**Sygn. akt: KIO 1911/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do doręczeń: CML Construction Services Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Neuropsychiatryczny im. Prof. M.K. Samodzielny Publiczny Zakład Publiczny Opieki Zdrowotnej w Lublinie, ul. Abramowicka 2, 20-442 Lublin**

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do doręczeń: CML Construction Services Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodnicząca:**……..……

**Sygn. akt: KIO 1911/24**

**Uzasadnienie**

Szpital Neuropsychiatryczny im. Prof. M.K. Samodzielny Publiczny Zakład Publiczny Opieki Zdrowotnej w Lublinie zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Budowa pawilonu Regionalnego Centrum Zdrowia Psychicznego DiM w Lublinie przy Szpitalu Neuropsychiatrycznym im. Prof. M. Kaczyńskiego w Lublinie".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 maja 2024 r., Dz.U. S: 86/2024 pod pozycją 259961-2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zmienione: 294497-2024 w Dz.U. S: 97/2024 z dnia 21 maja 2024 r. oraz 317059-2024 w Dz.U. S: 103/2024 z dnia 29 maja 2024 r.

W dniu 31 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, polegającą na modyfikacji SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SWZ, zwanych dalej „Projektem Umowy", poprzez publikację na stronie postępowania w dniu 21 maja 2024 r. i 29 maja 2024 r. wyjaśnień SWZ, które w rzeczywistości prowadzą do zmiany przewidzianych w SWZ (w tym Projekcie Umowy) zasad odbioru końcowego przedmiotu zamówienia, nadając tej procedurze charakter odbioru bezusterkowego, a także obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za błędy, bądź braki dokumentacji projektowej, której autorem jest Zamawiający, co jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, a także Kodeksu cywilnego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 135 i 137 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 i 647 KC poprzez opublikowanie w dniu 21 maja 2024 r. wyjaśnienia treści SWZ nr 47, które pod pozorem dokonywania jedynie wyjaśnień Specyfikacji prowadzi do modyfikacji Projektu Umowy (SWZ) w zakresie zasad odbioru końcowego przedmiotu zamówienia w taki sposób, że gdy w toku odbioru stwierdzone zostaną wady (niezależnie od ich charakteru), terminem wykonania przedmiotu zamówienia będzie data jego ponownego zgłoszenia (wolnego od wad) przedmiotu zamówienia do odbioru. W ten sposób Zamawiający nadał procedurze odbioru przedmiotu zamówienia charakter odbioru bezusterkowego, co jest sprzeczne z w/w przepisami ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego nie tylko co do formy wprowadzenia tych zmian, lecz również w zakresie skutków wywołanych tą zmianą;
2. art. 135 i 137 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez opublikowanie w dniu 29 maja 2024 r. wyjaśnienia treści SWZ nr 5, która prowadzi do obarczenia wykonawcy

odpowiedzialnością, w tym ryzykiem finansowym, za błędy, bądź braki dokumentacji projektowej w zakresie warunków gruntowych, posadowienia istniejących budynków oraz uzbrojenia terenów. Forma, jak również skutki wprowadzenia modyfikacji są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp i KC. Zamawiający narusza podstawowe zasady przygotowywania i prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy PZP, a negatywnymi konsekwencjami nienależytego opisu przedmiotu zamówienia próbuje obarczyć wykonawcę, czym narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność Zamawiającego skutkuje wprowadzeniem do SWZ postanowienia przewidującego odpowiedzialność za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o dokonanie następujących czynności:

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. w zakresie zarzutu nr 1 – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ukształtowanie treści Projektu Umowy w sposób zgodny z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 i art. 647 Kodeksu cywilnego, wskazując że wyjaśnienie nr 47 z dnia 21 maja 2024 r. nie wprowadzają wprost zmian w treści SWZ, w praktyce wykonanie powyższego żądania powinno sprowadzać się do publikacji na stronie postępowania informacji, w której Zamawiający cofnie zmiany wywołane wyjaśnieniem SWZ nr 47 z dnia 21 maja 2024 r. oraz potwierdzi, że w przypadku gdy w toku odbioru stwierdzone zostaną wady nieistotne, terminem wykonania przedmiotu zamówienia będzie data stwierdzona w protokole odbioru końcowego przedmiotu zamówienia – tak, jak było to pierwotnie zgodnie z § 10 ust. 14 Projektu Umowy. Zamawiający powinien więc potwierdzić, że stwierdzenie wad nieistotnych w toku odbioru, nie będzie traktowane jako niewykonanie przedmiotu zamówienia a przedmiot umowy zostanie odebrany pomimo istnienia wad nieistotnych. Usunięcie wad nieistotnych odbędzie się zgodnie z pierwotnie procedurą pierwotnie przewidzianą w § 10 ust. 16 pkt 4) Projektu Umowy po terminie umownym. Tym samy występowanie wad nieistotnych nie będzie wpływało na ocenę czy przedmiot zamówienia został wykonany przez wykonawcę w terminie umownym.
2. w zakresie zarzutu nr 2 – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ukształtowania zasad odpowiedzialności wykonawcy w sposób zgodny z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 KC. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienie nr 5 z dnia 29 maja 2024 r. nie wprowadza wprost zmian w treści SWZ, w praktyce wykonanie powyższego żądania powinno sprowadzać się do publikacji na stronie postępowania informacji, w której Zamawiający cofnie zmiany spowodowane wyjaśnieniem nr 5 z dnia 29 maja 2024 r. oraz potwierdzi, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, w tym ryzyka finansowego, za błędy lub braki dokumentacji projektowej zakresie warunków gruntowych, posadowienia istniejących budynków oraz uzbrojenia terenu.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu w dniu 3 czerwca 2024 r.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 6 czerwca 2024 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 14 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Uwzględnienie zarzutów Odwołującego w całości", w którym Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i brak jest wykonawców, którzy skutecznie przystąpili do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ( tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437)

**Przewodnicząca:**……