

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 doktrynie<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 dopuszczały 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

<sup>1</sup> 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

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

na brak możliwości odmowy wystawienia Świadczenia Przejęcia w sytuacji, gdy zostaną spełnione warunki - dop. własny) Wykonawcy Świadczenie 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

