

A/A

Warszawa, dnia 25. 02. 2011 r.

UZP/DP/O-JNI/2149/11

**SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE**  
**V Wydział Cywilny Odwoławczy**  
Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa

**Skarżący: Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu**  
**w Warszawie**  
ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1  
01-943 Warszawa

**Przeciwnik skargi: BUDIMEX S.A.**  
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

**Uczestnik postępowania: Konsorcjum firm:**  
**1) Warbud S.A. – pełnomocnik Konsorcjum**  
Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa  
**2) Ereka Budownictwo Sp. z o.o.**  
ul. Kostki Potockiego 2b/39, 02-958 Warszawa

**Przystępujący do postępowania: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**  
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Sygn. akt V Ca 288/11**

#### **PRZYSTĄPIENIE**

#### **PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DO TOCZĄCEGO SIĘ POSTĘPOWANIA**

Działając na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – oraz art. 60 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP, przystępuję do postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym w Warszawie o sygn. akt V Ca

288/11 w sprawie ze skargi Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/2733/10.

Działając na podstawie art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP podnoszę, co następuje:

- Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/2733/10) **nie odpowiada prawu.**
- Wyrokowi temu należy w szczególności postawić zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, tj.

- 1) art. 65 § 2 k.c. w związku z treścią pkt 8-11 wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik do oferty konsorcjum - Warbud S.A. i Ereкта Budownictwo Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Warbud”) - oraz treścią pkt 8-11 załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a także § 5 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, poprzez błędną ich wykładnię polegającą na: **(a)** uznaniu, że „zakończenie robót” zgodnie z pkt 8 ww. harmonogramu jest równoznaczne z „zakończeniem budowy” w rozumieniu art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 243, poz. 1623), a w konsekwencji błędne uznanie, że według treści oferty Konsorcjum Warbud „zakończenie budowy” zgodnie z ustawą – Prawo budowlane miało nastąpić w tym samym dniu co dzień uzyskania pozwolenia na użytkowanie (pkt 11 ww. harmonogramu) oraz **(b)** uznaniu, że czynności określone w pkt 8-11 ww. harmonogramu i załącznika nr 4 do SIWZ były określone chronologicznie;
- 2) art. 59 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, poprzez błędną ich wykładnię i uznanie, że warunkiem uzyskania pozytywnej opinii i decyzji na użytkowanie obiektu budowlanego jest zakończenie wszystkich robót budowlanych i ich odbiór przez inwestora;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4 ustawy PZP poprzez ich zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy w sytuacji, gdy wskazanie terminów wykonania poszczególnych etapów zamówienia (pkt 8-11 harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum Warbud) stanowiących zdarzenia przyszłe nie może być w żadnym przypadku uznane za podanie nieprawdziwych informacji;

- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że w realiach niniejszej sprawy zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania;
  - 5) a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 192 ust. 2 ustawy PZP, poprzez uwzględnienie odwołania, pomimo że brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
- Wskazując na powyższe – stosownie do postanowienia art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy PZP - wnoszę o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania.

Ponadto wnoszę o:

- Uwzględnienie wniosku skarżącego - Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie - w przedmiocie zwolnienia z kosztów sądowych w zakresie opłaty stosunkowej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby odwoławczej.
- **Nieobciążanie żadnej ze stron kosztami sądowymi w ramach postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).**

## UZASADNIENIE

### I. Uzasadnienie formalne przystąpienia:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”) może przystąpić do toczącego się postępowania sądowego w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Przywołany przepis ustawy PZP stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze uczestnika postępowania. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy PZP Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy PZP) - dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa PZP wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień

publicznych. Z tych też względów udział Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie jest dopuszczalny i w pełni uzasadniony.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek przystąpienia do toczącego się postępowania uzyskuje status uczestnika postępowania na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tak więc Prezes Urzędu przystępując do toczącego się postępowania w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

## **II. Uzasadnienie merytoryczne przystąpienia:**

W ocenie Prezesa Urzędu zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej narusza prawo, a tym samym uzasadnione jest żądanie jego zmiany.

- I. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wadliwość rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej zamiennie „Izba”) wynika z błędnego utożsamienia terminu „zakończenia budowy”, o którym mowa w art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Prawo budowlane z terminem „zakończenia robót” wskazanym w pkt 8 wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum Warbud (dalej „harmonogram”).

W tym miejscu należy wskazać, iż w harmonogramie tym, stanowiącym odwzorowanie wzoru harmonogramu będącego załącznikiem nr 4 do SIWZ, w ogóle nie ma wyróżnionego etapu „zakończenia budowy” w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane. Stwierdzenie zatem przez Izbę, że „zakończenie budowy” jest tożsame z „zakończeniem robót” wskazanym w pkt 8 harmonogramu jest nadinterpretacją postanowień oferty Konsorcjum Warbud i SIWZ, nie znajdującą oparcia w ich treści. W tym zakresie Prezes Urzędu podziela argumentację skarżącego zawartą w skardze.

