

ZAW/2021/04/4322/MD

Kraków, dnia 9.04.2021 r.

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

Zadanie: Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa - Zawiercie” (dalej: Zadania)

Umowa nr: 90/106/0072/17/Z/I z dnia 20.07.2017 r. (dalej: Umowa)

Dotyczy: opinii prawnej Fundacji im. Stefana Batorego z dnia 30.03.2021 r.

Szanowni Państwo,

ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej także jako Wykonawca), po zapoznaniu się z opinią prawną w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadcstwa Przejęcia Robót przygotowaną przez Fundację im. Stefana Batorego, wskazuje, iż nie zgadza się z przedstawionymi w niej wnioskami z uwagi na błędne, w ocenie Wykonawcy, założenia, które legły u jej podstaw. Powyższe powoduje w konsekwencji, iż wyciągnięte wniosku i poczynione analizy, nie znajdują uzasadnienia prawnego i/lub faktycznego. Wykonawca oświadcza tym samym, iż w jego ocenie wydanie przez Inżyniera Projektu Świadcstwa Przejęcia było czynnością prawnie skuteczną i wiążącą i Wykonawca będzie procedował zakończenie realizacji Zadania przy uwzględnieniu ww. stanowiska. **Dla uniknięcia wątpliwości Wykonawca podtrzymuje ponadto w pełnej rozciągłości zarzuty formalne podniesione w piśmie znak DPW/2021/00974 z dnia 7.04.2021 roku, które powodują, iż opinia jest dokumentem wadliwym, wydanym z naruszeniem postanowień Paku Uczciwości oraz dobrych obyczajów, i w konsekwencji który nie może się ostać w prawidłowym obrocie gospodarczym.**

I. Zasadność wydania przez Inżyniera Projektu Świadcstwa Przejęcia Robót

Opiniujący całkowicie pominął podnoszony kilkakrotnie przez Wykonawcę (i nigdy nie zanegowany przez Zamawiającego) fakt, iż 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 dnia 29.12.2020 r.) został spełniony. Na całym modernizowanym odcinku linii kolejowej (z wyłączeniem stacji Poraj, niemniej jest to okoliczność niezależna od Wykonawcy a

spowodowana działaniami i zaniechaniami Zamawiającego) pociągi poruszają się bez ograniczeń z prędkością rozkładową. Czynne są oba tory szlakowe co umożliwiło zwiększenie częstotliwości kursowania pociągów zarówno pasażerskich jak i towarowych. Powyższe stanowi okoliczność bezsporną, wynikającą chociażby z informacji prasowych Zamawiającego (<https://www.plk-sa.pl/biuro-prasowe/informacje-prasowe/nowy-rozklad-jazdy-krotsze-podroze-nowe-przystanki-4954/>; informacja datowana na dzień 11.12.2020 r.) gdzie wskazano, iż „W województwie śląskim skróci się czas przejazdu między Zawierciem a Częstochową o kolejne kilka minut. Najszybsze składy pojadą ten dystans w 31 min. Po modernizacji wszystkie przystanki gwarantują dogodny dostęp do kolei.” Analogiczne informacje przekazywali przewoźnicy kolejowi - np. Koleje Śląskie, które poinformowały o zmianie rozkładu jazdy (<https://www.kolejeslaskie.com/od-13-grudnia-2020-zmiana-rozkladu-jazdy/>; informacja datowana na dzień 2.12.2020). 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.” Skrócenie czasu przejazdu pociągów jest bezpośrednim efektem zakończenia robót zasadniczych i zwiększenia dopuszczalnej prędkości przejazdu. **Powyższe zmiany rozkładów obowiązywały od 13.12.2020 r. 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 dnia 17.11.2020 r., pismo Zamawiającego kierowane do Fundacji im. Stefana Batorego z dnia 5.05.2020 r. („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 28.12.2020 r. („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 w dniu 13.12.2020 r.? Ponownie zwracamy uwagę, że nie obowiązują 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 z chwili rzekomego „dostrzeżenia” przez Zamawiającego występowania przedmiotowych wad lub niewykonanych prac (tj. w dniu 12.01.2021 r.).

Mając na uwadze powyższe należy przytoczyć słuszny, niemniej błędnie zinterpretowany przez autora opinii, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r. (sygn. akt: V ACa 1302/17) zgodnie z którym „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 (która to okoliczność nie występuje ponieważ ruch odbywa się normalnie z prędkością rozkładową), wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy (jw. - dop. własny) albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie (np. niedostosowania prędkości przejazdu do prędkości projektowej, która to okoliczność również nie występuje - dop. własny), istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji." A contrario zatem, skoro przedmiot nadaje się do właściwego użytku i jest w ten sposób wykorzystywany nie można mówić o występowaniu jakichkolwiek wad istotnych lub niewykonaniu zakresu prac, który uniemożliwiłby korzystanie z przedmiotu Umowy. Co do samej kwestii „drobnej zaległej prac” zwracamy uwagę, że treść Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu wprost wskazuje, jak należy tą okoliczność oceniać tj. „pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu (użycie do czasu ukończenia tej pracy i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności)”. Ani niewykonanie części elementów ekranów akustycznych, ani częściowo niezabudowane wygrodenia na przejazdach kolejowych, ani częściowo niewykonane rowy boczne czy pojedyncze nieusunięte fragmenty słupów trakcyjnych czy też niewykonana nawierzchnia na ul. Towarowej (która jest użytkowana w aktualnym stanie) nie uniemożliwiają lub nie utrudniają ruchu pociągów na zmodernizowanej linii kolejowej (co wprost potwierdza brak wprowadzonych ograniczeń, czy utrudnień w ruchu). W kontekście ww. okoliczności zauważyć również należy, iż zgodnie z przytoczonym w opinii punktem I PFU rozróżnić należy cele (modernizacji linii kolejowej - poprawy przepustowości linii, częstotliwości, skomunikowania oraz punktualności realizowanych połączeń, usprawnienie statycznej i dynamicznej informacji pasażerskiej oraz informacji dla przewoźników, poprawę bezpieczeństwa ruchu kolejowego) od efektów realizacji Zadania (pozostałe okoliczności). Wszystkie cele realizacji Umowy zostały zaś spełnione. Tym samym, odnosząc się do przytoczonych w opinii zastrzeżeń wskazać należy, że:

- 1) co do braku wykonania części elementów ekranów akustycznych – fakt zabudowy ekranów akustycznych pozostaje bez związku na możliwość prowadzenia ruchu pociągów, w tym ruchu pociągów z prędkością docelową. Pociągi mogą jeździć z zakładaną prędkością (np. 160 km/h) bez względu na fakt, czy ekrany zostały zabudowane (w tym konkretnym przypadku - wypełnione), czy nie - prędkość poruszania się pociągów po torze jest niezależna od faktu istnienia ekranów, a konstrukcji toru i montażu odpowiednich urządzeń, które to elementy zostały spełnione. Zmniejszenie oddziaływania na środowisko jest efektem zmodernizowania linii kolejowej, który sam w sobie został już w większości zrealizowany (sama modernizacja powoduje znaczące obniżenie hałasu - wpływu na środowisko),
- 2) co do braku zabudowy części wygrodzień na przejazdach kolejowych, częściowego braku wykonania rowów bocznych oraz braku usunięcia pojedynczych fundamentów słupów trakcyjnych na szlakach i stacjach to ww. kwestie stanowią klasyczny przykład „drobnej, zaległej pracy”, oraz nieistotnych wad, które wbrew twierdzeniom opiniującego nie ma wpływu na użytkowanie linii kolejowej, a już na pewno nie mają wpływu na jej bezpieczeństwo ruchu kolejowego. Potwierdza to również treść przywołanego w korespondencji z dnia 7.04.2021 r. pisma Dyrektora Projektu z ramienia PKP PLK S.A. p. Jana Magi z dnia 12 marca 2021 r. w którym wskazano wprost, że:

„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”.

Zwracamy ponadto uwagę, że ww. nieistotne wady lub zaległa praca opisane w punktach 1) i 2) powyżej, które zostały przedstawione w opinii, to wyłącznie punktowe elementy na odcinku 44km zmodernizowanej linii kolejowej nr 1 a nie, jak mogło by wynikać z ww. opinii, niewykonanie całego zakresu tych prac.

