

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 Świadczenia 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 Świadczenia 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 niestaranne, 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).

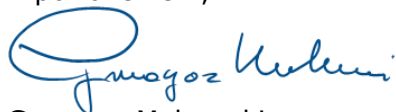
Ponadto, Opiniujący przeczy jakoby w opinii prawnej zostało zawarte ustalenie, że „procedura odbioru miała odbywać się poza warunkami określonymi w umowie”. Stwierdzenie to zostało przez Wykonawcę wyrwane z kontekstu, nie uwzględnia zastosowanych zasad interpunkcji i nie odnosi się do całej materii w 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.