

Olsztyn, dnia 30 marca 2021 r.

OPINIA PRAWNA

1. Przedmiot opinii:

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena prawidłowości sposobu postępowania Stron w ramach umowy na realizację robót budowlanych pn.: „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”, tj.: PKP Polskie Linie Kolejowej S.A. (dalej: „Zamawiający” lub „PKP PLK”), ZUE S.A. (dalej: „Wykonawca” lub „ZUE”), a także działania Inżyniera Projektu, tj. Konsorcjum firm: MP-MOSTY Sp. z o.o. oraz DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A. (dalej: „Inżynier Projektu”), w przedmiocie dokonania odbiorów końcowych robót oraz wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót.

2. Stan faktyczny:

W dniu 20 lipca 2017 r. została zawarta pomiędzy PKP PLK S.A. a ZUE S.A. umowa na realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i wybuduj” w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie” (dalej: „Umowa”, „Umowa na wykonanie robót budowlanych”, „Projekt”, „Kontrakt” lub „inwestycja”). Roboty będące przedmiotem ww. umowy prowadzone były zgodnie z *Warunkami Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę*, Warunki Ogólne, Wydanie angielsko – polskie 2000, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (dalej: „FIDIC”). Szczegółowe zasady realizacji robót określone zostały w Warunkach Szczególnych stanowiących integralną część umowy (dalej: „SWK”).

W dniu 04 sierpnia 2017 r. została zawarta pomiędzy PKP PLK S.A. a Konsorcjum firm: MP-MOSTY Sp. z o.o. oraz DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A. umowa na pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu

POIŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie” (dalej: „*Umowa na Inżyniera Projektu*” lub „*Umowa na pełnienie nadzoru*”).

Zgodnie z § 2 Umowy na wykonanie robót budowlanych, zmienionym Anekssem nr 1 z dnia 20 grudnia 2019 r. (§ 4 ust. 2 pkt 1), Wykonawca zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu umowy w okresie od daty rozpoczęcia zgodnie z Subklauzulą 8.1. Warunków Szczególnych, nie dłużej niż do dnia 29 grudnia 2020 r.

Pismem z 27 listopada 2020 r. (znak: ZAW/2020/12/6589/TF) Wykonawca powiadomił Zamawiającego o gotowości do przeprowadzenia odbioru końcowego (w oparciu o Subklauzule 2.7 i 8.2 SWK) oraz zgłosił wniosek o powołanie Komisji Odbiorowej i wyznaczenie zgodnego z kontraktem terminu odbioru.

Inżynier Projektu w dniu 16 grudnia 2020 r., pismem znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4257/20, potwierdził gotowość zadania do komisyjnego odbioru końcowego w zakresie branży sieć trakcyjna.

W dniu 21 grudnia 2021 r., pismem nr IRRK 4/3/1-0815 POIŚ 5.2-6/338/2020 Zamawiający powołał Komisję odbioru końcowego wszystkich branż. W skład Komisji wchodził przedstawiciel Zamawiającego, Wykonawcy, ZUE, Użytkownika oraz dodatkowo: TK Telekom Sp. z o.o., PKP TELKOL Sp. z o.o., PKP S.A. oraz PKP Energetyka. Zgodnie z ww. pismem, Komisja miała rozpocząć pracę w dniu 22 grudnia 2020r. w zakresie branży sieci trakcyjnej. Pozostałe odbiory w zakresie poszczególnych branż miały odbywać się sukcesywnie w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach, po każdorazowym potwierdzeniu gotowości przez Inżyniera Projektu do odbioru określonego obiektu. O terminach poszczególnych odbiorów Zamawiający miał każdorazowo powiadamiać wszystkich członków Komisji.

Zgodnie z ustaleniami Stron, procedura odbioru końcowego miała odbywać się poza warunkami określonymi w umowie, także na podstawie załącznika 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*”(dalej zwany: „*Uchwała nr 268/2020*”).

Następnie, Inżynier Projektu potwierdzał gotowość zadania do odbioru w następującym zakresie:

- pismem z dnia 23 grudnia 2020 r. (znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4323/20) – objekty inżynierskie,

- pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. (znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4346/20) – branża: srk, telekomunikacyjna, elektroenergetyka do 1kV,
- pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. (znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4347/20) – branża peronowa,
- pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. (znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4348/20) – branża torowa,
- pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. (znak: MP/PKP/B3/jt/MO/4350/20) – branża kubaturowa.

Inżynier Projektu w ww. pismach wskazywał nadto, iż w zakresie wszystkich branż, Wykonawca nie przekazał dokumentacji dot. certyfikacji właściwego podsystemu TSI, która to „(...) zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy ma wpłynąć w najbliższym czasie.”

Jak wynika z informacji uzyskanej przez Opiniującego od Inżyniera Projektu: „*Odbyło się jedno posiedzenie Komisji w zakresie branży trakcyjnej w dniu 22 grudnia 2020 r. W spotkaniu brali udział: Zamawiający (p. Skwarczyńska, p. Koszyka), Inżynier Projektu i przedstawiciele Użytkownika. Efektem spotkania było stwierdzenie, że Użytkownik otrzyma od Zamawiającego Operat kołaudacyjny, zapozna się z nim i złoży ewentualne uwagi. Z uwagi na zaistniałą w tym okresie sytuację epidemiczną, kolejne spotkanie Komisji miało zostać zwołane na początek roku 2021 i odbyć się zdalnie. Nie zostało zwołane. Z pierwszego spotkania, o którym mowa powyżej, nie powstała notatka, nie został rozpoczęty Protokół z posiedzenia Komisji. Posiedzenia w pozostałych branżach, wynikające z treści powyższej korespondencji Zamawiającego, nie zostały nigdy zwołane.*”

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. (znak: ZAW/2021/01/6884/TF) Wykonawca wystąpił do Inżyniera Projektu z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia według Subklauzuli 10.1 SWK dla całości robót stałych objętych kontraktem, z uwzględnieniem wyłączenia części robót stałych na podstawie Subklauzuli 11.1 SWK.

Zamawiający, pismem z dnia 12 stycznia 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1-0815-POIiŚ 5.2-6/13/2021) poinformował Wykonawcę oraz Inżyniera Projektu o wstrzymaniu prac Komisji odbioru końcowego, z uwagi na niewykonanie części robót objętych kontraktem oraz nieusunięciem usterek po dokonanych odbiorach technicznych i eksploatacyjnych. Wykaz robót z terminem ich usunięcia wyszczególniony został w załączniku do rzeczzonego pisma.

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. (znak: ZAW/2021/01/6929/MD) Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wezwał do niezwłocznego wznowienia prac Komisji Odbioru Końcowego, podpisania protokołu odbioru końcowego, końcowego rozliczenia wynagrodzenia za wykonanie Kontraktu i wydanie Świadectwa Przejęcia. Wykonawca nie zgodził się z działaniem Zamawiającego, wskazał na brak podstaw faktycznych i prawnych do wstrzymania odbioru końcowego oraz odniósł się do zgłoszonego przez Zamawiającego wykazu robót pozostałych do wykonania wskazując, iż nie uniemożliwiają one korzystania z linii kolejowej.

Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1-217.21.2021.IRE-1764-I) odniósł się do ww. stanowiska Wykonawcy i nie zgadzając się z nim, wskazał między innymi, że nadal trwają odbiory techniczne robót, a nadto, że Wykonawca nie dostarczył dokumentacji certyfikującej dla całości infrastruktury zawartej w kontrakcie oraz nie pozyskał wszelkich decyzji administracyjnych, w tym pozwolenia na budowę (dla drogi w ciągu ulicy Towarowej w Myszkowie).

Wykonawca pismem z dnia 03 lutego 2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7017/MD) ponownie wyraził swoje stanowisko w przedmiocie bezzasadności wstrzymania odbioru końcowego oraz nieistotności wad zgłoszonych przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał przy tym, że część ze zgłoszonych usterek jest obciążona szeregiem niezależnych od niego okoliczności, a ponadto, że zgłoszone przez Zamawiającego elementy pozostają bez wpływu na możliwość prowadzenia ruchu pociągów zgodnie z wymogami Kontraktu, co oznacza, że zgodnie z Subklauzulą 11.1 lit. a) powinny zostać ujęte jako usterki do wykonania w wyznaczonym terminie.