Dodatkowego podkreślenia wymaga jednak, że pojęcie „zakończenie robót” (pkt 8 harmonogramu / załącznika nr 4 do SIWZ) ma charakter wyłącznie umowny przyjęty przez zamawiającego na potrzeby określenia postępu robót (czas trwania i wartość poszczególnych robót i czynności). Za takim stanowiskiem przemawia nie tylko samo użycie przez zamawiającego innych określeń (wyrazów), niż określone w art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Prawo budowlane („zakończenie budowy”

a „zakończenie robót”) ale także sama redakcja tej pozycji harmonogramu. W pkt 8 harmonogramu wymienia się bowiem łącznie cyt. „zakończenie robót, dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego budynku”. Dla stwierdzenia zakończenia tego etapu odbiorów konieczne jest zatem wykonanie wszystkich czynności opisanych w tym punkcie, a zatem nie tylko „zakończenie robót”.

Powyzsza okolicznosc sprzeciwia sie prostemu utozsamieniu pojecia „zakończenie robót”, o którym mowa w pkt 8 harmonogramu, z pojęciem „zakończenie budowy”, o którym mowa w art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Prawo budowlane.

W tym stanie rzeczy utozsamienie przez Izbe terminu wskazanego w pkt 8 harmonogramu z terminem „zakończenie budowy” (art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Prawo budowlane) jest całkowicie błędne i nieuprawnione.

Niezależnie od powyższego należy również wskazać, iż terminy wskazane w pkt 8-12 harmonogramu mają charakter terminów zastrzeżonych na korzyść dłużnika, co oznacza, że czynności w nich opisane mogą być dokonane wcześniej (arg. z art. 457 k.c. i § 2 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ). Nie sposób przy tym przyjąć, iż wszystkie czynności opisane w pkt 8 winny być wykonane przez wykonawcę równocześnie. Ani nie wynika to z istoty tych czynności, ani z treści SIWZ, ani wreszcie z treści samego harmonogramu. Z tych względów nie jest zrozumiałe na jakich podstawach Izba ustaliła, iż termin „zakończenia robót” wskazany w pkt 8 harmonogramu przypada właśnie na dzień 12.07.2011 r., jeżeli w tej dacie miały być spełnione nie tylko „zakończenie robót”, ale także cyt. „dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego budynku”. Wręcz przeciwnie w świetle postanowienia § 5 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) należało dojść do przekonania, że czynnością kończącą etap określony w pkt 8 harmonogramu było sporządzenie protokołu odbioru technicznego, który winien zawierać wykaz wad i usterek. W tym też zakresie Izba całkowicie pominęła i nie oceniła chociażby konieczności dochowania terminów na zgłoszenie gotowości do Odbioru robót (§ 5 ust. 3 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ), który w odniesieniu do Odbioru technicznego wynosił 5 dni.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż brak jest podstaw – także w świetle przyjętej praktyki w zakresie odbiorów robót budowlanych – do stwierdzenia, że „zakończenie budowy” w rozumieniu przepisów art. 56 ust. 1 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Prawo budowlane, umożliwiające dokonanie zgłoszenia zakończenia budowy właściwym organom inspekcyjnym oraz złożenie wniosku o udzielenie

pozwolenia na użytkowanie jest tożsame z zakończeniem robót umożliwiającym zgłoszenie ich do odbioru przez zamawiającego zgodnie z umową. Innymi słowy może nastąpić „zakończenie budowy” w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo budowlane, a nie nastąpi jeszcze „zakończenie robót” zgodnie z umową, uprawniające wykonawcę do zgłoszenia ich zamawiającemu do odbioru.

W tym zakresie należy wskazać, iż stosownie do postanowienia § 5 ust. 8 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ Odbiór techniczny robót mógł nastąpić dopiero po zakończeniu wszystkich robót budowlanych objętych umową. Uzyskanie zaś pozwolenia na użytkowanie może nastąpić także w sytuacji konieczności wykonania pewnych robót budowlanych, np. robót wykończeniowych (malowanie, montaż detali architektonicznych itd.) – arg. z art. 59 ust. 3 ustawy – Prawo budowlane.

