

Sygn. akt: KIO/ 2733 /10

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40**, w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, 01 – 943 Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1**.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Warbud S. A., Ereкта Budownictwo Sp. z o. o., 02 – 342 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje czynność ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, 01 – 943 Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 23600 zł 00 gr. (słownie dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, 01 – 943 Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1** na rzecz **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu, którego odwołanie dotyczy, zostało opublikowane w dniu 13.10.2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.2010/S 199-303507.

Zamawiającym jest: Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01 - 943 Warszawa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn. „III Etap budowy międzynarodowego centrum badania i leczenia częściowej głuchoty” o numerze postępowania nadanym przez Zamawiającego IFPS/53A/10.

Odwołanie złożyła spółka Budimex S.A. ul. Stawki 40,01 - 040 Warszawa zwana dalej „Odwołującym”.

Odwołanie z dnia 17.12.2010 r. jako podstawę wniesienia przywołuje art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. to jest Przystępującego do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania Wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. to jest Przystępującego;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. to jest oferty Przystępującego podlegającemu wykluczeniu i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Przedstawiając interes do wniesienia odwołania, Odwołujący podniósł, że został on naruszony w tym postępowaniu przez Zamawiającego, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą według obowiązującego kryterium oceny ofert to jest cena - waga 70% i termin wykonania zamówienia - waga 30%.

W wyniku zaś wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o., Odwołującego pozbawiono możliwości uzyskania zamówienia co oznacza, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) wykluczenie z postępowania konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy to jest niezgodności

treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ pkt 15.1 jednym z kryteriów, jakimi kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający był termin wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia mógł wynosić do 270 dni liczonych od dnia podpisania umowy. W ocenie Odwołującego wskazany przez konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. termin zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia z uchybieniem terminów wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa oraz jest nierealny i niewykonalny.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiona została w szczególności następująca argumentacja formalna i prawna.

Zamawiający w SIWZ określił zakres zadań wykonawcy.

Jednym z obowiązków jest uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę (pkt. 1.2 siwz).

Wykonawca konsorcjum Warbud SA planując terminy w harmonogramie wykonania prac nie uwzględniło podstawowych uwarunkowań dla pozyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wynikających zarówno z powszechnie obowiązującego prawa, jak i zapisów siwz.

Ustawa z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 ze zm.) wskazuje, iż przed przystąpieniem do użytkowania obiektu budowlanego należy uzyskać ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, jeżeli na wzniesienie obiektu budowlanego jest wymagane pozwolenie na budowę.

Pozwolenie na użytkowanie obiektu wydawane jest przez Powiatowe Inspektoraty Nadzoru Budowlanego. W celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku należy wystąpić z wnioskiem do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydaje decyzję o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego w terminie 30 dni, a w przypadku spraw skomplikowanych do 60 dni, po wcześniejszym przeprowadzeniu na wezwanie inwestora obowiązkowej kontroli budowy (wezwanie należy dokonać po złożeniu wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie). Obowiązkową kontrolę przeprowadza się przed upływem 21 dni od dnia doręczenia wezwania. O terminie obowiązkowej kontroli inwestor jest zawiadamiany w czasie 7 dni od dnia doręczenia wezwania.

Konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. wskazało, że w dniu 28.06.2011 r. złoży wniosek o pozwolenie na użytkowanie i uzyska decyzję pozwolenia na użytkowanie w dniu 12.07.2011 r., a zatem w ciągu 14 dni, co jest terminem nierealnym, gdyż decyzję powyższą wydaje się w terminie 30 dni.

Zachowując należyta staranność wykonawca musi przewidzieć na pozyskanie pozwolenia na użytkowanie 30 dni - jest to termin wyznaczony przez przepisy prawa i niezależny od działań wykonawcy. Przewidzenie terminu krótszego o połowę stanowi o niezgodności treści oferty z treścią ustawy Prawo budowlane, jak również z treścią SIWZ, która wymaga realizacji zamówienia zgodnie z prawem.

Nierealnym i sprzecznym z obowiązującym stanem prawnym jest podanie daty 28.06.2011 r. jako termin na uzyskanie opinii organów zewnętrznych, w szczególności takich jak:

Państwowa Inspekcja Pracy, Państwowa Inspekcja Sanitarna, Państwowa Straż Pożarna (zgodnie z art. 56 ust. 1 Prawa budowlanego). Oznacza to, iż konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. musiałyby wystąpić do tych organów zewnętrznych dwa

tygodnie wcześniej, czyli z dniem 14.06.2011 r., gdyż termin 14 dni przewidziany został przez ustawę Prawo budowlane jako termin na zajęcie stanowiska przez wskazane organy. Zgodnie z art. 56 ust 1 warunkiem zgłoszenia do ww. organów jest zakończenie budowy obiektu budowlanego. Z oferty konsorcjum Warbud wynika zaś, że w dniu zgłoszenia do ww organów po pierwsze będą trwały prace budowlane (w 5 miesiącu prac przewidziano do wykonania prace na ponad 10 mln złotych - na czerwiec też zgodnie z harmonogramem przypadają wszystkie poza konstrukcją stalową dachu kluczowe terminy prac), po drugie zaś, że zgłoszenie nastąpi przed wykonaniem odbioru technicznego- czyli odbiorem przez nadzór inwestora.

Zgodnie z art. 57 ust 1 Prawa budowlanego do zawiadomienia o zakończeniu budowy lub wniosku o pozwolenie na użytkowanie należy dołączyć m.in. oryginał dziennika budowy, oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowanym oraz warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, protokoły badań i sprawdzeń. Jednoznacznie więc wynika z powyższego, że w momencie składania wniosku prace muszą być ukończone.

W ofercie konsorcjum Warbud termin na zgłoszenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie przewidziano w dniu 28 czerwca 2011 r., zaś termin zakończenia robót i dokonania odbioru przez inwestora na termin późniejszy tj. 12 lipca 2011 r.

