

Sygn. akt: KIO 3272/22
Sygn. akt: KIO 3274/22
Sygn. akt: KIO 3277/22

POSTANOWIENIE

z dnia 12 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Odrzywolska
Członkowie:	Andrzej Niwicki Aneta Mlącka
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniach 22 grudnia 2022 r., 4 stycznia 2023 r. i 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez:

1. wykonawcę: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3272/22)
2. wykonawcę: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3274/22)
3. wykonawcę: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt: KIO 3277/22)

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

przy udziale:

1. wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3274/22** po stronie odwołującego;
2. wykonawcy **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22** po stronie odwołującego;
3. wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3274/22, KIO 3277/22** po stronie odwołującego;
4. wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22** po stronie odwołującego;

5. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22** po stronie odwołującego;
6. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3272/22, KIO 3274/22** po stronie odwołującego;
7. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 3277/22** po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania (sprawa o sygn. akt KIO 3272/22); wykonawcy: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania (sprawa o sygn. akt: KIO 3274/22); wykonawcy: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania (sprawa o sygn. akt KIO 3277/22).

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:

.....

Sygn. akt: KIO 3272/22
Sygn. akt: KIO 3274/22
Sygn. akt: KIO 3277/22

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 2022 r., 1710 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, zostały wniesione odwołania przez wykonawców: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3272/22); Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3274/22); MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt: KIO 3277/22), 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.

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 swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy: HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3274/22 po stronie odwołującego; NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22 po stronie odwołującego; PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3274/22, KIO 3277/22 po stronie odwołującego; Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22 po stronie odwołującego; Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22,

KIO 3277/22 po stronie odwołującego; STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22 po stronie odwołującego.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał szeregu istotnych zmian w treści SWZ i projektu umowy, publikując informację o tym na stronie prowadzonego postępowania. W kontekście podnoszonych przez odwołujących się wykonawców zarzutów, zapisy zawarte w dokumentach zamówienia uległy zmianie w sposób tak istotny, że jak oświadczyli na rozprawie odwołujący: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3272/22) oraz Warbud S.A. (sygn. akt: KIO 3274/22) - dalsze ich podtrzymywanie byłoby niezasadne jako, że zapisy SWZ uległy zmianie również w zakresie, w jakim odwołujący formułowali swoje żądania. Również odwołujący MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt: KIO 3277/22) złożył do akt sprawy pismo procesowe (pismo z 12 stycznia 2023 r.), wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego, powołując się na przesłankę art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, 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 odwołujących się wykonawców zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....