

ZAW/2021/03/7279/MD

Częstochowa, dnia 26.03.2021 r.

Fundacja im. Stefana Batorego
ul. Sapieżyńska 10a
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: pisma Fundacji im. Stefana Batorego z dnia 17.03.2021 r.

Szanowni Państwo,

działając w imieniu ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej także jako Wykonawca) w nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 17.03.2021 r. pragniemy przedstawić własne stanowisko w zakresie oceny działań Wykonawcy i Zamawiającego a dotyczących sporządzenia jednostronnego protokołu Odbioru Końcowego dla Zadania, jak również wydania przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia. Jednocześnie, w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości, w załączeniu przedkładamy przywołaną w niniejszym piśmie dokumentację kontraktową powiązaną z przedmiotowymi zagadnieniami, która w ocenie Wykonawcy całościowo przedstawia stan niniejszej sprawy.

I. Stan faktyczny

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż zgodnie z postanowieniami Umowy oraz Warunkami i zasadami odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych (regulacją wewnętrzną Zamawiającego) roboty zrealizowane przez Wykonawcę podlegały szeregowi odbiorów, w tym odbiorom technicznemu i eksploatacyjnemu. Przeprowadzenie przedmiotowych odbiorów było konieczne, by możliwe było użytkowanie zmodernizowanej linii kolejowej będącej przedmiotem Umowy (prowadzenie na niej ruchu pociągów). Należy w tym miejscu podkreślić, że wszystkie odbiory techniczne i eksploatacyjne zostały przez Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu odebrane z wynikiem pozytywnym. We wszystkich odbiorach uczestniczyli przedstawiciele Zamawiającego, Inżyniera Projektu, Użytkownika (Zakładu Linii Kolejowych) oraz Wykonawcy. Przeprowadzenie przedmiotowych odbiorów było również warunkiem potwierdzenia przez Inżyniera Projektu gotowości prac do odbioru i zwołania Komisji Odbioru Końcowego dla poszczególnych branż. Już zatem sam fakt przeprowadzenia ww. odbiorów, jak również późniejsze wykorzystywanie linii kolejowej przez Zamawiającego świadczą o tym, że prace zrealizowane przez Wykonawcę zostały wykonane poprawnie (jeśli występowałyby wady, które uniemożliwiłyby eksploatację to ich odbiór nie byłby możliwy). W załączeniu Wykonawca przedkłada przykładowe protokoły odbiorów technicznych i eksploatacyjnego dla

prac wykonanych w ramach fazy XI i XV Regulaminy Prowadzenia Ruchu Pociągów nr 1/2019 tj. odcinek tor nr 2 w km 245,297-260,740 oraz 264,797-264,917; 266,200-266,248; 273,207-273,265. Wykonawca nie przedkłada kompletu ww. protokołów z uwagi na ich obszerność, ale wskazuje, iż posiada komplet protokołów z odbiorów technicznych i eksploatacyjnych dla całości wykonanych prac. Wykonawca gotowy jest udostępnić Państwu całość ww. protokołów - w takim wypadku prosimy o kontakt.

Komisja Odbioru Końcowego została powołana przez Zamawiającego pismami nr IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338A/2020 z dnia 28.12.2020 r. (dla branży obiekty inżynieryjne), nr IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338B/2020 z dnia 29.12.2020 r. (dla branż torowa wraz z odwodnieniem, peronowa, srk, telekomunikacja, elektroenergetyka do 1 kV) oraz IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338C/2020 z dnia 29.12.2020 r. (dla branży „kubaturowej”). Powołanie Komisji Odbioru Końcowego dla poszczególnych branż poprzedzone było potwierdzeniem przez Inżyniera Projektu gotowość do odbioru prac wykonanych w ramach poszczególnych branż tj.:

- 1) z zakresu branży sieci trakcyjne (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4257/20 z dnia 16.12.2020 r.),
- 2) z zakresu branży obiekty inżynieryjne (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4323/20 z dnia 23.12.2020 r.),
- 3) z zakresu branż srk, telekomunikacja oraz elektroenergetyka do 1 kV (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4346/20 z dnia 29.12.2020 r.),
- 4) z zakresu branży peronowej (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4347/20 z dnia 29.12.2020 r.),
- 5) z zakresu branży torowej wraz z odwodnieniem (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4348/20 z dnia 29.12.2020 r.),
- 6) z zakresu branży kubaturowej (pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4350/20 z dnia 29.12.2020 r.).

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.

Wykonawca zwraca w tym miejscu uwagę, iż możliwość powołania Komisji Odbioru Końcowego to wyłączne uprawnienie Zamawiającego. Na dzień 29.12.2020 r. Zamawiający nie widział żadnych przeciwwskazań co do możliwości przeprowadzenia odbiorów końcowych przedmiotu Umowy. Brak jest w tym zakresie możliwości twierdzenia o jakimkolwiek stanie „niewiedzy” Zamawiającego co do stanu realizacji prac, albowiem całość wykonanych robót (jak już wskazano powyżej) była zawczasu odebrana protokołami odbiorów technicznych i eksploatacyjnych. Komisja odbioru końcowego rozpoczęła prace i kontynuowała ją do dnia 12.01.2021 r. W przedmiotowym dniu, pismem nr IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/13/2021, Zamawiający wstrzymał prace Komisji odbioru końcowego powołując się na rzekome niewykonanie części robót objętych Zadaniem. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w ocenie Wykonawcy w przypadku gdyby część robót, które były niezbędne do potwierdzenia gotowości do odbioru, nie została wykonana to Inżynier Projektu nie potwierdziłby ich gotowości do odbioru. Sytuacja taka nie miała jednak miejsca. Roboty zostały wykonane, a na całej linii kolejowej pociągi poruszały się bez ograniczeń. Czynne były oba tory szlakowe co umożliwiło zwiększenie częstotliwości kursowania pociągów (co sam potwierdził Zamawiający) i czego efektem była korekta rozkładów jazdy przewoźników tj. skrócenie czasu przejazdów (<https://www.plk-sa.pl/biuro-prasowe/informacje-prasowe/nowy-rozklad-jazdy-krotsze->

[podroze-nowe-przystanki-4954/](https://www.kolejeslaskie.com/od-13-grudnia-2020-zmiana-rozkladu-jazdy/), <https://www.kolejeslaskie.com/od-13-grudnia-2020-zmiana-rozkladu-jazdy/>). Działania Zamawiającego pozbawione były zatem jakichkolwiek racjonalnych podstaw. W konsekwencji Wykonawca wyraził stanowczy sprzeciw wobec ww. działań Zamawiającego oraz wezwał go do niezwłocznego wznowienia prac Komisji Odbioru Końcowego (pismo nr ZAW/2021/01/6929/MD z dnia 18.01.2021 r.). Jednocześnie w przedmiotowym piśmie Wykonawca ustosunkował się do wskazanych przez Zamawiającego braków i/lub wad w robotach, które były już wykonane lub też stanowiły „drobną, zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu [...]” (okoliczność szczegółowo opisana w dalszej części niniejszego pisma).

Pismem nr IRRK 4/3/1.217.21.2021.IRE-1764-I z dnia 26.01.2021 r. Zamawiający poinformował o podtrzymaniu swojej decyzji oraz ponownie wskazał zakres rzekomo niewykonanych robót, które w jego ocenie uniemożliwiają kontynuowanie prac Komisji Odbioru Końcowego (częściowo były to nowe uwagi, częściowo pokrywające się z tymi wskazanymi w piśmie pismem nr IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/13/2021 z dnia 12.01.2021 r.). Pismem nr ZAW/2021/02/7017/MD z dnia 3.02.2021 r. Wykonawca ponownie zwrócił uwagę na brak jakichkolwiek, czy to prawnych, czy faktycznych podstaw do wstrzymania prac Komisji Odbioru Końcowego oraz ponownie wezwał Zamawiającego do niezwłocznego wznowienia prac Komisji Odbioru Końcowego. Jednocześnie ustosunkowano się szczegółowo do poszczególnych wad i/lub zaległych prac opisanych w przywołanym na wstępie piśmie Zamawiającego, które jak poprzednio, wbrew wskazaniom Zamawiającego, zostały już wykonane lub też stanowiły „drobną, zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu [...]”

Z uwagi na dalszy brak reakcji, pismem nr ZAW/2021/02/7047/MD z dnia 5.02.2021 r. Wykonawca, mając na uwadze upływ czasu, który w pełni umożliwił przeprowadzenie całości procedury odbioru końcowego, wezwał Zamawiającego do ich zakończenia oraz niezwłocznego przekazania protokołu odbioru końcowego pod rygorem sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego Zadania. Z uwagi na brak reakcji Zamawiającego Wykonawca sporządził przedmiotowy protokół odbioru końcowego oraz za pismem nr ZAW/2021/02/7056/MD przekazał go w dniu 8.02.2021 r. Inżynierowi Projektu wnosząc jednocześnie o wydanie Świadectwa Przejęcia dla całości robót objętych Umową. W dniu 8.02.2021 r. Inżynier Projektu wydał Świadectwo Przejęcia oraz za pismem MP/PKP/BO/jt/MO/4476/21 przekazał je Zamawiającemu. W tym miejscu, w kontekście wskazanych w Świadectwie Przejęcia prac pozostających do wykonania a niemające w istocie wpływu na użycie Robót do przeznaczonego im celu wyjaśnić należy, iż m.in.:

- 1) w zakresie podbicia stabilizacyjnego i szlifowania torów – zamknięcia mogły zostać zrealizowane po zakończeniu robót zasadniczych. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego o zgodę na udzielenie zamknięć w miesiącu grudniu 2020r. niestety z przyczyn organizacji ruchu pociągów taka zgoda nie została udzielona. Tym samym pismem ZAW/2020/11/6389/KS z dnia 4.11.2020 r. wystąpił do Zamawiającego o udzielenie zgody na zamknięcia w okresie gwarancji tj. marzec-kwiecień 2021 powołując się na zapisy zawarte w załączniku nr 5 WWIORB do PFU. Zamawiający potwierdził powyższe przy korespondencji IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/268/2020 z dnia 6.11.2020 r.
- 2) w zakresie niewykonanych prac przy ul. Towarowej - w dniu 17.03.2021 r. Wojewoda Śląski wydał decyzję w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia

na budowę. Prace będą realizowane niezwłocznie po uprawomocnieniu się przedmiotowej decyzji. Jednocześnie wskazać należy, iż wykonanie prac polegających na likwidacji przejazdu kolejowego w km 265,932 linii kolejowej nr 1 pozostaje bez wpływu na możliwość użytkowania przedmiotowej linii. Ww. przejazd kolejowy jest bowiem przejazdem kat. A na którym pociągi mogą poruszać się z prędkością do 160 km/h. Samo zaś wykonanie nawierzchni na ul. Towarowej pozostaje bez wpływu na ruch pociągów (roboty budowlane nie będą prowadzone w pobliżu torów). Nadmienić należy również, że aktualnie ul. Towarowa stanowi drogę gruntową, która służy lokalnej społeczności do dojazdu do nieruchomości (pól, nieużytków) zlokalizowanych wzdłuż nasypu kolejowego. Droga jest przejezdna i możliwe jest jej wykorzystywanie.

- 3) w zakresie ekranów akustycznych – zakres prac pozostałych do wykonania obejmował wypełnienie ekranów płytami i panelami aluminiowymi. Wydłużony czas zabudowy materiału wynika z ogólnopolskich problemów dostaw aluminium do hut oraz ograniczonymi zasobami pracowników produkcyjnych dostawcy spowodowanymi zachorowaniami na CoVid-19. Jednocześnie zwracamy uwagę, iż 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.
- 4) w zakresie certyfikacji - Końcowy Certyfikat Weryfikacji WE dla podsystemu „Energia” został wydany przez Jednostkę Notyfikowaną w dniu 22.01.2021 i przekazany Zamawiającemu w dniu 28.01.2021 za pismem nr ZAW/2021/01/6983/TH. Ponadto przekazano Zamawiającemu Certyfikaty Pośredniej Weryfikacji dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Sterowanie - urządzenia przytorowe”. Zwracamy uwagę, iż w ww. piśmie Wykonawca wyjaśnił, iż brak Końcowych Certyfikatów Weryfikacji WE dla podsystemów „Infrastruktura”, „PRM” oraz „Sterowanie - urządzenia przytorowe” wynika z faktu wstrzymania przez Zamawiającego budowy przejścia podziemnego w Poraju. Jednostka Notyfikowana Infracert oświadczyła, iż do czasu zakończenia budowy przejścia podziemnego w Poraju oraz elementów bezpośrednio z nim powiązanych niemożliwe będzie 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). Wstrzymanie budowy przejścia podziemnego w Poraju jest zaś okolicznością niezależną od Wykonawcy i leżącą po stronie Zamawiającego, w zakresie której to okoliczności posiadacie Państwo pełną wiedzę. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż brak wydania Końcowych Certyfikatów Weryfikacji WE pozostaje bez wpływu na możliwość użytkowania robót (poruszania się pociągów).

W ocenie Wykonawcy nie ulega wątpliwości, iż również pozostałe wskazane w Świadectwie Przejścia wady i/lub zaległa praca nie mają i nie mogą mieć wpływu na użytkowanie Przedmiotu Umowy - prace dotyczą przykładowo wyburzenia niewykorzystywanych budynków, porządkowania terenu, demontażu starych urządzeń, uruchomienia oświetlenia, przepompowni, czy wind (które to prace niemożliwe były do wykonania z uwagi na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego - brak zawarcia umów na dostawę energii ze

stosownymi podmiotami), poprawą rowów bocznych, czy powłok antykorozyjnych. Wykonawca na bieżąco realizuje swoje obowiązki Umowne w zakresie usuwania wskazanych w Świadectwie Przejęcia wad i/lub zaległej pracy. Do dnia dzisiejszego Wykonawca usunął około 70% spośród wyszczególnionych w Świadectwie Przejęcia wad i/lub zaległej pracy. Zaznaczyć również należy, iż wykonanie ww. obowiązków jest w pełni zabezpieczone m.in. w ramach przedłożonej Zamawiającemu gwarancji usunięcia wad i usterek, która obowiązuje do dnia 14.04.2027 roku włącznie. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Umowa obejmowała prace, które były realizowane na odcinku 44 km linii dwutorowej wraz z 4 stacjami kolejowymi. Było to złożone i skomplikowane zadanie na których równocześnie prowadzone były różnego rodzaju prace wchodzące w skład wielu branż przy dużym ograniczeniu możliwości wyłączeń torów aby umożliwić cały czas przejezdność i przepustowość linii. Wykonawcy nie jest znana inna inwestycja o zbliżonym (lub nawet mniejszym) poziomie skomplikowania, w której nie występowałyby jakiegokolwiek wady i/lub zaległe prace. Powyższa okoliczność (wskazania wad i/lub zaległej pracy w Świadectwie Przejęcia) jest zatem sytuacją standardową, nie odbiegającą w jakimkolwiek zakresie od normalnej praktyki realizacji inwestycji o takim zakresie i stopniu skomplikowania.

Pismem nr IRRK4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I z dnia 24.02.2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż w jego ocenie sporządzenie jednostronnego protokołu odbioru końcowego było bezskuteczne, a ponadto, iż nie uznaje czynności Inżyniera Projektu polegającej na wystawieniu Świadectwa Przejęcia. Pismem nr ZAW/2021/03/7174/MD z dnia 02.03.2021 r. Wykonawca ustosunkował się do przedmiotowego pisma Zamawiającego wskazując w szczególności na brak możliwości kwestionowania przez Zamawiającego podjętych przez Inżyniera Projektu czynności. Zwrócono uwagę, iż wydanie przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia jest wyłączną kompetencją Inżyniera Projektu, która nie wymaga uprzedniej zgody i/lub jakiegokolwiek formy zatwierdzenia przez Zamawiającego. Wykonawca poinformował również Zamawiającego, iż wydanie przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia było czynnością prawnie skuteczną i wiążącą i Wykonawca będzie procedował zakończenie Kontraktu przy uwzględnieniu ww. stanowiska. Pismem nr IRRK4/3/1.217.82.2021.IRE-01764-I z dnia 08.03.2021 r. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, nie wskazując żadnych nowych okoliczności. W konsekwencji pismem nr ZAW/2021/03/7174/MD z dnia 2.03.2021 r. Wykonawca oświadczył, iż podtrzymuje swoje stanowisko.

II. Stan prawny

W kontekście bezpodstawności wstrzymania procedury odbioru końcowego przez Zamawiającego wskazać należy, iż zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.” Zgodnie zaś z art. 18 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane „do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie: [...] 4) wykonania i odbioru robót budowlanych”. Ugruntowana

zarówno w doktrynie¹ jak i judykaturze wykładnia ww. obowiązku Zamawiającego jasno wskazuje, że Zamawiający ma prawo odmówić odbioru robót wyłącznie w przypadku, gdy wady są na tyle istotne, iż uniemożliwiają wykorzystanie rezultatu prac do celu przewidzianego w umowie. Takie jasne i stanowcze stanowisko wynika m.in. z wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r. (sygn. akt V ACa 1302/17) w którym wskazano, iż „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 ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji.” Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. (sygn. akt II CSK 476/12) zgodnie z którym „w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto trafny pogląd, który należy podzielić, iż w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł 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.” Zaznaczyć, należy, iż już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych.² Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym.

Należy zwrócić także uwagę, że ani postanowienia Umowy, ani Warunków i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych nie przewidują procedury „wstrzymania” odbioru końcowego. Wynika to z logicznej przyczyny – jeśli przedmiot robót nie jest gotowy do odbioru końcowego nie potwierdza się jego gotowości do odbioru lub też nie zwołuje się komisji odbiorowej. Działania Inżyniera Projektu (potwierdzenie gotowości do odbioru kolejnych branż) jak również Zamawiającego (powołanie Komisji Odbioru Końcowego po zgłoszeniu gotowości do odbioru ostatniej z branż przez Inżyniera Projektu) jasno zaś wskazywały, iż roboty zrealizowane przez Wykonawcę nadawały się do dokonania ich odbioru końcowego. Subklauzula 10.1 i 11.1 Warunków Szczególnych Umowy zaś wprost dopuszczają możliwość dokonania odbioru końcowego robót w sytuacji, gdy istniały drobne wady i/lub niedoróbki. Zgodnie z Subklauzulą 10.1 „Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy: a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w tiret (i)”. Tiret (i) ww. klauzuli stanowi zaś, że „Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy wystawi (zwracamy uwagę

¹ zob.M. Habdas (red.); M.Fras (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647, System informacji prawnej LEX czy J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647. System informacji prawnej LEX

² tak np. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 25 lipca 2012 r. I ACa 276/12

na brak możliwości odmowy wystawienia Świadectwa Przejęcia w sytuacji, gdy zostaną spełnione warunki - dop. własny) Wykonawcy Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu [...]." Zgodnie z Subklauzulą 11.1 lit. a) Warunków Szczególnych Kontraktu Wykonawca ma obowiązek wykonać „Roboty zaległe, jakie mogą być wskazane przez Inżyniera lub Zamawiającego w Protokole Odbioru końcowego Robót lub Odcinka w czasie, jaki zostanie wyznaczony.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż przedmiot Umowy został wykonany, a cel w nim określony (tj. zapewnienie przejezdności linii kolejowej nr 1 do dnia 29.12.2020 r.) – spełniony. Rozwijając powyższe wskazujemy, iż celem Zadania było uzyskanie prędkości projektowej 160 km/h z pominięciem odcinków:

- Stacja Częstochowa i Częstochowa Towarowa,
- Wyjazd z Myszkowa(263,516-264,448 – 150 km/h),
- Wjazd do Zawiercia (272,571-273,164 – 110 km/h).