Zgodnie z umową - § 5 pkt 14 warunkiem zgłoszenia do odbioru technicznego jest m.in. zakończenie robót, przeprowadzenie prób i sprawdzeń. Odbiór robót przez inwestora jest niezbędny dla zgłoszenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, tylko on bowiem oznacza faktyczne zakończenie robót, a zatem ta data powinna być wpisana w dzienniku budowy jako data zakończenia budowy.

W związku z powyższym dopiero dnia 12.07.2011 r. konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o może wystąpić z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie. Zgodnie z pkt 1.14 SIWZ terminowość wykonania robót jest dla zamawiającego jednym z priorytetów. Wykonawca zobowiązany jest do szczególnej dbałości o dochowanie terminów określonych w harmonogramie rzeczowo - finansowym. Dlatego też Odwołujący wskazuje, iż terminy podane przez konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. są niezgodne z sposobem działania przewidzianym w umowie oraz w Prawie budowlanym przy procesie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie. Podsumowując, Zamawiający winien więc odrzucić konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

Należy również podnieść, że podanie terminów, które abstrahują od przepisów prawa jest podaniem nieprawdziwych informacji, które wprost mają wpływ na wynik postępowania (co stanowi o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy pzp) Konsorcjum Warbud przedstawiło nieprawdziwe informacje co do przebieg odbiorów prac - co jednoznacznie wykazano powyżej. Ich wpływ na wynik postępowania jest znaczący, gdyż Konsorcjum Warbud przedłożyło cenę, która klasyfikuje je na 3 miejscu. Ze względu na nieprawdziwe dane dot. odbiorów ogólna ocena oferty pozwala na jej sklasyfikowanie na miejscu 1.

Odwołujący zaproponował w niniejszym postępowaniu cenę najniższą. Jednocześnie zakończenie prac przewidział na 18 lipca 2011 r. - czyli jedynie o 6 dni później niż konsorcjum Warbud (12 lipca 2011 r.). Różnica w ocenie ofert opiera się więc na różnicy w czasie przewidzianym na przeprowadzenie procedury pozyskiwania pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący od odbioru technicznego - czyli zakończenia budowy przewidział okres prawie 2 miesiące (co jak wskazano wynika z przepisów prawa), zaś konsorcjum Warbud okres 2 tygodni. Różnica pomiędzy oceną ofert sprowadza się więc do przyznania punktów za okres niezależny w dużej

mierze od wykonawcy (przeznaczony na pozyskanie pozwolenia) - który został przez konsorcjum Warbud błędnie podany.

Niezależnie od argumentów podniesionych powyżej, Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. zadeklarowało w harmonogramie wykonywanie prac w sposób niezgodny z zasadami sztuki budowlanej, obowiązującymi standardami i normami. Takie działanie jest wprost sprzeczne z postanowieniami siwz (§ 4 pkt 2 lit b projektu umowy) i stanowi o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

W harmonogramie wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić poszczególne elementy robót - zadeklarować minimalne postępy robót w danym miesiącu realizacji umowy.

Harmonogram przedstawiony przez konsorcjum Warbud zakłada nierealne terminy i sposoby wykonywania prac m.in. w następujących elementach:

- w ofercie przewidziano, że blisko 20% stolarki i ślusarki (zamówienie obejmuje jedynie drzwi i okna wewnętrzne) zostanie wykonane zgodnie z pkt 2.9 harmonogramu rzeczowo - finansowego w lutym (321.689,60 zł) i w marcu (321.689,60 zł). Jest to niemożliwe, gdyż według pkt 2.1

harmonogramu rzeczowo - finansowego konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. w lutym i w marcu nie przewiduje postawienia ścian działowych, a zatem nie jest możliwy montaż stolarki i ślusarki bez uprzedniego postawienia ścian.

- nierealnym jest postawienie 39% brakujących ścian działowych i wykończenie 24% ścian w ostatnim miesiącu przy równoczesnym uzupełnieniu 39% korytek i przewodów kablowych dotyczących instalacji elektrycznych oraz 39% okablowania strukturalnego dotyczącego instalacji teletechnicznej i słaboprądowej.

- na koniec czwartego miesiąca prac (maj) będzie miało zakończonych 59% ścian działowych i 73% ścian wykończeniowych (o 14% więcej niż ścian działowych). Nawet jeśli przyjąć, iż ściany zewnętrzne były murowane przez kogoś innego a przez konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. wykańczane i w związku z powyższym więcej ścian zostało wykończonych niż postawionych to jest to i tak niemożliwe. W ostatnim miesiącu robót konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. musi dostawić 39% ścian działowych i wykończyć 24% ścian, podczas gdy w tym samym miesiącu (ostatni miesiąc robót) konsorcjum firm Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. musi uzupełnić 27% warstw podposadzkowych i wykończyć 45% posadzek. Odwołujący wskazuje, iż te dwie czynności są niemożliwe do zrealizowania w tak krótkim czasie, gdyż nie można równolegle układać posadzek i malować ścian. Poza tym, z wyliczeń Odwołującego wynika, iż warstw podposadzkowych jest ok. 8000 m², czyli na ostatni miesiąc robót zostaje 2160 m² (27%), które można ułożyć w mniej więcej 2 tygodnie przy pomocy wielu ekip robotniczych. Ułożone w ciągu 2 tygodni warstwy podposadzkowe powinny jeszcze schnąć minimum 2 tygodnie, aby można było na nich układać następnie wykładziny. Nawet gdyby przyjąć, iż konsorcjum firm Warbud S.A. użyje specjalnych podkładów, które teoretycznie umożliwiają wejście z posadzkami po 4 dniach, to i tak nie jest możliwe ułożenie takiej ilości podłóg, przy jednoczesnym wykończeniu ścian i sufitów oraz robotach instalacyjnych.