3) w zakresie certyfikacji opiniujący pominął kluczową informację a mianowicie, iż jednostka Notyfikowana (INFRACERT TSI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) oświadczyła, iż do czasu zakończenia budowy przejścia podziemnego w Poraju oraz elementów bezpośrednio z nim powiązanych niemożliwe będzie wydanie Końcowych Certyfikatów Weryfikacji WE dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Sterowanie - urządzenia przytorowe” (spowodowane to jest brakiem możliwości określenia statusu przejścia dla potrzeb certyfikacji - na chwilę obecną istnieje tylko tymczasowe przejście w poziomie torów, które nie spełnia wymogów TSI). Niezakończenie budowy przejścia podziemnego w Poraju jest zaś okolicznością niezależną od Wykonawcy i leżącą po stronie Zamawiającego. Ponadto zaznaczyć należy, iż już w październiku 2020 r. Wykonawca zwracał się do Zamawiającego o przekazanie mu dokumentów (leżących po stronie Zamawiającego np. dot. procedury SMS) niezbędnych do zakończenia procesu certyfikacji, ale nie otrzymał ani odpowiedzi na swoje wystąpienia, ani też wnioskowanych dokumentów. Na dzień zgłoszenia gotowości do odbioru brak było zatem podstaw do żądania od Wykonawcy przedstawienia certyfikatów, których niemożliwość przekazania wynika z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. Ponadto zaznaczyć należy, iż niezależnie od powyższego Wykonawca dokonał certyfikacji w zakresie w jakim było to możliwe. Wykonawca podjął rozmowy z jednostką certyfikującą dzięki czemu, poza Certyfikatem Końcowym dla podsystemu „Energia”, przekazano Zamawiającemu Certyfikaty Pośredniej Weryfikacji dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Sterowanie - urządzenia przytorowe”. Należy podkreślić, iż Certyfikaty Pośredniej Weryfikacji same w sobie potwierdzają poprawność wykonania robót i ich zgodność z systemem interoperacyjności. Mając na uwadze ww. okoliczności całkowicie nieuzasadnione jest zatem rozpatrywanie przedmiotowej kwestii jako podstawy do odmowy wszczęcia procedury odbioru końcowego, czy odmowy wydania Świadectwa Przejęcia Robót dla Zadania, które zostało przez Wykonawcę należycie i terminowo wykonane.

Należy ponadto zwrócić uwagę, iż opiniujący w swojej analizie pominął wpływ ww. kluczowej okoliczności tj. oceny faktu użytkowania przez Zamawiającego przedmiotu Umowy w sytuacji, gdy brak jest ich formalnego odbioru prac. Procedura FIDIC, w swojej pierwotnej - niezmienionej przez Zamawiającego wersji (zwana w ramach Zadania Warunkami Ogólnymi), przewidywała ocenę takiego stanu precyzyjnie wprost w Subklauzuli 10.2, wskazującej iż „Zamawiający nie będzie użytkował żadnej części Robót (inaczej niż jako użytkowanie tymczasowe, które jest albo uwzględnione w Kontrakcie, albo uzgodnione przez obie Strony),

jeżeli i dopóki Inżynier nie wystawi Świadcstwa Przejęcia dla tej części. Jeżeli jednak Zamawiający użytkuje jakąkolwiek część Robót przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia, to:

(a) część, która jest użytkowana, będzie uważana za przejętą datą, z którą zaczęła być użytkowana.

(b) od tej daty, Wykonawca przestanie być odpowiedzialny za opiekę nad taką częścią i odpowiedzialność przejdzie wtedy na Zamawiającego, oraz

(c) Inżynier, jeśli Wykonawca sobie zażyczy, wystawi Świadcstwo Przejęcia dla tej części."

Ocena na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prowadzi zaś do wniosku, iż zarówno odpowiedzialność za obiekt, jak również powiązany z tym obowiązek zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia, przechodzą na inwestora w przypadku, gdy pomimo braku sporządzenia formalnego protokołu odbioru przystępuje on do użytkowania obiektu.

Potwierdza to stanowisko sądów np. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt I ACa 1099/15) potwierdził prawidłowość ustaleń Sądu Okręgowego zgodnie z którym „za przyjęciem zakończenia przedmiotu umowy z dnia 13 maja 2010 r. w umownym terminie do 22 czerwca 2011 r., a tym samym za bezzasadnością odmowy odbioru robót w dniu 27 czerwca 2011 r. przemawiało dodatkowo to, że w istocie w dniu 20 czerwca 2011 r. Gmina rozpoczęła użytkowania kanalizacji wykonanej przez pozwanego skoro w tym dniu nastąpiły pierwsze przełączenia szamb (zakończyły się one do końca czerwca). Skoro zamawiający w tej dacie rozpoczął użytkowanie sieci kanalizacyjnej to należało to potraktować jako jej faktyczne przejęcie i odbiór. Już z tej przyczyny wszelkie uwagi komisji odbiorowej zawarte w protokołach odmowy odbioru robót z 27 czerwca i z 27 lipca 2011 r. w ocenie Sądu powinny być traktowane jako usterki bądź wady o charakterze nieistotnym i oczywiście usuwalnym, które nie mogły stanowić uzasadnionych faktycznie i prawnie przyczyn odmowy odbioru inwestycji."