Powyższe punktowe zmniejszenia prędkości wynikały z układu geometrycznego i braku możliwości przesunięcia torów w planie. Cel projektowy i wykonawczy realizacji Zadania został jednak osiągnięty. Na dzień 29.12.2020 r. Wykonawca przekazał tory eksploatacyjnie umożliwiające osiągnięcia zakładanej prędkości na całości Zadania. Tymczasowe ograniczenia do 100 km/h (ograniczenia wynikały z przyczyn technologicznych - stabilizacji) występowały wyłącznie na odcinku:

- linia CMK tor nr 2 w km 215,760-215,850 (przejście w Mrzygłodzie), które zostało odwołane 18.01.2021r. (po przejechaniu odpowiedniego tonażu pociągów),
- stacja Częstochowa Towarowa tor nr 2 w km 232,158-233,262 odwołane w dniu 26.01.2021 r. (po przejechaniu odpowiedniego tonażu pociągów),
- tor nr 2 szlak Poraj – Myszków w km 245,297-260,943 odwołane w dniu 27.01.2021 r. (po przejechaniu odpowiedniego tonażu pociągów).

Na dzień dzisiejszy pozostały wyłącznie ograniczenia prędkości związane z budową przejścia podziemnego na stacji Poraj, które są jednak spowodowane okolicznościami niezależnymi od Wykonawcy a leżącymi po stronie Zamawiającego (wycofaniem się z wzajemnych uzgodnień oraz wstrzymaniem robót po osiągnięciu stanu zaawansowania polegającego na wykonaniu konstrukcji żelbetowej przejścia), w zakresie której to okoliczności macie Państwo pełną wiedzę. Powyższe ograniczenia nie mogą jednak mieć wpływu na możliwość dokonania odbioru końcowego, albowiem prace te stanowiły roboty dodatkowe (nieobjęte zakresem Umowy) i nie zostały zakończone z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się zaś do wad i/lub zaległych prac opisanych w pismach Zamawiającego nr IRRK 4/3/1-0815-POIIS 5.2-6/13/2021 z dnia 12.01.2021 r. 1. oraz IRRK 4/3/1.217.21.2021.IRE-1764-I z dnia 26.01.2021 r. wskazać należy, iż stanowiły one właśnie klasyczny przykład „*drobnej, zaległej pracy i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu [...]*”. Przykładowo było to wykonanie rowu bocznego, usunięcie fundamentów, brak przywrócenia terenu do stanu poprzedniego (czyli uprzątnięcie terenu), wypełnienie ekranów akustycznych, uzupełnienie tłucznia na szlakach itp. Na wszystkie zarzuty Zamawiającego szczegółowo wypowiedzieliśmy się w pismach nr ZAW/2021/02/7017/MD z dnia 3.02.2021 r. oraz ZAW/2021/01/6929/MD z dnia

18.01.2021 r. Z całą stanowczością należy jednak podkreślić, iż prace te pozostawały bez wpływu na możliwość prowadzenie ruchu pociągów zgodnie z ww. założeniami (co wprost wynika z faktu, iż nie wprowadzono w tym zakresie żadnych ograniczeń prędkości).

Odnosząc się zaś do samego faktu sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru zwracamy uwagę, iż nasze działania znajdują uzasadnienie w przepisach prawa oraz orzecznictwie sądowym. Jak już wyżej wskazano powyżej zgodnie z postanowieniami art. 647 Kodeksu cywilnego do obowiązków inwestora (Zamawiającego) należy m.in. „odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia”. Analogiczny obowiązek nakłada na inwestora (Zamawiającego) art. 18 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Ujęcie obowiązku dokonania odbioru przez inwestora (Zamawiającego) wprost w ww. przepisach prawa przemawia zatem jednoznacznie za kwalifikowaniem inwestora (Zamawiającego) w tym przypadku jako dłużnika Wykonawcy. Skoro dokonanie odbioru jest obowiązkiem inwestora (Zamawiającego), i to obciążającym go jako dłużnika, to należy przyjąć, że Wykonawca jako wierzyciel może żądać jego wykonania. Żądania takie aktualizują się w przypadku zwłoki dłużnika (Zamawiającego), która to sytuacja miała miejsce – pomimo bowiem użytkowania całości robót (linii kolejowej) zgodnie z ich przeznaczeniem Zamawiający bezzasadnie odmawiał przeprowadzenia odbioru końcowego. W konsekwencji powyższego Wykonawca miał pełne prawo do żądania wykonania przez Zamawiającego swojego obowiązku, a z uwagi na upływ wyznaczonego w tym zakresie czasu – do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru końcowego. Jak już wspomniano takie działania są w pełni zgodne z orzecznictwem sądów powszechnych co znajduje odzwierciedlenie np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r. (sygn. akt II CKN 673/97) w którym wskazano, że *„jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót, to obowiązek ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być elementem szantażu ze strony inwestora (...). Chybione uznać należy powołanie się w kasacji na to, że uchylenie się pozwanej od formalnego odbioru obiektu (z jednoczesnym jednak rozpoczęciem w nim zamierzonej działalności) zwalniało ją od zapłaty wynagrodzenia do czasu uzyskania przez powoda wyroku ustalającego. W takiej sytuacji, jaką stworzyła pozwana, wykonawca był uprawniony do dokonania jednostronnego odbioru, stanowiącego podstawę wstawienia faktury opartej na sporządzonym przez siebie kosztorysie powykonawczym”*. Powyższe orzeczenie Sądu Najwyższego również podkreśla obowiązek inwestora do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane – niezależnie od tego, czy przedmiot ten posiada wady oraz dokonania aprobującego, warunkowego albo negującego aktu odbioru. Nie może bowiem zaistnieć sytuacja, w której inwestor kilkakrotnie uchyla się od dokonania czynności odbiorowych twierdząc, że wykonany przedmiot umowy ma wady, a jednocześnie rozpoczyna użytkowanie obiektu zgodnie z jego umownym przeznaczeniem.

Nie sposób zgodzić się z kolei z twierdzeniami Zamawiającego wskazanymi w piśmie nr IRRK4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I z dnia 24.02.2021 r. dotyczącymi rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy też działania Inżyniera Projektu jako falsus procurator. W kontekście rzekomego działania Inżyniera Projektu jako falsus procurator wskazać należy, iż do kwalifikacji działań Inżyniera Projektu jako falsus procurator konieczne byłoby podjęcie przez Inżyniera Projektu czynności w zakresie przekraczającym jego umocowanie, co nie miało miejsca. Zakres umocowania Inżyniera Projektu określono w Subklauzuli 3.5 Warunków Szczególnych Kontraktu zgodnie z którą:

„Zamawiający wyznaczy Inżyniera, który będzie wykonywał obowiązki przypisane mu w Kontrakcie. Personel Inżyniera będą stanowili stosownie wykwalifikowani inżynierowie i inni fachowcy, posiadający kompetencje do wykonywania tych obowiązków.

Inżynier nie będzie w żadnym stopniu upoważniony do wnoszenia zmian do Kontraktu.

Inżynier może korzystać z upoważnień przynależnych Inżynierowi, takich jak są wyszczególnione w Kontrakcie lub w sposób oczywisty z Kontraktu wynikają. Inżynier uzyska aprobatę Zamawiającego przed wykonywaniem swoich obowiązków zgodnie z następującymi SubKLAUZULAMI:

- a) SubKLAUZULA 1.5 Warunków Szczególnych,
- b) SubKLAUZULA 4.4 Warunków Szczególnych,
- c) SubKLAUZULA 8.4 Warunków Szczególnych,
- d) SubKLAUZULA 8.8 Warunków Ogólnych,
- e) KLAUZULA 13 Warunków Ogólnych, zmodyfikowanych postanowieniami Warunków Szczególnych.
- f) SubKLAUZULA 20.1 Warunków Ogólnych. „

Jak wyraźnie wynika z treści ww. Subklauzuli w sposób enumeratywny określono kwestie, które uzależnione są od zgody Zamawiającego (wprowadzenie zmian do Kontraktu, wykonanie czynności wskazanych w lit. a) - f)). W pozostałym zakresie Inżynier uprawniony jest do korzystania z upoważnień przynależnych mu zgodnie z postanowieniami Kontraktu (np. Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu). W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu „Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

- i) **wystawi** Wykonawcy Świadcstwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelka drobna zaległa prace 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; lub
- ii) **odrzuci** wniosek, podając i wyszczególniając pracę wymagana do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadcstwa Przejęcia. Wtedy Wykonawca ukończy tę pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszej subklauzuli.”