Jak wynika z powyższego harmonogram odbiega od zasad wykonywania robót budowlanych, co stanowi o jego niezgodności z treścią siwz.

Na podstawie takiej argumentacji formalnej i prawnej Odwołujący domagał się uwzględnienia odwołania.

Pismem z dnia 22 grudnia 2010r. wspólnie ubiegający się o zamówienie: Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-34 Warszawa (pełnomocnik) i Erekt Budownictwo Sp. z o.o. ul. Kostki Potockiego 2b/3, 902-958 Warszawa zwany również "Przystępującym po stronie Zamawiającego" przystąpił do postępowania odwoławczego, wskazując jako podstawę prawną przystąpienia art. 185 ust. 2 ustawy.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Przystępujący wskazał, że ma oczywisty interes w przystąpieniu do wniesionego odwołania i żądania jego oddalenia, gdyż oferta złożona przez Przystępującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania doszłoby do rażącego naruszenia prawa z pokrzywdzeniem interesu Przystępującego.

W uzasadnieniu przedstawił Przystępujący po stronie Zamawiającego następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący nie wskazuje na czym rzekome naruszenie ustawy polega. Nie przeprowadza żadnego poprawnego wniosku ani postępowania dowodowego, które miałyby wskazywać na naruszenie powyższych przepisów. Niekonsekwentnie, natomiast do podniesionych zarzutów, żąda wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Przystępującego jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz „pozostaje nieważna na podstawie innych przepisów”. Powyższa teza jest oczywiście błędna. Po pierwsze z nieważnością czynności prawnej możemy mieć do czynienia, gdy jest to czynność sprzeczna z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub mająca na celu obejście ustawy (art. 58 K.c). Złożenie, a tym bardziej treść oferty Przystępującego, nie wypełnia żadnej z tych przesłanek. Oferta została złożona przez uprawnione podmioty, w sformalizowanym i ważnym postępowaniu o zamówienie publiczne, w celu uczestniczenia i pozyskania zamówienia i jest zgodna z wszelkimi zasadami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych w Polsce. Jest więc ofertą ważną.

Oferta została opracowana zgodnie z wymaganiami siwz, z uwzględnieniem wymagań dotyczących harmonogramu, którego wzór stanowił załącznik nr 4 do siwz, oraz wytycznymi wzoru umowy i Zamawiającego. Stawiane przez Odwołującego zarzuty „nierealności poszczególnych terminów wykonania Zamówienia” świadczą tylko o niezrozumieniu przez niego treści siwz, wzoru umowy, przepisów ustawy Prawo budowlane (PrB) i Kodeks postępowania administracyjnego (Kpa) oraz wzajemnej relacji tych regulacji. Zdaniem Przystępującego wskazane przez niego w ofercie, w tym w harmonogramie terminy wykonania poszczególnych czynności Zamówienia odzwierciedlają wymogi powyższych regulacji. Podejmowana chronologia czynności jest przede wszystkim konsekwentna. SIWZ, wzór harmonogramu i umowy nie wymagają określenia terminu, w którym kierownik budowy winien złożyć oświadczenie zgodnie z art. 57 ust.1 pkt.2 PrB, a więc Przystępujący

nie miał obowiązku tego terminu wskazywać. Zważywszy, że oświadczenie takie jest wymagane do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, winno być ono złożone, zgodnie z ofertą Przystępującego, najpóźniej 28.06.201 r., gdyż jest to termin określony na złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Niezależnie od tych czynności administracyjno-prawnych, odbiór techniczny budynku, o jakim mowa w §5 ust.14 i 17 wzoru umowy może być wykonany do 12.07.201 r. Ważne aby w tym terminie roboty były ukończone co zostanie stwierdzone oświadczeniem kierownika budowy. Umowa absolutnie nie wymaga w tym terminie wydania pozwolenia na użytkowanie. Niemniej, Przystępujący oświadcza o złożeniu wniosku o wydanie takiej decyzji 28.06.201 r., założył, w oparciu o zasadę szybkości postępowania, o której mowa w art. 35 Kpa w związku z art. 12 Kpa, że uzyska taką decyzję do 12.07.201 r. Zgodnie z przytoczonymi przepisami, organy administracji (w tym przypadku Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego (PINB)) mają obowiązek załatwienia sprawy (w tym wypadku wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) bez zbędnej zwłoki. Zastrzeżone w art. 35 Kpa termin 30 i 60 dni, jest terminem maksymalnym, traktowanym jako wyjątek od zasady niezwłocznego załatwienia sprawy. Przeważa Przystępujący miał prawo przyjąć, iż decyzja o pozwoleniu na budowę Zamówienia zostanie wydana przez PINB w ciągu 14 dni. Wnioskowanie Odwoływającego, w myśl którego termin na wydanie takiej decyzji wynosi zawsze 30 lub 60 dni jest błędne. Wbrew twierdzeniom Odwoływającego, żaden z podanych przez Przystępującego w ofercie terminów nie jest nieprawdziwy lub sprzeczny z prawem. Błędne jest również założenie, iż odbiór techniczny dokonywany przez Zamawiającego zgodnie z umową (przewidziany w ofercie na 12.07.2010r) jest wymagany dla złożenia wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Dla złożenia takiego wniosku, jak to zostało powiedziane powyżej (art. 57 ust.1 PrB), wymagane jest spełnienie warunków o jakich mowa w art. 57 PrB, w tym złożenie przez kierownika budowy oświadczenia, o jakim mowa w art. 57 ust.1 pkt.2 PrB, a nie dokonanie odbioru technicznego w rozumieniu umowy.

Kolejno, zgodnie z §5 ust.9 umowy, po usunięciu zauważonych wad, Przystępujący przewidział dokonanie odbioru końcowego - do 26.07.2011r. Jest o jednocześnie data zakończenia wykonywania przedmiotu Zamówienia.

