Sygn. akt: KIO 2329/23

POSTANOWIENIE
z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 22 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu, w którym zamawiającym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, a prowadzącym postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie,
przy udziale wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) 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:……

Sygn. akt: KIO 2329/23

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie, działając na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" oraz „PKP"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznica Klęczany" w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka – Rabka Zaryte – Mszana Dolna oraz Limanowa – Klęczany – Nowy Sącz" (Numer referencyjny postępowania: 9090/IRZR1/04748/01580/23/P, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 068-204336.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

7 sierpnia 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" oraz „PORR") wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
- zaniechania modyfikacji terminów realizacji zamówienia (tj. Etapów nr 8 i nr 9) w związku ze Zmianą XI SWZ polegającą na wydłużeniu o 3 miesiące terminów realizacji Etapu nr 3 i Etapu nr 4 (§ 4 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 projektu umowy), co jest równoznaczne z określeniem terminu wykonania zamówienia (tj. Etapu nr 8 i Etapu nr 9) w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji i nieadekwatny do zakresu prac podlegających wykonaniu w ramach Etapów nr 8 i Etapu nr 9;
- modyfikacji § 4 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonanej w piśmie z dnia 26 lipca 2023r. (Zmiana XI SWZ) polegającej na zmianie (wydłużeniu) terminu realizacji Etapu nr 3 i Etapu nr 4 o 3 miesiące przy jednoczesnym postawieniu bez zmian terminów realizacji Etapu nr 8 i Etapu nr 9, co jest równoznaczne z określeniem terminu wykonania Etapu nr 8 i Etapu nr 9 w sposób odbiegający od realnych możliwości ich realizacji i nieadekwatny do zakresu prac podlegających wykonaniu w ramach tych Etapów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610, dalej: „k.c."), art. 387 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie modyfikacji terminów realizacji zamówienia (tj. Etapu nr 8 i nr 9) w związku ze Zmianą XI SWZ polegającą na wydłużeniu o 3 miesiące terminów realizacji Etapu nr 3 i Etapu nr 4 (§ 4 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 projektu umowy), co jest równoznaczne z określeniem terminu wykonania zamówienia (tj. Etapu nr 8 i Etapu nr 9) w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji i nieadekwatny do zakresu prac podlegających wykonaniu w ramach Etapów nr 8 i nr 9;
- modyfikację § 4 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonaną w piśmie z dnia 26 lipca 2023 r. (Zmiana XI SWZ) polegającą na wydłużeniu terminu realizacji Etapu nr 3 i Etapu nr 4 o 3 miesiące przy jednoczesnym postawieniu bez zmian terminów realizacji w tym Etapu nr 8 i Etapu nr 9, co jest równoznaczne z narzuceniem terminu wykonania Etapu nr 8 i Etapu nr 9 w sposób odbiegający od realnych możliwości ich realizacji i nieadekwatny do zakresu prac podlegających wykonaniu w ramach tych Etapów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 4 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 8 i pkt 9 projektu umowy w następujący sposób:

„1) zakończenie wszystkich Robót (z zastrzeżeniem punktu poniżej), stwierdzone dokonaniem przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz, dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji – ~~30 (trzydzieści) miesięcy~~ 33 (trzydzieści trzy) miesiące od daty zawarcia Umowy;"

„8) Etap nr 8 – ~~29 miesięcy~~ 32 miesiące od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na całym odcinku objętym niniejszym zamówieniem;

9) Etap nr 9 – ~~30 miesięcy~~ 33 miesiące od dnia zawarcia Umowy – zakończenie odbiorów końcowych Robót".

Uzasadniając zarzuty odwołania PORR wskazał, że wydłużenie okresów wykonania Etapu nr 3 (zakończenie montażu maszyny TBM na Terenie Budowy oraz rozpoczęcie budowy tunelu kolejowego przez maszynę TBM) oraz

