**Sygn. akt: KIO 694/23**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 marca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Członkowie: Robert Skrzeszewski**

**Krzysztof Sroczyński**

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu13 marca 2023 r. przez wykonawcę **Skanska Spółkę akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa** – **Sąd Apelacyjny w Warszawie, Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie,**w imieniu i na rzecz których, jako zamawiający działa: **Sąd Apelacyjny w Warszawie**

**postanawia**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze**,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy**Skanska Spółki akcyjnej w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejsze postanowienie, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**…….
**Członkowie:**…….
..... ……

**Sygn. akt KIO 694/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Warszawie,Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie, w imieniu i na rzecz których, jako zamawiający działa: Sąd Apelacyjny w Warszawie – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. [ustawa P.z.p.]), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą.

W dniu 13 marca 2023 roku wykonawca Skanska Spółka akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) Naruszenie art. 433 pkt 4 i art. 99 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób przewidujący ograniczenie zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania wielkości lub zakresu ograniczenia, co stanowi klauzulę abuzywną, o której mowa w przepisie art. 433 pkt 4 ustawy P.z.p., a także jest to niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca nie ma wiedzy, jaki będzie zakres robót do wykonania, ma bowiem tylko wiedzę, co do ograniczenia zakresu rzeczowego, ale nie wie, o jaki zakres.

2) a) Naruszenie art. 439 ust.1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez uzależnienie możliwości waloryzacji w przypadku realizowania przez wykonawcę robót w terminach określonych w Umowie, podczas gdy przepisy te nie zawierają żadnych ograniczeń w zakresie określenia waloryzacji, co więcej są przepisami bezwzględnie obowiązującymi, które nakazują określenie postanowień waloryzacyjnych w przypadku, gdy przedmiotem umowy są roboty budowlane i umowa zawarta jest na

okres 6 m-cy, a zatem nie zawierają żadnych dodatkowych ograniczeń,

2) b) Naruszenie art. 439 ust. 5 ustawy P.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zmiany wynagrodzenia podwykonawcom w sytuacji zmiany wynagrodzenia wykonawcy bez uzależnienia tej zmiany od zakresu umowy podwykonawczej, co jest obowiązkiem nadmiernym i wykraczającym poza dyspozycje tego przepisu, gdyż przepis ten stanowi, iż wykonawca ma obowiązek zmiany wynagrodzenia podwykonawcy, tylko w sytuacji, gdy umowa, którą zawarł z podwykonawcą odpowiada zakresowi zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

2)c) Naruszenie przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 oraz 439 ust. 1, gdyż uzależnienie możliwości waloryzacji od łącznego spełnienia przesłanek, w tym punktu 4 czyni waloryzację w istocie niemożliwą do spełnienia, czy też możliwą tylko w sytuacji, gdy zawarcie umowy nastąpi po upływie 180 dni od upływu terminu składania ofert, a zatem w każdym innym przypadku, jako niemożliwą do zaistnienia.

3) naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie terminu na odstąpienie od Umowy w sposób pozostawiający wykonawcę w niepewności, niezgodnie z funkcją gwarancyjną terminu na odstąpienie od umowy, co narusza zasady współżycia społecznego.

4) naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy P.z.p. z uwagi na to, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, to jest uzgodnienie formy graficznej dokumentacji powykonawczej innych wykonawców, dlatego nie powinien tym obciążać generalnego wykonawcy i naliczać kar umownych w tym zakresie, jeśli będzie się to łączyło z odmową odbioru końcowego.

5) naruszenie art. 99 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez niespójności pomiędzy OPZ a wzorem Umowy, co powoduje, że wykonawcy nie znają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

6) naruszenie art. 8 ust.1 ustawy P.z.p. w związku z art. 5 kc, poprzez ukształtowanie postanowień w ten sposób, że każda zmiana umowy powyżej 10 dni nie będzie skutkowała zmianą umowy, nawet jeśli tych zmian będzie kilka i będą miały wpływ na końcowy termin realizacji umowy, co będzie skutkowało wpływem na datę w protokole odbioru końcowym sprzeczną z datą umowy czy też aneksów do umowy, co będzie stawiało wykonawcę w niekorzystnym świetle.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 marca 2023 roku, zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.
Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący ……..……..

Członkowie: …….

…….