

Sygn. akt: KIO 2634/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 11 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Członkowie:** Ernest Klauziński

Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu **6 października 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 września 2021 roku** przez wykonawcę **Colas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach**

**postanawia:**

1. Umarzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Colas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu;
3. znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok – Lubartów odc. Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy) - Kock (początek obwodnicy) z podziałem na 2 części: Część I Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy) – Radzyń Podlaski (Węzeł Radzyn Podlaski Północ) o długości 22,329 km; Część II Radzyń Podlaski – Kock (początek obwodnicy) o długości 18,136 km, z podziałem na 2 części. W dniu 25 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2021/S 164-430124.

Dnia 6 września 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”), złożył wykonawca Colas Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu (dalej jako „Odwołujący” lub „Colas”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności tj. przygotowania specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) z naruszeniem:

- 1) art. 121 pkt 1 w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezasadnione zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęży krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w postępowaniu lub którzy mogliby uczestniczyć w inny sposób w postępowaniu;
- 2) art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców ("IDW") poprzez usunięcie zastrzeżenia ujętego w:
  - pkt 6.5 IDW tj. (i) obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80%

ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

- pkt 12.1 IDW, tj. możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania tylko tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w IDW jako kluczowe zadania.

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołującym wskazano, że jest podmiotem należącym do grupy kapitałowej Colas, której zasadnicza część działalności opiera się na realizacji prac z zakresu budowy i utrzymania dróg, autostrad, produkcji i recyklingu materiałów konstrukcyjnych (takich jak kruszywa, emulsje i lepiszcza, mieszanki asfaltowe, beton towarowy, asfalt) oraz realizacji projektów w zakresie inżynierii lądowej. Colas jest zatem zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Postanowienia SWZ zostały ukształtowane przez Zamawiającego w sposób utrudniający Odwołującemu udział, np. jako podwykonawca lub podmiot udostępniający zdolności techniczne lub kwalifikacje zawodowe. Takie ukształtowanie postanowień SWZ w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z ustawy Pzp może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

W aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze Stron postępowania odwoławczego.

W dniu 5 października 2021 roku Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż dokonał zmiany SWZ w następującym zakresie:

## ZMIANA NR 2

1) Tom I SWZ, Rozdział 1. Instrukcja dla Wykonawców, pkt 6.5.

istniejący zapis:

*„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.*

*W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu”*

otrzymuje brzmienie:

*„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.*

*W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu”.*

Zmieniono również zapisy Tomu II SWZ, Dane Kontraktowe subklauzula 4.1.

W dniu 6 października 2021 roku na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający złożył *Zmianę nr 5 Tomu I SWZ, Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców, pkt 6.1.*, wprowadzając zapis, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych, robót budowlanych, w tym wykonania nawierzchni trasy głównej drogi ekspresowej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonaniem pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami SWZ może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp,

zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

*Zgodnie ze stanowiskiem doktryny Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą 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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany zapisów SWZ, do których odnoszą się zarzuty odwołania. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale w zostały jednoznacznie do dokumentów postępowania wprowadzone i opublikowane w odpowiednim publikatorze. Tym samym w dniu posiedzenia przed Izbą nie istniały już zapisy SWZ, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Bez wątpienia Zamawiający dokonał zmiany zapisów punktu 6.5 Tomu I SWZ, Rozdział 1. Instrukcja dla Wykonawców wykreślając postanowienia o procentowym obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Ponadto w punkcie 6.1 Tomu I SWZ, Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający wprowadził rodzajową definicję pojęcia „kluczowych części zamówienia”. Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem dokonania zmian otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowego brzmienia zapisów SWZ. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony

prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w określonym kształcie.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana 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 punktów 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 w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu 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. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego i nowego kształtu SWZ nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie i z tego powodu Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczzonego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

**Przewodnicząca:** .....

**Członkowie:**

.....

.....