

Nr IRDOd-0901-41/2016

Warszawa, 15 czerwca 2016 r.

**Pani
Agnieszka Suchecka
Lider Grupy Zapisy Umów
Forum Inwestycyjne**

Szanowna Pani: Mece res,

Działając w imieniu PKP PLK S.A. (dalej „Spółka”), chciałem złożyć na Pani ręce podziękowania za przesłanie datowanego na dzień 20 maja 2016 roku memorandum w sprawie oceny dokonanej przez Wykonawców będących uczestnikami Grupy Zapisy Umów, (dalej „Forum”/„Grupa”) dokumentu bazowego Spółki – WU BUDUJ wersja 3.0 (dalej „Memorandum”). Obszerność uwag przedstawionych w Memorandum wskazuje na wnikliwą analizę, której dokonało Forum, co po szczegółowym zapoznaniu się Spółki z uwagami z jednej strony pozwala na dokonywanie dalszych postępów w wypracowywaniu coraz to doskonalszych dokumentów przetargowych, z drugiej strony pozwala śledzić na bieżąco zapatrywania – w szczególności – Wykonawców, na proponowane rozwiązania, a tym samym doskonalenia obecnych wzorów umów. Mając na uwadze powyższe należy także uwzględnić, że komentowany przez Forum projekt umowy będzie podlegał w niedalekiej przyszłości dalszym modyfikacjom, choćby z uwagi na planowane wejście w życie znowelizowanych przepisów ustawy – Prawo Zamówień Publicznych.

Z uwagi na taki stan sprawy, Spółka przedstawia poniżej swoje spostrzeżenia i komentarze, będące w istocie odpowiedzią na stawiane postulaty i zastrzeżenia sformułowane w przedmiotowym Memorandum.

I. Uwagi ogólne

Spółka stoi na stanowisku, że przedstawione w Memorandum wnioski i oceny projektu umowy w zasadniczym zakresie stanowią powielenie uwag zgłaszanych przez Forum we wcześniejszych opracowaniach będących wynikiem prac Grupy Zapisów Umów. Co istotne, uwagi takie nie znajdują obecnie zastosowania do przedmiotowego projektu umowy, ponieważ propozycja zmiany albo została zaimplementowana przez Spółkę, albo wyjaśniona w odpowiedzi na wcześniejsze Memorandum, bądź wyjaśniona podczas ubiegłorocznych spotkań Grupy. Już tylko z tego powodu trudno odnieść się merytorycznie do tak sformułowanych wniosków ogólnych w Memorandum, bowiem nie ma pewności, czy odnoszą się one do poprzednich wersji dokumentów, czy do „WU Buduj 3.0”. Szczegółowa analiza stawianych zarzutów wskazuje na niezrozumienie intencji Spółki lub ich tłumaczenie w sposób, którego Spółka nie oczekuje od adresatów tego dokumentu – potencjalnych Wykonawców. Należy także zauważyć, że Grupa w swych uwagach wróciła do regulacji zapisów umowy, które

były przedmiotem opiniowania, a do których nie zgłaszano we wcześniejszej fazie prac żadnych uwag (np. SubKLAZUZLA 4.1, 4.2).

Pracując nad WU Buduj 3.0, Spółka powołała grupę roboczą składającą się zarówno z praktyków - inżynierów odpowiedzialnych za proces realizacyjny oraz prawników, którym powierzono wypracowanie finalnej wersji przedmiotowych dokumentu. W ocenie Spółki wiele z zaproponowanych dotychczas przez Forum postulatów – mimo odmiennego stanowiska Grupy - znalazło swoje odzwierciedlenie w dokumencie bazowym WU Buduj 3.0. Z tych też powodów, trudno zgodzić się z licznymi zarzutami natury ogólnej, w tym:

1. jego „niezgodnością z zasadami wyrażonymi i zaakceptowanymi przez strony podczas Forum”. W tym miejscu należy stwierdzić brak w Memorandum jakiegokolwiek odniesienia się do naruszanych zasad ustalonych podczas Forum, co uniemożliwia jakiegokolwiek odniesienie się do tak postawionego zarzutu. Zdaniem Spółki, dokument bazowy WU Buduj 3.0 w daleko idącym zakresie implementuje dotychczasowe propozycje i postulaty Forum,
2. brakiem spełnienia wymogów formalnoprawnych wymagań zawartych w dyrektywach unijnych, a także innych regulacjach, w tym przepisach rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 1316/2013 – ustanawiającego mechanizm „Łącząc Europę”. W tym miejscu należy zauważyć, że niczym nie poparte w tym zakresie zarzuty uniemożliwiają konstruktywne odniesienie się do nich, zaś Spółka z tak sformułowanego zastrzeżenia nie jest w stanie wywieść na czym niezgodność z dyrektywami czy rozporządzeniem miała by polegać. Na marginesie należy zauważyć, że treść normatywna rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 1316/2013, nie odnosi się do relacji pomiędzy beneficjentem środków a Wykonawcą robót, dostaw i usług z nich finansowanych,
3. zaburzeniem symetrii - w ocenie Spółki oraz powołanej przez Spółkę do prac nad umową grupy roboczej, umowa w obecnym kształcie jest symetryczna na tyle, na ile pozwalają przepisy prawa, uzasadnione oczekiwania Wykonawców reprezentowane na Forum oraz uzasadnione potrzeby Spółki, związane z realizacją powierzonych jej zadań, w tym wydatkowaniem środków pomocowych pochodzących z budżetu UE,
4. przeliczeniem ryzyka związanego z relacją zadania inwestycyjnego na Wykonawcę. Ryzyka – o których wspomina Forum w Memorandum – najdalej jak to możliwe zostały wyważone w umowie. Co ważne, dopuszczono bardzo elastyczną formułę „zarządzania” umową i jej zmianę zawsze, kiedy okaże się to uzasadnione. W ocenie Spółki ryzyka po raz pierwszy zostały precyzyjnie określone, zaś te, które są kosztotwórcze, znajdują stosowne odbicie w możliwości zmiany czasu na ukończenie, dodatkowego kosztu czy zwiększenie zaakceptowanej ceny kontraktowej,
5. nieproporcjonalnością i nieadekwatnością ilości kar umownych - omówiono w dalszej części niniejszego pisma,
6. rozbudowaną sprawozdawczością, nie znajdującą oparcia w uzasadnionej potrzebie prawidłowej realizacji inwestycji – Spółka po złych doświadczeniach lat ubiegłych, kiedy nie stosowano mechanizmów kontrolnych postępu prac, podjęła decyzję o modyfikacji formuły raportowania w celu wprowadzenia efektywnych mechanizmów kontrolnych planowania prac oraz monitoringu ich postępu,
7. brakiem alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów. W tym miejscu nie możemy zgodzić się z tak sformułowanym zarzutem, bowiem umowa przewiduje tryb polubownego rozwiązywania sporów. Procedura polubowna została przewidziana w umowie i warto dać jej szansę na sprawdzenie się w praktyce. Trudno bowiem *a priori* zakładać, że tak sformułowana forma rozwiązywania sporów z góry się nie sprawdzi. Na marginesie należy dodać, że nawet najprostsze roszczenia, na potrzeby polubownego rozstrzygnięcia sporów

wymagają szczegółowej kalkulacji i udokumentowania zgłaszanego roszczenia, aby Spółka mogła je zweryfikować pod kątem ich zasadności. Dodatkowo warto zaznaczyć, że możliwość prowadzenia negocjacji z 60 dniowym terminem na ich zakończenie wydaje się wystarczającym czasem, dyscyplinującym równoległe obie strony do sprawnego działania. Jednocześnie, co warto podkreślić, z corocznych zestawień przygotowywanych przez Spółkę dla audytorów można wywnioskować, iż terminy sądowe dochodzenia roszczeń nie są wynikiem celowych działań i nie odbiegają od standardowych czasów przewidzianych dla rozpatrywania podobnych sporów. O swoistym przeciąganiu spraw sądowych – w ocenie Spółki - decydują skomplikowane stany faktyczne oraz konieczność wielokrotnego korzystania z biegłych sądowych posiadających zarówno wiedzę w zakresie spraw budowlanych jak i rozliczeń.

