

Kraków, 07.04.2021 r.

DPW\2021\00974

Fundacja im. Stefana Batorego
ul. Sapieżyńska 10a
pilotaz_paktu@batory.org.pl
00-215 Warszawa

Szanowni Państwo,

W dniu 1 kwietnia 2021 roku otrzymaliśmy opinię prawną dotyczącą oceny prawidłowości sposobu postępowania Stron w ramach umowy na realizację robót budowlanych pn. „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”, a także działania Inżyniera Projektu w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót.

W pierwszej kolejności, jeszcze przed merytorycznym odniesieniem się do treści wydanej opinii, chcielibyśmy wyrazić nasze poważne zaniepokojenie okolicznościami, w jakich została ona wydana. Treść zamieszczonej na stronie internetowej „Paktu Uczciwości” korespondencji prowadzonej pomiędzy Fundacją a Zamawiającym wskazuje bowiem, iż:

opinia została wydana z rażącym naruszeniem § 2 ust. 5 Porozumienia z dnia 8 listopada 2016 roku między Fundacją im. Stefana Batorego i PKP PLK S.A. w sprawie wdrożenia „Paktu Uczciwości” w ramach zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót wraz z projektowaniem na linii nr 1 Warszawa – Katowice na odcinku Częstochowa – Zawiercie.

Zgodnie z informacjami zawartymi na Państwa stronie internetowej (<http://paktuczciwosci.pl/o-pakcie/faq/> dostęp z dnia: 2 kwietnia 2021r.) Partner Społeczny powinien być niezależnym uczestnikiem postępowania, który nadzoruje wszystkie etapy zamówienia publicznego.

Nie sposób nie zauważyć, że w dniu 22 lutego 2021 r. Fundacja wystąpiła do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie „Paktu Uczciwości”, wskazując jak następuje:

„Przedstawiciele PKP PLK S.A. wyrażali już chęć zawarcia aneksu do Paktu Uczciwości, co bardzo nas cieszy. Propozycję wydłużenia monitoringu poparło w rozmowach z nami także Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej. W przygotowanym przez nas aneksie momentem wygaśnięcia nie jest wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót, co do którego zresztą jak wiemy toczy się spór pomiędzy stronami, lecz 30 września 2021 r. To graniczna data dla pilotażu paktu uczciwości z punktu widzenia umowy z Komisją Europejską. Do tego dnia musimy zakończyć działania monitoringowe, łącznie z wydaniem końcowego raportu z monitoringu zamówienia publicznego.

Proponujemy zatem prosty terminowy aneks, bez zmieniania zakresu uprawnień i obowiązków stron porozumienia, który jest załącznikiem do niniejszego pisma. Dodatkowo prosimy o uaktualnienie danych



kontaktowych osoby po stronie PKP PLK S.A. odpowiedzialnej za kontakty związane z realizacją paktu. Liczymy, że spotka się on z Państwa aprobatą i zostanie szybko przyjęty”.

W dniu 24 lutego 2021 r. Zamawiający odpowiedział Fundacji, jak niżej:

„Spółka nie uznaje czynności dokonanej przez Inżyniera, polegającej na wystawieniu Świadectwa Przejęcia za prawnie skuteczną i wiążącą Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe stanowisko uważamy, że Porozumienie między Fundacją im Stefana Batorego i PKP Polskimi Liniami Kolejowymi S.A. obowiązuje i nie wymaga aneksowania”.

W dniu 17 marca 2021 r. Fundacja ponowiła swoją prośbę o zawarcie aneksu, następującymi słowy:

„Korzystając z okazji, ponawiam również prośbę sformułowaną w naszym piśmie z dn. 3 marca, tj. zaakceptowanie aneksu określającego termin zakończenia Paktu Uczciwości na dzień 30 września br.”.

We wcześniejszych zaś akapitach ww. pisma Fundacja zwróciła się do PKP PLK S.A. o przekazanie dokumentów „bez których nie będziemy mogli zrealizować Państwa prośby o przygotowanie opinii prawnej dotyczącej prawomocności Świadectwa Przekazania Robót”.

W dniu 23 marca 2021 r. Zamawiający odpowiedział, iż:

„Przechodząc do ostatniej kwestii poruszonej w Pana piśmie, czyli aneksu terminowego do Porozumienia między Fundacją im Stefana Batorego i PKP Polskimi Liniami Kolejowymi S.A. w sprawie wdrożenia >>Paktu Uczciwości<<, należy odnieść się do jego treści i wskazać, że Porozumienie jest nadal ważne i obowiązujące. W związku z tym uważamy, że nie ma potrzeby zawierania aneksu do Porozumienia”.