W przypadku złożenia przez Wykonawcę wniosku o wystawienie Świadcstwa Przejęcia Inżynier ma obowiązek wyłącznie zweryfikować, czy roboty zostały ukończone (niemniej nie może się tutaj powoływać na „wszelkie drobne zaległe prace i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu” - czyli okoliczność podnoszoną przez Wykonawcę we wszystkich kierowanych do Zamawiającego pismach). Jeśli owa weryfikacja przebiegnie pozytywnie Inżynier Projektu ma obowiązek wystawić Świadcstwo Przejęcia („wystawi”). Jak wprost wynika 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 Świadcstwa Przejęcia) zgody Zamawiającego. Tym samym skoro Inżynier Projektu nie podjął żadnej czynności, która wymagałaby uprzedniej zgody Zamawiającego to niemożliwe jest, by działał w zakresie przekraczającym swoje umocowanie. W zakresie zaś rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę wskazujemy, iż możliwość powołania się na błąd w

zakresie w jakim uprawnia do tego art. 84 Kodeksu cywilnego dotyczy wyłącznie oświadczeń woli, nie zaś oświadczeń wiedzy. Wszystkie oświadczenia i działania, których dotyczą kwestie przywołane przez Zamawiającego w piśmie nr IRRK4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I z dnia 24.02.2021 r. (potwierdzenie gotowości do odbioru przez Inżyniera Projektu, powołanie przez Zamawiającego Komisji Odbioru Końcowego) stanowiły zaś oświadczenia wiedzy, co do których brak jest możliwości powoływania się na błąd (stanowiły one wyłączenie potwierdzenia zaistniałego faktu, w tym wypadku potwierdzenie zakończenia realizacji przez Wykonawcę robót objętych Umową). Niezależnie od powyższego Wykonawca wskazuje, iż Zamawiającemu na bieżąco przekazywano zarówno operaty kolaudacyjne, jak również certyfikaty (okoliczności szczegółowo opisane w pismach nr ZAW/2021/03/7174/MD z dnia 02.03.2021 r. oraz ZAW/2021/03/7174/MD z dnia 2.03.2021 r.)

III. Podsumowanie

W ocenie Wykonawcy działania Zamawiającego polegające na wstrzymaniu prac Komisji Odbioru Końcowego były niezgodne z postanowieniami Umowy, przepisami prawa i stanowiły jawne nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Zamawiający, pomimo kolejnych wezwań nie przystąpił do kontynuowania procedury odbioru końcowego. Jednocześnie podnoszone przez Zamawiającego kwestie wad i/lub zaległych prac stanowiły klasyczny przykład „*drobnej zaległej pracy i wad*”, które nie miały wpływu na użytkowanie Przedmiotu Umowy, która to okoliczność jest bezsporna i wynika chociażby z własnych notatek prasowych Zamawiającego (<https://www.plk-sa.pl/biuro-prasowe/informacje-prasowe/nowy-rozklad-jazdy-krotsze-podroze-nowe-przystanki-4954>). W takiej sytuacji Wykonawca był uprawniony i wręcz zmuszony (poprzez bezczynność Zamawiającego) do podjęcia działań tj. sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego. Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniami Zamawiającego co do rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy też przekroczenia przez Inżyniera Projektu swoich uprawnień, które to okoliczności nie mają potwierdzenia ani w dokumentacji kontraktowej, ani w postanowieniach Umowy oraz przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

Z poważaniem,

ZUE S.A.
Dyrektor Kontraktów

mgr Artur Wieczorek

Załączniki:

1. przykładowe protokoły odbioru technicznego i eksploatacyjnego.
2. pismo IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338A/2020 z dnia 28.12.2020 r.
3. pismo IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338B/2020 z dnia 29.12.2020 r.
4. pismo IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/338C/2020 z dnia 29.12.2020 r.
5. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4257/20 z dnia 16.12.2020 r.
6. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4323/20 z dnia 23.12.2020 r.
7. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4346/20 z dnia 29.12.2020 r.
8. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4347/20 z dnia 29.12.2020 r.
9. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4348/20 z dnia 29.12.2020 r.
10. pismo nr MP/PKP/B3/jt/MO/4350/20 z dnia 29.12.2020 r.
11. pismo nr IRRK 4/3/1-0815-POLiS 5.2-6/13/2021 z dnia 12.01.2021 r.
12. pismo nr ZAW/2021/01/6929/MD z dnia 18.01.2021 r.
13. pismo nr IRRK 4/3/1.217.21.2021.IRE-1764-I z dnia 26.01.2021 r.
14. pismo nr ZAW/2021/02/7017/MD z dnia 3.02.2021 r.

15. pismo nr ZAW/2021/02/7047/MD z dnia 5.02.2021 r.
16. pismo nr ZAW/2021/02/7056/MD z dnia 8.02.2021 r.
17. Świadcstwo Przejęcia z dnia 8.02.2021 r.
18. pismo MP/PKP/BO/jt/MO/4476/21 z dnia 8.02.2021 r.
19. pismo ZAW/2020/11/6389/KS z dnia 4.11.2020 r.
20. pismo IRRK 4/3/1-0815-POLIS 5.2-6/268/2020 z dnia 6.11.2020 r.
21. pismo nr ZAW/2021/01/6983/TH z dnia 28.01.2021 r.
22. pismo IRRK4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I z dnia 24.02.2021 r.
23. pismo ZAW/2021/03/7174/MD z dnia 02.03.2021 r.
24. pismo IRRK4/3/1.217.82.2021.IRE-01764-I z dnia 08.03.2021 r.
25. pismo ZAW/2021/03/7174MD z dnia 2.03.2021 r.

Otrzymują:

1. Adresat
2. a/a

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. wyrazili 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 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(...)”.

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.

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

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:

- 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 uniemożliwiłyby 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 w 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.

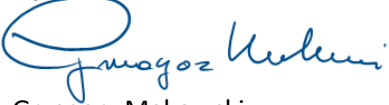
Jednocześnie odnosząc się do poszczególnych pytań zawartych w Pana piśmie wskazuję, iż:

- 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 Świadcstwa 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.

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 Świadectwa 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 Świadectwa 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 Świadectwa 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 wygradzenia 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 wygradzeń 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

świadczyc 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 słusność 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 Świadectwa 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 inżynierskie - 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 Subklauzula 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 Świadczenie 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 Świadczenia 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 wnioski 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 Świadczenia 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). Świadczenia Przejęcia wystawione dla innych niż Wykonawca firm w żaden sposób nie odbiegają swoją treścią (zakresem „drobnej zaległej pracy” czy stwierdzonych wad) od Świadczenia 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 Świadczenia Przejęcia. W celu udowodnienia przedmiotowego faktu Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie Świadczenia 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.

Kraków, dnia 12 kwietnia 2021 roku

DPW/2021/01018

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

Szanowni Państwo,

W pierwszej kolejności dziękujemy za szybką odpowiedź.

Niestety wyjaśnienia Państwa nie są dla nas w żadnej mierze przekonujące.

Link do pisma z dnia 3 marca 2021 r. wcześniej nie działał. Udało nam się go otworzyć dopiero w dniu 9.04.2021 r. Całkowicie niesłuszny jest zatem zarzut wybiórczego doboru przez Wykonawcę korespondencji. Co więcej, po zapoznaniu się z treścią ww. pisma nie widzimy jakichkolwiek podstaw do zmiany naszej oceny sytuacji. Przeciwnie, korespondencja ta dowodzi i utwierdza nas w przekonaniu, że przed wydaniem opinii istniały bardzo poważne sygnały wskazujące na konflikt interesów. Prowadzone przez Państwa w gronie Fundacji i jej Konsultantów dyskusje świadczą jedynie o tym, że Partner Społeczny zawiódł w tej sprawie. Co więcej, z pisma powyższego wynika, że wystąpiliście Państwo do Zamawiającego na etapie opracowywania opinii prawnej o udostępnienie opinii prawnych PKP PLK S.A. Prośba taka nie została skierowana do Wykonawcy. Postępowanie takie wskazuje co najmniej na lekkie podejście do wymogu zachowania przez Partnera Społecznego bezstronności.

W korespondencji naszej wyraźnie wskazaliśmy, iż nie oceniamy motywacji ani intencji, jakimi kierowała się Fundacja/Konsultant, gdyż nie mają one jakiegokolwiek znaczenia dla obowiązku zastosowania klauzuli konfliktu interesów i wyłączenia się ze sprawy. Wykonawca nie przypisywał Państwu zatem ani finansowych ani jakichkolwiek innych motywów działania, gdyż te są dla sprawy irrelevantne (o obowiązku wyłączenia się ze sprawy decyduje obiektywny fakt powstania konfliktu interesów a nie subiektywna motywacja Fundacji czy Konsultanta). Wszelkie zarzuty w tym względzie stanowią nieuprawnioną nadinterpretację. Są to Państwa własne twierdzenia, do których ciężko się nam nawet odnieść nie mając dostępu do szczegółowych danych o zasadach rozliczania programu. Z pewnością transparentne ujawnienie przez Państwa w odpowiedzi na nasze pismo szczegółowych zasad i kwot rozliczeń finansowych Partnera Społecznego/Konsultanta przyczyniłoby się do merytorycznego wyjaśnienia podniesionych wątpliwości bardziej aniżeli aroganckie oskarżanie Wykonawcy o insynuacje. Nie powinno być z tym zaś problemu, skoro są to środki publiczne.