Odnosząc się jednocześnie do powyższych rozważań, należy zaznaczyć, że w przypadku poszerzenia argumentacji czy też przedstawienia bardziej precyzyjnego uzasadnienia dla stawianych zarzutów WU Buduj 3.0, Spółka odniesie się do nich, przedstawiając w tym zakresie swoje stanowisko.

Niezależnie od powyższych spostrzeżeń, należy podkreślić, że grupa robocza pracująca w Spółce nad dokumentem bazowym WU Buduj 3.0, uwzględniła:

- zasadę zachowania równorzędności praw stron umowy, z jednoczesnym uwzględnieniem specyfiki relacji: sektorowy zamawiający - infrastrukturalny wykonawca;
- zasadę zachowania i zabezpieczenia wymagań Spółki określonych w dokumentacji postępowania;
- zasadę zabezpieczenia i wspomagania prawidłowego wykorzystania i wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE;
- zasadę jasnego i określonego sposobu postępowania stron w przypadku wystąpienia określonych zdarzeń, które stanowią podstawę do zmiany umowy lub wprowadzenia robót zamiennych;
- zasadę podziału ryzyk, których wystąpienie powoduje określone skutki czasowe i finansowe, a których wystąpienie nie jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych;
- zasadę szanowania wzajemnego doświadczenia i wykorzystywania zebranych danych do unikania powtarzania tych samych lub podobnych problemów w przyszłości.

II. Uwagi szczególne – Ocena wdrożenia postulatów

Tak jak to już zostało zasygnalizowane, Spółka uwzględniła większość postulatów Grupy, poza tymi, które wprost były sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa (patrz dokument – „Stan postulatów Forum Inwestycyjnego styczeń 2016 r.”). W odniesieniu do powyższego, nie sposób zgodzić się z uwagami i zastrzeżeniami do przekazanej WU Buduj 3.0.

W tym miejscu należy stwierdzić, że:

1. Umowa w istocie przewiduje rozszerzony katalog kar umownych, przy czym kary zostały sprecyzowane, pozwalając z jednej strony na wyeliminowanie sytuacji podwójnego karanie Wykonawców za te same zdarzenia, zaś z drugiej strony, na efektywną ochronę Spółki przed niewykonywaniem lub nienależytym wykonywaniem przez Wykonawców określonych obowiązków wynikających z umowy.

Wprowadzona możliwość odstąpienia od egzekwowania kary za nie dotrzymanie terminów wykonania etapów wraz z jej jednoczesnym zabezpieczeniem w postaci gwarancji bankowej, stanowi wprost realizację postulatów Grupy w tym zakresie.

2. W ocenie Spółki liczba kar umownych wprowadzonych do umowy nie może być miernikiem równowagi stron umowy. Wprowadzone kary umowne są jedynie elementem dyscyplinującym Wykonawcę, zaś najbardziej pożądanym rozwiązaniem byłoby, aby realizujący kontrakt Wykonawca nie dawał w tym zakresie jakichkolwiek powodów do ich zastosowania. Spółce – co warto podkreślić – zależy na sprawnym i terminowym realizowaniu umów zgodnie ze zobowiązaniami Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Podnoszony przez Grupę w Memorandum argument dotyczący „przyjęcia postawy obronnej przez Wykonawców” należy uznać za niekonstruktywny, co więcej, trudno odnieść się do tak sformułowanego wniosku, bowiem z treści Memorandum nie sposób wywieść, czego ta postawa miałaby konkretnie dotyczyć. W przypadku jednak podjęcia przez Wykonawców decyzji o zaskarżeniu w zakresie kar umownych postanowień dokumentu bazowego WU Buduj 3.0, Spółka będzie bronić zaproponowanych rozwiązań przed składem orzekającym przed Krajową Izbą Odwoławczą.
3. Zdaniem Spółki – wszędzie tam gdzie to możliwe, wprowadzone zostały terminy określające czas na podejmowanie decyzji przez inżyniera lub zamawiającego. Mimo tak zmodyfikowanego podejścia Grupa nadal podnosi – także w wcześniej zgłaszanych uwagach dotyczących „braku wprowadzenia do postanowień umowy procedur podejmowania decyzji przez zamawiającego, oceny i weryfikacji roszczeń – iż istotnie wpływa to na brak zmiany w zakresie współdziałania stron i podejmowania decyzji przez zamawiającego”, przy czym, ani we wnioskach z prac Forum, ani w Memorandum nie sposób odnaleźć, jakich konkretnie procedur oczekuje Grupa, a także gdzie i jakie zapisy, czyniące zadość tym oczekiwaniom, miałyby znaleźć się w umowie.
4. W ocenie Spółki, nowy w swym brzmieniu art. 5 WU, jest w swej istocie odpowiedzią na oczekiwanie marginalizacji ryzyka realizacyjnego po stronie Wykonawcy. Nowe zapisy pozwalają uczynić zadość w zasadzie każdemu przypadkowi, który pojawi się w trakcie realizacji inwestycji, a w każdym uzasadnionym przypadku dają możliwość zmiany czasu na ukończenie czy zaakceptowanej ceny kontraktowej.