Podobnie uznał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 14 września 2005 r. (sygn. akt I ACa 222/05) stwierdzając, iż „Podobnie jak w przypadku umowy o dzieło, tak i przy umowie o roboty budowlane, decydujące znaczenie dla powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia ma odbiór robót i choć regułą jest prowadzenie odbioru w formie pisemnej w postaci tzw. protokołu odbioru, skuteczne może być również dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu."

W sposób analogiczny wyraził się także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 1997 r. II CKN 446/97: „Artykuł 647 k.c. stanowi, że inwestor zobowiązany jest m.in. do «odbioru obiektu» wybudowanego przez wykonawcę, nie przesądzając formy tego odbioru. Ustalona praktyka oraz treść umów najczęściej przewidują formę pisemną w postaci tzw. protokołu odbioru. Dokument taki ułatwia, a niekiedy – zwłaszcza przy robotach o wielkich rozmiarach, albo przy tzw. zanikowych – wręcz warunkuje możliwość i prawidłowość rozliczenia stron. Nie oznacza to jednak, jak to zdaje się uważać pozwany, że jest to jedyna i wyłączna podstawa formalna, od istnienia której uzależnione jest naliczenie wynagrodzenia i data jego wymagalności. Do przyjęcia takiej tezy brak jest uzasadnienia w przepisach kodeksu cywilnego, które nawet dla samej umowy przewidują formę pisemną jedynie dla celów dowodowych (art. 648 § 1 k.c.). Dlatego też nie można wykluczyć, że w okolicznościach konkretnej sprawy może dojść do faktycznego odbioru obiektu bez sporządzenia formalnego protokołu. Gdyby w takiej sytuacji kierować się stanowiskiem przedstawionym w kasacji, to w konsekwencji prowadziłoby ono do tego, że inwestor korzystałby z wybudowanego obiektu bez zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, czego akceptować nie sposób".

Także w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. akt II CSK 21/12) Sąd Najwyższy - Izba Cywilna wskazał, iż „brak sporządzenia protokołu odbioru nie stanowi przeszkody do uznania, że odbiór nastąpił, jeżeli faktycznie miał on miejsce, a zatem w sytuacji, w której czynności faktyczne świadczą o tym, że do tego doszło. Może o tym

świadczyć np. dysponowanie dziełem, zlecenie dokonania poprawek dzieła przez inny podmiot czy dokonywanie innych jeszcze czynności, jak choćby zapłata części wynagrodzenia.”

Jak zatem wynika z ww. analizy okoliczność, iż Zamawiający użytkuje przedmiot Umowy w sposób niezakłócony ma istotne (wręcz kluczowe) znacznie dla oceny sposobu postępowania Stron - powoduje bowiem, iż nie sposób mówić o występowaniu wad istotnych czy też niewykonaniu części przedmiotu Umowy w zakresie uniemożliwiającym jego użytkowanie. Ponadto potwierdza słuszność działań Inżyniera Projektu, który wydając Świadectwo Przejęcia *de facto* potwierdził wyłącznie okoliczności, które wynikają z faktycznych działań Zamawiającego. Ponadto w takich okolicznościach sporządzenie jednostronnego protokołu odbioru końcowego przez Wykonawcę było w pełni uzasadnione - wskazuje bowiem na zwłokę Zamawiającego w zakresie przeprowadzenia i zakończenia procedury odbioru końcowego (skoro nie występowały wady istotne i wykonano całość przedmiotu Umowy w zakresie umożliwiającym jego użytkowanie to nie istniały podstawy do wstrzymania odbioru lub odmowy jego dokonania). W takiej sytuacji, zgodnie chociażby z wyrokami przytoczonymi przez autora kwestionowanej opinii prawnej, Wykonawca jest w pełni uprawniony do sporządzenia takiego protokołu skoro od swojego obowiązku uchyla się Zamawiający.