Uczestniczenie w programach finansowanych ze środków europejskich wiąże się z wymogiem podwyższonej transparentności i gotowości poddania się ocenie społecznej, również tej krytycznej. Jak sami Państwo zauważacie, zarówno Zamawiający, Wykonawca, jak i Inżynier przez czas trwania Paktu Uczciwości poddawani byli wielokrotnej krytyce z Państwa strony. Żadna ze Stron (nawet nie zgadzając się z krytyką) nie uchylała się od merytorycznej polemiki. Również Partner Społeczny powinien być gotowy zmierzyć się ze zgłaszanymi w stosunku do jego działań i zaniechań zastrzeżeniami. Ostre wyrazy oburzenia z Państwa strony świadczą albo o niezrozumieniu zasad działania klauzuli konfliktu interesów albo o braku gotowości do zmierzenia się z zarzutami o charakterze krytycznym.

Klauzula konfliktu interesów ma charakter otwarty i może dotyczyć „jakichkolwiek innych interesów”. Z punktu widzenia doświadczenia życiowego trudno zakładać, że decyzja o kontynuacji albo braku kontynuacji monitoringu miała neutralny w stosunku do Fundacji/Konsultanta charakter, nie wpływała na ich prawa lub obowiązki. Sami Państwo przyznajecie, że monitoring inwestycji jest główną częścią pilotowanego programu. Sytuacja zaś gdy treść opracowywanej opinii wpływa na sytuację jej autora (np. na wymiar czy charakter realizowanych przez niego zadań) jest klasycznym przykładem konfliktu interesów.

W powyższym kontekście zauważamy, że na Państwa stronie internetowej zamieszczony jest wzór umowy o świadczenie usług prawnych z Konsultantem na potrzeby Paktu Uczciwości. Zgodnie z § 4 umowy będzie ona realizowana w okresie od dnia jej zawarcia do dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia (lub innego równoważnego dokumentu) dla Zamówienia. W § 5 umowy Strony umówiły się, że Konsultant będzie wynagradzany za swoje usługi za każdą godzinę pracy („Strony ustalają wynagrodzenie godzinne za realizację przedmiotu niniejszej Umowy w kwocie brutto... zł za godzinę”). W przypadku zakończenia kluczowej części programu, tj. monitoringu inwestycji, zakres prac Konsultanta uległby zmniejszeniu, a w konsekwencji zmniejszeniu uległoby jego rozliczane godzinowo wynagrodzenie. Tym samym treść opracowywanej opinii mogła mieć wpływ na interesy gospodarcze Konsultanta, co powodowało obowiązek jego wyłączenia się ze sprawy z uwagi na konflikt interesów. Dla uniknięcia wątpliwości jeszcze raz wskazujemy, że całkowicie irrelevantne są tu motywacje samego Konsultanta, których nie oceniamy.

Obecne zaprzeczanie Państwa interesu w przedmiocie dalszego trwania Porozumienia w sprawie Paktu Uczciwości (czy jak Państwo precyzujecie – głównej części pilotowanego programu, polegającej na monitorowaniu inwestycji) kontrastuje z liczbą Państwa wcześniejszych wystąpień o podpisanie aneksu terminowego oraz intensywnością podejmowanych przez Państwa w tym względzie starań. Doświadczenie życiowe uczy, że ktoś kto nie ma jakiegokolwiek interesu w danej sprawie nie zabiega o nią przez długie miesiące.

W tym miejscu warto również przywołać pomocniczo, w celu zobrazowania standardów i dobrych praktyk w zakresie bezstronności, art. 48 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Przepis ten określa przypadki, w których sędzia podlega wyłączeniu z mocy samej ustawy.

Dotyczy to m.in. spraw, w których sędzia pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziaływa na jego prawa lub obowiązki. Odnosząc powyższą regulację na zasadzie analogii do diskutowanego problemu należy wskazać, że w przypadku wydania opinii prawnej korzystnej dla Wykonawcy zmieniłaby się i to radykalnie treść praw i obowiązków Fundacji wynikających z podpisanego z PKP PŁK S.A. porozumienia w sprawie Paktu Uczciwości, a to z uwagi na określony czasookres trwania ww. porozumienia, tj. do dnia wydania Świadczenia Przejęcia. Niemal identyczna regulacja znajduje się w art. 18 § 1 ust. 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Analogiczną regulację obejmuje również art. 24 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym pracownik organu administracji publicznej podlega wyłączeniu od udziału w postępowaniu w sprawie, w której w której pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy może mieć wpływ na jego prawa lub obowiązki.

Wyjaśnienia Państwa mają w naszej ocenie bardziej emocjonalny aniżeli merytoryczny charakter. Jesteśmy w stanie to zrozumieć z uwagi na wagę podnoszonych przez nas wątpliwości, niemniej jednak wymogi transparentności, bezstronności i obiektywizmu wymagają od każdego z uczestników pilotażu poddania się ocenie jego działań. Pismo Państwa traktujemy wręcz jako próbę zamknięcia tematu bez jego głębszego wyjaśnienia i rozwiania wątpliwości, do których w świetle prowadzonej przez Państwa korespondencji z Zamawiającym oraz dostępnych na stronie Paktu Uczciwości dokumentów mamy prawo. Zwracamy również uwagę, że wyjaśnienia sprawy nie ułatwia z pewnością brak dostępności na Państwa stronie internetowej kompletu dokumentów formalnych dotyczących realizowanego programu, w tym np. umowy o grant od Komisji Europejskiej czy podpisanych umów z Konsultantami. Wykonawca rzetelnie korzysta z tych dokumentów formalnych dotyczących Programu, które Partner Społeczny udostępnił w ramach deklarowanej przez siebie transparentności. Zarzucanie ZUE S.A. braku znajomości nie ujawnionych przez Fundację uwarunkowań jest nie na miejscu. Jeżeli uważacie Państwo, że istnieją nieznanne ZUE S.A. okoliczności, które mogą służyć rozwianiu wątpliwości to powinniście je Państwo spokojnie i merytorycznie wyjaśnić, ale przede wszystkim udokumentować.

Co oczywiste, przy takim Państwa podejściu, zarzut naruszenia klauzuli konfliktu interesów nie może być obiektywnie wyjaśniony przez samego Partnera Społecznego. Instytucjami właściwymi do obiektywnego wyjaśnienia sprawy są zatem: Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej i Miejskiej (DG REGIO) Komisji Europejskiej (jako podmiot finansujący paktu uczciwości) oraz Transparency International Secretariat (jako podmiot koordynujący paktu uczciwości). W zaistniałej sytuacji zgodnie z zapowiedzią nie mamy niestety innego wyjścia jak przekazać przetłumaczone akta sprawy wraz z wnioskiem o zajęcie stanowiska w sprawie naruszenia klauzuli konfliktu interesów do ww. instytucji. Dla uniknięcia wątpliwości, oczywiście prześlemy również pismo z dnia 3 marca 2021 r. które z niezrozumiałych dla nas względów traktujecie Państwo jako rzucające na sprawę odmienne światło. Żałujemy, że nie chcieliście Państwo konstruktywnie wyjaśnić sprawy.

Podtrzymujemy tym samym stanowisko, iż wydana z naruszeniem Porozumienia w sprawie wdrożenia „Paktu Uczciwości” opinia z dnia 30 marca 2021 r. jest dokumentem obciążonym wadą prawną, owocem zatrutego drzewa. Jako taki dokument ten nie powinien się ostać w prawidłowym obrocie gospodarczym.

Z poważaniem



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Pawluk', is written over a solid horizontal line.

Otrzymują:

1. Adresat
2. pilotaz_paktu@paktory.org.pl
3. Sz. P. Joanna Pawluk, Dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A.
4. Sz. P. Marcin Szymański, zastępca dyrektora Departamentu Programów Infrastrukturalnych w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej
5. Sz. P. Mirosław Oleksy, Inżynier Projektu, MP- Mosty S.A.

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

Warszawa, 15 kwietnia 2021 r.

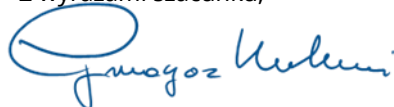
Sz. P.
Miroslaw Oleksy
Inżynier Projektu
Mosty Kraków S.A.

pismo dot.: korespondencji kontraktowej w zakresie odbioru końcowego i Świadectwa Przejęcia.

Szanowny Panie,

W nawiązaniu do rozmów prowadzonych podczas ostatniego spotkania kwartalnego w ramach Paktu Uczciwości (12 kwietnia 2021 r.), a w szczególności do wątku dotyczącego sporu między PKP PLK S.A., Wykonawcą i Inżynierem Projektu o odbiory końcowe i wydanie Świadectwa Przejęcia Robót, zwracam się z prośbą o przekazanie korespondencji kontraktowej, prowadzonej między PKP PLK S.A., Wykonawcą i Inżynierem Projektu, która nie została dotąd udostępniona Fundacji, tj. korespondencji prowadzonej po dniu 26 lutego br. W trakcie spotkania kwartalnego wspomniał Pan o niej, sugerując, że są w niej zawarte treści mogące zmienić nasz pogląd na spór dot. odbiorów końcowych i skuteczność wystawienia Świadectwa Przejęcia przez Inżyniera Projektu.