Etapu nr 4 (zakończenie pracy maszyny TBM w związku z budową tunelu kolejowego) zmianą XI SWZ z dnia 26 lipca 2023 r. (opublikowaną dnia 28 lipca 2023 r.) jest w pełni uzasadnione. Uwzględnia bowiem techniczne (wynikające z wymagań określonych w SWZ) i rynkowe uwarunkowania realizacji inwestycji oraz postulaty zgłaszane wielokrotnie w toku postępowania przez wykonawców. Jednak – w ocenie Odwołującego – powyższa uzasadniona technicznie zmiana terminów realizacji Etapu nr 3 i nr 4, w sposób drastyczny skraca równocześnie terminy realizacji kolejnych etapów i powoduje, że nie będzie możliwe dotrzymanie terminów wykonania Etapu nr 8 i Etapu nr 9, a w konsekwencji całego zamówienia, ponieważ wyżej wymienione Etapy wyznaczają terminy odbioru eksploatacyjnego i odbioru końcowego. PORR podkreślił, że późniejsze zakończenie Etapów nr 3 i nr 4 niż pierwotnie planowano ma bowiem kluczowy wpływ na realizację Etapu nr 8 (29 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na całym odcinku objętym niniejszym zamówieniem) i Etapu nr 9 (30 miesięcy – odbiory końcowe). Odwołujący podniósł, że okresy wykonania tych Etapów, mimo wydłużenia okresów realizacji wcześniejszych etapów, pozostały bez zmian. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem § 4 ust. 4 projektu umowy, okres pomiędzy zakończeniem realizacji Etapu nr 4 (zakończenie pracy maszyny TBM w związku z budową tunelu kolejowego) oraz wykonaniem Etapu nr 8 – wynosił 5 miesięcy i Etapu nr 9 – wynosił 6 miesięcy. Natomiast w wyniku zmiany XI SWZ w przypadku Etapu nr 8 – skrócił się do 2 miesięcy oraz Etapu nr 9 – 3 miesięcy. Nie jest jednak możliwe przystąpienie do realizacji robót wymaganych do wykonania Etapu nr 8 i Etapu nr 9 – bez uprzedniego ukończenia prac Etapu nr 4, tj. zakończenia drążenia tunelu. Zdaniem PORR utrzymanie zatem dotychczasowych terminów realizacji Etapów nr 8 i nr 9 uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami SWZ. Odwołujący podniósł, że z technologicznego punktu widzenia jest to bowiem niewykonalne, ponieważ po wykonaniu tunelu głównego (3,77 km długości) i zakończeniu pracy maszyny TBM w 27 miesiącu (Etap nr 4 po zmianie) mamy pusty szkielet (obudowę) tunelu, w którym należy wykonać szereg prac. Tym samym po wydrążeniu „tunelu" w ciągu 27 miesięcy, z technicznego punktu widzenia konieczny jest odpowiedni okres na wykonanie szeregu innych robót niezbędnych do zakończenia realizacji i odbioru inwestycji – Etap nr 8 i Etap nr 9. Z uwagi na powyższe – w ocenie PORR – aktualne terminy realizacji Etapu nr 8 (2 miesiące) i Etapu nr 9 (3 miesiące) będące następstwem przesunięcia terminów wykonania Etapu nr 3 i Etapu nr 4 (zmiana XI) nie są możliwe do dotrzymania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

W złożonej pismem z 22 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów odwołania w całości jako bezpodstawnych. Jednocześnie PKP podniósł, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, dokonał w dniu 22 sierpnia 2023 r. modyfikacji SWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu modyfikując terminy poszczególnych etapów. Wraz z rzeczoną odpowiedzią Zamawiający przedłożył pismo z dnia 22 sierpnia 2023 r. (zmiana XVI SWZ) oraz potwierdzenie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stosowanego formularza.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dacie wszczęcia Postępowania (dnia 5 kwietnia 2023 r.) założył następujące terminy realizacji zamówienia – § 4 ust. 3 Warunków Umowy (dalej: „WU"):

„Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

1)Etap nr 1 – 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

2)Etap nr 2 – 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zatwierdzenie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

3)Etap nr 3 – 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie montażu maszyny TBM na Terenie Budowy oraz rozpoczęcie budowy tunelu kolejowego przez maszynę TBM;

4)Etap nr 4 – 24 miesiące od dnia zawarcia Umowy – zakończenie pracy maszyny TBM w związku z budową tunelu kolejowego;

5)Etap nr 5 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie opracowań opisanych w pkt 4.3 ust. 6) i ust. 7) OPZ oraz pkt 4.1.2 ust. 6) i ust. 7) PFU;

6)Etap nr 6 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego odcinka Męcina – bocznica Klęczany (tj. od km proj. 54+930 nowego śladu linii kolejowej nr 104) umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na odcinku Męcina – Nowy Sącz (dopuszcza się późniejsze odbiory eksploatacyjne dla zakresu robót nie powodujących całodobowych zamknięć torowych torów szlakowych, toru głównego zasadniczego lub toru nr 2 w stacji Męcina oraz rozjazdów i wstawek międzyrozjazdowych stanowiących ich przedłużenie);

7)Etap nr 7 – 27 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie prac związanych z wykonaniem wykopu i okładziny tunelu ewakuacyjnego;

8)Etap nr 8 – 29 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na całym odcinku objętym niniejszym zamówieniem;

9)Etap nr 9 – 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie odbiorów końcowych Robót;

10)Etap nr 10 – poczynając od dnia odbioru dowolnego Etapu spośród Etapów nr 2; 4÷9 (części Robót) kończąc z upływem 72 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego Robót – wykonanie Usług gwarancyjnych".

Kolejno, w odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców, PKP pismem z dnia 26 lipca 2023 r. (opublikowane na platformie w dniu 28 lipca 2023 r.) dokonał modyfikacji treści SWZ, w tym m.in. modyfikacji § 4 ust. 4 Warunków Umowy, zgodnie z poniższą treścią:

„§ 4 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

4. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

1)Etap nr 1 – 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

2)Etap nr 2 – 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zatwierdzenie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

3)Etap nr 3 – 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie montażu maszyny TBM na Terenie Budowy oraz rozpoczęcie budowy tunelu kolejowego przez maszynę TBM;

4)Etap nr 4 – 27 miesiące od dnia zawarcia Umowy – zakończenie pracy maszyny TBM w związku z budową tunelu kolejowego;

5)Etap nr 5 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie opracowań opisanych w pkt 4.3 ust. 6) i ust. 7) OPZ oraz pkt 4.1.2 ust. 6) i ust. 7) PFU;

6)Etap nr 6 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego odcinka Męcina – bocznica Klęczany (tj. od km proj. 54+930 nowego śladu linii kolejowej nr 104) umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na odcinku Męcina – Nowy Sącz (dopuszcza się późniejsze odbiory eksploatacyjne dla zakresu robót nie powodujących całodobowych zamknięć torowych torów szlakowych, toru głównego zasadniczego lub toru nr 2 w stacji Męcina oraz rozjazdów i wstawek międzyrozjazdowych stanowiących ich przedłużenie);

7)Etap nr 7 – 27 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie prac związanych z wykonaniem wykopu i okładziny tunelu ewakuacyjnego;

8)Etap nr 8 – 29 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na całym odcinku objętym niniejszym zamówieniem;

9)Etap nr 9 – 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie odbiorów końcowych Robót z wyłączeniem Opcji na interfejs;

10)Etap nr 10 – poczynając od dnia odbioru dowolnego Etapu spośród Etapów nr 2; 4÷9 (części Robót) kończąc z upływem 72 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego Robót z zastrzeżeniem zmian wynikających z uruchomienia Opcji na interfejs – wykonanie Usług gwarancyjnych".

W piśmie z dnia 22 sierpnia 2023 r. (zmiana XVI SWZ) Zamawiający dokonał zmiany § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 4, pkt 8 i pkt 9 Warunków Umowy w następujący sposób:

„Tom II SWZ – WU:

➢ § 4 ust. 1 pkt 1) otrzymuje brzmienie:

1. Przedmiot Umowy, Wykonawca wykona zgodnie z terminami określonymi w Umowie, w terminach wskazanych w HRF, a w szczególności w niżej wskazanych terminach: 1) zakończenie wszystkich Robót (z zastrzeżeniem ust 3 oraz punktu 2) poniżej), stwierdzone dokonaniem przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz, dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji – 31 (trzydzieści jeden) od daty zawarcia Umowy,

➢ § 4 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

4. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

1)Etap nr 1 – 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

2)Etap nr 2 – 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zatwierdzenie Projektu Wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym;

3)Etap nr 3 – 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie montażu maszyny TBM na Terenie Budowy oraz rozpoczęcie budowy tunelu kolejowego przez maszynę TBM;

4)Etap nr 4 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie pracy maszyny TBM w związku z budową tunelu kolejowego;

5)Etap nr 5 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – wykonanie opracowań opisanych w pkt 4.3 ust. 6) i ust. 7) OPZ oraz pkt 4.1.2 ust. 6) i ust. 7) PFU;

6)Etap nr 6 – 25 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego odcinka Męcina – bocznica Klęczany (tj. od km proj. 54+930 nowego śladu linii kolejowej nr 104) umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na odcinku Męcina – Nowy Sącz (dopuszcza się późniejsze odbiory eksploatacyjne dla zakresu robót nie powodujących całodobowych zamknięć torowych torów szlakowych, toru głównego zasadniczego lub toru nr 2 w stacji Męcina oraz rozjazdów i wstawek międzyrozjazdowych stanowiących ich przedłużenie);

7)Etap nr 7 – 27 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie prac związanych z wykonaniem wykopu i okładziny tunelu ewakuacyjnego;

8)Etap nr 8 – 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – dokonanie odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego prowadzenie ruchu elektrycznych pociągów pasażerskich na całym odcinku objętym niniejszym zamówieniem;

9)Etap nr 9 – 31 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie odbiorów końcowych Robót z wyłączeniem Opcji na interfejs;

10)Etap nr 10 – poczynając od dnia odbioru dowolnego Etapu spośród Etapów nr 2; 4÷9 (części Robót) kończąc z upływem 72 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego Robót z zastrzeżeniem zmian wynikających z uruchomienia Opcji na interfejs – wykonanie Usług gwarancyjnych".

Wobec powyższych ustaleń, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych oraz podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne i działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (…) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne". Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy bowiem podkreślić, że przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego.

W rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której odwołanie zostało wniesione wobec zmiany XI SWZ dokonanej pismem z dnia 26 lipca 2023 r., którym Zamawiający pozostawił bez zmian ustalone pierwotnie (w dniu 5 kwietnia 2023 r.) terminy realizacji Etapu nr 8 i Etapu nr 9, przy jednoczesnym wydłużeniu terminu realizacji Etapu nr 3 i Etapu nr 4 o 3 miesiące. Z treści odwołania wynika, że PORR uznając wydłużenie okresów wykonania Etapu nr 3 i Etapu nr 4 zmianą XI SWZ za w pełni uzasadnione, domagał się wydłużenia Etapów nr 8 i nr 9 odpowiednio o 3 miesiące, w taki sposób, aby okres pomiędzy zakończeniem realizacji Etapu nr 4 oraz wykonaniem Etapu nr 8 – wynosił 5 miesięcy i Etapu nr 9 – 6 miesięcy, czyli tak jak założył PKP w terminie wszczęcia Postępowania. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu z § 4 ust. 1 pkt 1 WU z 30 miesięcy na 33 miesiące, a także wydłużenie Etapu nr 8 – z 29 miesięcy na 32 miesiące oraz Etapu nr 9 – z 30 miesięcy na 33 miesiące. Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, dokonał w dniu 22 sierpnia 2023 r. modyfikacji SWZ (zmiana XVI SWZ) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu modyfikując terminy poszczególnych etapów w taki sposób, że Etap nr 8 został wydłużony do 30 miesięcy, a Etap nr 9 – do 31 miesięcy i w konsekwencji zmieniono termin z § 4 ust. 1 pkt 1 WU na 31 miesięcy, przy jednoczesnym skróceniu Etapu nr 4 z 27 miesięcy do 25 miesięcy. Należy zauważyć, że powyższą

zmianą PKP *de facto* wpisał się w żądania wyrażone w odwołaniu w tym sensie, że aktualnie okres pomiędzy zakończeniem realizacji Etapu nr 4 oraz wykonaniem Etapu nr 8 – wynosi 5 miesięcy i Etapu nr 9 – 6 miesięcy, jednak spowodowane to jest skróceniem Etapu nr 4, którego termin realizacji nie był kwestionowany przez Odwołującego i nie żądał on jego zmiany. Wymaga podkreślenia, że zarzuty i żądania odwołania dotyczyły realizacji wyłącznie Etapu nr 8 i Etapu nr 9. PORR jako punkt wyjścia przyjął bowiem uznany przez niego za uzasadniony Etap nr 4 (wydłużony zmianą XI SWZ z 24 miesięcy na 27 miesięcy). Mając na względzie powyższe zasadnym jest podkreślenie, że 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 PKP w piśmie z dnia 22 sierpnia 2023 r. zmodyfikował terminy poszczególnych etapów realizacji (zmiana XVI SWZ), tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Innymi słowy ustał tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 10 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2263/23 „(…)Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Inaczej mówiąc, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem (…)". W ocenie składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie doszło właśnie do takiej sytuacji. W szczególności należy zauważyć, że biorąc pod uwagę granice kognicji Izby, skład orzekający – wobec zmiany XVI SWZ – nie miałby podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i w konsekwencji nakazania PKP przywrócenie terminu Etapu nr 4 do 27 miesięcy z jednoczesnym wydłużeniem Etapu nr 8 oraz Etapu nr 9, zgodnie z żądaniami zmodyfikowanymi pierwotnie przez Odwołującego na posiedzeniu. Zauważenia wymaga, że orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania. W niniejszym przypadku zarzuty odwołania zostały zbudowane na konkretnych okolicznościach faktycznych, które nie przystają do aktualnego stanu sprawy. Na skutek zmiany XVI SWZ tj. ustalenia nowych terminów realizacji zamówienia, w tym zależności pomiędzy tymi terminami, termin na wniesienie odwołania wobec tych zmian otwiera się więc na nowo (liczony od dnia zamieszczenia zmienionej treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania) zarówno dla PORR jak i – co istotne – dla innych potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..……..