Z uwagi na powyższe brak jest również podstaw do stwierdzenia, że czynności określone w pkt 8-11 ww. harmonogramu i załącznika nr 4 do SIWZ miały być określone chronologicznie. Powyższe nie wynika w żadnym stopniu, ani z treści SIWZ, ani z istoty samego harmonogramu. Określenie postępu prac nie wyklucza bowiem ich równoczesnego wykonywania. Przy czym mogło to dotyczyć nie tylko elementów robót (pkt 1-7), ale także odbiorów. Tym samym bezpodstawne jest stwierdzenie, że zakończenie etapu odbiorów wskazanego w pkt 8 harmonogramu musiało nastąpić przed uzyskaniem opinii organów zewnętrznych i przed złożeniem wniosku o pozwolenie na użytkowanie (pkt 10 harmonogramu).

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w pełni uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 65 § 2 k.c. w zw. z postanowieniami pkt 8-11 harmonogramu, pkt 8-11 załącznika nr 4 do SIWZ oraz § 5 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

- II. W tym zakresie w pełni uzasadniony jest również zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 59 ust. 1 i ust. 3 ustawy – Prawo budowlane poprzez błędną ich wykładnię. Izba stwierdziła bowiem, że warunkiem uzyskania pozytywnej opinii i decyzji na użytkowanie obiektu budowlanego jest stwierdzenie zgodności wykonania inwestycji z projektem budowlanym, czego nie można stwierdzić przed zakończeniem wszystkich robót budowlanych i ich odbioru przez inwestora (s. 22 uzasadnienia). Powyższe stwierdzenie pozostaje w jasnej sprzeczności z brzmieniem art. 59 ust. 3 ustawy – Prawo budowlane, który stanowi, że jeżeli właściwy organ stwierdzi, że obiekt budowlany spełnia warunki, określone w ust. 1, pomimo niewykonania części robót wykończeniowych lub innych robót budowlanych związanych z obiektem, w wydanym pozwoleniu na użytkowanie może określić termin wykonania tych robót. Z przepisu tego

wynika jasno, że uzyskanie pozwolenia na użytkowanie może nastąpić także przed ukończeniem wszystkich robót budowlanych, tj. przed „zakończeniem robót” objętych zakresem przedmiotowym umowy (por. też art. 55 pkt 3 oraz art. 59 ust. 4a ustawy – Prawo budowlane).

Z tych też względów pozbawione podstaw prawnych jest stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej, że warunkiem uzyskania pozytywnej opinii i decyzji na użytkowanie obiektu budowlanego jest odbiór wszystkich robót przez inwestora. Takie stanowisko nie znajduje żadnych podstaw prawnych. Bez znaczenia dla dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 56 ust. 1 ustawy – Prawo budowlane, oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie pozostaje okoliczność, czy inwestor odebrał wszystkie roboty od wykonawcy, czy też odebrał je bez zastrzeżeń albo z zastrzeżeniami. Powyższe czynności odnoszą się bowiem wyłącznie do wzajemnych relacji kontraktowych pomiędzy zamawiającym (inwestorem) a wykonawcą. Czynności te nie stanowią żadnej formalnej przesłanki koniecznej dla dokonania ww. zgłoszenia i złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Podstaw dla takiego stanowiska nie dostarczają w szczególności przepisy art. 56-59 ustawy – Prawo budowlane.

- III. W okolicznościach niniejszej sprawy uzasadniony jest również zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4 ustawy PZP poprzez ich zastosowanie.

Określenie przez Konsorcjum Warbud, krótkiego terminu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (14 dni – pkt 10 i 11 harmonogramu) nie może w żadnym przypadku uzasadniać stwierdzenia, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Po pierwsze, taki okres na wydanie decyzji, jakkolwiek krótki, jest zgodny z przepisami prawa (arg. z art. 35 § 1 k.p.a.). Na co zresztą wskazuje również Izba w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Po drugie, nie można w ogóle rozpatrywać w kategoriach prawda/fałsz informacji o zdarzeniach przyszłych. Twierdzenia o przyszłych zdarzeniach mogą być bowiem rozpoznawane wyłącznie w kategoriach prawdopodobieństwa. Nie poddają się one zatem ocenie prawdziwości. Z tych względów kwestionując przyjęte przez wykonawcę terminy na dopełnienie czynności określonych w pkt 8-11 harmonogramu, brak było jurydycznych podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, a w konsekwencji do zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy PZP.

- IV. W wyniku wskazanych powyżej naruszeń doszło również do naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu prawa materialnego, tj. art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu

z postępowania, a także do naruszenia przepisu postępowania, tj. art. 192 ust. 2 ustawy PZP, poprzez bezpodstawne uwzględnienie odwołania.

- V. Stosownie do postanowienia art. 106 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP udział Prezesa Urzędu w postępowaniu nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie odpowiada prawu, a tym samym uzasadnione jest żądanie jego zmiany.

P R E Z E S  
Urzędu Zamówień Publicznych

*Jacek Sadowy*

Cztery kopiey pisma procesowego dla stron postępowania.