Z wyrazami szacunku,



Grzegorz Makowski
Kierownik Projektu Pakty Uczciwości
– mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE
Fundacja im. Stefana Batorego

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

Warszawa, 15 kwietnia 2021 r.

Sz. P.
Jolanta Pawluk
Dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A.
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

pismo dot.: korespondencji kontraktowej oraz opinii prawnej PKP PLK S.A w zakresie odbioru końcowego i Świadectwa Przejęcia.

Szanowna Pani Dyrektor,

W nawiązaniu do rozmów prowadzonych podczas ostatniego spotkania kwartalnego w ramach Paktu Uczciwości (12 kwietnia 2021 r.), a w szczególności do wątku dotyczącego sporu między Państwem a Wykonawcą o odbiory końcowe i wydanie Świadectwa Przejęcia Robót, zwracam się z prośbą o przekazanie:

1. Korespondencji kontraktowej, prowadzonej między PKP PLK S.A., Wykonawcą i Inżynierem Projektu, która nie została dotąd udostępniona Fundacji, tj. korespondencji prowadzonej po dniu 26 lutego br.
2. Opinii prawnej PKP PLK S.A. odnoszącej się do problemu odbiorów końcowych i wystawienia Świadectwa Przejęcia.

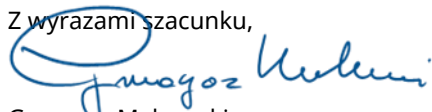
Przypominam przy tym, że zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 1 pkt. 6 lit. k Porozumienia z dnia 8 listopada 2016 r. między Fundacją im. Stefana Batorego i PKP PLK S.A. Zamawiający powinien udostępnić taki dokument na wniosek Fundacji, oczywiście z zachowaniem obowiązku zachowania tajemnicy, zgodnie z postanowieniem § 6 porozumienia, jeśli uznają Państwo zgodnie ze swoją Polityką Bezpieczeństwa, że ta opinia prawna powinna zostać objęta klauzulą poufności.

Ponadto, prosimy o pisemne ustosunkowanie się do opinii prawnej dot. odbioru końcowego i Świadectwa Przejęcia wykonanej na zlecenie Fundacji, z dn. 30 marca oraz pisemnych zarzutów, które wobec niej sformułował Wykonawca.

Podkreślam przy tym ponownie, że ze strony Fundacji nie widzimy żadnych przesłanek uzasadniających twierdzenia Wykonawcy, jakoby wydaniu naszej opinii towarzyszył konflikt interesów. Na ten moment nie przewidujemy również jej modyfikacji, czy przygotowania opinii uzupełniającej. Nie wykluczamy natomiast takiej ewentualności, jeśli tylko będzie nam dane zapoznać się z brakującą korespondencją, o przesłanie której prosimy, a o której w trakcie spotkania kwartalnego wspomniał Inżynier Kontraktu, sugerując, że są w niej zawarte treści mogą zmienić nasz pogląd na rzeczoną sprawę.

Z kolei zapoznanie się z Państwa opinią prawną dot. odbiorów końcowych i wystawienia Świadectwa Przejęcia oceniamy jako istotne przede wszystkim z punktu widzenia prac nad raportem końcowym z pilotażu Paktu Uczciwości i możliwości zreferowania w nim wszystkich możliwych punktów widzenia na tę sprawę.

Z wyrazami szacunku,



Grzegorz Makowski

Kierownik Projektu Pakty Uczciwości

- mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE

Fundacja im. Stefana Batorego

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji
Zespół Projektu Unijnego 4/3/1
ul. Krótka 27A, 42-200 Częstochowa
tel. kom. + 48 784 066 302
jan.maga@plk-sa.pl
www.plk-sa.pl

Częstochowa, dnia 20.04.2021 r.

IRRK 4/3/1.221.120.2021.IRE-1764-I

Dot. przekazanie materiałów

projekt POIiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”

Sz. P. Grzegorz Makowski
Fundacja im. Stefana Batorego
Ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa

Szanowny Panie,

PKP PLK S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, Zespół Kontraktu Unijnego IRRK4/3/1 w nawiązaniu do spotkania kwartalnego z dnia 12.04.2021 r. przekazuje korespondencję pomiędzy Zamawiającym, a Inżynierem Projektu, i Wykonawcą w sprawie wydania Świadectwa Przejęcia od dnia 08.02.2021 r.

Wykaz korespondencji:

Znak pisma	Data korespondencji	Czego dotyczy
MP/PKP/B0/jt/MO/4476/21	08.02.2021 r.	wydania świadectwa przejęcia robót
MP/PKP/B0/jt/MO/4477/21	08.02.2021 r.	świadectwa przejęcia robót
IRMN1.060.3.2021	09.02.2021 r.	świadectwa przejęcia robót odp. na pismo 4477/21
MP/PKP/B0/jt/MO/4478/21	09.02.2021 r.	wykonywania Umowy nr 90/106/0076/17/Z/I
MP/PKP/B0/jt/MO/4485/21	15.02.2021 r.	wykonywania umowy odp. na pismo IRMN.060.3.2021
IRRK4/3/1.217.54.2021.IRE-01764-I	23.02.2021 r.	wystawienia świadectwa przejęcia
IRRK4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I	24.02.2021 r.	Jednostronnie podpisanego protokołu odbioru końcowego wykonywania Umowy nr 90/106/0076/17/Z/I odp. na pismo IRRK4/3/1.217.54.2021
MP/PKP/B0/jt/MO/4512/21	26.02.2021 r.	Odpowiedź na korespondencję IRRK/4/3/1.217.68.021-01764 z dnia 24.02.2021 r.
ZAW/2021/03/7174/MD	02.03.2021 r.	wystawienia świadectwa przejęcia
IRRK4/3/1.217.80.2021.IRE-01764-I	12.03.2021 r.	wystawienia świadectwa przejęcia
IRRK4/3/1.217.113.2021.IRE-01764-I	01.04.2021 r.	kar umownych
MP/PKP/B0/jt/MO/4557/21	06.04.2021 r.	wykonania Umowy odp. na pismo IRRK4/3/1.217.80.2021
MP/PKP/B0/jt/MO/4561/21	08.04.2021 r.	Przesłanki do naliczenia kary umownej

Nasze stanowisko co do opinii prawnej dot. odbioru końcowego i Świadectwa Przejęcia wykonanej na zlecenie Fundacji, z dn. 30 marca zostanie przesłane oddzielnym pismem.

DYREKTOR PROJEKTU

Jan Maga

Warszawa, 20.04.2021 r.

IROP.060.7.2021

Fundacja im. Stefana Batorego
ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa

Szanowni Państwo,

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji („PKP PLK”) pragnie podziękować za przedstawioną przez Fundację Batorego („Fundacja”) opinię prawną z dnia 30.03.2021 dotyczącą postępowania Stron (Wykonawcy i Zamawiającego) w ramach Umowy na realizację robót budowlanych, pn. „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”, a także działań Inżyniera Projektu w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót.

Przedstawiona opinia prawna potwierdza stanowisko prezentowane przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jako Zamawiającego, iż nie wystąpiły przesłanki warunkujące możliwość wystawienia tego dokumentu. PKP PLK podkreśla przy tym, iż w dalszym ciągu kwestionuje i nie uznaje za skuteczne wystawione przez Inżyniera Projektu Świadectwo Przejęcia,

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji chciałoby zwrócić uwagę, iż pismo ZUE S.A. z dnia 7.04.2021 r. oraz pismo z dnia 9.04.2021 r. są próbą uniknięcia negatywnych konsekwencji swoich działań i umniejszenia wartości wydanej opinii prawnej, która jest po prostu niekorzystna dla Wykonawcy.

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

Warszawa, 24 maja 2021 r.

ZUE S.A.
ul. K. Czaplińskiego 3
30 – 048 Kraków

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 9 kwietnia 2021 r. (znak: ZAW/2021/04/7322/MD) w przedmiocie zgłoszenia zastrzeżeń do opinii prawnej Fundacji z dnia 30 marca 2021 r. wskazuję, iż po dokonaniu wspólnie z naszymi Konsultantami Prawnymi szczegółowej analizy zarzutów Wykonawcy oraz dalszej korespondencji między Stronami, która miała miejsce po wydaniu ww. opinii, Fundacja podtrzymuje w całości swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w rzeczonyj opinii prawnej. Jednocześnie odnosząc się do poszczególnych zarzutów sformułowanych przez Państwa w piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r., poniżej Fundacja pragniemy kolejno się do nich odnieść.

Ad. I – Zasadność wydania przez Inżyniera Projektu Świadczenia Przejęcia Robót:

Wbrew zarzutom Wykonawcy, Fundacja przy wydawaniu ww. opinii prawnej wzięła pod uwagę cel Zadania wynikający z postanowień kontraktu. Rozważania w tym zakresie zawarte zostały w części 3.2. opinii. Podkreślić należy, że cel Zadania, na który powołuje się Wykonawca, tj. zapewnienie przejezdności linii kolejowej nr 1, nie był jedynym i wyłącznym celem realizacji inwestycji. Wszystkie cele przedmiotu umowy zostały określone w pkt I Programu Funkcjonalno – Użytkowego i są nimi:

- 1) Uzyskanie poprawy oferty przewozowej poprzez skrócenie czasu podróży,
- 2) Poprawa przepustowości linii, częstotliwości, skomunikowania oraz punktualności realizowanych połączeń,
- 3) Zwiększenie dostępności transportu kolejowego,
- 4) Usprawnienie statycznej i dynamicznej informacji pasażerskiej oraz informacji dla przewoźników,
- 5) Poprawę bezpieczeństwa ruchu kolejowego, podróżnych, przewożonych ładunków oraz ruchu drogowego na przejazdach kolejowych,
- 6) Racjonalizacja kosztów eksploatacji i utrzymania zarządzanej infrastruktury oraz ograniczenie dewastacji infrastruktury kolejowej na przedmiotowej linii,
- 7) Zapewnienie interoperacyjności kolei i umożliwienie niedyskryminującego dostępu do polskiej infrastruktury kolejowej operatorom z innych krajów,
- 8) Zmniejszenie oddziaływania na środowisko.

