

Warszawa, 9 kwietnia 2021 r.

Sz. P. Wiesław Nowak
Prezes Zarządu
ZUE S.A.

Szanowny Panie Prezesie,

Ustosunkowując się do kwestii podniesionych przez Pana w piśmie z 7 kwietnia 2021 (sygn. DPW/2021/00974) odpowiadam:

1. **Zarzut działania w sytuacji konfliktu interesów.** Kategoriecznie odrzucamy oskarżenie, jakoby Fundacja przedstawiając opinię prawną w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót naruszyła § 2 ust. 5 Porozumienia z dnia 8 listopada między Fundacją im. Stefana Batorego i PKP PLK S.A. (dalej: Pakt Uczciwości). Sytuacja, do której odnosi się opinia nie ma związku z żadną z przesłanek wymienionych w przywołanym postanowieniu Paktu, dotyczących: „[...] względów rodzinnych, emocjonalnych, sympatii politycznych, interesu gospodarczego lub jakiegokolwiek innego interesu [...]”, których zaistnienie stawiałoby Fundację w obliczu konfliktu interesów i uniemożliwiałyby wydanie ww. opinii.

Decyzja o przygotowaniu ww. opinii, tak jak w każdym podobnym przypadku, została podjęta kolegialnie przez Zespół Fundacji realizujący monitoring. Przygotowanie opinii zleciliśmy po rozważeniu wszystkich okoliczności (także dotyczących potencjalnego konfliktu interesów) i w porozumieniu z konsultantami technicznymi i prawnymi. Decydując się na wykonanie opinii kierowaliśmy się wyłącznie dobrą wolą, interesem publicznym i dobrem monitorowanego Zamówienia. Wszak sytuacja, której dotyczy ww. opinia niezaprzeczalnie wykracza poza problem relacji między Zamawiającym i Wykonawcą. Jest kontrowersyjna z punktu widzenia chociażby bezpieczeństwa użytkowników modernizowanej linii kolejowej czy możliwości rozliczenia środków krajowych i unijnych, z których finansowana jest inwestycja. Pytanie o skuteczność wystawienia Świadectwa Przejęcia jest z tej perspektywy istotnym elementem procesu realizacji całego Zamówienia.

Prawdą jest, że korzystając z możliwości, którą daje Zamawiającemu § 5 ust. 1 pkt. 6a Paktu PKP PLK S.A. zwróciła się do Fundacji w piśmie z 24 lutego br. z prośbą o nasze stanowisko w związku z przygotowaniem przez Wykonawcę protokołu odbioru końcowego oraz wystawieniem przez Inżyniera Świadectwa Przejęcia. Jednak niezależnie od prośby Zamawiającego, według naszej własnej oceny, zaistniała sytuacja stanowi okoliczność, która musi zostać przeanalizowana przez Fundację. Stąd też, z własnej inicjatywy, kierując się wyłącznie interesem publicznym i dobrem Zamówienia, wyszliśmy poza to czego oczekiwał od nas Zamawiający. Świadczy o tym chociażby

stwierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie o sygn. IROP.060.5.2021, z dn. 23 marca br.: [...] *nie oczekujemy opinii prawnej, lecz Państwa odniesienia się / oceny okoliczności wystawienia Świadectwa Przejęcia przez Inżyniera na wniosek Wykonawcy.*

Jako bezpodstawną insynuację, mogącą nosić znamiona pomówienia, traktujemy wywód zawarty w podpisanym przez Pana Prezesa piśmie, sugerujący, że Fundacja przekazując opinię prawną z 30 marca kierowała się chęcią zawarcia aneksu przedłużającego realizację Paktu poza termin wyznaczony w § 3 ust. 1, tj. poza moment „wystawienia Świadectwa Przejęcia (lub innego równoważnego dokumentu) dla [monitorowanego przez nas] Zamówienia”. Fundacja miałyby tym samym kierować się własnym interesem finansowym, wynikającym z realizacji pilotażu Paktu Uczciwości w Polsce.

Po pierwsze, zwracamy uwagę, że ta fałszywa z gruntu teza nie mogłaby zostać sformułowana, gdyby nie mieli Państwo swobodnego dostępu do korespondencji między Fundacją i Zamawiającym, poprzez stronę www Paktu Uczciwości. Fundacja realizuje pilotaż zachowując najwyższe standardy transparentności, nawet jeśli naraża się tym samym na tego rodzaju bezpodstawne oskarżenia.

Po drugie, cytują Państwo fragmenty tejże korespondencji wybiórczo, jedynie na poparcie stawianych przez siebie tez. Zwracamy przy tym uwagę na pismo z dn. 3 marca br., które byli Państwo łaskawi pominąć, skierowane do Pani Dyrektor Jolanty Pawluk. Wynika z niego jednoznacznie, że kwestia aneksu była przez nas poruszana jeszcze przed zaistnieniem kontrowersji dotyczących wystawionego 8 lutego br. Świadectwa Przejęcia. W piśmie tym argumentujemy: *Propozycję aneksu składamy przede wszystkim w oparciu o §8 ust. 4 Paktu. Ponadto pragnę przypomnieć, że kwestia aneksu była przedmiotem naszej rozmowy w dn. 17 grudnia 2020 r. W jej trakcie której rozważaliśmy możliwość zaistnienia sytuacji, w której Świadectwo Przejęcia zostaje wystawione, a inwestycja de facto trwa dalej i powinna być monitorowana do momentu, w którym kończy się pilotaż finansowany przez Komisję Europejską, tj. do 30 września 2021 r. Wówczas deklarowali Państwo pełną otwartość i chęć kontynuacji monitoringu. Nasze ustne ustalenia wyprzedzały więc sytuację, w której znaleźliśmy się dziś, to jest gdy mamy do czynienia z wystawieniem Świadectwa Przejęcia, którego prawomocność, zarówno dla Państwa, jak i dla nas, stoi pod znakiem zapytania.*

Informuję Pana przy tym, że kwestia aneksu była również przedmiotem naszych wewnętrznych analiz na kilka miesięcy przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia, a także konsultacji z Ministerstwem Funduszy i Polityki Regionalnej, w trakcie rozmowy 22 grudnia 2020 r., na dowód czego dysponujemy stosowną korespondencją.

Dodatkowo informuję Pana, że nawet gdyby Pakt wygasł w związku z uznaniem przez PKP PLK S.A. skuteczności wystawienia Świadectwa Przejęcia lub został wypowiedziany z jakichkolwiek względów, to nie oznaczałoby dla Fundacji zakończenia całości pilotażu, w ostatnich miesiącach jego realizacji. Jakkolwiek główną jego częścią jest monitoring inwestycji, to oprócz tego polega on również na prowadzeniu działań analitycznych, informacyjnych i edukacyjnych dotyczących rynku zamówień publicznych, w których zresztą przedstawiciele ZUE S.A. mieli okazję uczestniczyć. Co warto podkreślić samo finansowanie pilotażu przez Komisję Europejską, również nie jest uzależnione od trwania lub nie monitoringu inwestycji i zgodnie z umową kończy się z końcem roku 2021 r., tak dla Polski jak i pozostałych państw, w których realizowany jest pilotaż.

W przeciwieństwie do postawionej przez Pana tezy, gdyby Fundacja kierowała się własnym interesem, a nie interesem publicznym, dobrem Zamówienia i chęcią realizacji Paktu zgodnie z jego postanowieniami, w zaistniałych okolicznościach powinna rozważyć wypowiedzenie Paktu – mając na względzie chociażby kontrowersje wokół wystawionego Świadczenia Przejęcia i niechęć Zamawiającego do podpisania aneksu. Z tym bowiem wiąże się niepewność co do statusu Fundacji jako obserwatora. Wypowiadając Pakt mogliśmy skupić się wyłącznie na działaniach informacyjnych i analitycznych. Byłby to też istotny sygnał zwłaszcza dla Komisji Europejskiej, że monitorowanej przez nas inwestycji należy przyrzeć się jeszcze baczniej niż dotychczas. Zamierzamy jednak kontynuować monitoring Zamówienia do 30 września br. lub dopóty, dopóki nie zaistnieją jednoznaczne okoliczności, które nam to całkowicie uniemożliwią.