Należy podkreślić, iż odbiór techniczny i odbiór końcowy, o jakich mowa w umowie nie odnajdują odzwierciedlenia w przepisach administracyjno-prawnych prawa budowlanego. Umowa określa tylko warunki jakie muszą się ziszczyć dla przeprowadzenia tych odbiorów. Jak wskazuje oferta Przystępującego oraz niniejsze uzasadnienie, takie warunki zostały przewidziane przez Przystępującego w wymaganych terminach, umożliwiających przeprowadzenie zgodnie z umową tych odbiorów.

Bezpodstawne są również zarzuty Odwoływającego dotyczące sposobu i terminu wykonania poszczególnych rodzajów robót opisanych w harmonogramie.

Wynagrodzenie dotyczące punktu 2.9 harmonogramu obejmuje wykonanie ślusarki zadaszania atrium, którą to należy wykonać w pierwszej kolejności, aby było możliwe wykonanie prac wykończeniowych w zadaszonym obiekcie.

Nie występuje zależność, o jakiej pisze Odwoływający, pomiędzy wykonaniem ścianek działowych i ich wykończeniem, a korytkami kablowymi, ułożonymi w nich kablami, które to są prowadzone w przestrzeni sufitowej, głównie w korytarzach. Ścianki działowe będą wykonane wcześniej, część z nich może być zapłytowana z jednej strony, tak aby możliwe było ułożenie w nich np. tras, przewodów elektrycznych i teletechnicznych. Wskazać należy, iż w ściankach umieszczone zostaną rurki, w które wprowadza się okablowanie później, a więc prace wykończeniowe ścianek mogą być wykonywane po wyznaczeniu tras okablowania.

Zważywszy na falowy postęp prac, oczywistym jest wykonanie ścian i posadzek w różnych pomieszczeniach, w różnym zaawansowaniu, w danym okresie. Prace z użyciem drogich

materiałów wykończających wykonywane są zawsze na końcu - przede wszystkim aby uniknąć ich uszkodzeń w toku prowadzenia innych robót. Ponadto warunkami przetargu, wymagane jest aby ostatnia faktura nie była niższa niż 20% wynagrodzenia. Skutkuje to tym, iż opisana w ostatnim miesiącu wartość robót wskazanych w harmonogramie jest relatywnie najwyższa, co nie oznacza, iż zasadnicza część tych robót nie będzie wykonana wcześniej. Podsumowując niezależnie od powyższych rozważań szczegółowych, należy podkreślić, iż zgodnie z SIWZ (pkt. 1.12, 1.14, 5 oraz § 2 ust.4 projektu umowy) w przedmiocie terminów wykonania Zamówienia, SIWZ wymaga wyłącznie zachowania terminu końcowego. Przedmiot Zamówienia ma być wykonany do 270 dni, co niewątpliwie zostało przez Przystępującego spełnione - w ofercie Przystępujący oświadczył, iż wykona zamówienie w ciągu 175 dni. Wszelkie pośrednie terminy wykonania poszczególnych części Zamówienia mogą być zaoferowane przez wykonawców dowolnie i mają charakter orientacyjny: „Harmonogram będzie miał charakter orientacyjny, a Zamawiający dokona jego (harmonogramu) uszczegółowienia wraz z Wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, przed podpisaniem umowy. Ostateczna treść harmonogramu zostanie ujęta w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, który będzie stanowił załącznik do umowy. Zamawiający dopuszcza zmiany w Harmonogramie rzeczowo-finansowym w trakcie realizacji zamówienia, które jednakże nie będą mieć wpływu na datę końcowego terminu zakończenia robót i uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie". Ponadto Zamawiający dopuszcza przyspieszenie robót, a nawet wyjątkowo, zapłatę kwot wyższych niż przewidziane w harmonogramie.

W oparciu o taką argumentację, Przystępujący po stronie Zamawiającego wnosil o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania powziął w dniu 10.12.2010 r., tj. w dniu otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą została oferta Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe obowiązujący dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, ustalony przepisem art.182 ust.1 pkt 1 ustawy został dotrzymany, ponieważ odwołanie zostało złożone w dniu 20 grudnia 2010 roku.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego oraz w trakcie posiedzenia z udziałem stron Izba nie stwierdziła pozostałych okoliczności wymienionych w art.189 ust.2 ustawy, wskazujących podstawy do odrzucenia odwołania.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego Przystępującego po stronie Zamawiającego to jest konsorcjum wykonawców: Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-34 Warszawa (pełnomocnik) i Ereka Budownictwo Sp. z o.o. ul. Kostki Potockiego 2b/3, 902-958 Warszawa.

W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba stwierdziła po stronie Odwołującego interes do wniesienia odwołania w myśl przepisu art.179 ust.1 ustawy, na podstawie poniżej przedstawionych okoliczności.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oferty podlegały ocenie według następujących kryteriów: cena ofertowa z wagą -70%, termin wykonania zamówienia z wagą - 30%.

Ilość punktów w kryterium termin wykonania zamówienia był liczony następująco: $TTC=30 \times Tn/T0$, gdzie TTC to ilość punktów dla oferty ocenianej, a Tn to najkrótszy termin wykonania zamówienia spośród wszystkich ocenianych ofert, a T0 to termin ofertowy oferty ocenianej.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 7 ofert uczestników przetargu:

1. Budimex S.A. - 35.729.000,00 zł brutto i termin wykonania 227 dni (Odwołujący),
2. konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. - 36.286.708,95 zł brutto i termin wykonania 240 dni,
3. konsorcjum wykonawców Warbud S.A. i EREKTA Budownictwo Sp. z o.o. - 37.646.760,00 zł brutto i termin wykonania 175 dni (Wykonawca wybrany - Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego),
4. konsorcjum wykonawców Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i Eiffage Construction S.A.S. - 40.837.175,53 zł brutto i termin wykonania 259 dni,
5. P.R.I. POL AQUA S.A. - 41.066.229,62 zł brutto i termin wykonania 260 dni,
6. Agmet Sp. z o.o. - 45.024.611,00 zł brutto i termin wykonania zamówienia 230 dni,
7. Vamed Standortentwicklung Und Engineering GmbH & Co KG Sterngasse 53.289.600,00 zł brutto i termin wykonania 220 dni.

