

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 18 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu 18 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2025 r. przez **wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, gdzie zamawiającym jest Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – **wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**
postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2039/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Projekt i budowa autostrady A2 od węzła „Biała Podlaska” do gr. państwa; odcinek XI od km ok. 641+011 do węzła „Dobryń” (z węzłem) w km ok. 650+287”, numer referencyjny postępowania: O/WA.D-3.2410.1.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 757972-2024, nr wydania: Dz.U. S: 241/2024.

W dniu 22 maja 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, art. 103 ust. 3 i 4 ustawy pzp, art. 433 pkt 3 ustawy pzp w zw. z §15 i §18 ust. 2 pkt 1-3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. (Rozporządzenie) w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez dokonanie w pkt 1.1.3.9 PFU in fine opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót, przez przerzucenie na wykonawców ryzyka związanego z koniecznością zaprojektowania i wykonania usunięcia wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną istniejącej sieci uzbrojenia terenu, w tym w szczególności dla potrzeb związanych z sieciami energetycznymi (w tym m.in. instalacji oświetlenia drogowego, zasilania SZR) w ramach zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie, z przyczyn od wykonawców niezależnych, w których będą zmuszeni do pozyskania nowych warunków usunięcia kolizji z istniejącą siecią uzbrojenia terenu wydanych na etapie Projektu Budowlanego,

2) art. 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp przez przekroczenie granic swobody kontraktowania i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do wskazanego powyżej w pkt 1, a zawartego z pkt 1.1.3.9 PFU opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim Zamawiający obciąża wykonawców nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami wykonania niemożliwych do zidentyfikowania prac wskazanych z pkt 1.1.3.9 PFU in fine,

w wyniku naruszeń wskazanych z pkt 1 i 2 powyżej naruszenie:

3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wobec niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Odwolujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany zapisu pkt 1.1.3.9 PFU przez dodanie po treści:

„W sytuacji uzyskania przez Wykonawcę nowych warunków przyłączenia oraz zmiany warunków przyłączenia do sieci wydanych przed uzyskaniem decyzji ZRID przez Zamawiającego, dla potrzeb związanych z sieciami energetycznymi (w tym m.in. instalacji oświetlenia drogowego, zasilania SZR), które wymagają zmiany rozwiązań projektowych w tym skutkujących zmianą decyzji ZRID udostępnionej przez Zamawiającego, to Wykonawca zaprojektuje i wykona sieci energetyczne w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie”;

postanowienia, z którego wynikać będzie, że w sytuacji konieczności uzyskania nowych warunków przyłączenia spowodowanej okolicznościami spowodowanej okolicznościami niezależnymi od Wykonawcy zastosowanie znajdą Warunki Kontraktu i przepisy prawa, np. poprzez dodanie poniższego postanowienia:

„Powyższe dotyczy sytuacji zależnych od Wykonawcy, będących skutkiem proponowanych przez niego zmian, nie dotyczy zaś przypadków, gdy konieczność uzyskania nowych warunków usunięcia kolizji z istniejącą siecią uzbrojenia terenu wydanych na etapie Projektu Budowlanego będzie wynikała z wniosku Zamawiającego, organu czy innych nieprzewidzianych, niezależnych od Wykonawcy okoliczności. Wówczas zastosowanie będą miały Warunki Kontraktu i przepisy prawa”.

W dniu 12 czerwca 2025 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że: „w dniu 4 czerwca br. dokonał zmian SWZ nr 8, w tym częściowo w związku z zarzutami odwołania:

(...)

Poz. 4. Zmiana dotyczy SWZ Tom III Program Funkcjonalno-Użytkowy punkt 1.1.3.9 Sieci i infrastruktura związana z drogą:

Istniejący zapis:

„W sytuacji uzyskiwania przez Wykonawcę nowych warunków przyłączenia oraz zmiany warunków przyłączenia do sieci wydanych przed uzyskaniem decyzji ZRID przez Zamawiającego, dla potrzeb związanych z sieciami energetycznymi (w tym m.in. instalacji oświetlenia drogowego, zasilania SZR), które wymagają zmiany rozwiązań projektowych w tym skutkujących zmianą decyzji ZRID udostępnionej przez Zamawiającego, to Wykonawca zaprojektuje i wykona sieci energetyczne w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie.”