II. Możliwość cofnięcia przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia Robót

Kolejną istotną i błędnie przeanalizowaną kwestią są rozważania dot. możliwości uchylecia się przez Inżyniera Projektu od skutków swojej decyzji polegającej na wystawieniu Świadectwa Przejęcia. Po pierwsze z zaskoczeniem należy przyjąć analizę tego zagadnienia wyłącznie na podstawie zawartej przez Zamawiającego z Inżynierem Projektu (Konsorcjum firm: MP-MOSTY Sp. z o.o. oraz DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A.) umowy na pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”. Świadectwo Przejęcia nie zostało wydane na podstawie ww. umowy, ale umowy zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym. Wyłącznie ta umowa określa treść, czy warunki wydania Świadectwa Przejęcia. W umowie zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym próżno zaś szukać jakiegokolwiek procedury naprawczej, czy też możliwości cofnięcia samego Świadectwa Przejęcia. Jakikolwiek działania Inżyniera Projektu i Zamawiającego realizowane na podstawie nieobowiązującej Wykonawcę umowy i tak byłyby bezskuteczne w świetle umowy na realizację Zadania. Kolejną kwestią jest brak analizy prawnej charakteru decyzji (oświadczenia) Inżyniera Projektu. Analiza ta nie pozostawia zaś jakiegokolwiek wątpliwości, iż w tym przypadku mamy do czynienia z oświadczeniem wiedzy (tj. oświadczeniem, które potwierdza określone w nim fakty - stanowi formę uzewnętrznienia (odzwierciedlenie) stanu poznania, świadomości podmiotu). Oświadczenia wiedzy, w przeciwieństwie do oświadczeń woli, nie podlegają uregulowanym w Kodeksie cywilnym regułom ich cofnięcia, czy też zmiany (art. 61, art. 81 - art. 88 Kodeksu cywilnego). Również zatem na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów brak jest podstaw do twierdzenia, iż możliwe jest zakwestionowanie (uchylenie) przez Inżyniera Projektu skutków wystawienia Świadectwa Przejęcia na rzecz Wykonawcy. W świetle powyższego twierdzenia opiniującego, oparte wyłącznie na umowie zawartej przez Zamawiającego z Inżynierem Projektu (z całkowitym pominięciem umowy na wykonanie Zadania), są zatem nie tylko nieuprawnione, ale również zaskakujące. Zwrócić należy w tym miejscu również uwagę, że powyższe ma analogiczne

zastosowanie do oświadczeń Inżyniera Projektu w zakresie potwierdzenia gotowości do odbioru Zadania, jak również oświadczenia Zamawiającego w zakresie powołania Komisji Odbioru Końcowego. Składając je Inżynier Projektu i Zamawiający potwierdzili fakt, że w ich ocenie Zadanie gotowe jest do przeprowadzenia odbioru (co jest w pełni zgodne ze stanem faktycznym, albowiem w tym czasie przedmiot Zadania - linia kolejowa - był już w pełni użytkowy i wykorzystywany przez Zamawiającego bez ograniczeń). Ponadto należy zaznaczyć, iż zarówno Inżynier Projektu jak i Zamawiający posiadali pełną wiedzę nt. stanu realizacji Zadania, drobnej pracy pozostałej do wykonania czy stwierdzonych w protokołach odbioru technicznego wad pozostałych do usunięcia. Brak jest w tym zakresie możliwości twierdzenia o jakimkolwiek stanie „niewiedzy” po stronie Inżyniera Projektu czy też Zamawiającego. Pomiedzy 29.12.2021 r. a 12.01.2021 r. nie ujawniły się też żadne nowe fakty, czy też okoliczności, które powodowałyby zmianę oceny stanu wykonania Zadania przez Wykonawcę (ewentualnie były to jedynie zmiany „na plus”, nie „na minus” albowiem usuwano kolejne nieistotne wady lub wykonywano drobne zaległe prace).

