

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 7 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2022 r. przez wykonawcę CONSTRUCTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lubiczu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Filharmonię Poznańską im. Tadeusza Szeligowskiego w Poznaniu w przedmiocie zamówienia publicznego na: *„przebudowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego budynku na potrzeby Filharmonii Poznańskiej”*

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – wykonawcy CONSTRUCTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lubiczu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Filharmonia Poznańska im. Tadeusza Szeligowskiego w Poznaniu działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwaną dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„przebudowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego budynku na potrzeby Filharmonii Poznańskiej”*. Numer referencyjny zamówienia to FP/P1/2/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 września 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00350057/01.

W dniu 25 października 2022 r. Odwołujący – CONSTRUCTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lubiczu wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które polegały na:

- 1) zaniechaniu wskazania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu skuteczną obronę swojej oferty
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że koncepcja instalacji klimatyzacji złożona jako przedmiotowy środek dowodowy jest „błędna pod kątem technicznym”, podczas gdy nie jest wiadome, co oznacza sformułowanie „błędna pod kątem technicznym”, natomiast odpowiada ona warunkom zamówienia,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy CONDIX Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie Podgórnym (dalej jako „wykonawca CONDIX”) mimo, że koncepcja instalacji klimatyzacji złożona jako przedmiotowy środek dowodowy przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) wyborze oferty wykonawcy CONDIX mimo, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

- 5) ewentualnie zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP z uwagi na fakt, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co ogranicza możliwość skutecznej obrony oferty Odwołującego i narusza zasady przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 107 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści koncepcji i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego i niewybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że złożona wraz z ofertą koncepcja odpowiada warunkom zamówienia,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CONDIX pomimo, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy CONDIX pomimo, że jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 107 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP (zarzut nr 2) Odwołujący sformułował zarzut ewentualny zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy CONDIX jako niezgodnej z warunkami zamówienia i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

- 4) ewentualnie unieważnienia postępowania, a także
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ze znajdującej się w aktach sprawy odwoławczej informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2022 r. wynika, że informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 26 października 2022 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej.

Następnie w dniu 3 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło kolejne pismo od Zamawiającego, w którym poinformował on, że tego samego dnia unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz jednocześnie unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający dodał również, że w związku z dokonaniem unieważnieniem obydwu czynności będzie kontynuował procedurę badania i oceny ofert. Zamawiający wskazał też, że unieważnienie czynności będących przedmiotem zarzutów odwołania doprowadziło do tego, że zarzuty odwołania stały się bezprzedmiotowe. W konsekwencji Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, ponieważ jego zdaniem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego było zbędne. Podobnie sformułowany wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w trybie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy PZP w dniu 7 listopada 2022 r. złożył także Odwołujący.

Izba ustaliła ponadto, że termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 31 października 2022 r. Do dnia wydania postanowienia przez Izbę wpłynęło zgłoszenie przystąpienia od wykonawcy CONDIX. Jednakże z powodu niedochowania formy zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wynikającej z regulacji § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453), gdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych tylko przesłane e-mailem, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy CONDIX.

Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne, albowiem Zamawiający działając w trybie autokontroli unieważnił zarówno czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jak i czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Obydwie te czynności Zamawiającego były przedmiotem zarzutów odwołania. Na skutek aktywności Zamawiającego po wniesieniu odwołania nie istnieją już czynności zaskarżone odwołaniem. Odpadł zatem substrat zaskarżenia. Oznacza to, iż dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Wobec tego Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczanego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....