

POSTANOWENIE

Warszawa, 13 czerwca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 maja 2025 r. r. przez wykonawcę Keluva PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Gliniana 52A w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, al. Warszawska 89

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty
2.1. 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2111/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę środków chemicznych do usuwania śliskości zimowej dróg administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Elblągu, Rejon w Elku oraz Rejon w Lidzbarku Warmińskim ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 maja 2025 r. pod numerem 313640-2025; numer wydania: Dz.U. S: 93/2025

26 maja 2025 r. wykonawca Keluva PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Gliniana 52A wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 26 maja 2025 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1.art. 99 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy oraz art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353 (1) K.c. połączenie w jednym postępowaniu dostawy trzech produktów soli drogowej zwykłej- DR, soli drogowej specjalnej - DS oraz chlorku wapnia bez podziału zamówienia na części przy jednoczesnym opisanu przedmiotu zamówienia w TOMIE III SST w zakresie odmiennej granulacji dla soli zwykłej DR zgodnie z normą PN-EN 16811-1:2016-10 „Sól drogowa średnia Klasy M oraz odmiennej granulacji dla soli drogowej -DS, która to granulacja dla tego rodzaju soli nie jest zgodna z normą europejską czyli zamówienie w jednym postępowaniu bez podziału na części soli DR oraz soli DS. oraz chlorku sodu, które nie są produktami jednorodnymi dostępnymi na rynku w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równy dostęp wykonawców do zamówienia, zamawiający wprowadzając brak podziału zamówienia na części naruszył konkurencję i uniemożliwił wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom które są zdolne do jego wykonania, co w konsekwencji świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom niekorzystnych warunków zamówienia,

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.Zmianę (modyfikację) przez zamawiającego treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie TOM I Instrukcja dla Wykonawców oraz TOM III SST przez - dokonanie podziału zamówienia na trzy części w zakresie: soli drogowej zwykłej- DR, soli drogowej specjalnej -DS. oraz chlorku wapnia oraz umożliwienie wykonawcom złożenie ofert częściowych.

Odwołujący wskazał, iż na podstawie art. 505 ustawy ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy. Wykonawca Keluva PL. jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie dostawy soli drogowej do usuwania śliskości zimowej zgodnie z normą PN-EN 16811-1:2016-10 jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części – dostawa soli DR. Tymczasem w/w naruszenia ustawy, jakich dopuścił się zamawiający, uniemożliwiają lub znacząco utrudniają możliwości udziału w postępowaniu a co za tym idzie złożenia konkurencyjnej oferty, co naraża Keluva PL Sp. zo.o. na szkodę powstałą w wyniku nieuzyskania zamówienia poprzez uniemożliwienie osiągnięcia z tego

tytułu określonego zysku.

Ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, pytania do SWZ.

13 czerwca 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący w treści odwołania wniósł o dokonanie podziału zamówienia na trzy części w zakresie: soli drogowej zwykłej – DR, soli drogowej specjalnej – DS. oraz chlorku wapnia oraz umożliwienie wykonawcom złożenia ofert częściowych. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającego, że w SST przewidział odmienną granulację w zakresie soli DS.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2025 r. udostępnił na Platformie zakupowej wyjaśnienia treści SWZ na zadane przez wykonawców pytania oraz dokonał zmiany treści SWZ w zakresie będącym przedmiotem odwołania (pismo nr OOL.D-3.2421.15.2025.2 z dnia 6 czerwca 2025 r.). Zgodnie z udzieloną ww. pismem odpowiedzią na pytanie nr 1, z zakresu objętego przedmiotem zamówienia zostały usunięte następujące środki chemiczne do usuwania śliskości zimowej na drogach: DS. – sól drogowa specjalna oraz chlorek wapnia. Wraz z ww. pismem została udostępniona zmieniona Szczegółowa Specyfikacja Techniczna (Tom III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia), zmieniony Kosztorys Ofertowy (Tom I SWZ – Formularz 2.2. Kosztorys Ofertowy) oraz zmieniony Formularz Oferty (Tom I SWZ – Formularz 2.1. Oferta).

W ocenie zamawiającego, postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, ponieważ dokonana zmiana treści SWZ skutkuje brakiem przedmiotu sporu, tym samym dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego staje się zbędne. Zamawiający dołączył dowody z udzielonych wyjaśnień oraz modyfikacji SWZ i zmiany ogłoszenia.

27 maja 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Rozważania KIO:

Krajowa Izba Odwoławcza – dalej KIO uznała, że zamawiający nie ma generalnego zakazu dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania. Jedynym ustawowym zakazem w tym zakresie jest zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 ustawy). Zamawiający z tej możliwości skorzystał dokonując modyfikacji treści SWZ w ramach wyjaśnień jej treści. Wniesione odwołanie wskazywało, że czynnością kwestionowaną przez odwołującego były postanowienia SWZ, których zmiany domagał się odwołujący w swoim żądaniu. Zamawiający 30 maja 2025 r. udzielił wyjaśnień modyfikując treść SWZ, o czym powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym KIO 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 KIO, 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. 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 KIO do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego, czyli zmodyfikował sporną treść SWZ.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed KIO nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez KIO nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Aby KIO mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność sporządzenia SWZ.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy 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 KIO zobowiązana jest uwzględnić

wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed KIO.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, 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 - 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. KIO jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający zmodyfikował treść SWZ, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie KIO należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to 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 KIO wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, 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.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca: