

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 30 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 stycznia 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe w Lublinie, ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin**

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa** 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:

Uzasadnienie

Muzeum Narodowe w Lublinie, zwane 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 na „Przebudowę Pałacu Lubomirskich na potrzeby Muzeum Ziemi Wschodnich Dawnej Rzeczypospolitej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2024 r. pod pozycją nr 2024/S 00004603-2024.

W dniu 15 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu i zaniechaniom Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny (zbyt wąski) i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło także walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu aby zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w następujący sposób:

„wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu w grupie PKOB 1261, 1262, 1263, 1264, 1272 wpisanego do rejestru zabytków nieruchomych, o powierzchni użytkowej min. 4 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto”.

lub ewentualnie:

„wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków nieruchomych, o powierzchni użytkowej min. 4 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto”.

Kopia odwołania została przekazana przez Zamawiającego Wykonawcom w dniu 16 stycznia 2024 r. drogą elektroniczną za pośrednictwem poczty e-mail oraz zamieszczona w dniu 16 stycznia 2024 r. na stronie internetowej, na której są udostępnione dokumenty zamówienia.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił w całości żądania postawione w odwołaniu. Nadto wskazał, że uwzględnił zarzut odwołania i tym samym wprowadził żadaną zmianę w rozszerzył przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu o wykazanie się robotami w obiekcie/zespole obiektów o powierzchni użytkowej 3 000 m². W związku z powyższym warunek udziału w postępowaniu w pkt 7.2.4.1.1. SWZ [oraz pkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu], otrzymał brzmienie:

„7.2.4.1.1. wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu/zespołu obiektów użyteczności publicznej wpisanego/wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 3 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto.”

Ponadto Zamawiający w pkt 7.4. SWZ na potrzeby postępowania przyjął definicję „obiektu użyteczności publicznej”. Treść przejętej definicji jest zgodna z § 3 pkt 6 Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1225) i otrzymała brzmienie:

„budynek użyteczności publicznej - budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”.

Tym samym dokonał zmiany w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu uwzględniając żądanie Odwołującego i w dniu 26 stycznia 2026 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o sprostowaniu/zamianie ogłoszenia, załączając do odpowiedzi na odwołanie „Przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o sprostowaniu/zamianie ogłoszenia”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy zmienił kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Powyższe powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa treść ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na

skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w , znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczzonego wpisu, w tym przypadku w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca:.....