Na zakończenie należy podnieść, iż argument dotyczący destrukcyjnego działania długości okresów rękojmi czy gwarancji nie znajduje oparcia w jakichkolwiek faktach przedstawionych w Memorandum a odnoszących się do tego zagadnienia. Po pierwsze należy stwierdzić, że regulacje wielu państw dopuszczają możliwość wydłużania okresów gwarancyjnych (w wielu okres ten wynosi 5 lat), a zapisy polskiego kodeksu cywilnego takim praktykom się nie sprzeciwiają. Po drugie w interesie Spółki jest utrzymanie możliwie długiego okresu gwarancji i rękojmi, a przepisy unijne – także dotyczące zamówień publicznych - odwołują się do kwestii kosztów użytkowania infrastruktury. Na marginesie należy wspomnieć, że Spółka nie oczekuje, aby takie świadczenie było oferowane Spółce pod tytułem darmym, bowiem kwoty związane z gwarancją i rękojmią muszą być należycie policzone i ujęte w ofercie każdego Wykonawcy.

Poniżej przedstawiam odniesienie do większości konkretnych uwag przedstawionych w pkt II Memorandum, a dotyczących zapisów projektu umowy, i tak:

1. Spółka nie widzi żadnego racjonalnego uzasadnienia dla zmiany kolejności ważności dokumentów w umowie. Nieznane są także Spółce przepisy, które sprzeciwiałyby się takiej konstrukcji. Obecne doświadczenia Spółki potwierdzają zasadność dla tak ustalonego pierwszeństwa głównych części umowy.
2. W ocenie Spółki – wszędzie tam, gdzie istnieje uzasadniona podstawa do możliwości zmiany czasu na ukończenie czy zaakceptowanej kwoty kontraktowej, taka zasada została wprowadzona (patrz np. paragraf 5 WU). Wprowadzenie w wielu przesłankach

elastycznych form zmiany czasu bądź ceny jest zarówno wprost uwzględnieniem postulatu Grupy, jak również analizy dotychczasowego doświadczenia Spółki.