Następnie, pismem z dnia 05 lutego 2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7047/MD) Wykonawca powołując się na przepisy art. 647 oraz 455 Kodeksu cywilnego wezwał Zamawiającego do przekazania protokołu odbioru końcowego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08 lutego 2021 r., pod rygorem sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego przedmiotowych robót.

Wykonawca pismem z dnia 08 lutego 2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7056/MD) skierowanym do Zamawiającego oraz Inżyniera Projektu, przekazał jednostronnie podpisane protokoły odbioru końcowego zadania i wniósł o wydanie Świadectwa Przejęcia dla całości robót.

W dniu 08 lutego 2021 r. Inżynier Projektu wystawił Świadcstwo Przejęcia Robót, zaświadczając w nim, iż Roboty zaczęły być użytkowane w terminach określonych poszczególnymi protokołami odbiorów eksploatacyjnych i są uważane za przejęte z dniem 08 lutego 2021 r., za wyjątkiem drobnej zaległej pracy i wad niemających w istocie wpływu na użycie Robót dla przeznaczonego im celu. Inżynier Projektu stwierdził nadto, iż Roboty zostały wykonane w 1298 dni w okresie od 20 lipca 2017 r. do dnia 08 lutego 2021 r. O wystawieniu Świadcstwa Przejęcia, Inżynier Projektu powiadomił w dniu 08 lutego 2021 r. Wykonawcę pismem znak: MP/PKP/B0/jt/MO/4477/21 oraz Zamawiającego pismem MP/PKP/B0/jt/MO/4476/21.

Pismem z dnia 09 lutego 2021 r. (znak: IRMN1.060.3.2021) Zamawiający zwrócił się do Inżyniera Projektu o wyjaśnienie podstaw kontraktowych do wystawienia Świadcstwa Przejęcia oraz poinformował o uznaniu tej czynności za bezpodstawną, niezgodną z zapisami umów zarówno na roboty budowlane, jak też na pełnienie nadzoru.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Inżynier Projektu w dniu 15 lutego 2021 r. (znak: MP/PKP/B0/jt/MO/4485/21) wyraził swoje stanowisko w sprawie i powtórzył argumentację wyrażoną w piśmie z dnia 08 lutego 2021 r. (znak: MP/PKP/B0/jt/MO/4476/21).

Pismem z dnia 23 lutego 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1.217.54.2021.IRE-01764-I) Zamawiający poinformował Inżyniera Projektu, iż nie uznaje jego czynności polegającej na wystawieniu Świadcstwa Przejęcia Robót za prawnie skuteczną i wiążącą. Nadto Zamawiający wezwał Inżyniera Projektu do uchylenia się od skutków dokonanej czynności w terminie 3 dni.

Ponadto, pismem z dnia 24 lutego 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1.217.68.2021.IRE-01764-I) Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż czynność jednostronnego odbioru końcowego zadania została dokonana bezskutecznie, a także, iż nie uznaje czynności dokonanej przez Inżyniera w postaci wystawienia Świadcstwa Przejęcia za prawnie skuteczną i wiążącą dla Zamawiającego.

Inżynier Projektu pismem z dnia 26 lutego 2021 r. (znak: MP/PKP/B0/jt/MO/4512/21) poinformował Zamawiającego, iż brak jest jakichkolwiek obiektywnych podstaw do zakwestionowania skutków wystawienia Świadcstwa Przejęcia na rzecz Wykonawcy oraz podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w tym zakresie.

Pismem z dnia 02 marca 2021 r. (znak: ZAW/2021/03/7174/MD) Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż stoi na stanowisku, że wydanie przez Inżyniera Projektu Świadectwa Przejęcia było czynnością prawnie skuteczną i wiążącą.

W dn. 24 lutego 2021 r. Zamawiający, korzystając z zapisu § 5 p. 6a porozumienia między Fundacją im. Stefana Batorego i PKP Polskimi Liniami Kolejowymi S.A z dnia 8 listopada 2016 r. (zwanego dalej Paktem Uczciwości lub Paktem) zwrócił się do Fundacji, pełniącej rolę obserwatora zamówienia publicznego na wykonanie robót wraz projektowaniem na linii nr 1 Warszawa - Katowice na odcinku Częstochowa – Zawiercie, o opinię w przedmiocie przygotowania jednostronnego protokołu odbioru i wystawienia Świadectwa Przejęcia. Jednocześnie, także w ocenie samej Fundacji, nietypowe działania związane z odbiorami w ramach monitorowanej inwestycji i wystawieniem Świadectwa Przejęcia domagały się pogłębionej analizy prawnej. Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny, którego obraz uzyskano na podstawie udostępnionej nam dokumentacji, konieczne stało się zbadanie zaistniałych na tym tle, następujących zagadnień prawnych:

- 1) *Czy Inżynier Projektu, w reakcji na wniosek Wykonawcy o wystawienie Świadectwa Przejęcia mógł podjąć inną decyzję, czyli nie dokonać wystawienia tego Świadectwa? Czy w związku z tym naraziłby się wówczas na jakiegokolwiek konsekwencje prawne?*
- 2) *Czy Inżynier Projektu musiał uzyskać zgodę Zamawiającego, lub też skonsultować z Zamawiającym czynność polegającą na wystawieniu Świadectwa Przejęcia Robót?*
- 3) *Czy Zamawiający miał podstawy prawne do wstrzymania prac Komisji Odbioru Końcowego?*
- 4) *Czy jednostronnie podpisany przez Wykonawcę protokół odbioru końcowego jest skuteczny oraz prawnie wiążący?*
- 5) *Czy roboty przy przejściu do peronów w Poraju można zaliczyć do robót niedokończonych, które mogłyby stanowić podstawę do odmowy wystawienia Świadectwa Przejęcia?*
- 6) *Czy nieuzyskanie przez Wykonawcę pozwolenia na budowę w zakresie remontu ul. Towarowej w Myszkowie może stanowić podstawę do odmowy wystawienia Świadectwa Przejęcia?*
- 7) *Czy Inżynier Projektu może uchylić się od skutków prawnych czynności polegającej na wystawieniu Świadectwa Przejęcia?*

8) *Jakie skutki wywołuje wystawienie Świadcstwa Przejęcia dla umowy o dofinansowanie na realizację projektu?*

3. Analiza prawna:

W pierwszej kolejności ustalenia wymaga, czy w przedmiotowej sprawie ziściły się podstawy i warunki do dokonania odbioru końcowego zadania. W tym celu, analizy prawnej wymagają przede wszystkim zapisy kontraktowe dotyczące odbiorów końcowych robót, ich zasad oraz warunków, a także podstawy formalno – prawne tych czynności. W tym zakresie kluczową rolę w ustaleniu praw i obowiązków dla wszystkich Stron kontraktu, tj. Zamawiającego, Wykonawcy jak też Inżyniera Projektu mają: Umowa, Szczególne Warunki Kontraktu („SWK”), a także Załącznik nr 1 do Uchwały nr 268/2020 w przedmiocie warunków i zasad odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych.

3.1. Warunki odbioru końcowego robót:

Zgodnie z § 2 Umowy na wykonanie robót budowlanych, który został zmieniony Aneksiem nr 1 z dnia 20 grudnia 2019 r. (§ 4 ust. 2 pkt 1), Wykonawca zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu umowy w okresie od daty rozpoczęcia zgodnie z Subklauzulą 8.1. Warunków Szczególnych, nie dłużej niż do dnia 29 grudnia 2020 r.