Chcemy również przypomnieć Panu Prezesowi, że w przeszłości występowaliśmy z opiniami prawnymi i stanowiskami, które to z kolei Zamawiający mógłby uznać za przejaw stronniczości – na rzecz Wykonawcy. Przykładem tegoż jest wystąpienie z opinią przyjaciela sądu (*amicus curiae*) w sporze sądowym, który toczą Państwo z Zamawiającym o dostęp do edytowalnej wersji modelu akustycznego. Odmowa dostępu do tej informacji jest przez Państwa wskazywana jako podstawa do kwestionowania konieczności wybudowania ekranów o łącznej długości 4462 metrów (pismo o sygn. ZAW/2019/10/3948/AW z 31 października 2019 r.). Innym przykładem mogą być nasze krytyczne uwagi dotyczące prac komisji negocjacyjnej w sprawie przejścia podziemnego w Poraju na temat m.in. braku równości stron w ramach prac komisji (zawarte w naszych pismach do PKP PLK S.A. z 9 lutego i 17 marca). Zakładając złą wolę Zamawiającego, te przypadki mogłyby zostać potraktowane przez PKP PLK S.A. jako przejaw działania Fundacji w interesie Wykonawcy. Zamawiający, owszem, odnosił się do nich krytycznie, nie podnosił jednak zarzutu wobec Fundacji o stronniczość czy działanie w sytuacji konfliktu interesów. Prowadząc monitoring nie pozostaje nam nic innego jak pogodzić się z faktem, że zarówno Wykonawca jak i Zamawiający w tej czy innej sytuacji nie będą traktować przychylnie wszystkich naszych działań i ocen. Nie godzimy się jednak na bezpodstawne oskarżenia o stronniczość i działanie wbrew postanowieniom Paktu.

Biorąc powyższe pod uwagę, oczekujemy, że powstrzymają się Państwo od dalszych insynuacji jakoby Fundacja w przedmiotowej sprawie działała w konflikcie interesów, kierując się chęcią osiągnięcia własnych korzyści czy interesem Zamawiającego. Jeśli nie zgadzają się Państwo z konkluzjami naszej opinii prawnej z 30 marca br., oczekujemy przedstawienia merytorycznych kontrargumentów, a nie bezpodstawnego ataku na wiarygodność Fundacji.

- Zarzuty wobec opinii prawnej z 30 marca br. w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadczenia Przejęcia Robót.** W dalszej kolejności odnosząc się do końcowej części pisma i postawionych tam przez Państwa pytań w zakresie wydanej opinii prawnej, wyjaśniamy, iż zgodnie z definicją pojęcia „opinii prawnej” stanowi ona materiał analityczny, sporządzony przez osobę z wykształceniem prawniczym, odnoszący się do konkretnego zagadnienia czy problemu prawnego, której celem jest przedstawienie opisanego problemu, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, doktrynę oraz judykaturę. Opinia prawna ma pomóc zrozumieć na czym polega problem prawny, jednak – co istotne – pogląd wyrażony w takiej opinii nie jest w żaden sposób wiążący. Tak też miało miejsce w przedmiotowej sprawie, gdzie w zakresie odbiorów końcowych oraz wystawienia Świadczenia Przejęcia Fundacja otrzymała dwa, zupełnie rozbieżne stanowiska – Zamawiającego i Wykonawcy.

W związku z tym uznawszy, że kwestia ta stanowi istotny problem prawny dla realizacji inwestycji, a w konsekwencji również z punktu widzenia pilotażu Paktu Uczciwości, podjęliśmy decyzję, iż zagadnienie to musi zostać przeanalizowane w sposób obiektywny, przez konsultanta prawnego wspierającego monitoring. Jedynym i wyłącznym celem wydania opinii prawnej było uzyskanie rzetelnego poglądu na sprawę, co bez szczegółowej analizy prawnej byłoby niemożliwe, stąd też skutkiem dokonanej analizy jest opinia prawna z dnia 30 marca 2021 r.