W opinii prawnej Fundacja nie kwestionowała, że cel polegający przejezdności linii kolejowej został spełniony, jednak podkreślić należy, że nie jest to jedyny cel

umowny. Analiza dotycząca niewykonania celu umowy, a tym samym możliwości odmowy przez inwestora dokonania odbioru końcowego dotyczyła innych wyżej wymienionych celów, w szczególności określonych w ww. pkt 5, 7 i 8. Opiniujący podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie, a zarzuty Wykonawcy stanowią powtórzenie dotychczasowej argumentacji przedstawionej w poprzednich pismach, zatem nie mogą zmienić oceny Opiniującego zawartej w opinii prawnej.

Podkreślić jednak należy, że w stanie faktycznym dotyczącym niniejszej sprawy, szczególnego znaczenia nabiera fakt niewykonania ekranów akustycznych, co Wykonawca sam potwierdza, kwestionując w ogóle co do zasady obowiązek ich wybudowania. Konieczność spełnienia celu umowy polegającego na zmniejszeniu oddziaływania na środowisko jest przy realizacji przedmiotowej inwestycji nie mniej ważny niż zapewnienie przejezdności i poprawa przepustowości linii kolejowej. Obowiązek wykonania ekranów akustycznych wynika z decyzji środowiskowej, a stanowisko Wykonawcy co do tego, iż sama modernizacja linii kolejowej powoduje znaczące obniżenie hałasu – wpływu na środowisko pozostaje bez znaczenia, bowiem to nie do Wykonawcy należy ocena spełnienia tego celu, w szczególności, że jest ona sprzeczna z decyzją środowiskową.

Zdaniem Opiniującego, niesłuszne jest stanowisko Wykonawcy jakoby należało rozróżnić w niniejszej sprawie określone w pkt I PFU cele od efektów realizacja Zadania. Sam dokument PFU nie rozróżnia tych pojęć, wskazując na wszystkie 8 wymienionych elementów jako „cele i efekty modernizacji linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”, wobec tego cele są zarówno efektem zadania.

Ponadto, wbrew zarzutom Wykonawcy, Opiniujący w sposób prawidłowy zinterpretował przywołany w opinii wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt: V ACa 1302/17, bowiem wyciągnięte z niego wnioski są tożsame z tymi, które stawia Wykonawca. W związku z tym, że m.in. zmniejszenie oddziaływania na środowisko stanowiło jeden z głównych celów umowy, to z racji tego, że nie zostały wykonane ekrany akustyczne, to wada ta uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, a przy tym odbiera robotom tym cechy właściwe i wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość, a tym samym stanowi to wadę istotną w rozumieniu ww. wyroku uzasadniającą odmowę odbioru.

Ad. II – Możliwość cofnięcia przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia Robót:

Jak już to zostało Państwu wskazane w poprzedniej korespondencji z dnia 9 kwietnia 2021 r. odpowiedź Opiniującego zawarta w pkt. 7 wniosków opinii dotyczącej cofnięcia przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia odnosi się wyłącznie do postawionego przez zlecającego opinię (Fundację) 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, która oparta jest na stosunku prawnym istniejącym pomiędzy Zamawiającym a Inżynierem Projektu, na podstawie zawartej między nimi umowy, bowiem tego dotyczyło pytanie.

Niezależnie od powyższego, Opiniujący podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w opinii prawnej (pkt 3.4.) co do skuteczności wystawienia przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia Robót. Zdaniem Opiniującego nie zaistniały przesłanki faktyczne, ani też

formalnoprawne do wystawienia tego dokumentu. Zostały one szczegółowo opisane i wymienione w opinii prawnej. Wykonawca w ogóle się do tych przesłanek nie odnosi, powtarzając swoje dotychczasowe argumenty. Co więcej, Wykonawca również całkowicie przemilcza fakt przedwczesności wystawienia jednostronnego protokołu odbioru (abstrahując od możliwości jego wystawienia), co nastąpiło przed upływem terminu wyznaczonego Zamawiającemu przez samego Wykonawcę. Termin ten upływał z końcem dnia 8 lutego 2021 r., zaś protokół jednostronny został wystawiony już w dniu 8 lutego 2021 r.. Podobnie zresztą jak fakt przedwczesności złożenia wniosku o wystawienie samego Świadectwa Przejęcia, zgodnie bowiem z Subklauzulą 10.1 SWK, wniosek ten składa się po dokonaniu odbioru końcowego.

Wszystkie te okoliczności i wnioski Opiniującego zostały pominięte przez Wykonawcę w zarzutach do opinii prawnej, choć mają one kluczowe znaczenia dla wniosków tam postawionych.

Ad. III – Rzekome przeszkody w przeprowadzeniu procedury Odbioru Końcowego:

Niezrozumiały jest dla Opiniującego zarzut Wykonawcy dotyczący poglądu w zakresie dokumentacji powykonawczej, a w szczególności co do jego „wewnętrznej sprzeczności”. Opiniujący w swojej opinii nie zawarł twierdzenia, na które powołuje się Wykonawca dotyczącego obowiązku posiadania przez niego kompletu dokumentacji, „w tym dokumentacji dotyczącej „drobnej, zaległej pracy””. Obowiązki dotyczące dostarczenia kompletnej dokumentacji powykonawczej wynikają wprost z zapisów kontraktowych (np., Subklauzula 2.7., 5.6., 10.1 SWK), a nie z poglądu Opiniującego. Nadto, kluczowe z punktu widzenia czy dokumentacja powykonawcza była kompletna jest kwestia poruszona szczegółowo w opinii prawnej, tj. brak dokumentacji certyfikacji podsystemu TSI, czy też pozwolenia na budowę dla drogi w ciągu ulicy Towarowej w Myszkowie.

Odnosnie do samych odbiorów końcowych, to Opiniujący pragnie ponownie podkreślić, iż jak wynika z otrzymanej korespondencji, na dzień zgłoszenia gotowości do odbioru oraz powołania Komisji, nie zostały dokonane wszystkie odbiory techniczne, które trwały jeszcze np. w dniu 20 i 25 stycznia 2021 r., o czym wiedział zarówno Wykonawca, jak też Inżynier Projektu. Tymczasem, odbiory techniczne muszą poprzedzać odbiór końcowy. Wobec tego uprawniona jest teza Opiniującego, że na dzień złożenia przez Wykonawcę wniosku o wystawienie Świadectwa Przejęcia (11 stycznia 2021 r.), nie zaistniały ku temu przesłanki formalne, co stanowi o przedwczesności tego wniosku i obowiązku jego odrzucenia przez Inżyniera Projektu.

Ad. IV – Pozostałe zastrzeżenia

Wbrew zarzutom Wykonawcy, Opiniujący nie dokonał dowolnej wykładni treści pism Zamawiającego w przedmiocie wstrzymania prac Komisji odbioru końcowego. Wyjaśnić trzeba, że zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego: *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.”*

Analiza pełnej korespondencji Stron, doprowadziła Opiniującego do wniosku, iż zamiarem Zamawiającego była odmowa dokonania odbioru końcowego. W związku z powyższym, w przeciwieństwie do tego co wskazuje w swoim piśmie Wykonawca, wszelkie oświadczenia woli należy tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostały złożone. Nie istnieje przy tym żaden uniwersalny schemat interpretacyjny dla ustalenia znaczenia

poszczególnych elementów oświadczenia. Ten sam zwrot może znaczyć co innego w różnym kontekście. Interpretacja ta uzależniona jest w danych okolicznościach od zewnętrznych zobiektywizowanych kryteriów, które tworzą przede wszystkim zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Pod uwagę powinny być brane zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, które pozostają w związku z kontekstem, w jakim dochodzi do złożenia oświadczenia woli. Kontekst ten jest wyznaczony przez elementy dotyczące miejsca dokonania czynności, osoby, rodzaju i celu samej czynności itp. (por. m.in. wyrok SN z dnia 05 lutego 2014 r., sygn. akt: V CSK 125/13). Co istotne, należy przy tym podkreślić, że samo to, iż jedna ze stron przeczy, by nadawała oświadczeniu woli takie samo znaczenie jak druga strona, nie przesądza o nieistnieniu w chwili składania oświadczenia woli takiego wspólnego znaczenia. Opiniujący na potrzeby niniejszej opinii, przy uwzględnieniu kryteriów wynikających z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, uznał, iż w przedmiotowej sprawie zamiarem Zamawiającego było dokonanie odbioru końcowego i taki też nadał charakter temu oświadczeniu woli.

