

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Ewa Sikorska**
Małgorzata Rakowska
Robert Skrzyszewski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 marca 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Teatr Muzyczny w Poznaniu**

Uczestnik po stronie **zamawiającego**: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Adamietz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A.W. w Warszawie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: wykonawcy **Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 547/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 19 lutego 2024 roku wykonawca Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (lider) oraz Adamietz Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Konsorcjum Adamietz”) zaskarżonej odwołaniem wniesionym przez odwołującego w dniu 29 stycznia 2024 r., przed rozpoznaniem odwołania z 29 stycznia 2024 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podejmowanie czynności wbrew zasadzie prowadzenia postępowania jako uporządkowanego ciągu czynności prowadzącego do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz leżących w interesie wyłącznie jednego z wykonawców z pominięciem interesu własnego zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, w tym mających na celu zapewnienie przewagi procesowej oraz uprzywilejowania w postępowaniu Konsorcjum Adamietz;
- 2) art. 521 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej na etapie postępowania odwoławczego zamiast wniesienia odpowiedzi na odwołanie zawierającej ustosunkowanie się zamawiającego do treści odwołania, wskazanie twierdzeń i dowodów na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu albo uwzględnienia odwołania, co pozwoliłoby na kontynuowanie postępowania odwoławczego, zainicjowanego prawidłowo wniesionym i niecofniętym odwołaniem, a tym samym rozstrzygnięcie odwołania przez organ do tego powołany;
- 3) art. 5 Kodeksu cywilnego (K.c.) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nadużycie prawa podmiotowego do unieważnienia własnej czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia dopiero na etapie postępowania odwoławczego, tj. skorzystanie z prawa do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego, w szczególności nakierowany na zniweczenie celu wnoszenia środków ochrony prawnej oraz uniemożliwienie przeprowadzenia

weryfikacji zaskarżonej pierwszym odwołaniem czynności i rozpoznania w postępowaniu odwoławczym podniesionych w nim zarzutów;

4) art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 522 ustawy P.z.p. i pozostałych przepisów ustawy P.z.p. dotyczących rozpoznawania środków ochrony prawnej poprzez dokonanie czynności prawnej polegającej na unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, co miało na celu obejście przepisów ustawy P.z.p., w tym uchylenie się od konieczności zajęcia stanowiska odnośnie odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 29.01.2024 r., pomimo przyznania się do wadliwości dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, lub przegrania sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą i w rzeczywistości było czynnością pozorną, naruszającą prawo odwołującego do korzystania z odwołania jako środka ochrony prawnej, mającego na celu ochronę interesu wykonawcy niezgadającego się z legalnością czynności zamawiającego i rozpoznawanego przez organ do tego powołany ustawą;

5) art. 521 i 522 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 5 oraz art. 17 ust. 2 i art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p., poprzez unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej na etapie postępowania odwoławczego, a w rezultacie zniweczenie prawa odwołującego do ochrony prawnej zainicjowanej wniesieniem odwołania, zamiast zajęcia stanowiska wobec podniesionych w nim zarzutów w sposób określony w art. 521 i 522 ust. 1 ustawy P.z.p., co – niezależnie nawet od twierdzeń odwołującego, zawartych w odwołaniu (wniesionym w dniu 29.01.2024 r.) i wykazanych dowodami m.in. pozyskanymi w trybie dostępu do informacji publicznej – możliwe by było poprzez skorzystanie z dobrodziejstwa instrumentu prawnego, przewidzianego w art. 128 ust. 5 ustawy P.z.p., w tym w szczególności poprzez zweryfikowanie „u źródła” zgodności ze stanem rzeczywistym oświadczeń Konsorcjum Adamietz złożonych w ofercie i zweryfikowanie tym samym twierdzeń odwołania oraz umożliwienie Izbie – w ramach postępowania odwoławczego – oceny dowodów, w tym ewentualnie przedłożonych w ramach inicjatywy dowodowej Konsorcjum Adamietz.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej w fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
- 3) dołączenie do akt sprawy akt sprawy o sygn. KIO 323/24 i przeprowadzenie dowodu z akt zgromadzonych w tej sprawie, w szczególności z odwołania z dnia 29.01.2024 r. na okoliczność treści odwołania oraz załączonych do niego dowodów.

W dniu 5 marca 2024 roku, przed rozprawą, odwołujący cofnął odwołanie z dnia 19 lutego 2024 roku.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 P.z.p. oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a 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) Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca:.....

.....

.....