związanych z zamówieniami publicznymi i bezpośrednio zainteresowanych tematem, a także dotarcie do społeczności lokalnych, których inwestycja będzie bezpośrednio dotyczyć.

Narzędziami, na które postawiono w komunikacji, były: na bieżąco aktualizowana strona internetowa, bezpośrednie spotkania i warsztaty na tematy związane z zamówieniami publicznymi i wdrażaniem paktu uczciwości, publikacje w mediach branżowych. Wszystkie te działania były wspierane przez publikacje w kanałach *social media* Fundacji im. Stefana Batorego – YouTube, Twitter, Facebook, LinkedIn oraz newslettery, a także wpisy na blogu Fundacji¹³⁴. Stworzono także przeznaczony specjalnie do tego celu kanał YouTube, na którym publikowane były materiały związane z paktem¹³⁵. Aby poszerzać grono odbiorców, każde z wydarzeń miało być organizowane z kancelarią prawną lub innym podmiotem zajmującym się prawem zamówień publicznych. Wydarzenia organizowano również wspólnie z PKP PLK. Komunikację wspierała swoimi działaniami także Transparency International. Kiedy rozpoczęła się pandemia i możliwość organizowania bezpośrednich spotkań została ograniczona, jako dodatkowy element komunikacji zostały wprowadzone podcasty.



Strona internetowa paktu uczciwości

Strona internetowa www.paktuczciwosci.pl została uruchomiona we wrześniu 2017 roku i stanowi źródło wiedzy na temat pilotażu paktu uczciwości. Umieszczano na niej informacje dotyczące celów monitoringu, przebiegu obserwowanej inwestycji w Polsce, a także, jakie inwestycje zostały objęte paktem w innych krajach europejskich. Na bieżąco publikowano aktualności związane z monitoringiem, w tym

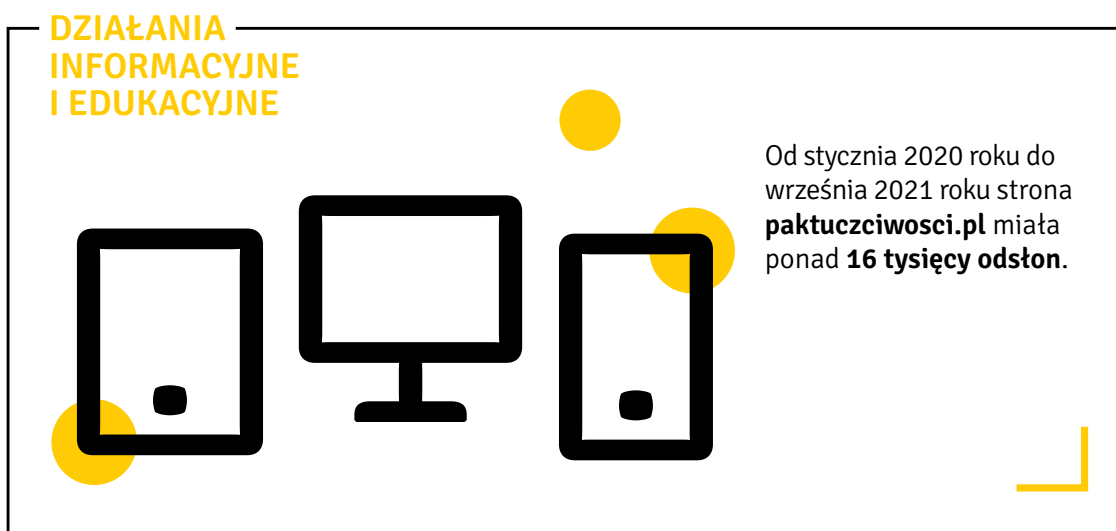
* Liczby zaprezentowane w tym rozdziale (a także na grafikach w całym raporcie) w większości były aktualne 30 września 2021 roku, tj. w dniu zakończenia działań monitoringowych.

134 Zob. M. Waszak, *Zamówienia do zmiany*, https://www.batory.org.pl/blog_wpis/zamowienia-do-zmiany/; G. Kopińska, *Zamówienia publiczne: czy w kryzysowej sytuacji wszystko jest usprawiedliwione?*, https://www.batory.org.pl/blog_wpis/zamowienia-publiczne-czy-w-kryzysowej-sytuacji-wszystko-jest-usprawiedliwione/; G. Makowski, *Interes publiczny wart jest ugody*, https://www.batory.org.pl/blog_wpis/interes-publiczny-wart-jest-ugody/ [dostęp: 14.10.2021].