Zgodnie z pkt 1.1.6.26 Subklauzuli 1.1 SWK przez pojęcie „Odbiór końcowy” rozumie się *odbiór polegający na ocenie rzeczywistego wykonania Robót lub części Robót (Odcinek) w odniesieniu do zakresu (ilości), jakości Robót oraz parametrów opisanych w Umowie, o którym mowa w Subklauzuli 2.7 Warunków Szczególnych.*

Zgodnie natomiast z Subklauzulą 2.7 SWK: *„W terminie 30 dni przed Odbiorem Końcowym, Wykonawca przekaze Inżynierowi dokumentację budowy oraz dokumentację powykonawczą odbieranych Robót lub części Robót (Odcinek), w tym zakresie, w jakim wymagane jest pozwolenie na użytkowanie, a także komplet dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych (jeżeli wymagane), zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2013 poz. 1594 z późn. zm.). Inżynier najpóźniej w terminie 21 dni od daty dostarczenia tej dokumentacji dokona jej weryfikacji, następnie ją zatwierdzi bądź zwróci do poprawy, przedkładając na bieżąco, o ile będzie to możliwe, uwagi do tej*

dokumentacji. Wykonawca będzie niezwłocznie wprowadzać poprawki do dokumentacji na skutek uwag Inżyniera.”

Nadto, Subklauzula 10.1 SWK stanowi, iż: *„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) poniżej, oraz*
- b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą Subklauzulą.*

Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego. W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powyższy termin zaczyna biec z chwilą uzyskania tego pozwolenia (...).”

W dalszej części Subklauzula 10.1 SWK odnosi się do obowiązków Inżyniera Projektu w zakresie wystawienia Świadectwa Przejęcia i stanowi, iż: *„Inżynier w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:*

- (i) wystawi 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 (użycie do czasu ukończenia tej pracy i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności); lub*
- (ii) odrzuci wniosek, podając i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadectwa Przejęcia. Wtedy Wykonawca ukończy tę pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszej Subklauzuli.*

Jeżeli Inżynier ani nie wystawi Świadectwa Przejęcia, ani nie odrzuci wniosku Wykonawcy w ciągu tego okresu 28 dni i jeżeli Roboty lub Odcinek (w zależności od przypadku) są w istocie zgodne z Kontraktem, to będzie się uważało, że Świadectwo Przejęcia zostało wystawione w ostatnim dniu tego okresu.”

W pozostałym zakresie, szczegółowe warunki i zasady odbiorów końcowych uregulowane zostały w załączniku nr 1 do Uchwały nr 268/2020 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 20 kwietnia 2020 r., co potwierdził także Inżynier Projektu we wspomnianych wcześniej pismach o powołanie Komisji odbioru końcowego (z dnia 16 grudnia 2020 r., 23 grudnia 2020 r. i 29 grudnia 2020 r.),

a także w Świadectwie Przejęcia Robót z dnia 08 lutego 2021 r. oraz Wykonawca w piśmie z dnia 03 lutego 2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7017/MD).

W związku z tym wskazać również należy, iż warunki dokonania odbiorów końcowych mające znaczenie w przedmiotowej sprawie, zostały określone w następujących postanowieniach ww. Uchwały nr 268/2020, tj.:

- § 5 ust. 5: „*Odbiory końcowe to odbiory mające na celu ostateczne przekazanie Zamawiającemu przedmiotu umowy, po sprawdzeniu jego należytego wykonania. Odbiory końcowe stanowią potwierdzenie wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy po całkowitym zakończeniu części lub całości robót oraz po wykonaniu z wynikiem pozytywnym pomiarów i badań.*”
- § 6 ust. 4: „*Warunkiem uznania, że roboty budowlane podlegające odbiorowi, o którym mowa w par. 5 ust. 1 pkt 1, 2, 3 lub 4¹ spełniają warunki, o których mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 – 3 i 5² jest także:*
 - 1) *dostarczenie pełnej dokumentacji związanej z wykonywanymi robotami w terminie określonym w § 11 ust. 4³ i uzyskanie pisemnego oświadczenia od Użytkownika o dokonaniu odpowiednich zmian w dokumentacji (...);*
 - 2) *warunkiem odbioru jest również zgłoszenie i oświadczenie Wykonawcy i Inżyniera o poprawności wykonania robót poprzedzone odpowiednimi wpisami do dziennika robót.*”
- § 9 ust. 3: „*Do rozpoczęcia prac Komisji odbioru końcowego wymagane jest przedstawienie przez Wykonawcę operatu kolaudacyjnego zweryfikowanego i sprawdzonego przez Inżyniera/Inspektora nadzoru w terminie uwzględniającym czas dla Komisji odbioru końcowego na zapoznanie się z dokumentacją powykonawczą i kolaudatem (co najmniej 10 dni przed planowanym terminem komisji odbioru końcowego) (...).*” W dalszej części postanowienie

¹ § 5 ust. 1 załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020: „*Wyróżnia się następujące rodzaje odbiorów:*

- 1) *częściowe (w tym robót zanikających lub ulegających zakryciu);*
- 2) *techniczne;*
- 3) *eksploatacyjne;*
- 4) *końcowe;*
- 5) *gwarancyjne (przeeglądy) i pogwarancyjne (ostateczne).*

² § 4 ust. 2 załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020: „*Odbiór robót obejmuje określenie:*

- 1) *zakresu, jakości i terminowości wykonanych robót;*
- 2) *zgodności robót z dokumentacją projektową, umową, warunkami technicznymi oraz innymi przepisami;*
- 3) *przydatności obiektów do podjęcia eksploatacji;*
- 4) *wad i dalszego trybu postępowania;*
- 5) *opcjonalnie zastrzeżeń dotyczących należności dla Wykonawcy oraz kosztów robót*”

³ § 11 ust. 4 załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020: „*Dokumenty niezbędne dla wprowadzenia zmian w regulaminach technicznych posterunków ruchu oraz warunkujących dopuszczenie do eksploatacji powinny być przekazane przez Wykonawcę za pośrednictwem Inżyniera właściwym komórkom organizacyjnym IZ na 28 dni przed terminem rozpoczęcia prac komisji odbioru.*”

§ 9 ust. 3 w sposób enumeratywny wymienia z jakich dokumentów składa się operat kołaudacyjny.

- § 10 ust. 3: „*Protokół odbioru przygotowuje Przewodniczący Komisji na podstawie pracy Komisji.*”
- § 10 ust. 4: „*Protokół (każda strona protokołu) jest podpisywany przez wszystkich członków Komisji.*”
- § 10 ust. 5: „*W przypadku nieodebrania robót zgłoszonych przez Wykonawcę w protokole należy określić przyczyny nieodebrania przedstawionego do odbioru zakresu robót, termin usunięcia tych przyczyn oraz ewentualny nowy termin odbioru.*”

Przenosząc powyższe uwarunkowania umowne na grunt opiniowanej sprawy należy przede wszystkim przeanalizować, czy zostały spełnione wszystkie warunki określone umową dające podstawy do przystąpienia do odbioru końcowego, a także czy wszystkie podmioty biorące udział w procesie odbioru końcowego wywiązały się ze swoich obowiązków.

W tym zakresie należy w pierwszej kolejności mieć na względzie zapis Subklauzuli 2.7 SWK, która nakazuje Wykonawcy na co najmniej 30 dni przed odbiorem końcowym przekazać Inżynierowi kompletną dokumentację budowy oraz powykonawczą, w tym związaną z certyfikacją i dopuszczeniem do eksploatacji. Inżynier zaś, zgodnie z ww. Subklauzulą ma obowiązek zweryfikowania i zatwierdzenia tej dokumentacji lub do jej zwrotu w celu poprawienia. Postanowienia ww. Subklauzuli w zasadzie w tym zakresie pokrywają się z postanowieniami załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020.

Warto również zwrócić uwagę na zapis Subklauzuli 5.6 [dokumentacja powykonawcza], zgodnie z którą: „*(...) Roboty nie będą uważane za ukończone dla celów ich przejęcia według Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych, aż Inżynier otrzyma te dokumenty (...)*” [akapit 4, zdanie 2] oraz „*(...) Roboty nie będą uważane za ukończone dla celów ich przejęcia według Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych, aż Inżynier otrzyma te dokumenty, a Wykonawca w imieniu i na rzecz Zamawiającego uzyska decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.*” [akapit 7].