III. Rzekome przeszkody w przeprowadzeniu procedury Odbioru końcowego

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż z kwestionowanej opinii wynika, iż w terminie zgłoszenia do odbioru Wykonawca powinien posiadać komplet dokumentacji, w tym dokumentacji dotyczącej „drobnej zaległej pracy”, który to pogląd jest wewnątrznie sprzeczny. Niemożliwe jest bowiem by występowały prace, które Wykonawca ma wykonać w terminie późniejszym (po odbiorze końcowym i wydaniu Świadcstwa Przejęcia), a jednocześnie, by Wykonawca miałby przedłożyć w zakresie przedmiotowych prac, niewykonanych w chwili zgłoszenia gotowości do odbioru, dokumentację powykonawczą. Subklauzule 10.1 i 11.1 Warunków Szczególnych Umowy stanowią zatem wyjątek w stosunku do określonych w Umowie warunków zgłoszenia robót do odbioru. Dokumentacja powykonawcza w zakresie „drobnej zaległej pracy” oraz dokumentacja potwierdzająca usunięcie wad przedkładana jest po zrealizowaniu przedmiotowych robót i potwierdzeniu ich wykonania/usunięcia wad przez Zamawiającego i Inżyniera Projektu.

- Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca zaprzecza, jakoby nie przekazał kompletnej dokumentacji powykonawczej (w tym operatu kołaudacyjnego). Całość dokumentacji powykonawczej w zakresie wymaganym przez Umowę została przekazana do Inżyniera Projektu z odpowiednim wyprzedzeniem. Inżynier Projektu na bieżąco zgłaszał uwagi do przekazanej dokumentacji, a Wykonawca przedmiotowe uwagi usuwał. Na dzień potwierdzenia przez Inżyniera Projektu gotowości przedmiotu Umowy do odbioru wszystkie uwagi zgłoszone przez Inżyniera Projektu zostały usunięte. Powyższe potwierdza fakt, iż gotowość poszczególnych branż do odbioru była zgłaszana przez Inżyniera Projektu sukcesywnie tj. w zakresie branży sieć trakcyjna - w dniu 16.12.2020 r., branży obiekty inżynieryjne - w dniu 23.12.2020 r., branże srk, telekomunikacja, elektroenergetyka do 1kv, peronowa, torowa, kubaturowa - w dniu 29.12.2020 r. W zakresie braku przekazania Certyfikatu Końcowego aktualne pozostają wyjaśnienia przedstawione w punkcie I powyżej. Odnosząc się zaś do cytowanej przez opiniującą wypowiedzi Inżyniera Projektu dot. spotkania z dnia 22.12.2020 r. to zwrócić należy uwagę, iż mowa jest w nim o przekazaniu operatu kołaudacyjnego przez Zamawiającego do Użytkownika (Zakładu Linii Kolejowych w

Częstochowie) a nie, braku przekazania przedmiotowej dokumentacji Inżynierowi Projektu, czy też Zamawiającemu.

Ponadto opiniująca pominęła fakt, iż ewentualne braki w dokumentacji projektowej (która to okoliczność nie występowała, albowiem braki związane są, jak już wyżej wskazano, z „drobną zaległą pracą” oraz usuwaniem wad) same w sobie stanowią wadę nieistotną, nie uzasadniającą odmowy odbioru robót. Potwierdza to chociażby treść uzasadnienia przywołanego przez opiniującą wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r. (sygn. akt: V ACa 1302/17) zgodnie z którym „**braki w dokumentacji powykonawczej nie uzasadniają odmowy odbioru robót a jedynie uprawniają zamawiającego do skorzystania z art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. § 1, tj. do żądania usunięcia wad w odpowiednim terminie.**”

W tym miejscu należy również zaznaczyć, iż z przytoczonych w treści opinii wyroków (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2017 r. I CSK 333/16) wynika, iż fakt wystąpienia wad istotnych powinien być przez Zamawiającego wykazany, co w omawianej sytuacji nie miało miejsca. Mając na uwadze powyższe, jak również stan faktyczny realizacji Zadania należy zatem wyprowadzić prostą konstatację, iż w chwili potwierdzenia przez Inżyniera Projektu gotowości Zadania do odbioru, jak również oświadczenia Zamawiającego w zakresie powołania Komisji Odbioru Końcowego uznano, iż ewentualna brakująca dokumentacja (certyfikaty końcowe) będzie uzupełniona w drodze procedury określonej w Subkluzula 10.1 i 11.1 Warunków Szczególnych Umowy (tzn. wykonanie drobnej zaległej pracy i usunięcie wad w czasie, jaki został wyznaczony w Świadectwie Przejęcia). Ponadto, w kontekście podkreślanego przez opiniującego braku kompletu dokumentacji certyfikującej należy ponownie wskazać, iż brak Końcowych Certyfikatów Weryfikacji WE dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Sterowanie - urządzenia przytorowe” wynika z faktu niezakończenia przez Zamawiającego budowy przejścia podziemnego w Poraju, która to okoliczność jest od Wykonawcy niezależna. Nie sposób oczekiwać od Wykonawcy, by wstrzymał się z wnioskiem o rozpoczęcie procedury Odbioru końcowego do czasu, aż Zamawiający zdecyduje się o sposobie rozwiązania przedmiotowej kwestii. Analogiczna sytuacja dot. uzyskania pozwolenia na budowę dla ul. Towarowej, które również spowodowane jest okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego. Co do samych prac w obrębie ul. Towarowej wskazać należy, iż ich wykonanie (likwidacji przejazdu kolejowego w km 265,932, wykonanie nawierzchni) będzie pozostawało bez wpływu na ruch pociągów, który odbywać się będzie w sposób niezakłócony.