135 *Pakt uczciwości*, <https://www.youtube.com/channel/UCJ4nObNaPXC0NQLRMOXIP1Q> [dostęp: 14.10.2021].

podsumowania jego poszczególnych etapów, notatki z najważniejszych spotkań, a także dokumenty, np. korespondencję Fundacji z partnerami paktu. Udostępniano również informacje o działaniach edukacyjnych podejmowanych przez Fundację, przede wszystkim o spotkaniach i warsztatach. Dodawano także odcinki podcastu *pACT RIGHT. Podcast o uczciwości*. Na stronie dostępna była także baza wiedzy zawierająca polskie oraz zagraniczne publikacje, w tym artykuły, poradniki, podręczniki oraz raporty dotyczące paktu uczciwości, zamówień publicznych, a także przeciwdziałania nadużyciom w zamówieniach publicznych. Dostępny był również formularz dla sygnalistów, dzięki któremu mogli oni anonimowo zgłaszać nieprawidłowości lub nadużycia pojawiające się w trakcie realizacji monitorowanej inwestycji.

Na stronę internetową składają się 32 podstrony, na których od września 2017 roku opublikowano 301 wpisów. Monitoring strony prowadzony był od początku 2020 roku. Od tego momentu do 11 lipca 2021 roku strona miała 16 514 odsłon i 4122 nowych użytkowników. Najczęściej odwiedzanymi zakładkami były: Aktualnie w pakcie, Aktualności i O pakcie/Dokumenty.



Otwarte wydarzenia

Ważną częścią pilotażu były wydarzenia organizowane przez Fundację. Ich głównym celem było upowszechnianie idei paktu uczciwości. Pierwszym zorganizowanym wydarzeniem była konferencja *W stronę przejrzystych i konkurencyjnych zamówień publicznych*. Otrzymała się ona 1 marca 2017 roku i była jednocześnie oficjalnym otwarciem projektu i spotkaniem dla mediów. Wzięło w niej udział 70 osób. W kolejnych latach zorganizowano siedem debat i seminariów. Do początku 2020 roku odbywały się one w siedzibie Fundacji, a każdy chętny do udziału musiał się zarejestrować. Dodatkowo część z nich była transmitowana na żywo na Facebooku i kanale YouTube Fundacji Batorego. W wydarzeniach na żywo uczestniczyło zazwyczaj około 50 osób. Relację w *social mediach* śledziło na żywo około 20 osób. Pandemiczna rzeczywistość wymusiła zmianę formy spotkań i były one prowadzone online. Zainteresowani mogli śledzić ich przebieg na żywo w mediach społecznościowych Fundacji. Transmisje oglądało około 70 osób. Od momentu opublikowania do momentu zakończenia prac nad raportem relacje mają od 1 tys. do 13,5 tys. zasięgu. Formułę zdalną miała też dwudniowa konferencja podsumowująca pilotaż paktu uczciwości, która odbyła się w dniach 23–24 listopada 2021 roku. Relacje opisujące najważniejsze poruszane kwestie publikowane były na stronie www.paktuczciwosci.pl, a nagrania wideo udostępniane na kanale YouTube paktu uczciwości.

Wątkiem przewodnim wszystkich wydarzeń były oczywiście zamówienia publiczne oraz zagadnienia z nimi związane, takie jak transparentność, zapobieganie nadużyciom, dostęp do informacji publicznej, funkcjonowanie rynku w czasach pandemii czy odbiory robót budowlanych. Każde z wydarzeń było też inspirowane monitoringiem inwestycji objętej paktem. Trzy wydarzenia były organizowane we współpracy z dużymi kancelariami: DZP, Clifford Chance oraz Grupą Doradczą KZP. We wszystkich seminariach stawiano na głos ekspertów, dlatego panelistami biorącymi udział w dyskusjach byli polscy oraz zagraniczni eksperci, prawnicy, a także osoby pracujące w obszarze zamówień publicznych i zajmujące się zamówieniami publicznymi na co dzień. Zaproszenia na wydarzenia przysyłano bezpośrednio do osób, które zadeklarowały zainteresowanie tematem, samorządów i instytucji zajmujących się zamówieniami. Zaproszenia na wydarzenia online wysyłano nawet do 4000 odbiorców. Z wydarzenia *Zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych* przygotowano również krótkie wypowiedzi, które oddzielnie opublikowano w *social mediach* Fundacji Batorego oraz na stronie projektu¹³⁶.

