

Sygn. akt: KIO 3279/22

POSTANOWIENIE

z dnia 22 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**
Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Marzena Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 22 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- 1) wykonawcy: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 2) wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 3) wykonawcy: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwoty 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 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:

.....

Uzasadnienie

Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”, nr referencyjny: ZP.25.47.2022.1 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 229-660207.

W dniu 8 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: **SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (dalej „odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na sporządzeniu dokumentacji postępowania, w tym ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył przepisy: art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej na zbyt wysokim poziomie, co wyklucza możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym wykonawca ten wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (SWZ - rozdział IX, strona 8) i nadanie im nowego brzmienia, wskazanego w treści odwołania.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. poinformował wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie wykonawcy: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Izba ustaliła, że zamawiający wysłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu 2022/S 229-660207, które zostało opublikowane w dniu 21 grudnia 2022 (pod nr 2022/S 246-711762). Z analizy opublikowanego dokumentu wynika, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Mając ponadto na uwadze, że stosownie do art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba, wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, co oznacza w niniejszym przypadku, że zobowiązana jest uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do zarzutów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 w zw. z art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....