W zakresie zastrzeżeń opiniującej co do dokonania odbiorów technicznych w dniach 20.01.2021 r. oraz 25.01.2021 r. Wykonawca wskazuje, iż odbiory techniczne w zakresie prac zasadniczych (umożliwiających eksploatację linii kolejowej) i stanowiące przedmiot odbioru końcowego zostały przekazane do Inżyniera Projektu przed zgłoszeniem przez Inżyniera Projektu gotowości do odbioru. Prace, których dotyczyły odbiory techniczne w dniu 20.01.2021 r. oraz 25.01.2021 r. tj. zabudowa urządzeń na nastawni w Myszkowie oraz wymiana nawierzchni na przejeździe kolejowo - drogowym w km 235,958 stanowiąła na dzień 29.12.2020 r. „drobną zaległą pracę”. Po pierwsze zaznaczyć należy, iż ich niewykonanie w terminie przed dniem 29.12.2020 r. wynikał z okoliczności niezależnych od Wykonawcy (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

niewielki czas niezbędny do ich wykonania (1 dzień) zostały wykonane w trakcie, gdy trwały jeszcze odbiory końcowe. W konsekwencji Wykonawca zgłosił je do odbioru. Brak było uwag do wykonanych prac.

Zaznaczyć również należy, iż wady i prace pozostające do wykonania nie limitujące dokonania odbiorów (załącznik nr 1 do protokołu odbioru końcowego nr 1/12/2020/K z dnia 29.12.2020 r.) nie zostały przez Wykonawcę określone w sposób samodzielny i dowolny albowiem przedmiotowy załącznik został sporządzony przez p. Zenona Kreta (inspektora nadzoru - pracownika Inżyniera Projektu) oraz p. Zbigniewa Gawrona (Inspektora diagnostę - pracownika Zamawiającego (Zakładu Linii Kolejowych w Częstochowie)). W konsekwencji powyższego zarzut, jakoby Wykonawca nie uwzględnił wad w pracach określonych przez Zamawiającego w pismach z dnia 12.01.2021 r. oraz 26.01.2021r. uznać należy za niezasadny. Na marginesie wskazać również należy, iż część uwag podnoszonych przez Zamawiającego w ww. pismach była, na moment ich sporządzenia, nieaktualna (prace zostały wykonane lub wady usunięte) na co Wykonawca zwracał uwagę w pismach z dnia 18.01.2021 r. (znak: ZAW/2021/01/6929/MD) oraz z dnia 03.02.2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7017/MD).

IV. Pozostałe zastrzeżenia

Odnosząc się do pozostałych kwestii podniesionych w opinii Wykonawca pragnie stanowczo zaprotestować przeciwko dokonywaniu przez opiniującego dowolnej wykładni treści pism - w tym wypadku pisma Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1-0815-POIiŚ 5.2-6/13/2021) w przedmiocie wstrzymania prac Komisji odbioru końcowego. Pismo to zostało sformułowane w sposób jasny i przejrzysty - wskazuje na wstrzymanie przez Zamawiającego procedury odbioru końcowego, nie odmowę jego dokonania czy jakkolwiek inną czynność. Sprzeczne jest to z jedną z podstawowych zasad prawa - *clara non sunt interpretanda* (łac. nie dokonuje się wykładni tego, co jasne). Dowolna oraz sprzeczna z jasną i niebudzącą wątpliwości treścią wypowiedzi interpretacja dokumentów nie powinna mieć miejsca w sytuacji sporządzania opinii prawnej, której przedmiotem miała być przecież ocena sposobu postępowania stron Zadania.