W tym miejscu dla potrzeb niniejszej opinii należy ustalić, że Komisja odbioru została powołana przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2020 r. (dla wszystkich branż), zaś prace komisji miały

rozpocząć się w dniu 22 grudnia 2020 r. Jak wynika z analizy stanu faktycznego w niniejszej sprawie, **Wykonawca w odpowiednim terminie nie przedstawił wymaganej, kompletnej dokumentacji powykonawczej wynikającej z warunków umowy.**

Przede wszystkim fakt ten wynika z pism Inżyniera potwierdzających gotowość do odbioru (z dnia 16 grudnia 2020 r., 23 grudnia 2020 r. i 29 grudnia 2020 r.), w których Inżynier wskazuje wprost, że nie została dostarczona dokumentacja powykonawcza w zakresie certyfikacji właściwego podsystemu TSI. Warto jednak zauważyć, że zgodnie z postanowieniami umowy, SWK oraz Uchwały 268/2020, przytoczonych we wcześniejszej części opinii, obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji powykonawczej obejmował również dokumenty związane z procesem certyfikacji. **Abstrahując od tego, że Wykonawca dokumentację w zakresie certyfikacji uzupełniał w późniejszym czasie, to uznać należy, że na dzień zgłoszenia do odbioru oraz na dzień potwierdzenia gotowości przez Inżyniera dokumentacja nie była kompletna, a tym samym nie można było uznać, że zadanie zostało ukończone. W ocenie Opiniującego, Inżynier Projektu nie powinien był w takiej sytuacji potwierdzać gotowości zadania do odbioru, natomiast powinien postąpić zgodnie z Subklauzulą 2.7 oraz 5.6. SWK, tj. wezwać Wykonawcę do uzupełnienia tej dokumentacji i oczekiwać na potwierdzenie gotowości do odbioru, aż do czasu ich uzyskania.**

Co więcej, jak wynika z analizy opisanej na wstępie korespondencji pomiędzy Stronami, brak jest również w przedmiotowej sprawie wszelkich koniecznych decyzji administracyjnych wymaganych warunkami umowy, w tym pozwolenia na budowę dla drogi w ciągu ulicy Towarowej w Myszkowie. I choć w zakresie tym Wykonawca przedstawiał stanowisko, iż brak ww. pozwolenia wynika z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, to faktem pozostaje, że dokumentacji tej brakowało, a tym samym uznać należało, że także w tym zakresie dokumentacja powykonawcza podlegała uzupełnieniu. Okoliczności, na które powołuje się Wykonawca mogą mieć wpływ i znaczenie dla ewentualnego zgłoszenia innych roszczeń z tego tytułu przez Wykonawcę względem Zamawiającego. Jednakże sam fakt, że dokumentacja ta była niekompletna pozostaje bezsporny.

Ponadto, jak wynika z korespondencji Zamawiającego, 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. Bez wątpienia odbiory techniczne muszą poprzedzać odbiór końcowy.

Zgodnie bowiem z § 5 ust. 3 załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020: „*Odbiory techniczne są to odbiory mające na celu sprawdzenie budowanych i przebudowywanych budowli i urządzeń pod kątem spełnienia przez nie wymagań technicznych i innych wymagań określonych w przepisach, standardach, normach, instrukcjach, dokumentacji itp.*”. Wobec tego, także brak zakończonych odbiorów technicznych nie uprawniał do dokonania odbioru końcowego całości robót.

Definicję odbiorów technicznych określa również pkt 1.9.1.2 PFU (w Załączniku nr 5 – Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych, zgodnie z którym odbiory techniczne: „*Polegają one na ocenie jakości części prac i Robót stanowiących zamkniętą całość w ramach danej branży, którą można przekazać do eksploatacji. Odbiory te wykonywane są w ramach odbiorów eksploatacyjnych i końcowych*”

Dodatkowo, do dnia spotkania Komisji odbioru końcowego, Wykonawca nie przedstawił operatu kołaudacyjnego, a Inżynier nie dokonał jego weryfikacji i zatwierdzenia. Wynika to z informacji uzyskanej od Inżyniera Projektu, który wskazał, iż: „*Odbyło się jedno posiedzenie Komisji w zakresie branży trakcyjnej w dniu 22 grudnia 2020 r. W spotkaniu brali udział: Zamawiający (usunięto dane osobowe⁴), Inżynier Projekt i przedstawiciele Użytkownika. Efektem spotkania było stwierdzenie, że Użytkownik otrzyma od Zamawiającego Operat kołaudacyjny, zapozna się z nim i złoży ewentualne uwagi.*” Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Uchwały nr 268/2020 operat kołaudacyjny składa się między innymi z: pozwolenia na budowę, protokołów odbiorów technicznych i przekazania do eksploatacji, dokumentacji dotyczącej certyfikatów weryfikacji podsystemów strukturalnych (§ 9 ust. 3 pkt 2, 5b), 19). Niezależnie od terminowości przedłożenia tego operatu (na co najmniej 10 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia prac komisji odbioru końcowego), zgodnie z przywołanymi wcześniej zapisami, należy mieć na względzie, iż operat nie był kompletny, albowiem jak już wskazano wcześniej nie zawierał co najmniej: pozwolenia na budowę, protokołów wszystkich odbiorów technicznych oraz dokumentacji certyfikacyjnej. Powyższe warunki dotyczące kompletności dokumentacji powykonawczej oraz operatu

⁴ przypis autora opinii

kolaudacyjnego znajdują również potwierdzenie w zapisach pkt 4.8 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU).

W związku z powyższym, mając na uwadze dostarczenie niepełnej dokumentacji powykonawczej, a także między innymi brak odbiorów technicznych, zdaniem Opiniującego nie doszło w niniejszej sprawie do ziszczenia warunków uzasadniających zgłoszenie gotowości do odbioru robót, a następnie przystąpienie do odbioru końcowego zadania.

Bez znaczenia przy tym pozostaje fakt, iż Zamawiający dokonał powołania Komisji odbioru końcowego, na który to argument powołuje się Wykonawca, albowiem nie powoduje to z mocy prawa, że Wykonawca nie ma obowiązku realizacji wszystkich wymagań określonych w umowie i odnośnych dokumentach niezbędnych do ukończenia zadania. Skoro Wykonawca zgłosił gotowość do odbioru robót, a Inżynier Projektu to potwierdził to Zamawiający zobligowany był do rozpoczęcia tej procedury. Późniejsza weryfikacja okoliczności, o których mowa wyżej, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od czynności odbiorowych czy też odmowy dokonania odbioru końcowego, zwłaszcza mając na względzie także dodatkowe kwestie związane między innymi z nieukończeniem robót i ich wadami, co z kolei będzie przedmiotem rozważań w dalszej części opinii.

3.2. Charakter robót nieukończonych/wad robót:

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia jest również to, czy roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, a w szczególności czy zakres robót niedokończonych stanowi drobną, zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót, a więc czy wady zgłoszone przez Zamawiającego stanowią wady istotne czy też nieistotne i ich istnienie nie powinno tamować procedury odbioru końcowego.

Zgodnie z Subklauzulą 10.1 lit. a) SWK, roboty zostaną uznane za ukończone zgodnie z Kontraktem, z wyjątkiem tego co zostało dozwolone w tiret (i) poniżej, tj. *„pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użyciu Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu.”*

Nie pozostawia wątpliwości w przedmiotowej sprawie, iż jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego (inwestora) w procesie budowlanym jest obowiązek odebrania obiektu przewidzianego do wykonania zgodnie z umową, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Obowiązek ten wynika wprost z dyspozycji przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”), a także z warunków kontraktu.

Obecnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, zgodnie z którym obowiązek inwestora odebrania obiektu nie może być pojmowany mechanicznie tzn., że jego powstanie jest niezależne od rodzaju, zakresu i wagi stwierdzonych wad. Przyjmuje się, że inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami⁵. W myśl poglądu dominującego w orzecznictwie Sądu Najwyższego podstawy faktyczne uzasadniające odmowę odebrania obiektu należy oceniać *a casu ad casum*⁶. Zależnie od rodzaju i przeznaczenia obiektu taka sama wada w jednym przypadku może być istotna, a w innym zupełnie pozbawiona znaczenia dla wartości użytkowych obiektu.