Z wstępnej oceny powyżej przedstawionego zestawienia ofert wynika, że przy obowiązujących kryteriach oceny ofert i złożonych ofertach Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania to jest unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty umożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Natomiast Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy przez dokonanie wyboru oferty, to jest oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy to jest oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W odwołaniu podniesiono również, iż Zamawiający powinien Wykonawcę wybranego wykluczyć, wskazując w uzasadnieniu odwołania jako podstawę prawną tej czynności art.24 ust.2 pkt3 ustawy. Wobec powyższego Izba uznała za usprawiedliwiony interes Odwołującego do wniesienia odwołania.

Zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego odnoszą się do wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert w SIWZ.

Odwołujący w złożonym odwołaniu składa żądania w oparciu o art.7 ust.1, art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 oraz pkt 8, art.91ust.1 a także o art.24 ust.2 pkt 3 ustawy.

Izba dokonując badania zasadności złożonego zarzutu naruszenia przepisów ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty ustaliła i zważyła co następuje.

Zarówno ogłoszenie o zamówieniu jak i SIWZ przewidywało wśród oświadczeń składających się na ofertę wstępny harmonogram rzeczowo- finansowy.

Wszyscy oferenci w tym Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Wykonawca wybrany) załączyli do formularza ofertowego wstępny

harmonogram rzeczowo – finansowy, który zawierał następujące pozycje w Części Harmonogramu pn.Odbiory:

1. Zakończenie robót, dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego budynku.
2. Usuwanie usterek wyspecyfikowanych w protokole odbioru technicznego.
3. Uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie.
4. Uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie.
5. Zakończenie inwestycji , przekazanie zamawiającemu ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie, protokół odbioru końcowego.

Z harmonogramu inwestycji Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wynikało, że:

1. zakończenie robót, dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego w budynku nastąpi w dniu 12.07.2011 r.,
2. usuwanie usterek wyspecyfikowanych w protokole odbioru technicznego nastąpi dnia 25.07.2011 r.,
3. uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie nastąpi dnia 28.06.2011 r.,
4. uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie nastąpi dnia 12.07.2011 r.,
5. zakończenie inwestycji, przekazanie zamawiającemu ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie, protokół odbioru końcowego nastąpi w dniu 26.07.2011 r.

Dla porównania harmonogramów Izba ustaliła, że w ofercie Odwołującego znajduje się Harmonogram z następującymi terminami:

1. zakończenie robót, dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego w budynku nastąpi w dniu 18.07.2011 r.,
2. usuwanie usterek wyspecyfikowanych w protokole odbioru technicznego nastąpi dnia 08.08.2011 r.,
3. uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie nastąpi dnia 12.08.2011 r.,
4. uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie nastąpi dnia 13.09.2011 r.,
5. zakończenie inwestycji, przekazanie zamawiającemu ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie, protokół odbioru końcowego nastąpi w dniu 15.09.2011 r.

Z porównania obydwu harmonogramów wynikają następujące wnioski co do przyjęcia terminów poszczególnych czynności odbiorowych w tym uzyskania opinii, decyzji organów administracji państwowej, w stosunku do terminów określonych w art. 35 kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.):

1. Odwołujący przyjął terminy zbliżone do terminów wynikających z art. 35 k.p.a. to jest trzy i pół tygodnia na zgłoszenie uwag lub sprzeciwu (18.07.2011r. – 12.08.2011r.), przy ewentualnej milczącej pozytywnej opinii w ciągu 14 dni, organów takich jak: Inspekcja Ochrony Środowiska, Państwowa Inspekcja Sanitarna, Państwowa Inspekcja Praca, Państwowa Straż Pożarna (art.56 ustawy z dnia 7 lipca 1994r.- Prawo budowlane opublikowany Dz.U. Nr 89, poz.414 z późn. zm. zwane

dalej Prawo budowlane) oraz miesiąc na wydanie decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego przewidzianego art. 59 ustawy Prawo budowlane (12.08.2011r.-13.09.2011r).

2. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyjął terminy znacznie odbiegające od terminów określonych w art. 35 k.p.a, ponieważ na uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie przewidział 14 dni (28.06.2011r.- 12.07.2011r.), czyli przewiduje niezwłocznie uzyskanie decyzji wydawanej w trybie administracyjnym.

Odnosząc się do obowiązujących przy wydawaniu decyzji administracyjnych terminów to jest w przedmiotowej sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego należy wskazać przepis art.35 k.p.a. zgodnie z którym §1.Organy administracji państwowej obowiązane są załatwiać sprawy bez zbędnej zwłoki. §2.Niewzłocznie powinny być załatwiane sprawy, które mogą być rozpatrzone w oparciu o dowody przedstawione przez stronę łącznie z żądaniem wszczęcia postępowania lub w oparciu o fakty i dowody powszechnie znane albo znane z urzędu organowi, przed którym toczy się postępowanie , bądź możliwe do ustalenia na podstawie danych, którymi rozporządza ten organ. §3. Załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej- nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od daty wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym - w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania.

Z powyżej przedstawionych przepisów wynika nakaz załatwienia sprawy przez organ administracji publicznej bez zbędnej zwłoki, ale w terminie nie dłuższym niż 14 dni, jeżeli sprawa nie wymaga postępowania wyjaśniającego, a w przypadku konieczności prowadzenia postępowania wyjaśniającego przyjmuje się jako maksymalny termin 30 dniowy.