Przedstawiciele Fundacji Batorego prezentowali podstawowe założenia paktu także na zaproszenie Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju podczas seminarium *Przeciwdziałanie nadużyciom w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko* (14–15.10.2019)¹³⁷. W wydarzeniu wzięło udział około 100 osób. O prowadzonym pilotażu opowiadali też publicznie w trakcie wielu otwartych wydarzeń, m.in. II Konferencji Antykorupcyjnej Ministerstwa Obrony Narodowej i Żandarmerii Wojskowej (18.06.2016), Kongresie Regionów (20.06.2017) czy XVII Samorządowym Forum Kapitału i Finansów (3.10.2019).

**DZIAŁANIA
INFORMACYJNE
I EDUKACYJNE**

Zorganizowano **8 wydarzeń, które trwały łącznie ponad 22 godziny**. Podczas spotkań swoją wiedzę dzieliło się 38 panelistów: ekspertów, przedstawicieli instytucji krajowych i międzynarodowych oraz organizacji społecznych.

Podcasty

Idea paktu uczciwości była upowszechniana także w podcaście *pACT RIGHT. Podcast o uczciwości*, w którym Karolina Szymańska, odpowiedzialna w projekcie za komunikację, rozmawiała z ekspertami o dostępie do informacji publicznej, przejrzystości zamówień publicznych, a także o sposobach ich monitorowania¹³⁸. Podcasty można odsłuchać na stronie internetowej www.paktuczciwosci.pl, na kanale

¹³⁶ *Zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych – fragmenty debaty*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/przeciwdzialanie-korupcji-w-zamowieniach-publicznych-fragmenty-debaty/> [dostęp: 14.10.2021].

¹³⁷ *Pakt uczciwości w nowym POIiŚ? Bardzo możliwe!*, op. cit.

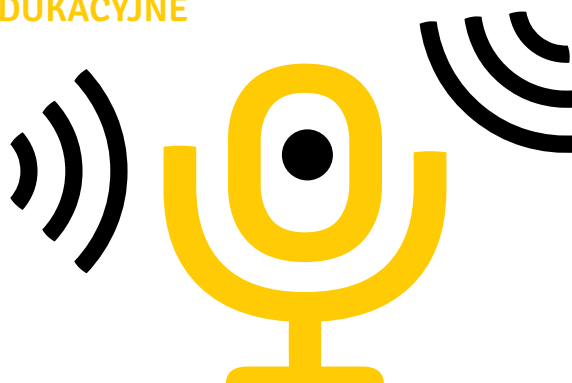
¹³⁸ pACT RIGHT, <https://paktuczciwosci.pl/pact-right-podcast-o-uczciwosci/> [dostęp: 14.10.2021].

YouTube paktu uczciwości oraz na portalach takich jak Spotify, Sreaker czy Podcast Addict. Ukazało się 5 odcinków, które miały ponad 300 odsłon¹³⁹.

Podcasty promowane były za pośrednictwem mediów społecznościowych i newslettera Fundacji Batorego (4400 adresów osób i instytucji). W mediach społecznościowych Fundacji Batorego posty informujące o podcastach miały od 1000 do ponad 2000 zasięgu.

Informacje o nowych odcinkach wysyłano również do osób zainteresowanych paktem uczciwości, które brały wcześniej udział w wydarzeniach na temat paktu (280 osób).

**DZIAŁANIA
INFORMACYJNE
I EDUKACYJNE**



Podcast pACT RIGHT.
Podcast o uczciwości
zgromadził ponad
300 słuchaczy.
Największą
popularnością cieszył się
odcinek „Czy zamówienia
publiczne mogą być
bardziej przejrzyste?”.

Spotkania z przedstawicielami społeczności lokalnej

Odbyły się cztery spotkania z przedstawicielami lokalnej społeczności, które miały na celu przybliżyć ideę paktu uczciwości, a także jego rolę w prowadzonej inwestycji. Na wszystkich spotkaniach występowały osoby z Fundacji Batorego, PKP PLK oraz ZUE.

Spotkania odbyły się w Częstochowie¹⁴⁰, Słowiku¹⁴¹, Myszkowie¹⁴² i Poraju¹⁴³. W spotkaniu w Częstochowie wzięło udział 5 osób. Spotkania w Słowiku i Myszkowie były organizowane we współpracy z JOWES (Jurajski Ośrodek Wsparcia Ekonomii Społecznej – organizacją zrzeszającą i aktywizującą lokalne organizacje społeczne) i lokalnymi organizacjami, co znacząco wpłynęło na frekwencję i w każdym z nich wzięło udział około 20 osób. Spotkanie w Poraju zostało zorganizowane we współpracy z urzędem gminy Poraj, udział w nim wzięło około 20 mieszkańców. Spotkania były promowane za pośrednictwem lokalnych mediów, plakatów, a także przez organizacje współorganizujące wydarzenia. Każdorazowo publikowane były również promowane posty na Facebooku.

¹³⁹ <https://paktuczciwosci.pl/pact-right-podcast-o-uczciwosci/> [dostęp: 27.11.2021]

¹⁴⁰ *Pakt uczciwości na kolei – spotkanie z mieszkańcami*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/pakt-uczciwosci-na-kolei-spotkanie-z-mieszkancami/> [dostęp: 14.10.2021].

¹⁴¹ *Za nami spotkanie regionalne w Słowiku*, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/za-nami-spotkanie-regionalne-w-slowiku/> [dostęp: 14.10.2021].

¹⁴² *Za nami spotkanie z mieszkańcami Myszkowa*, <https://paktuczciwosci.pl/bez-kategorii/za-nami-spotkanie-w-myszkowie/> [dostęp: 14.10.2021].

¹⁴³ *Za nami spotkanie z mieszkańcami Poraja*, <https://paktuczciwosci.pl/homenews/za-nami-spotkanie-z-mieszkancami-poraja/> [dostęp: 1.10.2021].

Wystąpienia w mediach

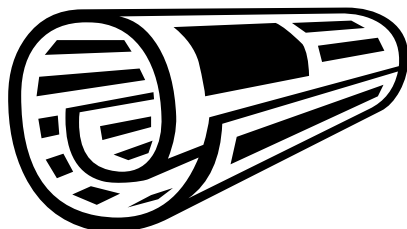
W trakcie monitoringu informacje o pakcie uczciwości pojawiały się także w mediach. W dzienniku „Rzeczpospolita” ukazały się trzy artykuły, w których pojawił się temat pilotażu. Były to dwa wywiady *Potrzeba większej transparentności i zaufania w zamówieniach* (25.07.2017) oraz *Za korupcję płacimy wszyscy* (23.08.2020), a także artykuł *Przetargi pod kontrolą obywateli* (23.03.2020). Inny wywiad, *O uczciwości, doświadczeniach węgierskich i interesie publicznym* (marzec 2018) ukazał się w magazynie pracowników ZUE „Spinacz”. Wspólny artykuł kierownika oraz koordynatora projektu *Pakt uczciwości. Czy to może działać w Polsce?* zamieścił dwumiesięcznik „Zamawiający” (Listopad–Grudzień 2018). Z kolei dwa kolejne artykuły *Inwestycja kolejowa bez pozwoleń. Kto odpowie za bezprawne wejście na tereny prywatne?* (21.02.2021, „Gazeta Myszkowska”) oraz *Pakt Uczciwości à la PKP PLK* (25.03.2021, „Puls Biznesu”) cytowały przedstawiciele Fundacji.



Rycina 5. Zrzuty ekranu wybranych artykułów prasowych. Źródło: Opracowanie własne.

Pakt uczciwości pojawiał się w mediach także przy innych okazjach. Przykładem może być konferencja „W stronę przejrzystych i konkurencyjnych zamówień publicznych” (1.03.2017), która opisywana była między innymi w „Gazecie Wyborczej” czy też Polskim Radiu. W lokalnych gazetach, portalach internetowych oraz rozgłośniach radiowych pojawiały się zaproszenia na spotkania z mieszkańcami organizowane przez Fundację. Pakt wspomniany był także przy okazji informacji prasowych PKP PLK, publikowanych w mediach branżowych oraz lokalnych. W każdej z informacji przygotowanej przez spółkę dodawana była adnotacja o objęciu paktem uczciwości.

DZIAŁANIA INFORMACYJNE I EDUKACYJNE



Powstało 76 artykułów medialnych nawiązujących do paktu uczciwości, w tym między innymi 21 w mediach branżowych i 27 w mediach lokalnych.

Materiały graficzne

Przygotowana została prosta ulotka na temat paktu uczciwości, którą dystrybuowano podczas różnych wydarzeń w Fundacji Batorego, a także podczas lokalnych spotkań z mieszkańcami. Wspólnie z TI zostały przygotowane dwa plakaty na temat paktu w Polsce. Zostały one opublikowane na stronie internetowej paktu.

PAKT UCZCIWOŚCI

Pakt Uczciwości – szansa na przejrzyste zamówienia publiczne

Komisja Europejska i Transparency International podjęły wspólny wysiłek, aby rozpocząć pozytywną zmianę i poprawić jakość zamówień publicznych w Europie. Jest to obszar, który według szacunków pochłania nawet 1/5 wartości PKB państw członkowskich i jest zagrożony ogromnymi nadużyciami.

W jaki sposób zmienić jakość zamówień publicznych?