W związku z powyższym, przede wszystkim należy ustalić czym jest wspomniana powyżej „wada istotna” w rozumieniu przesłanki do odmowy odbioru robót. Zgodnie z orzecznictwem sądów, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy 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. **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.⁷

⁵ por.: wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt: I CSK 333/16; wyrok SN z dnia 07marca 2013 r., sygn. akt: II CSK 476/12;

⁶ *od przypadku do przypadku*

⁷ por. wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt: V ACa 1302/17

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że o wadach w wykonaniu robót możemy mówić w przypadku, gdy zostały one wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, ale wykonanie to nastąpiło w sposób ogólnie mówiąc nieprawidłowy.

Tym samym o pracach, które nie zostały wykonane lub niedokończone, nie można rozważać w kategorii wad, ale jako prac/robót niewykonanych/nieukończonych. W tym względzie, na potrzeby niniejszej opinii należy dokonać analizy czy prace „do wykonania” zgłoszone przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 12 stycznia 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1-0815-POIiŚ 5.2-6/13/2021) stanowią „drobne, zaległe prace” w rozumieniu Subklauzuli 10.1 tiret (i) oraz 11.1 lit. a) SWK.

W ocenie Opiniującego, nie wszystkie wskazane przez Zamawiającego roboty do wykonania w ww. piśmie, a także uzupełnieniu z dnia 26 stycznia 2021 r. (znak: IRRK 4/3/1-217.21.2021.IRE-1764-I) można uznać za drobne, zaległe prace nie mające w istocie wpływu na użycie robót do przeznaczonego im celu. **Część z nich stanowi bowiem niewykonanie zobowiązania umownego, przez co odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie. Dotyczy to, zdaniem Opiniującego przede wszystkim:**

- **braku wykonania części ekranów akustycznych** – jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy jest zgodnie z pkt I PFU zmniejszenie oddziaływania na środowisko.
Zatem skoro ekrany akustyczne nie zostały wybudowane zgodnie z decyzją środowiskową, to nie można uznać, że wykonane roboty nadają się do przeznaczonego im celu. Wobec tego nie sposób również zgodzić się, że są to drobne, zaległe prace, bowiem w istocie stanowią o niewykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy i nie realizują jej celu;
- **braku zabudowy wygrozdzenia na przejazdach kolejowych, braku wykonania rowów bocznych, braku usunięcia fundamentów słupów trakcyjnych na szlakach i stacjach** – jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy jest zgodnie z pkt I PFU poprawa bezpieczeństwa ruchu kolejowego, podróźnych, przewożonych ładunków oraz ruchu drogowego na przejazdach kolejowych. Wskazany powyżej zakres nieukończonych prac odnosi się do bezpieczeństwa ruchu kolejowego;
- **brak certyfikacji weryfikacji WE** – jednym z głównych celów i efektów realizacji przedmiotu umowy jest zgodnie z pkt I PFU zapewnienie interoperacyjności kolei. Brak kompletnej dokumentacji certyfikującej nie tylko nie realizuje w pełni tego celu, ale zakres ten należy

również rozpatrywać w zakresie dostarczenia niepełnej dokumentacji powykonawczej, zgodnie z Subklauzulą 2.7 SWK.

Warto przy tym także podkreślić, że nieprzekazanie przez Wykonawcę kompletnej dokumentacji przewidzianej w umowie, koniecznej do oceny zgodności wykonania dzieła z wymaganiami technicznymi oraz bezpieczeństwa korzystania z dzieła i jego użytkowania, stanowi wadę istotną dzieła⁸. Powyższe znajduje także odniesienia do niedostarczenia przez Wykonawcę pozwolenia na budowę dla drogi w ciągu ulicy Towarowej w Myszkowie.

Reasumując, mając powyższe na uwadze, w ocenie Opiniującego przynajmniej część prac i robót wskazanych przez Zamawiającego, kwalifikuje się do uznania ich jako nieukończone zgodnie z kontraktem lub jako wady istotne. **W związku z powyższym, uprawniona staje się teza, że Zamawiający mógł odmówić odbioru końcowego, do czasu ukończenia prac i usunięcia wad istotnych.**

3.3. Jednostronny protokół odbioru końcowego:

Następnie, przeanalizowania wymaga zagadnienie czy Wykonawca w okolicznościach przedmiotowej sprawy, miał prawo do podpisania jednostronnego protokołu odbioru oraz czy tak sporządzony protokół jest skuteczny oraz wiążący dla pozostałych stron, tj. Zamawiającego i Inżyniera Projektu.

Opiniujący pragnie zwrócić uwagę, że już samo ustalenie okoliczności wskazanych w pkt 3.2. niniejszej opinii prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie był uprawniony do wystawienia jednostronnego protokołu odbioru, bowiem po pierwsze nie zaistniały przesłanki określone umową do zgłoszenia gotowości prac do odbioru, zaś po drugie Zamawiający w istocie dokonał odmowy odbioru końcowego, z uwagi na nieukończenie robót i ujawnienie wad istotnych.

⁸ por. m.in. wyrok SN z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt: II CSK 213/11; wyrok SN z dnia 25 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 610/13;

Przede wszystkim wskazać jednak należy, iż zgodnie z ustalonym stanem faktycznym Zamawiający przystąpił do czynności odbiorowych, między innymi poprzez powołanie w dniu 21 grudnia 2020 r. Komisji odbioru końcowego oraz rozpoczęcie jej prac w dniu 22 grudnia 2020 r.

W związku z tym, z takiej czynności powinien zostać sporządzony protokół odbioru, w którym zawarte zostałyby ustalenia dotyczące konieczności wykonania prac nieukończonych, usunięcia wad istotnych oraz niezbędne terminy. **Ze względu na istotne znaczenie odebrania obiektu dla ostatecznego rozliczenia inwestora z wykonawcą, dla odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady obiektu oraz dla odpowiedzialności gwarancyjnej, czynność ta powinna być należycie udokumentowana.** W przypadku, gdy inwestor bez uzasadnionego powodu odmawia odebrania obiektu, dopuszcza się zwłoki, której skutki określone są w art. 486 § 1 KC [zwłoka wierzyciela].⁹ Warto przy tym wskazać także choćby na zapis § 10 ust. 5 załącznika nr 1 do Uchwały nr 268/2020, zgodnie z którym: „*W przypadku nieodebrania robót zgłoszonych przez Wykonawcę w protokole należy określić przyczyny nieodebrania przedstawionego do odbioru zakresu robót, termin usunięcia tych przyczyn oraz ewentualny nowy termin odbioru.*” **W tym zakresie należy zatem wskazać, iż Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku i rozpoczętych czynności odbiorowych nie udokumentował, ograniczając się jedynie do pisma z dnia 12 stycznia 2021 r. informującego o wstrzymaniu prac Komisji odbioru końcowego. Zdaniem Opiniującego, pismo to należy w istocie traktować jako odmowę dokonania odbioru, a wobec tego taka odmowa i jej przyczyny powinny zostać zawarte w protokole odbioru, co jednak nie nastąpiło.**

Wobec powyższego, analizy wymaga kwestia tego, czy Wykonawca w realiach przedmiotowej sprawy mógł wystawić w dniu 8 lutego 2020 r. jednostronny protokół odbioru oraz jaką moc posiada tak wystawiony dokument.

W doktrynie oraz judykaturze przyjmuje się, że dokonywanie jednostronnych protokołów odbiorów robót jest dopuszczalne w sytuacji, gdy którakolwiek ze stron uchyła się od realizacji obowiązku odbioru¹⁰. Dostrzec należy, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie określają

⁹ por. red. prof. ucz. UW dr hab. K. Osajda, *Kodeks cywilny, Komentarz*, wyd. 27/B. Lackoroński, 2020

¹⁰ por. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt: II CKN 673/97; wyrok SN z dnia 5 marca 1997 r., sygn. akt: II CKN 28/97

żadnej szczególnej formy dla dokonania czynności odbioru robót, a kwestia ta zostaje zazwyczaj unormowana pomiędzy stronami w umowie.