3. Subklauzula 1.10 – Spółka ma wrażenie, że uwagi zgłoszone do przedmiotowej subklauzuli powielają uwagi z poprzednich Memorandów kierowanych do Spółki w tym zakresie i w istocie odnoszą się do poprzedniego brzmienia przedmiotowej subklauzuli. Zwracamy uwagę na fakt, że w aktualnej wersji przedmiotowej subklauzuli uregulowane zostały także te postanowienia, które odnoszą się do wykorzystywania oprogramowania (nowe uregulowania dotyczące licencji).
4. Subklauzula 4.1 – subklauzula w obecnej wersji funkcjonuje w dokumentach bazowych w niezmienionym brzmieniu od wielu lat. Zwracamy uwagę, iż przedmiotowe zapisy subklauzuli pochodzą wprost z jej pierwotnego brzmienia z FIDIC. Dla wszystkich Wykonawców oczywistym jest, że wykonawca ma zrealizować przedmiot umowy w istocie opisany zakresem projektu budowlanego, dostarczanego przez zamawiającego.
5. Subklauzula 4.2 – postulat opisany w przedmiotowym punkcie został uwzględniony w treści umowy. Wszelkie kwoty, które są przedmiotem rozliczenia, a następnie ewentualnego uruchomienia z gwarancji, zawsze są konsultowane i uzgadniane z inżynierem.
6. Subklauzula 8.7 – Spółka – o czym była już mowa powyżej, nie zgadza się z zarzutami do katalogu kar umownych. Tak jak to zostało już podniesione, katalog ten jest przemyślany i ma zabezpieczać uzasadnione interesy Zamawiającego, w tym prawidłowość wydatkowania środków publicznych. W szczególności odnosząc się do poszczególnych zarzutów w tym zakresie, należy spostrzec, że:
 - a. Kara za niedostarczenie polisy, jest bardzo ważnym elementem zabezpieczenia interesów Spółki. Brak dostarczenia polisy (dowodu ubezpieczenia), czy zapłaty składki ubezpieczeniowej w terminie, pozbawia każdorazowo Spółkę realnej możliwości dochodzenia należności z ubezpieczenia.
 - b. W ocenie Spółki katalog kar wymienionych w literach c), d), e), k) i l) – jest uzasadniony i podyktowany doświadczeniem realizacyjnym Zamawiającego. Kary te mają przede wszystkim zagwarantować poważne podejście przez Wykonawcę do bezpiecznego wykonywania prac oraz organizacji ruchu na linii będącej jednocześnie placem budowy; podnieść należy, że Spółka dokonała także weryfikacji wysokości tych kar, a wysokość wybranych z nich została zmniejszona.
 - c. Kary związane z niedostarczeniem lub brakiem aktualizacji harmonogramu są uzasadnione z punktu widzenia terminowości realizacji umowy i mają mobilizować Wykonawcę do poważnego traktowania wymogów umowy w tym zakresie. Jeśli chodzi o uwagi do pkt b) należy wskazać, iż zgodnie z postulatami Forum wprowadzono formułę zabezpieczenia płatności kary za etap w postaci gwarancji. Poprzez odpowiednie zapisy Subklauzuli 8.7 wyeliminowano podwójne karanie za te same okresy zwłoki w realizacji.
 - d. Spółka usunie karę umowną za odstąpienie przez Wykonawcę z przyczyn innych niż opisane w subklauzuli 16.2.
 - e. Spółka stoi na stanowisku, że kary za niewykorzystane zamknięcia torowe są jak najbardziej uzasadnione. Modernizacje prowadzone są w większości na liniach czynnych, co powoduje, że brak należytej organizacji prac w tym zakresie uderza także w terminowość realizacji umowy oraz zapewnienia przez Spółkę korzystania z infrastruktury kolejowej.