Tym niemniej jeszcze raz podkreślić należy, że w ocenie Opiniującego Zamawiający również w okolicznościach niniejszej sprawy nie postąpił prawidłowo, bowiem winien był w sposób szczegółowy udokumentować przystąpienie do czynności odbiorowych, stwierdzenie wystąpienia robót nieukończonych czy wad istotnych oraz fakt odmowy dokonania odbioru wraz z wyznaczeniem odpowiednich terminów. Warto w tym miejscu wskazać, iż osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranie, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie (por. *P. Machnikowski*, w: *E. Gniewek, P. Machnikowski*, Komentarz KC, 2017). Do oceny prawidłowości interpretacji dokonanej przez odbiorcę oświadczenia należy stosować w drodze analogii art. 355 KC i ustaloną w nim miarę należytej staranności (por. wyrok SN z dnia 20 lutego 2003 r., sygn. akt: I CKN 7/01).

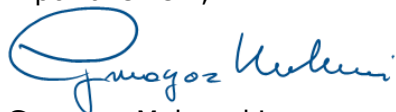
Ponadto, Opiniujący przeczy jakoby w opinii prawnej zostało zawarte ustalenie, że „procedura odbioru miała odbywać się poza warunkami określonymi w umowie”. Stwierdzenie to zostało przez Wykonawcę wyrwane z kontekstu, nie uwzględnia zastosowanych zasad interpunkcji i nie odnosi się do całej materii w tym zakresie. Opiniujący wskazał bowiem, że procedura dokonywania odbioru końcowego została ustalona przez strony w umowie, zaś dodatkowo Strony zgodnie ustaliły, że szczegółowe warunki odbioru określa także (str. 2 opinii) załącznik do Uchwały nr 268/2020 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 20 kwietnia 2020 r.: „*Warunki i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych*”. Niezrozumiałe jest przy tym stanowisko Wykonawcy, który twierdzi, że nie są mu znane żadne ustalenia w tym przedmiocie, skoro sam w swoim piśmie (z dnia 3 lutego 2021 r., znak: ZAW/2021/02/7017/MD) powoływał się na ww. Uchwałę, podobnie zresztą jak i Inżynier Projektu (z dnia 16 grudnia 2020 r., 23 grudnia 2020 r. i 29 grudnia 2020 r., czy też w Świadectwie Przejęcia), co zostało wyszczególnione na str. 9 opinii prawnej. Powyższe pozostaje jednak zdaniem Opiniującego, bez aż tak istotnego znaczenia dla wniosków zawartych w opinii, bowiem warunki zawarte w ww. Uchwale pokrywają się w przeważającym zakresie z procedurą określoną w Szczególnych Warunkach Kontraktu.

Co do kwestii dotyczącej wskazania daty w protokole odbioru końcowego, Opiniujący podtrzymuje swoje stanowisko, że w jego ocenie na dzień 29 grudnia 2020 r. nie doszło do ukończenia robót. Wynika to z ustalonego stanu faktycznego opisanego szczegółowo w

opinii prawnej, a także z treści Świadcstwa Przejęcia, z którego wynika, że roboty zostały wykonane w okresie od 20 lipca 2017 r. do 8 lutego 2021 r.

Na koniec prosimy o informację czy spółka ZUE S.A. dysponuje opinią prawną uzasadniającą wystawienie jednostronnego protokołu odbioru i wydanie Świadcstwa Przejęcia Robót, która prezentuje argumenty nie poruszane w dotychczasowej korespondencji. Jeżeli tak i możemy ją uzyskać, jesteśmy gotowi ją przeanalizować i wziąć pod uwagę wnioski wynikające z tejże opinii.

Z poważaniem,



Grzegorz Makowski

Kierownik Projektu Pakty Uczciwości

– mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE

Fundacja im. Stefana Batorego

Do wiadomości:

1. Marcin Szymański, zastępca dyrektora Departamentu Programów Infrastrukturalnych w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej
2. Jolanta Pawluk, dyrektor Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
3. Mirosław Oleksy, Inżynier Projektu, Mosty Kraków S.A.

ZAW/2021/06/4550..... /TF

Częstochowa, dn. 08.06.2021 r.

Fundacja im. Stefana Batorego
ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa**Kontrakt: ZAPROJEKTOWANIE I WYKONANIE ROBÓT W RAMACH PROJEKTU POLIŚ 5.2 –
6 „PRACE NA LINII KOLEJOWEJ NR 1 NA ODCINKU CZĘSTOCHOWA - ZAWIERCIE”****Umowa nr: 90/106/0072/17/Z/I z 20.07.2017r.****Dotyczy: Pakt uczciwości.**

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na Państwa pismo datowane na 24 maja 2021 r., będące odpowiedzią na pismo Spółki z dnia 9 kwietnia 2021 wyrażamy swoje zaskoczenie, że mimo iż odpowiedź zajęła Państwu półtora miesiąca, nie wnosi ona niczego nowego do sprawy. Stanowisko Państwa pozostaje dla nas całkowicie nieprzekonywujące i chybione.

W związku z tym, podtrzymujemy w całości naszą argumentację prawną dotyczącą wydania przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia Robót, a będącą polemiką dla sporządzonej na Państwa zlecenie opinii.

Jednocześnie wskazujemy, że nie uległo zmianie nasze stanowisko, iż opinia prawna wydana w sytuacji konfliktu interesów co się tyczy zarówno konsultanta sporządzającego opinię jak i samej Fundacji, obarczona jest wadą dyskwalifikującą dokument. Nasze szersze wyjaśnienia wraz z argumentacją w odniesieniu do zaistniałego konfliktu interesów znajdują się w pismach Spółki datowanych na 07.04.2021 (znak: DPW/2021/00974) oraz 12.04.2021 (znak: DPW/2021/01018) i również je w całości podtrzymujemy jako nadal aktualne i odzwierciedlające nasze stanowisko.

Pozostając z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresat
2. a/a



ZUE S.A.
dyrektor Kontraktu
mgr Artur Wieczorek



FUNDACJA
IM. STEFANA BATOREGO

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



Warszawa, 16 lipca 2021 r.

Sz. P.
Jan Maga
Dyrektor Projektu
Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

pismo dot.: wydania Świadcstwa Przejęcia Robót

Korespondencja związana:

1. pismo PKP PLK S.A. IRRK4/3/1.217.54.2021.IRE-01764-I z 23.02.2021

Szanowny Panie Dyrektorze,

Zwracam się z prośbą o przekazanie informacji czy Wykonawca zrealizował już wszystkie prace, których nieukończenie zostało wskazane w piśmie PKP PLK S.A. [1] jako jedna z przeszkód przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia Robót? Jeżeli nie, czego Państwa zdaniem jeszcze brakuje, aby Świadcstwo mogło zostać wystawione? Kiedy może to nastąpić?

Z wyrazami szacunku,

Grzegorz Makowski

Kierownik Projektu Pakty Uczciwości

– mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE

Fundacja im. Stefana Batorego

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji
Zespół Projektu Unijnego 4/3/1
ul. Krótka 27A, 42-200 Częstochowa
tel. kom. + 48 784 066 302
jan.maga@plk-sa.pl
www.plk-sa.pl

Częstochowa, 30.07.2021r.

IRRK 4/3/1.217.310.2021.IRE-1764-I

Dot. wydania Świadectwa Przejęcia Robót
projekt POIiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”

Sz. P. Grzegorz Makowski
Fundacja im. Stefana Batorego
Ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa

Szanowni Państwo,

PKP PLK S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, Zespół Kontraktu Unijnego IRRK4/3/1 działając zgodnie z zawartym Porozumieniem z dnia 08.11.2016r. oraz mając na uwadze pismo z dnia 16 lipca 2021r. i zawarte w nim zapytania przedstawia stosowne informacje:

Projekt znajduje się w fazie końcowej. Do dnia dzisiejszego nie zostały w pełni wykonane roboty kontraktowe, które umożliwiają wznowienie odbioru końcowego tj.:

- Budowa drogi ul. Towarowa w Myszkowie. Trwają prace porządkowe, aby zapewnić bezpieczną i ciągłą przejezdność dla mieszkańców. Odbiór eksploatacyjny planowany jest na początek miesiąca sierpień 2021 r.
- Budowa ekranów akustycznych. Wykonawca nie wykonał pełnego zakresu robót dla przedmiotowych obiektów oraz nie przedłożył dokumentacji, na podstawie której można dokonać odbioru technicznego i eksploatacyjnego.

Obecnie trwa również usuwanie usterek i wad po dokonanych odbiorach technicznych i eksploatacyjnych, które również uniemożliwiają przystąpienie do odbioru końcowego.

Rozpoczęcie budowy (oraz późniejsze jej wstrzymanie) przejścia podziemnego w km 246,853 w stacji Poraj, który to zakres wykraczał poza umowę podstawową, uniemożliwia uzyskanie Certyfikatów WE końcowych dla podsystemów „Infrastruktura” oraz Urządzenia przytorowe - Sterowanie ruchem kolejowym”.

Do czasu wyjaśnienia kwestii związanych z przejściem podziemnym w stacji Poraj Jednostka Certyfikująca negatywnie oceniła złożone przez Wykonawcę wnioski.

Zamawiający informuje, iż po wykonaniu całości zakresu robót kontraktowych oraz dokonaniu ich odbioru, możliwe będzie wznowienie prac Komisji Odbioru Końcowego i wystawienie dokumentu Świadectwa Przejęcia Robót.

Z-CA DYREKTORA
REGIONU ŚLĄSKIEGO
ds. projektów unijnych

Paweł Sarnacki