Orzecznictwo sądów przyjmuje przy tym również, że możliwe jest faktycznie przyjęcie robót przez tzw. fakty dokonane.¹¹ W przedmiotowej sprawie Strony umówiły się jednak, że podstawą dokonania odbioru robót będzie protokół odbioru końcowego, a w tym celu zostanie powołana Komisja składająca się z przedstawicieli: Wykonawcy, Zamawiającego, Inżyniera Projektu oraz Użytkownika. Ponadto, umowa nie przewidywała możliwości wystawienia przez którąkolwiek ze stron jednostronnego protokołu odbioru końcowego, ani nie określała procedury związanej się z sytuacją, gdy którąkolwiek ze stron uchyla się od dokonania czynności odbioru.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż w jej okolicznościach nie sposób uznać, że Zamawiający uchylał się od dokonania czynności odbioru w ogóle. Do czynności tej Zamawiający przystąpił, jednakże z uwagi na stwierdzenie nieukończenia robót i istnienia wad przerwał ich odbiór i wezwał Wykonawcę do wykonania tych prac oraz wyznaczył termin w tym celu.

Odnosząc się do orzecznictwa Sądu Najwyższego w przedmiocie jednostronnych protokołów odbioru, na które w swojej korespondencji powołują się także Wykonawca oraz Inżynier Projektu, to należy podkreślić, że rozważania w nich zawarte dotyczą odmiennych stanów faktycznych, a przy tym wydane zostały w innym stanie prawnym, ponad 20 lat temu. Przez okres ten, diametralnej zmianie uległy warunki kontraktów na roboty budowlane, przez co orzeczeń tych nie sposób przenieść na grunt przedmiotowej sprawy. Co więcej, w stanie faktycznym, którego dotyczą wspomniane wyroki (m.in. II CKN 673/97) strony przewidziały w umowie możliwość wystawienia jednostronnego protokołu, co natomiast nie miało miejsca w opiniowanej sprawie.

Nie można również tracić z pola widzenia, że przedmiotowa inwestycja realizowana jest w oparciu o warunki kontraktu tzw. FIDIC, w których również nie zostało określone uprawnienie do wystawienia jednostronnego protokołu odbioru robót.

¹¹ por. wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 września 2005 r., sygn. akt: I ACa 222/05

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na fakt, iż **Wykonawca pismem z dnia 05 lutego 2021 r. (znak: ZAW/2021/02/7047/MD) wezwał Zamawiającego do przekazania protokołu odbioru końcowego zadania w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08 lutego 2021 r. pod rygorem sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego przedmiotowych robót. Wątpliwa pozostaje skuteczność takiego wezwania w realiach niniejszej sprawy, z uwagi na to, iż Zamawiający uprzednio poinformował Wykonawcę o konieczności ukończenia prac i usunięcia wad w ich wykonaniu, przed dokonaniem odbioru końcowego.** Wykonawca nie czekając jednak do końca upływu wyznaczonego przez siebie terminu, już w dniu 08 lutego 2021 r. sporządził wspomniany jednostronny protokół odbioru końcowego robót. Wyjaśnić należy, iż zgodnie z zasadami obliczania terminów w prawie cywilnym, termin wyrażony konkretną datą kończy się z upływem właśnie tego dnia (daty). W niniejszej sprawie, termin wyznaczony przez Wykonawcę upłynął więc w dniu 08 lutego 2021 r. o godz. 23:59. **W związku z tym, w ocenie Opiniującego, protokół jednostronny z dnia 08 lutego 2021 r., nawet gdyby przyznać Wykonawcy prawo do jego wystawienia niezależnie od wcześniejszych rozważań, został sporządzony przedwcześnie i choćby przez to nie może być skutecznie wiążący.** Jeszcze w tym samym dniu, Wykonawca przekazał rzeczony jednostronny protokół Inżynierowi celem wystawienia Świadectwa Przejęcia. Inżynier Projektu w tym samym dniu wystawił Świadectwo Przejęcia Robót, uznając przekazany przez Wykonawcę protokół.

Zdaniem Opiniującego, skoro Wykonawca już zdecydował się na sporządzenie jednostronnego protokołu odbioru, to powinien w nim uwzględnić również te uwagi, które wcześniej wskazywał Zamawiający pismami z dnia 12 stycznia 2021 r. czy 26 stycznia 2021 r. oraz wskazane tam terminy.

Nadto, zgodnie z ustaleniami, w skład Komisji odbioru końcowego wchodził nie tylko przedstawiciel Zamawiającego i Wykonawcy, ale również Inżynier Projektu, który mając wiedzę na temat zaistniałego sporu w zakresie nieukończenia robót i stwierdzonych wad, również powinien podać w wątpliwość tak otrzymany protokół. Zdaniem Opiniującego, Wykonawca protokół winien również przesłać pozostałym członkom Komisji w celu ewentualnego złożenia przez nich podpisu.

Zupełnie niezrozumiałe pozostaje także podanie w protokole odbioru końcowego daty 29 grudnia 2020 r., skoro bezsporne jest, że w dniu tym nie doszło do żadnych odbiorów, nawet jednostronnych,

a na końcu w protokole widnieje data 08 lutego 2021 r. Wszak, z informacji uzyskanych od Stron wynika, że spotkanie Komisji w dniu 29 grudnia 2020 r. nie odbyło się, z uwagi na sytuację epidemiczną, a kolejne miało zostać zwołane na początku 2021 roku. Zatem oczywistym jest, że strony nie planowały nawet hipotetycznie, że w dniu 29 grudnia 2020 r. dojdzie do odbioru końcowego, stąd też wskazanie w protokole, że w tym dniu do tego doszło jest niesłuszne. Także Inżynier Projektu w Świadectwie Przejęcia Robót wskazuje, że roboty zostały wykonane w okresie od 20 lipca 2017 r. do 08 lutego 2021 r., co również pozostaje w sprzeczności z jednostronnym protokołem odbioru końcowego.

Podsumowując, w okolicznościach przedmiotowej sprawy **nie było podstaw do sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru, z uwagi na brak odpowiednich unormowań umownych w tym zakresie, a także brak przesłanki bezzasadnego uchylania się przez Zamawiającego od odbioru. Nadto nawet gdyby już uznać, że uprawnienie takie przysługiwało, to protokół ten powinien uwzględniać także stanowisko Zamawiającego, które zostało przez niego uprzednio wyraźnie sformułowane na piśmie wobec Wykonawcy i Inżyniera Projektu. Przy tym protokół ten został wystawiony przedwcześnie, przed upływem terminu wyznaczonego Zamawiającemu.**

3.4. Świadectwo Przejęcia Robót:

Wykonawca w dniu 11 stycznia 2021 r. pismem znak: ZAW/2021/01/6884/TF, wystąpił do Inżyniera Projektu z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót zgodnie z warunkami Subklauzuli 10.1 SWK dla całości robót objętych Kontraktem. Opiniującemu nie jest wiadomym czy Inżynier Projektu w jakikolwiek sposób odniósł się do tego wniosku lub czy wzywał Wykonawcę o jego uzupełnienie. W związku z tym, że w otrzymanej od Stron Kontraktu dokumentacji brak jest pism, które wskazywałyby na reakcję Inżyniera w tym zakresie, Opiniujący na potrzeby niniejszej opinii przyjmuje, że takich reakcji nie było. Dopiero w dniu 08 lutego 2021 r., po otrzymaniu od Wykonawcy jednostronnego protokołu odbioru, Inżynier Projektu wystawił Świadectwo Przejęcia Robót dla całości robót objętych kontraktem.

Zgodnie z Subklauzulą 10.1 SWK: „Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego.” Poza sporem w sprawie pozostaje, że na dzień złożenia wniosku o wystawienie Świadectwa Przejęcia, tj. 11 stycznia 2021 r. nie został dokonany odbiór końcowy robót. Tym samym, złożenie

wniosku przez Wykonawcę było przedwczesne i wniosek taki nie powinien być przez Inżyniera Projektu przyjęty, z uwagi na nienadejście terminu do jego złożenia, tj. brak odbioru końcowego, o czym Inżynier Projektu wiedział. Co więcej, na dzień 11 stycznia 2021 r. brak było choćby nawet tego jednostronnego protokołu odbioru, co także w ocenie Opiniującego obligowało Inżyniera Projektu do nieprzyjęcia takiego wniosku. Skoro rzeczony wniosek o wystawienie Świadectwa Przejęcia był przedwczesny, to nie rozpoczął również biegu 28-dniowy termin wynikający z Subklauzuli 10.1 SWK, do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub odrzucenia wniosku. Ponadto, nawet gdyby uznać, że wniosek ten mógł zostać w dniu 11 stycznia 2021 r. złożony przez Wykonawcę, to winien zostać przez Inżyniera Projektu odrzucony, w ciągu wspomnianych 28 dni.

Nadto, nawet gdyby uznać, że Inżynier Projektu winien był przyjąć wniosek o wydanie Świadectwa Przejęcia, to z uwagi na ujawnione kolejnego dnia okoliczności (dotyczące zgłoszenia przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 stycznia 2021 r. nieukończenia robót oraz stwierdzenia wad), w tym mając w szczególności na względzie obszerną korespondencję pomiędzy stronami, **Inżynier Projektu, zgodnie z Subklauzulą 10.1 tiret (ii) powinien odrzucić wniosek, podając i wyszczególniając prace wymagane do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadectwa Przejęcia.**

W ocenie Opiniującego, Inżynier Projektu nie powinien w sposób bezkrytyczny przyjmować stanowiska Wykonawcy, mając przede wszystkim na uwadze sprzeciw Zamawiającego wobec dokonania odbioru końcowego oraz zgłoszonych przez niego robót wymagających ukończenia. Uwagi Zamawiającego zostały przez Inżyniera Projektu zignorowane lub też wbrew opinii Zamawiającego, Inżynier nadał im odmienne znaczenie. **Trudno w tym stanie sprawy zgodzić się ze stanowiskiem Inżyniera jakoby nie miał innej możliwości jak wystawienie Świadectwa Przejęcia, skoro Subklauzula 10.1 SWK przewiduje również możliwość odrzucenia wniosku.**

W tym miejscu warto przytoczyć jedno z najnowszych stanowisk Sądu Najwyższego, zawarte w wyroku z dnia 13 września 2017 r. (sygn. akt: IV CSK 578/16) w którym Sąd rozprawia na temat zależności pomiędzy protokołem odbioru a świadectwem przejęcia w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC, a także odnosi się do obowiązków Inżyniera Projektu w tym zakresie i stwierdza, iż: *„Skład Sądu Najwyższego rozpoznający skargę kasacyjną przychylił się do poglądu, zgodnie z którym w świadectwie przejęcia wskazywana jest data ukończenia robót. W tym miejscu*

zauważyć należy, że wystawienie przez inżyniera kontraktu świadectwa przejścia ma, podobnie jak protokół odbioru, charakter akceptujący. Inżynier nie ma bowiem obowiązku wystawienia takiego dokumentu, pomimo złożenia stosownego wniosku przez wykonawcę, jeżeli stan realizacji robót uniemożliwia jego wydanie. W takim przypadku inżynierowi przysługuje prawo do odrzucenia wniosku o wydanie tego dokumentu połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do wystawienia świadectwa przejścia. Ponadto wydanie tego dokumentu poprzedza przeprowadzenie udanych prób końcowych, które obejmują próby przedodbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania, że roboty odpowiadają kryteriom sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1). Wydanie świadectwa przejścia poprzedza przekazanie inżynierowi kontraktu dokumentacji powykonawczej (klauzula 5.6). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie świadectwa przejścia kończy okres czasu na ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 warunków kontraktowych. Nadto świadectwo przejścia pozwala zamawiającemu na przejście przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu jego używanie, zgodnie z założonym celem.”¹²

Zdaniem Opiniującego, w świetle okoliczności przedmiotowej sprawy, Inżynier Projektu winien był odrzucić wniosek o wystawienie Świadectwa Przejścia.

Jak już zostało wcześniej podniesione, w celu wydania Świadectwa Przejścia nie został spełniony także warunek wynikający z Subklauzuli 5.6 SWK, tj. przekazanie Inżynierowi kompletnej dokumentacji powykonawczej przez Wykonawcę, zaś zgodnie z tą Subklauzulą „*Roboty nie będą uważane za ukończone dla celów przejścia według Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych, aż Inżynier otrzyma te dokumenty.*” Ta okoliczność również została pominięta przez Inżyniera Projektu przy wystawieniu Świadectwa Przejścia. Ponadto, w kontekście wyżej przytoczonego wyroku Sądu Najwyższego, trudno również zgodzić się z uznaniem, że Zamawiający może korzystać z przedmiotu odbioru, skoro niezrealizowane zostały wszystkie cele wynikające z przedmiotowej inwestycji, o czym mowa w części pkt 3.2. niniejszej opinii.

¹² por. wyrok SN z dnia 13 września 2017 r., sygn. akt: IV CSK 578/16

Z daleko idącej ostrożności można tylko marginalnie wskazać, że ewentualnie termin do złożenia wniosku o wystawienie Świadcstwa Przejęcia, zgodnie z Subklauzulą 10.1 SWK, mógłby skutecznie rozpocząć bieg od dnia 08 lutego 2021 r., tj. dnia sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru końcowego (zakładając, że protokół ten byłby skuteczny). Wniosek ten, w ocenie Opiniującego i tak następnie winien jednak zostać odrzucony w myśl Subklauzuli 10.1 tiret (ii) SWK.

4. Wnioski:

Reasumując powyższe stanowisko oraz rozważania Opiniującego, a jednocześnie, odpowiadając na zadane przez zlecającego niniejszą opinię pytania, wskazuję kolejno co następuje:

Ad. 1

Czy Inżynier mógł podjąć inną decyzję w reakcji na wniosek wykonawcy i nie wystawić świadectwa przejścia? Czy w związku z tym naraziłby się na sankcje prawne?

Zgodnie z analizą zawartą w pkt 3.4. niniejszej opinii, w ocenie Opiniującego Inżynier Projektu mógł, a nawet winien był podjąć inną decyzję w odpowiedzi na wniosek Wykonawcy o wydanie Świadcstwa Przejścia z dnia 11 stycznia 2021 r. **Inżynier Projektu winien był wniosku takiego albo nie przyjąć, albo też odrzucić. Zdaniem Opiniującego, Inżynier Projektu nie naraziłby się w takiej sytuacji na sankcje prawne, bowiem żaden przepis prawa, ani też postanowienia umowne nie nakazują Inżynierowi bezwzględnego zaakceptowania wniosku Wykonawcy.**

Ad. 2

Czy Inżynier musiał uzyskać zgodę lub co najmniej konsultować z Zamawiającym swoją decyzję o wystawieniu świadectwa przejścia?

W ocenie Opiniującego, **Inżynier Projektu winien co najmniej skonsultować się z Zamawiającym przed wydaniem Świadcstwa Przejścia Robót. Inżynier powinien również uwzględnić zgłoszone przez Zamawiającego uwagi, które ujawniły się w korespondencji po przystąpieniu do odbioru końcowego, a o czym Inżynier miał wiedzę, w szczególności w zakresie nieukończonych robót oraz stwierdzonych wad. Warto podkreślić, że Inżynier ma zawartą z Zamawiającym umowę na pełnienie nadzoru nad realizacją projektu i choćby już z tego faktu wynika obowiązek należytego współdziałania stron umowy (art. 354 KC).**

Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z § 8 ust. 3 Umowy na pełnienie nadzoru: „Wykonawca oraz jego personel, zobowiązany jest wykonywać Usługę w sposób, który nie może szkodzić interesom Zamawiającego (...)”. Natomiast zgodnie z § 8 ust. 5 „Wykonawca nie jest uprawniony samodzielnie zwolnić Wykonawcy Robót z jakichkolwiek obowiązków, zobowiązań lub odpowiedzialności wynikających z Umowy na Roboty”, zaś **bez wątpienia wystawienie Świadcstwa Przejęcia stanowi swoiste zwolnienie Wykonawcy z części obowiązków wynikających z Kontraktu.**

Dodatkowo warto również wskazać na treść zapisów pkt 3.2.9 Opisu przedmiotu zamówienia w ramach zadania na pełnienie nadzoru przez Inżyniera Projektu, który określa obowiązki w zakresie dokonywania odbiorów przez Inżyniera, bowiem w ppkt 8 wyraźnie wskazano, iż wystawienie Świadcstwa Przejęcia dla Wykonawcy odbywa się w uzgodnieniu z Zamawiającym.