W przedmiotowej sprawie nakaz postępowania wyjaśniającego wynika z treści przepisu art. 59 prawa budowlanego, zgodnie z którym ust.1 Właściwy organ wydaje decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli, o której mowa w art. 59a. . W zakresie tegoż przepisu „Przeprowadzenie obowiązkowej kontroli, o której mowa w art. 59aPrBud, stanowi obligatoryjny warunek wydania decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego...Zgodnie z dyspozycją przepisu art.57 ust.6 PrBud, sam wniosek inwestora o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego obliguje właściwy organ nadzoru budowlanego do przeprowadzenia obowiązkowej kontroli budowy. Inwestor nie musi zatem występować z dodatkowym wnioskiem o przeprowadzenie przez właściwy organ nadzoru budowlanego tej kontroli.” – Sławomir Serafin Prawo budowlane.Komentarz Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2006 str 411-412 komentarza.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, że terminem właściwym przy projektowaniu przebiegu odbiorów w zakresie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu jest termin 30 dni, a nie jak wskazał w swoim harmonogramie Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego 14 dni.

Niemniej ze względów formalnych i prawnych w tym zakresie należy przyznać rację twierdzeniom Zamawiającego na rozprawie oraz Przystępującemu w toku postępowania odwoławczego, że terminy wskazane w art.35 k.p.a mają charakter terminów maksymalnych. Jednakże idąc za komentarzem Zbigniewa Janowicza Kodeks Postępowania Administracyjnego Wydawnictwo Prawnicze PWN Warszawa 1996 „Nie powiodła się wprawdzie próba generalnego skrócenia terminu załatwiania spraw w I instancji do jednego miesiąca, ze strony praktyki administracyjnej podnoszono bowiem przekonujące zastrzeżenie, iż do wprowadzenia takiego terminu nasza administracja jako całość nie jest jeszcze przygotowana; nazbyt często trzeba by było go faktycznie przedłużać uruchamiając

tryb przewidziany w art.36-37. Dokonano jednakże takich zmian, które powinny przyczynić się do przyspieszenia załatwienia spraw w postępowaniu.” – str. 133 i 134 Komentarza, należy stwierdzić, że z obawy o nie dotrzymaniu generalnie terminu miesięcznego w I instancji wprowadzono jako regułę termin 2 miesiące dla spraw szczególnie skomplikowanych.

Pomimo przedłożenia na rozprawie przez Przystępującego w poczet dowodów dwóch decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego wydanych w terminie do dwóch tygodni, w ocenie Izby posługując się doświadczeniem życiowym, nie stanowi to dowodu na powszechne wydawanie tego typu decyzji administracyjnych, w sytuacji obowiązkowego postępowania wyjaśniającego to jest kompleksowej kontroli na budowie obejmującej swym zakresem sprawdzenia zgodności prowadzenia budowy zgodnie z ustaleniami i warunkami określonym w pozwoleniu na budowę, którego zakres reguluje art. 59a Prawa budowlanego, w terminie krótszym (14 dniowym) niż jeden miesiąc.

Niemniej jak Izba powyżej stwierdziła, zastrzeżenie w ofercie Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Wykonawca wybrany) 14 dni we Wstępnym Harmonogramie rzeczowo- finansowym inwestycji na wydanie decyzji administracyjnej w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, przewidzianej w art. 59 ustawy Prawo budowlane, jest dopuszczalne w związku z treścią art.35 k.p.a.

W związku z powyższym zarzut Odwoływającego w tym zakresie co do nieprawdziwych informacji zawartych w Harmonogramie o czasie oczekiwania na wydanie decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego (14 dni) nie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej jednak uwzględniając podane terminy w harmonogramie należy zgodzić się z twierdzeniem Odwoływającego, że są one nieprawdziwe, co przedstawiono poniżej.

Słusznie Odwołujący podniósł zarzut niezgodności informacji Wstępnego Harmonogramu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Wykonawca wybrany) z powszechnie obowiązującymi przepisami art. 56,57,59,59c,59d w zakresie określenia w nim następujących terminów czynności odbioru inwestycji:

1. zakończenie robót, dokumentacja powykonawcza, odbiór techniczny budynku przez nadzór inwestora, protokół odbioru technicznego w budynku nastąpi w dniu 12.07.2011 r.,
2. uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie nastąpi dnia 28.06.2011 r.,
3. uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie nastąpi dnia 12.07.2011 r.,
4. zakończenie inwestycji, przekazanie zamawiającemu ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie, protokół odbioru końcowego nastąpi w dniu 26.07.2011 r.

W zakresie powyżej przedstawionych terminów Izba stwierdziła spełnienie przesłanek przepisu art.24 ust.2 pkt 3 w związku z ust.4 ustawy w myśl którego” art.24 ust.2 Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. ust.4 Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”.

Bowiem z wyżej przedstawionych terminów znajdujących się we Wstępnym Harmonogramie wynika, że nie uwzględniają powszechnie obowiązujących przepisów ustawy – Prawo budowlane, a w szczególności:

1. „art.56 ust.1 Inwestor, w stosunku do którego nałożono obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, jest obowiązany zawiadomić, zgodnie z właściwością wynikającą z przepisów szczególnych, organy: 1)Inspekcji