Należy zatem wskazać, iż decyzja Zamawiającego o niepodpisaniu aneksu przedłużającego Pakt Uczciwości postawiła Fundację/jej Współpracowników/Konsultantów w sytuacji konfliktu interesów, gdyż od treści wydanej opinii zależała kontynuacja albo brak kontynuacji finansowanego przez Komisję Europejską prestiżowego programu. Tymczasem, zgodnie z § 2 ust. 5 Porozumienia „Fundacja, Konsultant, Spółka oraz ich pracownicy lub współpracownicy zobowiązani są do wyłączenia się w przypadku powstania konfliktu interesów. Za konflikt interesów rozumie się 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(...)”.

Podkreślamy, że działanie klauzul konfliktu interesów nie jest uzależnione od rzeczywistych intencji czy motywacji, którymi kieruje się pozostająca w konflikcie interesów Strona. **Obowiązek zatem do wyłączenia się aktualizuje się przez sam fakt wystąpienia konfliktu interesów, i bez znaczenia jest tu dobra czy zła wiara podmiotu, który w nim pozostaje.**

Fakt wydania opinii w sytuacji konfliktu interesów, tj. z naruszeniem postanowień Porozumienia powoduje, iż opinia ta nie realizuje celów Paktu Uczciwości, to znaczy nie promuje dobrych praktyk w zamówieniach publicznych i nie przyczynia się do zapewnienia przejrzystości i rozliczalności zadania publicznego. Dokument ten dotknięty jest wadą tego rodzaju, iż stoi na przeszkodzie celom „Paktu Uczciwości”, w tym zwiększeniu zaufania obywateli do władz oraz do zamówień rządowych. Na skutek wydania opinii, której nie można przyznać przymiotu bezstronności i obiektywizmu, zostaje narażona dobra reputacja stron „Paktu Uczciwości” na czele z dobrym imieniem Fundacji im. Stefana Batorego.

Co więcej, nie sposób nie zauważyć, że niektóre ze sformułowań ferowanych w opinii mogą być traktowane jako wywieranie niedozwolonej presji na Inżyniera Projektu. Wskazujemy, iż zgodnie z obowiązującymi warunkami kontraktowymi oraz dobrymi obyczajami funkcjonującymi w obrocie gospodarczym Unii Europejskiej w kontraktach opartych na FIDIC Inżynier Projektu ma pełnić rolę arbitra pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą a decyzje jego motywowane mogą być wyłącznie obiektywną i rzetelną oceną. Żadna ze Stron Kontraktu, a tym bardziej Konsultant, nie powinien wywierać na decyzje Inżyniera Projektu nacisku, a tym bardziej grozić Inżynierowi Projektu rozwiązaniem umowy czy do działań takich zachęcać, aby wyeliminować z obrotu prawnego wydany przez Inżyniera Projektu dokument, z którym dana Strona się nie zgadza, czy jest on dla niej niewygodny.

Wyrażamy również ubolewanie, iż pomimo przekazania Fundacji im. Stefana Batorego przez ZUE S.A. umotywowanego i udokumentowanego stanowiska w przedmiocie Świadczenia Przejęcia, data wydania, a przede wszystkim treść opinii sugerują, iż opiniujący pominął istotne elementy stanu faktycznego przedstawione przez Wykonawcę i nie zapoznał się z całością materiału dowodowego.

Pominięte zostało również adresowane do Fundacji im. Stefana Batorego pismo Dyrektora Projektu z ramienia PKP PLK S.A. p. Jana Magi z dnia 12 marca 2021 r. w którym imieniem Zamawiającego wskazuje on, iż:

„PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski Zespołu Kontraktu Unijnego IRRK4/3/1 w odpowiedzi na pismo dotyczące odbiorów eksploatacyjnych pragnie zapewnić, że usterki/wady jakie znalazły się w protokołach odbiorów eksploatacyjnych poszczególnych torów/odcinków nie zagrażają bezpieczeństwu życia ludzi i środowiska.

Usterki, które wymagały usunięcia do czasu kolejnego etapu odbiorów eksploatacyjnych zostały usunięte w wyznaczonych terminach zgodnie z zapisami w protokołach odbioru oraz zgodnie z innymi ustaleniami. Na dzień dzisiejszy trwa usuwanie usterek po dokonanych odbiorach eksploatacyjnych dla których nie zostały określone terminy’.