Ad. 3

Czy PKP PLK miała podstawy prawne do wstrzymania prac komisji odbiorowej?

Jak już wskazano w pkt 3.1. niniejszej opinii, zdaniem Opiniującego, **Zamawiający miał podstawy do odmowy dokonania odbioru końcowego, z uwagi na stwierdzenie nieukończenia części robót oraz stwierdzonych wad istotnych, które mają w istocie wpływ na użycie robót do przeznaczonego im celu.** Odmowa dokonania odbioru końcowego, jest dalej idąca niż wstrzymanie prac Komisji, wobec tego w myśl zasady paremii łacińskiej *a maiore ad minus* – „jeżeli wolno więcej, to wolno mniej”, Zamawiający mógł wstrzymać prace Komisji do czasu usunięcia stwierdzonych wad i nieukończonych robót. Względnie, takie wstrzymanie w istocie należałoby potraktować jako odmowę odbioru robót z tych przyczyn, co jednak nie zostało przez Zamawiającego prawidłowo udokumentowane, zgodnie z opinią wyrażoną w pkt 3.3.

Ad. 4

Czy jednostronnie podpisany przez wykonawcę protokół odbioru końcowego jest formalnie ważny?

Odpowiedź na to pytanie znajduje się w pkt 3.3. opinii. Zdaniem Opiniującego taki jednostronny protokół w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miał podstaw faktycznych oraz prawnych.

Ad. 5

Czy roboty przy przejściu do peronów w Poraju można zaliczyć do robót niedokończonych, które mogą być przesłanką do niewystawienia świadectwa przejęcia? Czy można je jednoznacznie wykluczyć z kontraktu podstawowego?

Opiniujący nie jest w stanie na tym etapie odpowiedzieć na to pytanie, albowiem kwestia prowadzenia robót w zakresie stacji Poraj oraz podstaw formalno-prawnych do ich rozliczenia nie została przez strony dotychczas kategorię uregulowana. Opiniujący nie ma wiedzy czy realizacja tych robót odbywa się w ramach przedmiotowego Kontraktu, ani też czy strony poczyniły jakieś dodatkowe ustalenia dotyczące odbioru tego zakresu robót, dlatego nie sposób udzielić jednoznacznej odpowiedzi.

Ad. 6

Czy nieuzyskanie do tej pory przez wykonawcę pozwolenia na budowę na remont ul. Towarowej w Myszkowie może być przesłanką do niewystawienia świadectwa przejęcia?

Zgodnie ze wskazaniami zawartymi w pkt 3.1. oraz 3.4. opinii, niedostarczenie pozwolenia na budowę stanowi wadę istotną polegającą na przedstawieniu niekompletnej dokumentacji powykonawczej, a zatem może stanowić podstawę do odrzucenia wniosku o wystawienie Świadectwa Przejęcia.

Ad. 7

Czy Inżynier może uchylić skutki swojej decyzji o wystawieniu świadectwa przejęcia?

Umowa na pełnienie nadzoru zawarta pomiędzy Zamawiającym a Inżynierem Projektu w § 15 przewiduje procedurę „naprawczą” w przypadku wystąpienia naruszenia obowiązków przez którąkolwiek ze Stron.

Zgodnie z § 15 ust. 1: „W przypadku wystąpienia Naruszenia, Strona uprawniona do wypowiedzenia Umowy chcąc skorzystać ze swojego prawa, powinna wezwać do zaprzestania Naruszenia/Naruszeń i uchylenia jego/ich skutków, pod rygorem wypowiedzenia Umowy, w terminie 60 Dni od dnia powzięcia wiadomości o wystąpieniu Naruszenia w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności

Termin ten nie kończy biegu w przypadku, kiedy stan Naruszenia ma charakter ciągły, do czasu zaprzestania Naruszenia..”

Zgodnie z § 15 ust. 2: „Wezwanie, pod rygorem bezskuteczności, powinno wskazywać, który z przypadków Naruszenia w opinii Strony zawiadamiającej zaistniał oraz zawierać szczegółowy opis okoliczności uzasadniających twierdzenie Strony o jego wystąpieniu oraz potwierdzające to dowody.”

Nadto zgodnie z § 15 ust. 4 tego postanowienia: „Strona, która otrzymała Wezwanie do zaprzestania Naruszeń i uchylenia jego skutków zobowiązana jest usunąć skutki Naruszenia lub doprowadzić do ustania stanu Naruszenia w terminie 7 dni od dnia zawiadomienia, o ile w zawiadomieniu nie został wyznaczony inny termin.”

Jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego, Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2021 r. (znak: IRRK4/3/1.217.54.2021.IRE-01764-I) wezwał Inżyniera Projektu do uchylenia skutków naruszenia polegającego na wystawieniu Świadcstwa Przejęcia Robót z naruszeniem postanowień umownych, w terminie 3 dni od otrzymania pisma.

W odpowiedzi na powyższe, Inżynier Projektu pismem z dnia 26 lutego 2021 r. (znak: MP/PKP/B0/jt/MO/4512/21) poinformował, iż brak jest jakichkolwiek obiektywnych podstaw do zakwestionowania (uchylenia) skutków wystawienia Świadcstwa Przejęcia na rzecz Wykonawcy.

Wskazać zatem należy w odpowiedzi na postawione pytanie, iż zgodnie z zawartą Umową na pełnienie nadzoru, Inżynier Projektu miał możliwość uchylenia skutków swojej decyzji, jednakże tego nie uczynił, podtrzymując zasadność swojej decyzji.

Postanowienia § 15 ww. Umowy w takiej sytuacji przewidują w ust. 5, iż: *„W przypadku nieusunięcia skutków Naruszenia lub niedoprowadzenia do ustania stanu Naruszenia w terminie wskazanym w ust. 4, Strona uprawniona do wypowiedzenia Umowy, może wyznaczyć dodatkowy termin na naprawę Naruszeń lub wypowiedzieć Umowę.”* Ust. 6 stanowi, iż: *„Oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy powinno być złożone drugiej Stronie na piśmie. Okres wypowiedzenia wynosi 30 dni.”*

Na dzień sporządzenia opinii brak jest, jednakże informacji, aby Zamawiający wystosował do Inżyniera Projektu kolejne wezwanie do usunięcia skutków naruszeń lub wypowiedział Umowę.

Ad. 8

Jakie skutki wywołuje wystawienie świadectwa przejęcia w świetle umowy o dofinansowanie?

Na tym etapie trudno jednoznacznie wskazać jakie skutki wywoła wystawienie Świadectwa Przejęcia dla umowy o dofinansowanie. Sam bowiem fakt wystawienia Świadectwa Przejęcia daje w konsekwencji podstawy do wystąpienia przez beneficjenta z wnioskiem o płatność końcową. Jednakże należy mieć na względzie, że w realiach niniejszej sprawy trudno przyjąć, że Zamawiający z takim wnioskiem by wystąpił, skoro wystawione Świadectwo Przejęcia uznaje za nieważne, a wraz z wnioskiem o płatność końcową należy przedstawić wszelkie dokumenty potwierdzające wykonanie rzeczowe Projektu.

Mirela Korsak – Koledzińska
radca prawny

¹Stanowisko wyrażone w przedmiotowej opinii odnosi się do stanu faktycznego i prawnego z dnia jego sporządzenia i zostało wydane na podstawie informacji przedstawionych przez zlecającego opinię, tj. Fundację im. Stefana Batorego, zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego, Wykonawcę oraz Inżyniera Projektu, a także kopii wybranych dokumentów w sprawie, które zostały opisane w części dotyczącej stanu faktycznego. Wnioski zaprezentowane w niniejszej opinii wynikają z analizy przepisów prawa i stanowią pogląd autora opinii, jednakże sąd lub inny organ wydający orzeczenie w konkretnej sprawie nie musi uwzględniać poglądów w niej wyrażonych, jak też innych poglądów wyrażonych przez organy władzy publicznej sformułowane w związku z wydawaniem orzeczenia w innej sprawie ani stanowiska prezentowanego w literaturze prawniczej.

¹ przypis autora opinii