Jeszcze raz podkreślamy, że rzeczona opinia prawna oraz zawarte w niej wnioski nie są wiążące dla żadnej ze Stron, ani nie mają na celu przeciąć istniejącego sporu. Być może pogląd na sprawę wyrażony w opinii przyczyni się nie tylko do zredukowania ryzyka np. utraty dofinansowania unijnego, ale i do porozumienia Stron. Dlatego też opinia ta została Państwu, jak i pozostałym Stronom zaangażowanym w realizację Paktu Uczciwości, udostępniona jako dodatkowy materiał pomocniczy. W żadnym razie Fundacja nie twierdzi, że którakolwiek ze Stron ma zgodzić się z wnioskami zawartymi opinii i takich też rekomendacji brak jest w przedmiotowej opinii.

Zwracamy też uwagę, że wnioski zawarte w opinii są krytyczne nie tylko wobec Wykonawcy, ale również względem Inżyniera Projektu oraz Zamawiającego, co ukazuje tylko, że przeanalizowaliśmy wszelkie powstałe na tle opisanego stanu faktycznego wątpliwości oraz stanowiska każdej ze Stron.

Jednocześnie odnosząc się do poszczególnych pytań zawartych w Pana piśmie wskazuję, iż:

- Jak zostało to już powyżej wyjaśnione Fundacja w związku z wydaną opinią nie przedstawia dla żadnej ze Stron jakichkolwiek rekomendacji co do dalszego sposobu postępowania.
- Wyjaśniamy, iż odpowiedź zawarta w pkt. 7 wniosków opinii odnosi się wyłącznie do postawionego tam pytania w zakresie tego czy Inżynier Projektu ma możliwość uchylecia skutków swojej decyzji o wystawieniu Świadectwa Przejęcia. W związku z tym Opiniujący przedstawił, że zgodnie z zawartą umową taka możliwość istnieje oraz opisał procedurę ewentualnego uchylecia się od skutków oraz możliwe dalsze działania Zamawiającego w tym zakresie. We wniosku tym Fundacja w żaden sposób nie wyraziła stanowiska wobec dalszego postępowania Zamawiającego w tej kwestii i takiego stanowiska nie zajmie, bowiem wydanie rekomendacji nie jest celem przedmiotowej opinii prawnej.
- Radca Prawny Mirela Korsak-Koledzińska wydając przedmiotową opinią prawną działa jako przedstawiciel – konsultant prawny Fundacji, w związku z tym przedstawia ona stanowisko Fundacji im. Stefana Batorego jako partnera społecznego przy realizacji inwestycji.

- Fundacja jest otwarta na uwagi do opinii prawnej z dnia 30 marca 2021 r. W przypadku sformułowania przez którąkolwiek ze Stron zastrzeżeń, przeanalizujemy je i ewentualnie uwzględnimy je w treści opinii.

Podkreślić należy przy tym, że stan faktyczny w przedstawionej opinii odnosi się do stanu oraz dokumentacji otrzymanej przez Fundację do dnia ukończenia nad nią prac. Zdajemy sobie sprawę, że w międzyczasie mogło dojść do dalszych wydarzeń związanych z kontrowersjami wokół odbioru końcowego oraz wystawienia Świadectwa Przejęcia. Bierzymy w związku z tym pod uwagę możliwość wydania uzupełniającej opinii prawnej, jeśli tylko zostaną nam przekazane nowe informacje.

Z poważaniem,



Grzegorz Makowski

Kierownik Projektu Pakty Uczciwości

– mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE

Fundacja im. Stefana Batorego

Do wiadomości:

1. Jolanta Pawluk, Dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A.
2. Marcin Szymański, zastępca dyrektora Departamentu Programów Infrastrukturalnych w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej.
3. Mirosław Oleksy, Inżynier Projektu, MP-Mosty S.A.