

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Zielonej Górze

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 1487/24

### Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Zielonej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów - Konotop: Zadanie 1 - km 29+461 - 34+850; Zadanie 2 - km 39+877 - 43+250; Zadanie 3 - km 45+000 - 47+800” („Postępowanie”), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 kwietnia 2024 r. pod numerem 233156-2024.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. art. 99 ust. 1, 4, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję tj. poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia konkretnego produktu koniecznego do wykonania przedmiotu zamówienia w sytuacji gdy brak ku temu przewidzianych w ustawie podstaw przy jedoczesnym niedopuszczeniu rozwiązań równoważnych zdefiniowanych przez wskazanie kryteriów oceny równoważności.
2. art. 16 pkt 1 oraz 17 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zmierzający do udzielenia zamówienia w sposób który nie zapewnia najlepszej jakości robót budowlanych w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. usunięcia ze specyfikacji technicznej SST: D-05.03.26d nieistotnych wymagań w zakresie siatki wskazujących na jej pochodzenie tj. konkretnych wymiarów oczka siatki, kształtu i wymiary przekroju drutu stężącego siatki, konkretnej odległości pomiędzy drutami stężącymi siatki
2. określenia wymagań dla siatki poprzez wskazanie wartości granicznych (minimalnych) kluczowych parametrów siatki mających realny wpływ na trwałość i wytrzymałość konstrukcji nawierzchni, tj. wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie i trwałość (te właściwości są wymienione w normie zharmonizowanej stanowiącej podstawę do legalnego wprowadzenia wyrobu do obrotu)
3. usunięcia z ŚTWIORB wymogu posiadania przez siatkę aprobaty technicznej wydanej przez IBDIM ewentualnie
4. na wpadek uznania że są podstawy do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób o którym mówi art. 99 ust. 5 ustawy Pzp dopuszczenie rozwiązań równoważnych do wskazanych rozwiązań firmy Mesh Track firmy Bekaert definiowanych poprzez kryterium równoważności dotyczące wytrzymałości na rozciąganie, wydłużenie i trwałości.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 16 maja 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania

odwoławczego w całości, na podstawie art. 568 pkt 2) albo 3) w zw. z art. 522 ustawy Pzp w zw. z modyfikacją SWZ, w zakresie zaskarżanych postanowień SWZ, dokonaną przez Zamawiającego 7 maja br. pismem znak WZP.2910.55.2024r. Ewentualnie tj. na wypadek stwierdzenia braku podstaw do umorzenia postępowania w zakresie wskazanym powyżej, Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości i wniósł o umorzenie postępowania. Odwołujący wskazał, co następuje:

1. W odpowiedzi na pytanie nr 5 jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o następującym brzmieniu:

„Zamieszczona w dokumentacji przetargowej Specyfikacja Techniczna D-05.03.26d „Zastosowanie siatki stalowej z drutu stalowego z warstwie asfaltowej” w zakresie wymagań dla siatki stalowej wskazuje na zastosowanie siatki jednego producenta - firmy Bekaert. W przedmiotowej specyfikacji technicznej oprócz podstawowych, tj. mających faktyczny wpływ na trwałość konstrukcji nawierzchni, parametrów dla tego typu produktów, tj. wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie i trwałość, określono parametry nieistotne z punktu widzenia konstrukcji nawierzchni, które jednak zawężają możliwości zastosowania tego materiału do jednego produktu dostępnego na rynku, tj. siatki Mesh Track firmy Bekaert. Sama specyfikacja, w punkcie 10. Przepisy związane wyszczególnia „Aprobata techniczna IBDiM nr AT/2006-03-1156. Siatka stalowa MESH TRACK do wzmacniania nawierzchni drogowych”. De facto Specyfikacja Techniczna D-05.03.26c stanowi w przeważającej części kopię specyfikacji dostępnej na stronie internetowej firmy Gruppo Bitumi, będącej przedstawicielem firmy Bekaert w Polsce.

Wskazane powyżej ograniczenie do zastosowania jedynie produktu firmy Bekaert, w rzeczywistości ogranicza również możliwość realizacji robót objętych przedmiotową specyfikacją techniczną do jednej firmy, tj. Gruppo Bitumi, gdyż z naszych doświadczeń wynika, że siatka Mesh Track firmy Bekaert na terenie Polski jest dostępna tylko dla firmy Gruppo Bitumi, czyli przedstawiciela Bekaert w Polsce.

Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności z postanowieniami art. 99. ust. 4.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę specyfikacji technicznej w taki sposób aby zachować wymagania Zamawiającego w zakresie kryteriów dotyczących parametrów mających wpływ na nawierzchnię drogi, jednocześnie nie ograniczając konkurencji. W szczególności wnosimy do Zamawiającego o:

- a) usunięcie ze specyfikacji technicznej nieistotnych wymagań w zakresie siatki, tj. konkretnych wymiarów oczka siatki, kształtu i wymiary przekroju drutu stężącego siatki, konkretnej odległości pomiędzy drutami stężącymi siatki - wszystko to parametry specyficzne dla jednego wyrobu jednego producenta;
- b) określenie wymagań dla siatki poprzez wskazanie wartości granicznych (minimalnych) kluczowych parametrów siatki mających realny wpływ na trwałość i wytrzymałość konstrukcji nawierzchni, tj. wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie i trwałość (te właściwości są wymienione w normie zharmonizowanej stanowiącej podstawę do legalnego wprowadzenia wyrobu do obrotu);
- c) usunięcie ze SSTWiORB wymogu posiadania przez siatkę aprobaty technicznej wydanej przez IBDiM, w związku z tym, że posiadanie przez produkt certyfikatu CE potwierdza jego zgodność z normą zharmonizowaną i dopuszczenie (jako wyrób budowlany) do obrotu na polskim rynku.”

po złożeniu odwołania tj. 7 maja 2024r. Zamawiający pismem znak WZP.2910.55.2024, udzielił na nie następującej odpowiedzi

„(...) Zamawiający nie wskazał nazwy handlowej, znaków towarowych lub patentów. Siatka stalowa przewidziana do wykorzystania w czasie prowadzenia robót budowlanych jest jednym z produktów dostępnych na rynku i przewidzianych do zastosowania w warstwach asfaltowych nawierzchni.

Przywołana w dokumentach przetargowych Specyfikacja Techniczna D-05.03.26d „Zastosowanie siatki stalowej z drutu stalowego z warstwie asfaltowej” sporządzona została na bazie Ogólnej Specyfikacji Technicznej, opracowanej przez Branżowy Zakład Doświadczalny Budownictwa Drogowego i Mostowego Sp. z o.o. a w STWiORB D-M-00.00.0 „Wymagania ogólne” pkt 1.5.13. Równoważność norm i przepisów prawnych Zamawiający zawarł zapis informujący, że:

„Wszelkie nazwy własne użyte w SST lub STWiORB, dokumentacji projektowej oraz przedmiarach robót winny być interpretowane jako definicje standardów, a nie jako nazwy konkretnych rozwiązań mających zastosowanie w realizacji zadania.”

Biorąc pod uwagę oczekiwania Wykonawcy Zamawiający dokonał korekty zapisów STWiORB D- 05.03.26d „Zastosowanie siatki stalowej z drutu stalowego z warstwie asfaltowej” i udostępnił na stronie prowadzonego postępowania.(...)”

Dowód: pismo z 7 maja 2024r. znak WZP.2910.55.2024

2. Jednocześnie wraz z udzieleniem odpowiedzi Zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ w zakresie STWiORB D-05.03.26d.

3. Porównanie zarzutów i żądań odwołania z treścią dokonanej i opisanej wyżej modyfikacji SWZ w zakresie STWiORB D-05.03.26d. stanowi o ich uwzględnieniu. Zamawiający dokonał bowiem czynności w postępowaniu nie tylko zgodnie z zarzutami odwołania ale i żądaniami odwołania. W związku z powyższym wniosek odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego w całości powinien zostać oceniony przez pryzmat dokonanych przez Zamawiającego czynności w Postępowaniu i sklasyfikowany jako uwzględnienie odwołania w rozumieniu art. 522 pzp ust 1 ustawy pzp a w konsekwencji na orzeczenie o koszty postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że w związku z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego na pytanie wykonawcy oraz dokonaną modyfikacją SWZ, a także stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego w piśmie z 16 maja 2024 r., spór pomiędzy stronami wygaś. Orzekanie o zarzutach podniesionych w odwołaniu stało się zatem zbędne. Biorąc to pod uwagę, Izba uznała, że zaistniała podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy Pzp. W myśl tego przepisu Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 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 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: