**Sygn. akt: KIO 3295/25**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 3 września 2025 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**
**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu **3 września 2025 roku**
**w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
**5 sierpnia 2025 roku** przez **wykonawcę JOY GLOBAL (POLAND) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**

**postanawia:**

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego - JOY GLOBAL (POLAND) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
**w Tychach,** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
3.znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

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 3295/25**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Najem dla JSW S.A. KWK „Budryk" nowego kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu, znak sprawy: 41/P/25.* Ogłoszenie o zamówieniu: Dz. Urz. UE – OJ S 142/2025, numer publikacji ogłoszenia: 492061- 2025, data publikacji: 28.07.2025 r.

Dnia 5 sierpnia 2025 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1) i 2) oraz art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp odwołanie na powyższą czynność złożył wykonawca JOY GLOBAL (POLAND) Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, dalej jako „Odwołujący".

Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono wobec opublikowania w dniu 28.07.2025 r. na stronie treści dokumentów zamówienia, które naruszają przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający ustawę Pzp poprzez nieokreślenie jakichkolwiek poziomów zdolności w warunku określonym w pkt 7.4. SWZ;

2. art. 112 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób niedopuszczalny w ustawie,
tj. niedotyczący żadnego z pkt wskazanych w ust. 2 artykułu 112 ustawy Pzp.

3. art. 126 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 17 i pkt 20 ustawy Pzp poprzez żądanie złożenia w postępowaniu dokumentów, które nie stanowią podmiotowych środków dowodowych jako podmiotowych środków dowodowych;

4. art. 17 pkt 17 i 20 ustawy Pzp poprzez zaklasyfikowanie dokumentów stanowiących przedmiotowe środki dowodowe do podmiotowych środków dowodowych;

5. art. 126 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez żądanie złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą w sytuacji, gdy Zamawiający jednocześnie przewidział stosowanie tzw. „procedury

odwróconej”.

6. art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez żądnie złożenia oświadczenie w zakresie, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp mimo, że Zamawiający nie ustanowił podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w tym przepisie;

7. art. 462 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez żądanie złożenia oświadczenia o braku zajścia podstaw wykluczenia w stosunku do podwykonawcy nie będącego podmiotem udostępniającym zasoby na etapie składania ofert;

8. art. 462 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poprzez zobowiązanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o zajściu podstaw wykluczenia w stosunku do podwykonawców nie będących podmiotem udostępniającym zasoby, w sytuacji gdy takie oświadczenie powinien złożyć podwykonawca a wykonawca jedynie je przekazać;

9. art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umownych postanowienia dot. obowiązku zachowania w tajemnicy informacji, które zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem są jawne.

10. art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umownych, postanowień które nakładają na wykonawcę odpowiedzialność za opóźnienie, a także za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

11. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z i w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

12. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymagania dostawy kombajnu wyłącznie nowego, podczas gdy możliwa jest realizacja zadań zamawiającego również w przypadku kombajnu poremontowego,

13. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i 353 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust 1 ustawy pzp poprzez ustanowienie terminu dostawy nowego kombajnu w terminie, który nie jest realny.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu zmianę zaskarżonych postanowień dokumentacji postępowania w następujący sposób:

2.1 poprzez dookreślenie treści warunku wskazanego w pkt 7.4. SWZ w zakresie wskazania poziomów zdolności ocenianych w ramach warunku i wymaganych do spełnienia, a także określenie adekwatnego środka podmiotowego lub usunięcie warunku z postępowania;

2.2 poprzez przyporządkowanie środków dowodowych wskazanych w 10.1.8. - 10.1.12 SWZ do przedmiotowych środków dowodowych, wskazania jakie właściwości oferowanego produktu mają one potwierdzać oraz określenie procedur ich składania zgodnie z ustawą Pzp;

2.3 poprzez zmianę postanowień dot. składania podmiotowych środków dowodowych w ten sposób, że Zamawiający pozostawi w dokumentacji tylko tzw. „procedurę odwróconą” ustanowioną art. 139 ustawy Pzp i odejdzie od nieuzasadnionego, a więc wbrew przepisowi korzystania z art. 126 ust 2 ustawy Pzp;

2.4 poprzez wykreślenie z Formularza ofertowego oświadczenia dot. udziału produktów o którym mowa w art. art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

2.5 poprzez ustanowienie zasad weryfikacji zajścia podstaw wykluczenia w stosunku do podwykonawców nie będących podmiotami udostępniającymi zasoby w sposób zgody z ustawą, w tym wykreślenie oświadczeń wykonawcy o braku zajścia podstaw w stosunku do podwykonawców z Formularza ofertowego;

2.6 poprzez zmianę projektowanych postanowień umownych dot. obowiązku zachowania poufności, w ten sposób iż obowiązkiem zostaną objęte tylko informacje mogące stanowić faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa;

2.7 poprzez zmianę projektowanych postanowień umownych wskazanych w uzasadnieniu w ten sposób, aby nakładały na wykonawcę tylko odpowiedzialność za zwłokę i nie nakładały odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

2.8 poprzez zmianę projektowanych postanowień umownych i określenie limitu kar umownych w wysokości 15%

wartości umowy,

2.9 poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenie dostawy również kombajnu poremontowego

2.10 poprzez zmianę postanowień swz i projektowanych postanowień umownych

i wprowadzenie terminu wykonania umowy nie krótszego niż……;

2.11 poprzez zmianę projektowanych postanowień umownych i wykreślenie postanowień o przeniesieniu praw własności kodów źródłowych w oprogramowaniu kombajnu.

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

Do momentu wydania niniejszego postanowienia, w aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Odwołujący złożył stanowisko pisemne, w którym wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie złożono oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 11.

Odwołujący zaznaczył, że po wniesieniu odwołania Zamawiający opublikował na platformie postępowania liczne modyfikacje dokumentacji postępowania, które to modyfikacje dotyczyły postanowień kwestionowanych w odwołaniu przez Odwołującego.

W chwili obecnej w dokumentacji postępowania, wobec wprowadzonych modyfikacji, brak jest już spornych postanowień objętych zarzutami od 1-10 oraz 12-13. „*Dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest, aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań*." (Wyrok Kio z dnia 10.03.2022 r. KIO 480/22)

Jednocześnie Odwołujący cofnął zarzut oznaczony numerem 11, tj. zarzut naruszenia 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z i w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

<u>Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:</u>

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku

z dokonanymi czynnościami Zamawiającego 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 dokonał licznych zmian dokumentacji postępowania, a dokonane zmiany wpisują się w żądania odwołania i satysfakcjonują Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 11.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania określonych czynności, otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego.

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 substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu, ustaleniu katalogu dokumentów przedmiotowych i podmiotowych oraz ustaleniu warunków umownych.

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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.
Skoro Zamawiający dokonał nowych czynności, 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 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 nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania. Jednocześnie wynik czynności ponowionych przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do korzystania ze środków prawnych przez Wykonawców po jego ogłoszeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu, 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:.**

**.....**