Zapis po zmianie:

„W sytuacji uzyskiwania przez Wykonawcę nowych warunków przyłączenia lub zmiany warunków przyłączenia do sieci wydanych przed uzyskaniem decyzji ZRID przez Zamawiającego, dla potrzeb związanych z sieciami energetycznymi (w tym m.in. instalacji oświetlenia drogowego, zasilania SZR), które wymagają zmiany rozwiązań projektowych w tym skutkujących zmianą decyzji ZRID udostępnionej przez Zamawiającego, to Wykonawca zaprojektuje i wykona sieci energetyczne. Dokonane zmiany będą procedowane zgodnie z Warunkami Kontraktu lub przepisami prawa.”

Poz. 5. Zmiana dotyczy SWZ Tom III Program Funkcjonalno-Użytkowy punkt 1.1.3.10 Sieci i infrastruktura niezwiązana z drogą:

Istniejący zapis:

„W sytuacji uzyskania przez Wykonawcę nowych warunków usunięcia kolizji z istniejącą siecią uzbrojenia terenu wydanych na etapie Projektu Budowlanego, które wymagają zmiany rozwiązań projektowych w tym skutkujących zmianą decyzji ZRID udostępnionej przez Zamawiającego, to Wykonawca zaprojektuje i wykona usunięcie wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną istniejącej sieci uzbrojenia terenu oraz z istniejącymi urządzeniami melioracji wodnych i z urządzeniami wodnymi w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie. W przypadku ujawnienia kolizji nieujętych w udostępnionych dokumentach zamówienia, zastosowanie będą miały Warunki Kontraktowe lub przepisy prawa.”

Zapis po zmianie:

„W sytuacji uzyskania przez Wykonawcę nowych warunków usunięcia kolizji lub zmiany warunków usunięcia kolizji z istniejącą siecią uzbrojenia terenu wydanych na etapie Projektu Budowlanego, które wymagają zmiany rozwiązań projektowych w tym skutkujących zmianą decyzji ZRID udostępnionej przez Zamawiającego, to Wykonawca zaprojektuje i wykona usunięcie wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną istniejącej sieci uzbrojenia terenu oraz z istniejącymi urządzeniami melioracji wodnych i z urządzeniami wodnymi. Dokonane zmiany będą procedowane zgodnie z Warunkami Kontraktu lub przepisami prawa. W przypadku ujawnienia kolizji nieujętych w udostępnionych dokumentach zamówienia, zastosowanie będą miały Warunki Kontraktowe lub przepisy prawa.”

Zamawiający podniósł, że w związku z dokonaną zmianą postanowień SWZ zarzuty Odwołującego są już nieaktualne, a co za tym idzie niezasadne i powinny zostać oddalone w całości. W ocenie Zamawiającego dokonana zmiana czyni zadość żądaniom Odwołującego przez doprowadzenie postanowień SWZ do zgodności z przepisami ustawy pzp, umożliwienie wykonawcom właściwego skalkulowania ryzyk, a co za tym idzie umożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

W dniu 12 czerwca 2025 r. wpłynęło pismo Odwołującego, w którym wskazał, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ nr 8, zgodnej z wnioskami odwołania, wobec czego wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania w niniejszej sprawie na podstawie art. 568 ust. 2 ustawy pzp. Ewentualnie, gdyby Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki umorzenia postępowania na podstawie ww. okoliczności i przepisów prawa Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

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 w terminie wynikającym z art. 525 ustawy pzp do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, że w dniu 4 czerwca 2025 r. Zamawiający dokonał zmian treści dokumentów zamówienia zgodnie z wnioskami odwołania, co potwierdził w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. Odwołujący. Modyfikacje zostały opublikowane na stronie prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami treści dokumentów zamówienia może znaleźć zastosowanie 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. Na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. 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 przedmiotowej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była konkretna treść dokumentów zamówienia, która uległa zmianie w wyniku dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji (zmiana SWZ Nr 8). 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. 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 zmodyfikował treść dokumentów zamówienia, wobec których wniesiono odwołanie, to tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały 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 jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. 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.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej 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 i 575 ustawy 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 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 pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: