

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 6 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**
Małgorzata Jodłowska
Monika Kawa-Ogorzałek

na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2025 roku w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2025 roku przez wykonawcę

Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska**

Uczestnik po stronie odwołującego:

NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie

postanawia:

- 1.umorzyć postępowanie odwoławcze
- 2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczony 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 1798/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja zajezdni tramwajowej Ujeścisko wraz z budową zbiornika retencyjnego w Gdańsku w formule zaprojektuj i wybuduj”, nr postępowania: 44/BZP-U.500.3.2025/MW, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: numer publikacji ogłoszenia: 271982-2025, numer wydania Dz.U. S: 82/2025, data publikacji 28 kwietnia 2025 roku.

W dniu 8 maja 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – zwanego dalej „Odwołującym”, wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale VI lit. C ust. 3 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- 2)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, o których mowa w Rozdziale VI lit. C ust. 5 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- 3)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie konieczności skierowania do realizacji zadania projektanta, który posiada uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności hydrotechnicznej posiadającego określone w warunku doświadczenie, o którym mowa w Rozdziale VI lit. C ust. 5 pkt 5) SWZ,

podczas gdy wymaganie takie jest sformułowane w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w następujący sposób:

a)w zakresie treści Rozdziału VI lit. C ust. 3 SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1)wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie, które obejmowało swoim zakresem wykonanie dokumentacji projektowej (na podstawie, której uzyskano ostateczną decyzję administracyjną umożliwiającą rozpoczęcie i realizację robót budowlanych lub dokonano skutecznego zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę, do którego nie wniesiono sprzeciwu) przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną

*o długości torowiska minimum 2000 mbtp (metrów bieżących toru pojedynczego) wraz z systemem sterowania ruchem i ogrzewaniem zwrotnic obejmującej **minimum 30 24** rozjazdy tramwajowe;*

2) wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie, które obejmowało swoim zakresem wykonanie dokumentacji projektowej (na podstawie, której uzyskano ostateczną decyzję administracyjną umożliwiającą rozpoczęcie i realizację robót budowlanych lub dokonano skutecznego zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę, do którego nie wniesiono sprzeciwu) przebudowy lub budowy **budynku obiektu** transportu służącego do obsługi pojazdów przeznaczonych do wykonywania publicznego transportu zbiorowego, o powierzchni dachu **nie mniejszej niż ~~40-000~~ 7.000 m²**, zlokalizowanego na terenie zajezdni tramwajowej lub kolejowej lub metra (rozumianego jako obiekt, w którym dokonuje się m. in. przeglądów i napraw pojazdów szynowych); (...)

4)wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie, które obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę zajezdni tramwajowej lub kolejowej lub metra, w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej torowisko i sieć trakcyjną, o wartości robót budowlanych nie mniejszej **niż ~~120-000-000,00~~ 100.000.000,00 zł brutto;**

5) wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie, które obejmowało swoim zakresem budowę **budynku obiektu** transportu służącego do obsługi pojazdów przeznaczonych do wykonywania publicznego transportu zbiorowego, o powierzchni dachu nie mniejszej niż 10 000 7.000 m², zlokalizowanego na terenie zajezdni tramwajowej lub kolejowej lub metra (rozumianego jako obiekt, w którym dokonuje się m. in. przeglądów i napraw pojazdów szynowych); (...)

b)w zakresie treści Rozdziału VI lit. C ust. 5 SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy skierują do jego realizacji:

2) Projektanta, który łącznie posiada:

a)uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynierskiej drogowej;

b)doświadczenie zawodowe polegające na opracowaniu w okresie ostatnich 10 lat co najmniej dwóch dokumentacji projektowych, z których każda obejmowała co najmniej projekt budowlany i wykonawczy, w zakresie przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną o długości torowiska minimum 2000 mbtp (metrów bieżących toru pojedynczego) wraz z systemem sterowania ruchem i ogrzewaniem zwrotnic obejmującej **minimum 24 30** rozjazdy tramwajowe;

4) Projektanta, który łącznie posiada:

a)uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;

b)doświadczenie zawodowe polegające na opracowaniu w okresie ostatnich 10 lat co najmniej dwóch dokumentacji projektowych, z których każda obejmowała co najmniej projekt budowlany i wykonawczy, w zakresie przebudowy lub budowy **obektu budynku** transportu służącego do obsługi pojazdów przeznaczonych do wykonywania publicznego transportu zbiorowego, o powierzchni dachu **nie mniejszej niż ~~40-000~~ 7.000 m²**, zlokalizowanego na terenie zajezdni tramwajowej lub kolejowej lub metra (rozumianego jako obiekt, w którym dokonuje się m. in. przeglądów i napraw pojazdów szynowych);”

c) w zakresie treści Rozdziału VI lit. C ust. 5 pkt 5) SWZ poprzez wykreślenie warunku.

Alternatywnie, Odwołujący wnosi o modyfikację warunku uwzględnionego w ramach Rozdziału VI lit. C ust. 5 pkt

3) SWZ w taki sposób, że Zamawiający będzie wymagał spełnienia warunku poprzez wskazanie 2 (dwóch) osób spełniających wszystkie parametry opisane w ramach tak określonego warunku.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 2 czerwca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego (pismo z dnia 1 czerwca 2025 r.) – Cofnięcie odwołania w nieuwzględnionej części. Odwołujący oświadczył, że *Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2025 r. (opublikowanym w dniu 28 maja 2025 r.) dokonał zmian treści SWZ, które w przeważającej części (niemal całkowicie) pokrywają się z wnioskami Odwołującego Budimex S.A. Wobec powyższego, oświadczam, iż Odwołujący cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. W związku z tym, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów.*

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oświadczenie o częściowym cofnięciu przez Odwołującego zarzutów odwołania zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego. Zatem częściowe uwzględnienie odwołania z uwagi na brak przystąpień po stronie Zamawiającego nastąpiło skutecznie przed otwarciem rozprawy.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie złożył odpowiedzi na odwołanie, ani oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w części.

Izba ustaliła jednak, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ, w zakresie części zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

W powyższych okolicznościach w ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w zakresie, w którym Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w sposób, który w przeważającej części (niemal całkowicie) pokrywa się z wnioskami Odwołującego, zastosowanie może znaleźć art. 568 pkt 2 ustawy PZP, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała treść dokumentów zamówienia, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć kwestionowanej treści. Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była zaskarżona treść dokumentów zamówienia.

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 zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmiany treści dokumentów zamówienia, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie treści zmienionej przez Zamawiającego przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 w tym zakresie jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis 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 treści dokumentów zamówienia.

W powyższych okolicznościach, wobec dokonania modyfikacji treści SWZ w sposób, który w przeważającej części (niemal całkowicie) pokrywa się z wnioskami Odwołującego - jak określił to Odwołujący, oraz wycofaniem odwołania w pozostałej nieuwzględnionej przez Zamawiającego części przed otwarciem rozprawy, zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 w związku z art. 520 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów wycofanych.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ust. 1 i 2 ustawy PZP, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2),

§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, pomimo braku ze strony Zamawiającego wyraźnego oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, w ocenie Izby

w zakresie orzeczenia o kosztach, zasadne jest uznanie, że Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ pod wpływem argumentacji podniesionej przez Odwołującego, tj. przyjęcie,

że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu. Ponadto jak sam Odwołujący wskazał, zmiana dokonana przez Zamawiającego niemal całkowicie pokrywa się z jego wnioskiem. W związku zatem z wycofaniem odwołania w pozostałym zakresie przez Odwołującego, zasadne jest zastosowanie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....