Ponadto niezrozumiałe jest dla Wykonawcy stwierdzenie opiniującej jakoby „zgodnie z ustaleniami Stron, procedura odbioru miała się odbywać poza warunkami określonymi w umowie” (strona 2 opinii). Wykonawcy nie są znane żadne ustalenia w tym przedmiocie. Odbiory Zadania odbywały się wyłącznie i w ramach procedury określonej w Umowie.

Wyjaśniamy równocześnie, iż wskazanie w protokole odbioru końcowego daty 29.12.2020 r. wynika z terminu rozpoczęcia prac komisji odbiorowej i terminu zakończenia prac w ramach Zadania. Ze względu na zakres prac i stopień ich skomplikowania niemożliwe jest by proces odbioru zakończył się w ciągu jednego dnia (choćby z uwagi na fakt, że zakres Zadania rozciągał się na odcinku 44km linii kolejowej nr 1). Należy ponadto mieć na uwadze, że odbiory odbywały się w utrudnionych warunkach spowodowanych pandemią koronawirusa COVID-19. Odbiory końcowe są prowadzone branżowo i są kończone w różnych okresach czasu zależnie od potrzeb pracy komisji. Komisja odbiorowa w ramach weryfikacji robót spisuje protokół na dzień zakończenia pracy natomiast w części II punkt 2 protokołu potwierdza ich wykonanie w

terminie zgodnym (bądź nie) z Umową (tj. na dzień 29.12.2020 r.). W analogiczny sposób wydawane jest Świadcstwo Przejęcia. W kontekście powyższego zauważyć należy, iż twierdzenie opiniującej, jakoby na dzień 11.01.2021 r. brak było odbioru końcowego jest niezasadne. Protokół odbioru końcowego przygotowany został w terminie późniejszym, ale ze skutkiem na dzień 29.12.2020 r. Wniosek Wykonawcy był zatem w pełni uzasadniony i skuteczny. Brak jest ponadto jakichkolwiek podstaw do uznania, by wniosek taki, nawet złożony przedwcześnie, nie wywoływał żadnego skutku. Nawet w przypadku jego złożenia przed terminem 14dni skutkiem takiego działania Wykonawcy jest wyłącznie rozpoczęcie biegu 28dniowego terminu do wydania przez Inżyniera Projektu Świadcstwa Przejęcia w terminie późniejszym niż określony we wniosku, nie jego całkowita bezskuteczność jak wskazuje opiniująca.

V. Podsumowanie

Zdaniem Wykonawcy nieprawidłowe założenia, które stanowiły podstawę do przeprowadzenia analizy sposobu postępowania Stron w ramach Umowy, które wynikały w szczególności (ale nie wyłącznie) z pominięcia faktu zrealizowania przez Wykonawcę celu Zadania - zapewnienia przejezdności (eksploatacji) linii kolejowej nr 1 w modernizowanym zakresie spowodowały, iż wyciągnięte wniosku i poczynione analizy okazały się błędne. 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 czy 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 zwłoce 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 Świadcstwa Przejęcia.

Na zakończenie 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 czy fundamentów, uruchamianie urządzeń, uzupełnienie dokumentacji wykonanie robót pobocznych - niezwiązanych bezpośrednio z prowadzeniem ruchu kolejowego itp.) są sytuacją normalną przy realizacji kontraktów kolejowych dla Zamawiającego (w szczególności zaś, gdy dotyczą bardzo dużych inwestycji takich jak Zadanie). Świadcstwa Przejęcia wystawione dla innych niż Wykonawca firm w żaden sposób nie odbiegają swoją treścią (zakresem „drobnej zaległej pracy” czy stwierdzonych wad) od Świadcstwa Przejęcia 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 Świadcstwa Przejęcia. W celu udowodnienia przedmiotowego faktu Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie Świadcstw Przejęcia oraz związanych z nimi protokołów odbiorów końcowych i/lub eksploatacyjnych i/lub technicznych oraz pozostałą dokumentacją powiązaną, w tym w

szczegółności stosownymi certyfikatami wydanymi na rzecz innych firm realizujących dla Zamawiającego inwestycje. Wniosek złożono w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. Wykonawca liczy na współdziałanie Zamawiającego w ww. zakresie i niezwłoczne przekazanie wnioskowanych dokumentów.

Z poważaniem,

ZIFE S.A.
Dyrektor Kontraktu


mgr Artur Wieczorek

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.