- Ochrony Środowiska, 2)Państwowej Inspekcji Sanitarnej, 3)Państwowej Inspekcji Pracy,4)Państwowej Straży Pożarnej-o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania. Organy zajmują stanowisko w sprawie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym. 2. Niezajęcie stanowiska przez organy, wymienione w ust.1, w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, traktuje się jako niezgłoszenie sprzeciwu lub uwag.”
2. „art.57 ust.1 Do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest obowiązany dołączyć: 1) oryginał dziennika budowy,2)oświadczenie kierownika budowy: a)o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym , b)o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także-w razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu;3)oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania; 4)protokoły badań i sprawdzeń;5)inventaryzację geodezyjną powykonawczą, 6)potwierdzenie, zgodnie z odrębnymi przepisami, odbioru wykonanych przyłączy.Ust.3Inwestor jest obowiązany dołączyć do wniosku, o którym mowa w ust.1, oświadczenia o braku sprzeciwu lub uwag ze strony organów wymienionych w art.56”. „Art.59ust.1 Właściwy organ wydaje decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli, o której mowa w art.59a. ust 5.Właściwy organ, z zastrzeżeniem ust.2 i 3, odmawia wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego w przypadku niespełnienia wymagań o których mowa w ust.1 i w art.57 ust.1-4...”
 3. „art.59 c ust.1 Właściwy organ przeprowadza obowiązkową kontrolę przed upływem 21 dni od dnia doręczenia wezwania inwestora. O terminie obowiązkowej kontroli organ zawiadamia inwestora w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania. 2 Inwestor jest obowiązany uczestniczyć w obowiązkowej kontroli w wyznaczonym terminie.”
 4. „art.59d ust.1Właściwy organ, po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli, sporządza protokół w trzech egzemplarzach. Jeden egzemplarz protokołu doręcza się inwestorowi bezzwłocznie po przeprowadzeniu kontroli, drugi egzemplarz przekazuje się organowi wyższego stopnia, a trzeci pozostaje we właściwym organie.”

Dlatego, że:

1. Organy wydające opinię zawiadamia się o zakończeniu budowy obiektu budowlanego, a z Wstępnego Harmonogramu wynika, że zakończenie budowy (12.07.2011r.) nastąpi dopiero po dwóch tygodniach od uzyskania opinii (28.06.2011r.) organów ws. zakończenia budowy co czyni bezskutecznym zawiadomienie o zakończeniu budowy.
2. Zarówno do zawiadomienia o zakończeniu budowy jak i do wniosku o pozwolenie na budowę należy dołączyć oświadczenie kierownika o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym. Niemożliwym jest oświadczenie kierownika o zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym przed jego zakończeniem, a z Wstępnego Harmonogramu wynika, że takie oświadczenie miałby wystawić kierownik ok. miesiąca naprzód przed terminem zakończenia budowy skoro już 28.06.2010r. czyli 14 dni przed zakończeniem budowy (12.07.2011r.) ma być uzyskana opinia organów. Z treści cytowanego art.57 ust.1 prawa budowlanego wynika, że oświadczenie kierownika budowy ma charakter oświadczenia o

wykonaniu, a nie oświadczenia o zobowiązaniu się do wykonania. W przypadku niespełnienia wymogów art.57 ustawy Prawo budowlane organ odmawia wydania pozwolenia, o czym stanowi art.59 ust.5 ustawy Prawo budowlane O nierealności terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie świadczy wskazanie tego samego terminu (12.07.2011r.) na zakończenie robót, dokumentacji powykonawczej, odbioru technicznego budynku przez inwestora, protokołu odbioru technicznego budynku i uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie. Chociażby doświadczenie życiowe wskazuje na nierealność takich zamierzeń w ciągu jednego dnia (12.07.2011r.). Na to wskazuje również wyżej wymieniony komentarz Prawo budowlane Sławomir Serafin „W zasadzie organ nie może żądać przedłożenia przez inwestora innych dokumentów, niż wskazane w art.57 ust.1-3 PrBud, gdyż nie powinien nakładać na stronę dodatkowych, wykraczających poza materię ustawową obowiązków. Warto jednak podkreślić że organ ma obowiązek wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, co w razie zaistniałych wątpliwości może uzasadniać przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, na podstawie art.75 KPA (Z. Leoński, Prawo.....[w:] Z. Leoński, M. Szewczyk, Podstawowe.....s.192).” Zgodnie z art.75 § 1 k.p.a. „Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.” – str.409 ww. komentarza. Z powyższego wynika, że wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu w ciągu tego samego dnia co przeprowadzenie odbioru technicznego budynku jest zdecydowanie pod względem fizycznym i prawnym niemożliwym.

3. Powyższe stanowisko Izby co do nierealności jednodniowego(1) terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu potwierdza wymóg formalny zawiadomienia inwestora „o terminie obowiązkowej kontroli organ zawiadamia inwestora w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania” – cytowany powyżej art.59c ust.1. W komentarzu do wyżej wymienionego artykułu komentator zwraca uwagę ”W takim uregulowaniu w komentowanej ustawie spraw dotyczących wyznaczenia terminu, zawiadomienia inwestora i przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uwidacznia się brak konsekwencji prawnych niedopełnienia nałożonych na organ obowiązków. W związku z powyższym należy przyjąć, że w razie nieprzeprowadzenia w ustawowym terminie obowiązkowej kontroli budowy ma zastosowanie, określony w przepisach KPA, tryb postępowania w razie niezakończenia sprawy w wyznaczonym terminie (art.36KPA). Warto dodać, że na niezakończenie sprawy w wyznaczonym terminie inwestor może wnieść do organu administracji publicznej wyższego stopnia, stosownie do przepisu art.37 § 1 KPA, zażalenie na bezczynność organu.” Reasumując należy stwierdzić, że niemożliwym jest w tym samym dniu doprowadzić do obowiązkowej kontroli na budowie po zawiadomieniu, skoro Inspektor nadzoru Budowlanego ma 7 dni na wyznaczenie kontroli na budowie, a Komentator ustawy Prawo Budowlane obawia się braku sankcji na niedotrzymanie terminu 7 dni na wyznaczenie terminu kontroli i 21 dni na jej przeprowadzenie od zawiadomienia inwestora o zakończeniu budowy i zamiarze rozpoczęcia użytkowania obiektu budowlanego.
4. Kolejnym dowodem na nierealność przeprowadzenia w ciągu jednego dnia odbioru technicznego budynku przez inwestora, uruchomienie procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego i uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie jest wymóg sporządzenia protokołu z kontroli organu administracji publicznej i doręczenia wskazanym osobom w art.59d ust.1, co powinno nastąpić przed wydaniem przedmiotowej decyzji.