Inwestycja objęta Paktem Uczciwości monitorowana jest przez organizację społeczną i ekspertów, którzy na każdym jej etapie sprawdzają czy przebiega ona transparentnie i zgodnie z prawem.

Pakt Uczciwości w Polsce

W Polsce Paktem Uczciwości objęta została modernizacja 44 kilometrów linii kolejowej, ostatniego odcinka Wiedni na linii Częstochowa – Zawiercie. Koszt inwestycji, realizowanej przez PKP PLK, to ponad 500 mln zł.

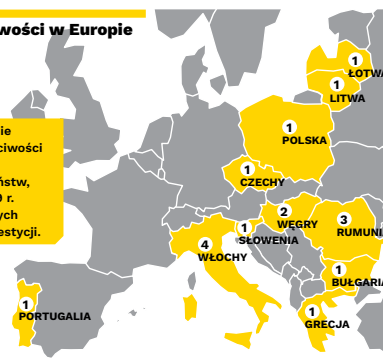


Pilotaż Paktu Uczciwości w Polsce, na podstawie porozumienia z PKP PLK jako Zamawiającym i ZUE S.A. jako Wykonawcą, prowadzi Fundacja im. Stefana Batorego (www.batory.org.pl). Została ona wybrana przez Komisję Europejską na monitora społecznego w otwartym konkursie.

Zachęcamy! Każdy mieszkaniec i mieszkanka może wziąć udział w społecznym monitoringu inwestycji! Dowiedz się więcej na www.paktuczciwosci.pl i wspólnie z nami twórz Pakt Uczciwości w Polsce.

Pakt Uczciwości w Europie

W całej Europie w Pakcie Uczciwości bierze udział 11 różnych państw, do końca 2019 r. monitorowanych będzie 17 inwestycji.



Monitorowane w Europie zamówienia publiczne w ramach paktów uczciwości prowadzone są w obrębie sektorów:



Wartość wszystkich zamówień publicznych biorących udział w projekcie:

920 mln €

Więcej informacji o projekcie na www.paktuczciwosci.pl



Projekt finansowany jest ze środków:



Rycina 6. Ulotka na temat paktu uczciwości. Źródło: https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2017/07/Pakt_Uczciwosci_w_Polsce.pdf.

MODERNIZACJA LINII KOLEJOWEJ



ZNACZENIE

OBSZAR



ZAMÓWIENIE



Modernizacja 44 km kilometrów linii kolejowej pomiędzy Zawierciem i Częstochową

OCZEKIWANA LICZBA ODBIORCÓW

3,4 MILIONA

pasażerów w 2015 r

9,3 MILIONA

pasażerów w 2047 r

NAJWAŻNIEJSZE INFORMACJE

Dzięki przebudowie:



pociągi pasażerskie będą jeździły z prędkością

160 KM/H



pociągi towarowe będą jeździły z prędkością

120 KM/H



10 MINUT

krócej będą jeździły pociągi na zmodernizowanym 44 km odcinku

Znaczna większość około 20 000 km linii kolejowych w Polsce została zbudowana:



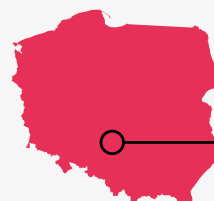
Pod koniec **XIX WIEKU**



Na początku **XX WIEKU**

PROJEKT

LOKALIZACJA



POLSKA

Zawiercie, Częstochowa

OŚ CZASU



KOSZT



NAJWAŻNIEJSZE REKOMENDACJE



- Włączenie przedstawicieli organizacji społecznej do komisji przetargowej – zaakceptowane.
- Wprowadzenie mechanizmów zgłaszania nadużyć przez wykonawcę i jego podwykonawców – zaakceptowane.
- Zmiany przepisów prawa budowlanego w celu ograniczenia praktyki rozpoczynania robót budowlanych bez niezbędnego pozwolenia.
- Dodatkowe działania kontrolne wobec wykonawców, aby przeciwdziałać nielegalnym praktykom polegającym na wykonywaniu robót bez wymaganego pozwolenia na budowę – w toku.

NIEPRAWIDŁOWOŚCI



- Wadliwa komunikacja między zamawiającym i wykonawcami w tym niepublikowanie wszystkich odpowiedzi na pytania wykonawców, na etapie przetargu.
- Opóźnienie w wydaniu decyzji środowiskowej.
- Obserwator dostrzegł konflikt interesu między głównym projektantem Wykonawcy, a pracownikiem regionalnego oddziału Zamawiającego odpowiedzialnym za odbiór robót.
- Rozpoczęcie robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia na budowę.

PLANY NA PRZYSZŁOŚĆ



- Publikacja raportu z monitoringu realizacji zamówienia na etapie przetargu
- Publikacja analizy z rekomendacjami dla uczestników rynku zamówień publicznych opartej na obserwacjach z monitoringu przetargu
- Warsztaty dla wykonawcy na temat przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych
- Otwarte seminarium / warsztat nt. dostępu do informacji w zamówieniach publicznych.

MONITOR SPOŁECZNY: **FUNDACJA IM. STEFANA BATOREGO**



Rycina 7. Plakat na temat pilotażu paktu uczciwości w Polsce. Źródło: https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2017/07/SBF_pol_web-20200519.pdf.

Współpraca z Transparency International

Informacje o polskim pilotażu paktu uczciwości były publikowane również przez Transparency International. Informację o pakcie zamieszczono na stronie www.transparency.org¹⁴⁴, a także w kanałach TI w social mediach, m.in. w ramach kampanii #CleanContractingWeek.

Przedstawiciele TI z Łotwy wzięli również udział w trzydniowej wizycie studyjnej, podczas której spotkali się z przedstawicielami CBA, Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, a także PKP PLK. W tym czasie uczestniczyli m.in. w również w radzie budowy. Podczas spotkań opowiadali o pakcie uczciwości prowadzonym na Łotwie. Efektem wizyty były również dwa filmy, które zostały umieszczone na kanale YouTube paktu uczciwości, a także były promowane w *social mediach* Fundacji Batorego. Łotysze opowiadali w nich o pilotażu paktu na Łotwie¹⁴⁵ oraz o tym, w jaki sposób pakt uczciwości może zmieniać zamówienia publiczne¹⁴⁶.

Przedstawiciele Fundacji brali udział również w licznych wydarzeniach organizowanych przez TI Secretariat. Brali w nich udział również przedstawiciele wykonawcy oraz Ministerstwa. We współpracy z TI oraz innymi organizacjami wdrażającymi paki uczciwości w Europie powstały m.in publikacje *Ochrona inwestycji finansowanych przez UE w ramach paktów uczciwości*¹⁴⁷ oraz *Model Monitoring Agreement and Integrity Pact for Infrastructure. An implementation guide for civil society organisations*¹⁴⁸.

Współpraca z PKP PLK

Wspólne działania komunikacyjne były również podejmowane z PKP PLK. Informacje o objęciu inwestycji paktem uczciwości dodawano do wszystkich informacji prasowych wysyłanych przez zamawiającego. Przedstawiciele Fundacji brali udział w wydarzeniach organizowanych przez PKP PLK, takich jak np. konferencja prasowa zorganizowana w Myszkowie¹⁴⁹. Powstała również ulotka, którą udostępniano na wydarzeniach organizowanych przez obserwatora społecznego i zamawiającego. Planowano również wspólne audycje w lokalnych rozgłośniach, które ostatecznie nie doszły do skutku.

Pakt uczciwości w publikacjach

Warto podkreślić, że informacje o pakcie uczciwości znalazły się także w publikacjach różnych instytucji. Jednym z przykładów jest wydany przez Urząd Zamówień Publicznych w 2017 roku *Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik*, w którym znalazł się rozdział przedstawiający pakt uczciwości jako przykład dobrych praktyk¹⁵⁰. W tym samym roku ukazały się także materiały konferencyjne z II Konferencji Antykorupcyjnej wydane przez Komendę Główną Żandarmerii Wojskowej,

144 *Integrity Pacts – Civil Control Mechanism for Safeguarding EU Funds*, <https://www.transparency.org/en/projects/integritypacts/data/ip-poland> [dostęp: 14.10.2021].

145 *Pakt uczciwości na Łotwie*, <https://www.youtube.com/watch?v=O3WAPXI2NL0&t=7s> [dostęp: 14.10.2021].

146 *Czy Pakt Uczciwości może zmienić zamówienia publiczne w Unii Europejskiej?*, <https://www.youtube.com/watch?v=nH46BaQFIa4> [dostęp: 14.10.2021].

147 *Ochrona inwestycji finansowanych przez UE w ramach paktów uczciwości*, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/AA_IP_publication-01_PL_WEB.pdf [dostęp: 14.10.2021].

148 *Model Monitoring Agreement and Integrity Pact for Infrastructure. An implementation guide for civil society organisations*, https://images.transparencycdn.org/images/2018_Report_ModelIntegrityPactInfrastructure_English.pdf [dostęp: 14.10.2021].

149 *Spotkanie prasowe w Myszkowie*, 11.12.2019, <https://paktuczciwosci.pl/aktualnosci/spotkanie-prasowe-w-myszkowie/> [dostęp: 14.10.2021].