- f. W przypadku kar dotyczących relacji z podwykonawcami, należy zauważyć, iż są one w ocenie Spółki uzasadnione. Dotychczasowe doświadczenia realizacyjne wskazują, że niejednokrotnie relacje Wykonawca – podwykonawca przenoszą problemy na relację Zamawiający – Wykonawca. Problemy zaś z płatnościami dla podwykonawców absorbują Spółkę, mimo, że takie sytuacje nie powinny mieć miejsca. W ocenie Spółki zaproponowane konstrukcje kar umownych odnoszące się do spraw związanych z podwykonawcami są zgodne z przepisami prawa i brak jest sytuacji, w której dochodzi do podwójnego karania Wykonawców za to samo zdarzenie.
 - g. Kara związana z koniecznością stosowania sygnałów zastępczych jest jak najbardziej uzasadniona i nie jest związana z wydłużeniem okresu realizacji umowy, za co Wykonawca może być ukarany z innej podstawy opisanej w subklauzli 8.7.
 - h. Umowa przewiduje limit kar umownych, który został ustalony na 30 %.
7. Subklauzula 12.3 – Spółka wzorując się na dobrych praktykach rynkowych w tym zakresie określiła jasny i klarowny system wyceny prac (robót dodatkowych) oraz postępowania w przypadku konieczności procedowania takiej wyceny. Na marginesie należy zaznaczyć, iż model ten funkcjonuje na rynku robót infrastrukturalnych i z powodzeniem jest on stosowany m. in. przez GDDKiA.
 8. Subklauzula 13.5 – Kwota warunkowa jest szczególną instytucją, która ma służyć pokryciu ściśle określonych wydatków związanych z realizacją umowy. Obecne zapisy subklauzuli są możliwie najdalej posuniętą realizacją postulatu Grupy w tym zakresie, którego celem było określenie przesłanek, które jeśli się ziszczą, będą mogły zostać sfinansowane z Kwoty Warunkowej.
 9. Subklauzula 13.8 – wprowadzono wyważony mechanizm waloryzacyjny uwzględniający istotne odchylenia dotyczące cen rynkowych, promując jednocześnie Wykonawców, którzy realizują kontrakt w terminach określonych harmonogramem. Spółka nie może zaakceptować modyfikacji zaproponowanych przez Forum.
 10. Subklauzula 14.5 – wprowadzone obecnie przez Spółkę zmodyfikowane postanowienia umowy pozwalają na zaliczkowe rozliczanie materiałów i urządzeń. Zgłoszone uwagi nie odnoszą się do przekazanych Warunków Umowy, zaś do Instrukcji dla Wykonawców. Sama uwaga jest powieleniem uwagi wniesionej przez Grupę w 2015 roku, a następnie wyjaśnionej podczas spotkania przedstawicieli Grupy Zapisy Umów. Oczywistym jest, że Warunki Umowy udostępnione w konkretnym postępowaniu będą określać stanowisko Spółki, w zakresie zasad wynikających z Subklauzuli 14.5.
 11. Subklauzula 15.2 (g) – Spółka nie może zgodzić się z oceną, iż zaproponowane w tym punkcie przesłanki kształtują sytuację, w której przyczyny odstąpienia są zbyt szerokie i dają prawo do nieuzasadnionego odstąpienia od umowy. Spółka nie zgadza się z argumentacją, jakoby przedmiotowy zapis naruszał przepisy prawa. W ocenie Spółki przedmiotowy zapis jest zgodny z przepisami prawa i czyni zadość postulatowi Forum zgłoszonemu w treści Memorandum, odnoszącego się do uzależnienia między innymi odstąpienia od umowy od zaistnienia stanu niewyplacalności Wykonawcy.
 12. Subklauzula 15.5 – Spółka ze zrozumieniem przyjmuje argumentację Forum odnoszącą się do nowych przesłanek odstąpienia od umowy, jednak się z nią nie zgadza. Mimo, że jak podnosi Grupa – podobne uprawnienia Spółki można wywieść z przepisów kodeksu cywilnego, uważamy, że są one konieczne, celem uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych. Chcemy także podkreślić, że uprawnienie zapisane w treści umowy przedmiotowej subklauzuli nie przesądza, że zostanie ono wykorzystane.

13. Subklauzula 16.2 – Spółka nie dostrzega wadliwości przedmiotowej subklauzuli w zakresie konstrukcji prawa odstąpienia zastrzeżonego dla Wykonawcy. Jednocześnie zgodnie z oczekiwaniem Grupy, Spółka dokona skrócenia czasu na odstąpienie przez Wykonawców od umowy, w terminie 180 dni od daty zdarzenia uzasadniającego to odstąpienie.

Reasumując, zgłoszone przez Forum uwagi w dużej mierze odwołują się do wcześniejszych wersji WU Buduj. Ponadto wiele z przedstawionych obecnie uwag nie znajduje swego uprzedniego odzwierciedlenia mimo, że zapisy umowy nie uległy w tym obszarze zmianie. Szczegółowa analiza postulatów Forum w odniesieniu do poszczególnych zapisów umownych pozwala stwierdzić, że wszystkie postulaty Forum, te które były zgodne z prawem zostały w umowie uwzględnione i WU Buduj 3.0 zawierają prawidłową ich implementację.

Niezależnie od powyższego, w imieniu Spółki chciałbym podziękować za wszelkie uwagi i spostrzeżenia Grupy, pozwalają one w duchu kooperacji pracować wspólnie nad ciągłym doskonaleniem dokumentów przetargowych Spółki.

Z powierzeniem

CZŁONEK ZARZĄDU

Włodzisław Czuma

CZŁONEK ZARZĄDU

Grzegorz Muszyński