Na podstawie powyższych ustaleń formalnych i prawnych Izba stwierdziła, że informacje zawarte we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo Finansowym Inwestycji Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Wykonawca wybrany) są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co wskazuje na obowiązek Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy wybranego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W związku z tym, że Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy nie należy do oświadczeń przewidzianych w art.25 ust.1 ustawy, nie zachodzi obowiązek Zamawiającego do zastosowania art.26 ust.3 i ust.4 ustawy.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, że do oceny ofert należy brać pod uwagę tylko i wyłącznie oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym co do terminu wykonania przedmiotu inwestycji, bez względu na informacje zawarte we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Inwestycji.

W ocenie Izby informacje podane w Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Inwestycji Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Wykonawca wybrany) mają bezpośredni związek z terminem realizacji inwestycji podanej w formularzu ofertowym i świadczą o tym, że termin 175 dni podany przez Wykonawcę wybranego wynika z nieprawidłowo przyjętych terminów dokonania czynności odbiorowych inwestycji oraz przyjętego terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu będącego przedmiotem postępowania.

W związku z tym, że ilość podanych dni na realizację inwestycji podlegała ocenie jako jeden z kryteriów oceny ofert to wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bowiern Zamawiający nie mógł dokonać prawidłowej oceny oferty Wykonawcy wybranego skoro liczba dni wskazana przez niego na wykonanie inwestycji została ustalona na podstawie błędnie wyliczonej liczby dni na podstawie Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Inwestycji zawierającego nieprawdziwe informacje co do liczby dni niezbędnych na odbiory w tym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Skoro błędnie przyjęto termin złożenia wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (28.06.2010r.) to jest przed technicznym odbiorem obiektu budowlanego, który był przewidziany na 12.07.2010r to wszelkie dalsze terminy są obarczone tym błędem, a w konsekwencji są nieprawdziwe, w tym również końcowy termin odbioru i przekazania ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie jest nieprawdziwy. Tym samym termin 175 dni przyjęty do oceny ofert jest nieprawdziwy.

Pomimo, iż Harmonogram jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący po jego stronie Wykonawca wybrany miał charakter wstępny i mógł ulegać modyfikacjom to zarówno Zamawiający jak i Przystępujący po jego stronie nie zaprzeczyli w toku postępowania odwoławczego, że liczba dni podana w formularzu ofertowym (175 dni) wynika z załączonego Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Inwestycji, a wręcz wykazywali, że terminy przyjęte w Harmonogramie są prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, a termin końcowy wykonania inwestycji z Harmonogramu nie może ulec zmianie, chyba że skróceniu.

Biorąc pod uwagę, że w oparciu o Wstępny Harmonogram ustalono liczbę dni na wykonanie zamówienia i występujące w nim błędy to jest nieprawdziwe informacje w świetle

wskazanych powyżej przepisów prawa budowlanego, to wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie tak sporządzonego Wstępnego Harmonogramu, stanowi naruszenie art.24 ust.2 pkt 3 i ust. 4 ustawy.

W ocenie Izby, Zamawiający przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego naruszył przepisy art.7 ust.1 ustawy zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie stron”, ponieważ wbrew obowiązującym przepisom prawa budowlanego nie stwierdził, iż Wykonawca wybrany podał nieprawdziwe informacje w Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Inwestycji, a które to informacje mają wpływ na wynik postępowania, ponieważ stanowią o wyborze najkorzystniejszej oferty, której wybór następuje przy kryterium terminu wykonania inwestycji o wadze 30 procent.

Reasumując Izba uwzględniła odwołanie, ponieważ błędnie podano we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Inwestycji termin uzyskania opinii organów zewnętrznych wymienionych w art.56 ust.1 ustawy prawo budowlane oraz termin uzyskania decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego przewidzianej w art.59 ust.1 prawa budowlanego. Bowiem warunkiem uzyskania pozytywnej opinii i decyzji na użytkowanie obiektu budowlanego jest stwierdzenie zgodności wykonania inwestycji z projektem budowlanym, czego nie można stwierdzić przed zakończeniem robot budowlanych i ich odbioru przez inwestora, a procedury administracyjne wynikające z przepisów prawa budowlanego są niewykonalne w ciągu jednego dnia (12.07.2011r.)

Izba uwzględniła odwołanie ponieważ stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy to jest art.24 ust.2 pkt 3 w związku z ust.4 oraz art.91 ust.1 i art.7 ust.1 ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania zgodnie z art.192 ust.1 ustawy.

Izba nie stwierdziła wskazanych w odwołaniu naruszeń art. 89 ust.1 pkt 2 i 8 ustawy. Izba uznała za niewykazane przez Odwołującego niedopuszczalne spiętrzenie robót w miesiącu czerwcu 2011r., biorąc pod uwagę wyjaśnienia o 2 lub 3 zmianowości wykonywanych robót oraz obowiązującej zasadzie fakturowania w ostatniej fakturze co najmniej 20 % wartości robót. Oceniając ilość przewidzianych robót w m-cu czerwcu 2011r. Izba wzięła pod uwagę, że okoliczność uzyskania opinii organów zewnętrznych (art.56 prawa budowlanego) o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym już w dniu 28.06.2011r. wcale nie oznacza, że Wykonawca wybrany przewidział 14 dni na zajęcie stanowiska przez te organy tylko np.: 1 dzień jak to miało miejsce przy kalkulowaniu uzyskania pozwolenia na użytkowanie (14 dni a nie jeden miesiąc) i uwzględnił wykonywanie robót włącznie do dnia 28.06.2011 roku.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy to jest zgodnie z przepisem art. 192 ust.9 i10 ustawy, zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego obejmujące wpis od odwołania w wysokości 20.000 złotych i koszty zastępstwa pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600zł.