150 *Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny przewodnik*, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0030/35994/Konflikt-interesow-w-zamowieniach-publicznych.-Praktyczny-poradnik..pdf [dostęp: 1.10.2021].

w których znalazł się rozdział autorstwa Marcina Waszaka. Autor przedstawił w nim koncepcje, cele i zastosowanie paktu uczciwości jako narzędzia zapobiegającego korupcji w zamówieniach publicznych¹⁵¹. W 2019 roku ukazał się *Poradnik w zakresie przeciwdziałania nadużyciom finansowym w szczególności w ramach projektów realizowanych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020* wydany przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju. Autorzy umieścili w nim rozdział dotyczący paktu uczciwości, jako narzędzia, które może zapobiegać nadużyciom¹⁵². W 2021 roku pakt uczciwości pojawił się także w wydany przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej *Raporcie z ankiety na temat przeciwdziałania i zwalczania nadużyć finansowych w wydatkowaniu środków UE*. W publikacji przedstawione zostały wyniki badania, w którym zapytano beneficjentów POIiŚ 2014–2020 o to, czy znana jest im idea paktu uczciwości oraz czy byłoby zainteresowani realizacją projektu lub kontraktu w takiej formie¹⁵³.

7. Zakończenie

Trudno o jednoznaczną ocenę realizacji paktu uczciwości w Polsce. Wśród jego niepodważalnych zalet należy wymienić wszelkie projawnościowe rozwiązania, które niewątpliwie poprawiły przejrzystość realizacji wybranego zamówienia publicznego. Innym osiągnięciem projektu stało się zwrócenie uwagi na potrzeby lokalnych społeczności, w miejscu zamieszkania których prowadzona była monitorowana inwestycja. Działania obserwatora okazywały się też wzmacniać konstruktywne podejście do rozwiązywania sporów w ramach kontraktu. Dodatkowe spotkania i korespondencja prowadzone w ramach paktu uczciwości pomagały udrażniać komunikację między stronami umowy, co przyznawali sami uczestnicy pilotażu. Z drugiej strony nie zebrano przekonujących dowodów, które mogłyby potwierdzać tezę o tym, że pakt uczciwości jest skutecznym narzędziem przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych. Obserwator odnotował kilka mniejszej wagi nieprawidłowości, które należy potraktować jako rezultat błędów w zarządzaniu inwestycją lub po prostu odzwierciedlenie złej praktyki zamówieniowej. Być może sam fakt objęcia inwestycji paktem uczciwości zadziałał tu w sposób prewencyjny. Podmioty objęte paktem uczciwości nie czuły się też komfortowo z brakiem możliwości „odwołania się” od ocen i osądów, które formułował obserwator.

Biorąc pod uwagę pilotażowy charakter paktu uczciwości, spełnił on jednak swoje założenia, dostarczając wyjątkowego materiału do przemyśleń na temat sensu angażowania społeczeństwa obywatelskiego w procesy zarządzania inwestycjami publicznymi. Wszyscy uczestnicy paktu uczciwości, mimo podnoszonych zastrzeżeń, przyznawali, że jest to inicjatywa warta rozwijania i że są gotowi włączyć się w nią także w przyszłości. Pilotaż może okazać się istotnym krokiem na drodze do usankcjonowania roli podmiotów społecznych w sprawowaniu kontroli nad prowadzeniem zamówień publicznych o różnej skali. Często wyrażane przekonanie, że interes społeczny nie zawsze jest reprezentowany w procesach zamówieniowych, ma wówczas szansę się zmniejszyć, a zaufanie do publicznych przetargów wzrosnąć. To cele, których realizacja wciąż jest przed nami, jednak po pięciu latach pilotażu paktu uczciwości staliśmy się dużo bardziej świadomi związanych z nimi wyzwań. Po tym, jak poznaliśmy ograniczenia i predyspozycje społecznych obserwatorów w monitorowaniu wydatkowania środków

151 M. Waszak, *Pakt uczciwości jako narzędzie zapobiegające korupcji w zamówieniach publicznych. Koncepcja, cele i zastosowanie*, [w:] *II Konferencja Antykorupcyjna. Realizacja działań antykorupcyjnych w resorcie obrony narodowej. Materiały pokonferencyjne*, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2017/08/II_Konferencja_Antykorupcyjna_Materia%C5%82y_Pokonferencyjne.pdf, s. 33–50 [dostęp: 14.10.2021].

152 *Poradnik w zakresie przeciwdziałania nadużyciom finansowym w szczególności w ramach projektów realizowanych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020*, https://www.pois.gov.pl/media/68365/Poradnik_01_2019.pdf, s.41–42 [dostęp: 14.10.2021].

153 *Raport z ankiety na temat przeciwdziałania i zwalczania nadużyć finansowych w wydatkowaniu środków UE*, op. cit.

publicznych, jesteśmy w stanie zaprojektować takie instrumenty obywatelskiej partycypacji i kontroli, które jeszcze lepiej spełnią swoje zadanie. Nowa formuła paktu uczciwości, bardziej dostępna i zrewidowana o doświadczenia pilotażu, jeżeli tylko spotka się z wystarczającym zainteresowaniem publicznych decydentów, z całą pewnością takim instrumentem może się stać.

Autorzy

Mirela Korsak-Koledzińska – radca prawny. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Od 2010 roku związana z Kancelarią Prawa Prywatnego i Gospodarczego TOGATUS. Specjalizuje się w szeroko rozumianym prawie cywilnym i gospodarczym oraz prawie zamówień publicznych. Posiada doświadczenie w obsłudze jednostek samorządu terytorialnego i administracji rządowej, a także przedsiębiorstw państwowych i prywatnych w formie spółek prawa handlowego. Dodatkowym zakresem jej doświadczenia zawodowego są postępowania sądowe o podział majątku wspólnego oraz zniesienie współwłasności.

Grzegorz Makowski – doktor habilitowany socjologii, ekspert forumIdei Fundacji Batorego, adiunkt w Kolegium Ekonomiczno-Społecznym SGH. Zajmuje się między innymi zagadnieniem korupcji i polityki antykorupcyjnej, rozwojem społeczeństwa obywatelskiego i sytuacją organizacji pozarządowych. W przeszłości m.in. wykładowca w Instytucie Stosowanych Nauk Społecznych UW, Collegium Civitas, a także kierownik Programu Społeczeństwa Obywatelskiego w Fundacji Instytut Spraw Publicznych. Autor książek, artykułów naukowych i tekstów publicystycznych.

Karolina Szymańska – od ponad 10 lat zajmuje się PR-em i organizacją wydarzeń. Przez 6 lat związana z Fundacją Batorego. Pracowała przy promocji programów dotacyjnych i akcyjnych, od 4 lat przy promocji paktu uczciwości. Ma doświadczenie zarówno we współpracy z organizacjami pozarządowymi, instytucjami, a także przy promocji wydarzeń kulturalnych.

Katarzyna Tuzinek – absolwentka Wydziału Społeczno-Ekonomicznego UKSW, gdzie ukończyła studia licencjackie na kierunku bezpieczeństwo wewnętrzne oraz studia magisterskie na kierunku politologia. Od marca 2021 roku jest asystentką w polskim pilotażu paktu uczciwości.

Marcin Waszak – politolog, socjolog, ekspert forumIdei Fundacji Batorego. Odpowiedzialny za działania związane z ochroną sygnalistów i monitoringiem wdrażania regulacji europejskich w tym zakresie. Współtworzył stronę sygnalista.pl. W latach 2016–2021 koordynator pilotażu paktu uczciwości w Polsce. Posiada ponad 10-letnie doświadczenie pracy w sektorze pozarządowym, gdzie angażował się w działania z obszaru przeciwdziałania korupcji, finansowania polityki oraz oceny działań antykorupcyjnych państwa. Autor licznych analiz, raportów i publikacji prasowych.

Fundacja im. Stefana Batorego

Sapieżyńska 10a

00-215 Warszawa

tel. (48-22) 536 02 00

faks (48-22) 536 02 20

batory@batory.org.pl

www.batory.org.pl

Niniejszy raport stanowi świadectwo końcowych ustaleń obserwatora społecznego, który przez blisko 5 lat przypatrywał się temu w jaki sposób realizowana jest ważna publiczna inwestycja. Za sprawą obecności niezależnej organizacji w procesie realizacji dużego projektu infrastrukturalnego opinia publiczna mogła z bliska przyglądać się praktyce zamówieniowej.

Raport omawia najważniejsze problemy ujawnione w trakcie projektowania i realizacji robót budowlanych. Przedstawia stanowiska wykonawcy i zamawiającego. Regularne działania monitorujące stały się źródłem rekomendacji kierowanych do uczestników wybranego zamówienia, ale też propozycji zmian systemowych, które mają prowadzić do zmniejszenia ryzyka nadużyć w ramach całego rynku. Umożliwił je pakt uczciwości, zastosowany po raz pierwszy na taką skalę w Polsce z inicjatywy Komisji Europejskiej. Autorzy raportu prezentują własną ocenę tego mechanizmu i pomysły na jego dalsze wykorzystanie.