Świadczy to o wybiórczym, a jednocześnie jednostronnym podejściu do kwestii, które porusza opinia.

Jednocześnie, za całkowicie dyskwalifikujące dla opinii prawnej należy uznać arbitralne rozstrzygnięcie na korzyść jednej ze Stron zagadnień stanu faktycznego wymagających wiedzy specjalistycznej bez jej posiadania i bez jej zasięgnięcia przez opiniującą.

Zauważamy również, że Fundacja poprzez wydanie opinii weszła w rolę Sądu, stanęła po jednej ze skonfliktowanych Stron. Od sędziego zaś można i należy wymagać niezależności i niepozostawiania w konflikcie interesów. Nemo iudex in causa sua.

Wskazujemy zatem – jako Wykonawca zadania publicznego, ale również jako uprawniony uczestnik programu „Pakt Uczciwości” - iż w zaistniałych okolicznościach, w których Partner Społeczny w sposób rażący i ze szkodą dla Wykonawcy naruszył klauzulę konfliktu interesów, do której przestrzegania się zobowiązał - sprawa powyższa powinna zostać wyjaśniona na szczeblu Komisji Europejskiej. Sprawa ta ma ogromną wagę i duże praktyczne znaczenie dla funkcjonowania w przyszłości „Paktów Uczciwości”, gdyż niezależny, wolny od konfliktu interesów status Partnera Społecznego jest jednym z fundamentów pilotowanego programu. Kazus ten doskonale ilustruje szerszy problem, jakim jest uzależnienie

czasookresu trwania „Paktu Uczciwości” od decyzji Zamawiającego i ryzyka, jakie taka sytuacja stwarza dla zasad obiektywności i bezstronności. Jako taki powinien zostać przeanalizowany w ramach pilotażu Programu. Wykonawca nie może zatem pozostawić tej sprawy bez odpowiedniej reakcji.

Zgodnie z dobrymi obyczajami, a także szacunkiem dla Państwa jako Partnera Społecznego wzywamy wszakże Państwa w pierwszej kolejności, bez przesądzania o Państwa motywacjach i intencjach (które jak wskazaliśmy wcześniej pozostają bez znaczenia z punktu widzenia klauzuli konfliktu interesów), do autorefleksji na temat tego, w jaki sposób fakt wydania przez Państwa opinii w opisywanych okolicznościach może zostać odebrany przez Wykonawcę, ale i społeczeństwo. Wskazujemy, że renoma Fundacji im. Stefana Batorego, której nie kwestionujemy nie może stanowić usprawiedliwienia do podejmowania ryzyka działania w warunkach konfliktu interesów. Obowiązek wyłączenia się w takim sytuacjach jest wymaganiem nie tylko umownym, ale również etycznym, wynikającym z szeroko rozumianej zasady praworządności. W konsekwencji zwracamy się do Państwa o zaproponowanie działań, które pozwolą wszystkim Stronom w sposób konstruktywny rozwiązać zaistniałą konfliktową sytuację, w sposób przywracający i gwarantujący społeczne zaufanie.

Wykonawca zwraca się zatem do Państwa z pytaniem i prośbą o niezwłoczne udzielenie odpowiedzi:

- czy wniosek nr 7 opinii należy rozumieć jako oczekiwanie przez Fundację im. Stefana Batorego wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy z Inżynierem Projektu lub popieranie przez Fundację im. Stefana Batorego takiego działania?
- czy wydaną w dniu 30 marca 2021 r. przez mec. Mirelę Korsak - Koledzińską opinię należy traktować zgodnie z dopiskiem in fine jako „*pogląd autora opinii*” czy jako ostateczne stanowisko Fundacji im. Stefana Batorego w sprawie?
- czy Fundacja im. Stefana Batorego traktuje wydaną w dniu 30 marca 2021 r. przez mec. Mirelę Korsak - Koledzińską opinię jako kończącą (przesądzającą) proces wyjaśniania zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń dotyczących Świadectwa Przejęcia, czy też dopuszcza (przykładowo) zgłoszenie umotywowanych uwag i zastrzeżeń do opinii przez każdą z zainteresowanych Stron, jako kolejny etap procedury?

Wykonawca wskazuje jednocześnie, iż w osobnym piśmie podniesie zarzuty do merytorycznej treści opinii.

Z wyrazami szacunku

ZUE S.A.
PREZES Zarządu
Inż. Wiesław Nowak



Otrzymują:

1. Adresat;
2. pilotaz_paktu@batory.org.pl;
3. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław;
4. Inżynier Projektu, Sz. P. Mirosław Oleksy.