

## POSTANOWENIE

Warszawa, 28 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego 28 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 listopada 2024 r. przez wykonawcę STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa)

w imieniu i na rzecz, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20 (35-959 Rzeszów)

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy BUDIMEX spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa);

B. wykonawcy Duna Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Krakowie przy ul. Opolskiej 110 (31-323 Kraków);

C. wykonawcy Mostostal Warszawa spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A (02-673 Warszawa)

### postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 4309/24

### Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie zwany dalej „zamawiającym” w imieniu i na rzecz, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”,

w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Jasta w ciągu DK73, dł. ok. 6,6 km wraz z rozbudową istniejącej DK73 dł. ok. 2,5 km* o numerze: O/RZ.D-3.2410.3.2024, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2024 r., pod numerem publikacji 558561-2024 (numer wydania Dz.U. S: 181/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

18 listopada 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp w związku z art. 16, art. 8 ust 1 Pzp, art. 353<sup>1</sup> k.c.

w zw. z art. 647 i art. 649 k.c. przez wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 674, że interpretacja treści DGI stanowi ryzyko wykonawcy i nie może skutkować powstaniem roszczeń w stosunku do zamawiającego, w szczególności roszczeń w zakresie zwiększenia wartości wynagrodzenia jak i Czasu na Ukończenie, co oznacza, że zamawiający w sposób nieuzasadniony i bezpodstawny przerzucił na wykonawcę ryzyko związane z dokumentacją sporządzoną przez zamawiającego i stanowiącą wiążący opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy przywołane przepisy zakazują stosowania postanowień, na podstawie których wykonawca ponosiłby odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

2) art. 99 ust. 1 Pzp i art. 353<sup>1</sup> k.c. przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, a przez to

niejednoznaczny w zakresie, w jakim zamawiający

w odpowiedzi na pytanie nr 674 zmienił warunki i ustalił, że interpretacja treści DGI stanowi ryzyko wykonawcy i nie może skutkować powstaniem roszczeń w stosunku do zamawiającego, w szczególności roszczeń w zakresie zwiększenia wartości wynagrodzenia jak i Czasu na Ukończenie, podczas gdy zgodnie z Subkl. 4.12. Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej: WSK) w przypadku wystąpienia Nieprzewidywalnych warunków fizycznych, które będą oddziaływać na postępowanie prac i/lub zwiększają Koszt realizacji Robót, wykonawca jest uprawniony (w zakresie w jakim wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt

z powodu takich warunków fizycznych) do przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub żądania zapłaty powstałego Kosztu; a w konsekwencji powyższych naruszeń także naruszenie:

3) art. 16 pkt 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, a to przez obciążenie wykonawcy niemożliwym do wyceny ryzykiem polegającym na konieczności uwzględnienia w ofercie Nieprzewidywalnych warunków fizycznych, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 674 przez wskazanie, że w przypadku stwierdzenia Nieprzewidywalnych warunków fizycznych

w punktach wierceń badawczych wykonanych w ramach DGI stanowiącej OPZ oraz

w przypadku stwierdzenia Nieprzewidywalnych warunków fizycznych pomiędzy punktami wierceń badawczych, a tym samym w przypadku stwierdzenia Nieprzewidywalnych warunków fizycznych w stosunku do wiążącego modelu geologicznego terenu inwestycji ustalonego

w DGI zastosowanie będzie miała Subklauzula 4.12 WSK.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Duna Polska S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień w związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

26 listopada 2024 r. odwołujący złożył do akt sprawy pismo, w którym wskazał, że zamawiający 20 listopada 2024 r. dokonał sprostowania wyjaśnienia na pytanie nr 674 (Zestaw nr 18), zgodnego z wnioskami odwołania, wobec czego wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp. Wobec powyższego w przypadku uznania przez Izbę, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania i w konsekwencji umorzenia postępowania odwołujący wniósł o zwrot w całości kosztów postępowania. Ponadto odwołujący wskazał, że gdyby Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki umorzenia postępowania na podstawie ww. okoliczności i przepisów prawa – cofa odwołanie w całości.

Odwołujący w powyżej wskazanym piśmie wyjaśnił, że zamawiający 20 listopada 2024 r. (Zestaw nr 18) dokonał sprostowania wyjaśnienia na pytanie nr 674 z 7 listopada 2024 r. Odwołujący przytoczył przy tym treść:

a) pytania nr 674:

*Geotechnika: Wg PFU: "Przedmiotowy odcinek drogi przebiega przez obszar o wyjątkowo skomplikowanej budowie geologicznej i dużym zróżnicowaniu podłoża budowlanego w profilu zarówno pionowym jak i lateralnym. Należy mieć świadomość, że warunki geologiczno-inżynierskie udokumentowane w Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, Dokumentacji hydrogeologicznej oraz Dokumentacji badań podłoża gruntowego oparte są w głównej mierze na rozpoznaniu i badaniach o charakterze punktowym (wiercenia badawcze) uzupełnionych badaniami geofizycznymi, w związku z powyższym właściwości mechaniczne gruntów i skał pomiędzy punktami badawczymi mogą różnić się od tych przedstawionych*

*i wyinterpretowanych na przekrojach geologiczno-inżynierskich/geotechnicznych".*

*W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że przekazana Dokumentacja Geologiczno Inżynierska spełnia wymagania odnośnych przepisów prawa, wytycznych i właściwych regulacji i stanowi wiążący i jedyny opis modelu geologicznego terenu inwestycji będący podstawą do sporządzenia oferty przetargowej.;*

b) wyjaśnienia nr 674 (Zestaw nr 15 z 7 listopada 2024 r.) – w wyniku którego zostało wniesione odwołanie:

*Zamawiający nie potwierdza.*

*Zamawiający informuje, że DGI stanowi opis przedmiot zamówienia i została zatwierdzona przez właściwy organ administracji geologicznej decyzją OS.6541.7.2024 z dnia 11.09.2024. Ze względu na obszar skomplikowanej budowy geologicznej rozpoznanie należy uznać za punktowe. Rozpoznanie pomiędzy punktami badawczymi może różnić się od tych przedstawionych i wyinterpretowanych na przekrojach geologiczno-inżynierskich/geotechnicznych.*

*Interpretacja treści DGI stanowi ryzyko Wykonawcy i nie może skutkować powstaniem roszczeń w stosunku do Zamawiającego, w szczególności roszczeń w zakresie zwiększenia wartości wynagrodzenia jak i Czasu na ukończenie.;*

c) sprostowanego wyjaśnienia nr 674 z 20 listopada 2024 r. (Zestaw nr 18):

*Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca zobowiązany jest do zrealizowania przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentów wymienionych w PFU m.in. pkt 1.2. DGI stanowi opis przedmiot zamówienia i została zatwierdzona przez właściwy organ administracji geologicznej decyzją OS.6541.7.2024 z dnia 11.09.2024.*

*Zamawiający informuje, że zakres rozpoznania warunków geologiczno - inżynierskich jest odpowiedni dla potrzeb rozwiązań projektowych przyjętych na etapie Koncepcji Programowej. Przedmiotowy odcinek drogi przebiega w obszarze o wyjątkowo skomplikowanej budowie geologicznej i dużym zróżnicowaniu podłoża budowanego w profilu zarówno pionowym jak i lateralnym. Należy mieć świadomość, że udokumentowane m.in. w DGI warunki geologiczno-inżynierskie oparte są w głównej mierze na rozpoznaniu i badaniach o charakterze punktowym (wiercenia badawcze) uzupełnionych badaniami geofizycznymi, w związku z powyższym właściwości mechaniczne gruntów i skał pomiędzy punktami badawczymi mogą różnić się od tych przedstawionych i wyinterpretowanych na przekrojach geologiczno – inżynierskich/geotechnicznych.*

*Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że jeżeli Wykonawca napotka Nieprzewidywalne warunki fizyczne, które będą negatywnie oddziaływać na postęp prac i/lub zwiększą Koszt realizacji Robót, będą miały zastosowanie zapisy Warunków Kontraktu.*

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w Zestawie nr 18 z 20 listopada 2024 r. dokonał sprostowania wyjaśnienia z 7 listopada 2024 r. zgodnie z wnioskami odwołania. Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp.

26 listopada 2024 r. zamawiający przesłał do akt sprawy dokumentację postępowania

w postaci elektronicznej, która została zapisana na nośniku typu pendrive. W przekazanej dokumentacji znajdował się zarówno 15 jak i 18 zestaw wyjaśnień treści SWZ, które zostały opublikowane odpowiednio 7 oraz 20 listopada 2024 r. Skład orzekający mógł tym samym ustalić, że okoliczności przedstawione przez odwołującego w piśmie z 26 listopada 2024 r.

w tym przede wszystkim treść pytania i wyjaśnienia nr 674 oraz sprostowania wyjaśnienia na pytanie nr 674 znalazła potwierdzenie w dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby nie budziło wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego mógł znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

W ocenie Izby sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu oraz postępowaniu odwoławczym spowodowała możliwość zastosowania ww. przepisu. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, które odnosiły się do zarzutów odwołania. Zamawiający sprostował treść wyjaśnienia na pytanie nr 674 z 7 listopada 2024 r., którego dotyczyło odwołanie. Co istotne zamawiający w taki sposób zmienił treść ww. odpowiedzi na pytanie, że odwołujący w piśmie z 26 listopada 2024 r. stwierdził, że zmiana ta była zgodna

z wnioskami odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp. Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Dodatkowo należało po raz kolejny podkreślić, że wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie ww. przepisu złożył odwołujący.

Powyższe oznaczało, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Tym samym spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na udzieleniu 7 listopada 2024 r. wyjaśnienia na pytanie nr 674 (Zestaw nr 15).

Następnie dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 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 odwoławczego. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazała, że treść art. 552 ust. 1 Pzp – podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 k.p.c,

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 Pzp – należy analogicznie – jak w art. 316 § 1 k.p.c – interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25 czerwca .2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13 września .2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Istotą 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. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym

w odwołaniu już nie istniała, nie dawała podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie mogła być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Tym samym skład orzekający uznał, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis art. 568 pkt 2 Pzp – zbędne. Zdaniem Izby ww. przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego może być wykorzystywana w podobnych sytuacjach.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 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 , znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji postanowienia.

Przewodniczący: .....