Sygn. akt: KIO 2504/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 lipiec 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **23 lipiec 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**18 czerwca 2025 r.** przez wykonawcę **TORPOL S.A., ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

1. uczestnika po stronie odwołującego:

A. wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

B. wykonawcy **Strabag Sp. z o. o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy **TORPOL S.A., ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań** stanowiącej uiszczony wpis 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 2504/25

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Prace na linii kolejowej E 75 (Rail Baltica) na odcinku Białystok – Knyszyn", „Prace na linii kolejowej E 75 (Rail Baltica) na odcinku Knyszyn – Osowiec", „Prace na linii kolejowej E 75 (Rail Baltica) na odcinku Osowiec – Ełk", Nr referencyjny postępowania: 9090/IRZR1/19815/05680/24/P, opublikowane ogłoszeniemw Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 07.01.2025 r., pod numerem: 6804 -2025, numer wydania Dz.U. S: 4/2025 przez: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: *„Pzp"* albo *„PZP"* albo *„pzp"*.

Zamawiający w dniu 11.06.2025 r. zamieścił pytania i odpowiedzi do Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ"* część VI na stronie internetowej (platformie zakupowej:).

Dnia 18.06.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem ustalenia treści SWZ oraz skonstruowaniu projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa") w sposób niezgodny z przepisami Pzp i kodeksu cywilnego opublikowanych 11.06.2025 r. wniósł TORPOL S.A. ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań zwany dalej: *„Odwołującym"*.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. art. 3531 k.c., w zw. z art. 58 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. poprzez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych ze zmianami prawa, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2. art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencje i równe traktowanie wykonawców, narzucenie sposobu kalkulacji i zakupu produktów z wyłączeniem kruszyw pochodzących z Białorusi, pośrednio prowadzący do wyeliminowania tych produktów z obrotu, pomimo braku takiego zakazu w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, prowadzi do konieczności oszacowania ryzyk niewskazanych w SWZ, co może doprowadzić do złożenia ofert nieporównywalnych; 3. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 5 i 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. poprzez sformułowanie w ramach Tomu III – Program Funkcjonalno – Użytkowy (dalej jako „PFU") postanowienia dotyczącego konieczności zawarcia przez wykonawcę własnym staraniem i na własny koszt stosownych porozumień z właściwymi podmiotami zewnętrznymi, celem przejęcia gwarancji innego wykonawcy w odpowiednim obszarze, w przypadku realizacji robót w obszarze oddziaływania innych inwestycji (realizowanych przez podmioty zewnętrzne), co w konsekwencji prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do

oszacowania przy uwzględnieniu dużej uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu.

W związku z zarzutami opisanymi w pkt 1-2 powyżej, Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 326 poprzez usunięcie drugiego zdania tj. *„Wykonawca kalkulując cenę ofertową powinien uwzględniać w niej materiały zgodne z powszechnie obowiązującym prawem oraz regulacjami Zamawiającego. ~~Zamawiający jednocześnie podkreśla, iż ryzyko objęcia sankcjami kruszywa pochodzącego z Białorusi, w czasie pomiędzy szacowaniem ceny ofertowej, a okresem realizacyjnym umowy, nie będzie stanowić podstaw do zmiany umowy zgodnie z § 9 ust. 7 pkt 10 Warunków Umowy – tzw. zmiana prawa, a tym samym stanowić podstaw do zmiany ceny kontraktowej~~. W przypadku wpisania kruszywa pochodzącego z Białorusi na listy sankcyjne, Zamawiający nie dopuści do jego zabudowania na inwestycjach PKP PLK S.A.” alternatywnie*
- nakazanie Zamawiającemu zmianę udzielonej odpowiedzi dla pytania nr 326, w której nie będzie zakazu zmiany ceny kontraktowej, w związku z wprowadzeniem ewentualnych sankcji (embarga) na kruszywo z zagranicy.

W związku z zarzutem opisanym w pkt 3 powyżej, Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści PFU poprzez usunięcie z Tomu III PFU pkt 4.3 ust. 46. *alternatywnie*
- nakazanie Zamawiającemu zmianę treści PFU w następujący sposób:

• Tom III PFU, pkt 4.3 ust. 46:*„W przypadku realizacji robót w obszarze oddziaływania innych inwestycji (realizowanych przez podmioty zewnętrzne), będących w okresie trwania Gwarancji / zgłaszania wad i usterek, Wykonawca winien jest ~~własnym staraniem i na własny koszt~~ zawrzeć stosowne porozumienia z właściwymi podmiotami zewnętrznymi, celem przejęcia gwarancji innego Wykonawcy w odpowiednim obszarze. Rozliczenie tych działań i czynności odbędzie się na zasadach przewidzianych w Umowie.”*

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania. Ponadto wnosił o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności i fakty wskazane w uzasadnieniu odwołania;
2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania;
3) niewyznaczanie terminu rozprawy w dniach 9-11.07.2025 r.

Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 10.01.2025 udzielonego z kolei przez P.Z. i V-ce. P.Z., tj. osoby ujawnione w załączonym wydruku KRS-u i umocowane do łączn reprezentacji.

Zamawiający w dniu 20.06.2025 r. (poprzez Platformę Zakupową Zamawiającego, tj. zamieszczona w widoku publicznym Platformy Zakupowej Zamawiającego, na stronie internetowej https://platformazakupowaz.plk-sa.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.06.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) zgłosił BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwany dalej: *„BUDIMEX S.A.”* albo *„Przystępującym”* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 15.06.2021 r. udzielonego przez dwóch Cz. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia dokumentem rejestrowym. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: BUDIMEX S.A.

W dniu 23.06.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) zgłosił Strabag Sp. z o. o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zwany dalej: *„Strabag Sp. z o. o.”* albo *„Przystępującym”* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 07.04.2025 r. udzielonego przez dwóch Cz. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia dokumentem rejestrowym. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Strabag Sp. z o. o.

W dniu 24.06.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) zgłosił TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław zwany dalej: *„TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o.”* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Odwołującego zostało podpisane przez P.Z. i V-ce. P. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia dokumentem rejestrowym. Z uwagi na przekroczenie terminu 3 dniowego wynikającego z art. 525 ust. 1 Pzp Izba uznała dokonane przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. za nieskuteczne.

Dodatkowo, Izba stwierdza, że do postępowania odwoławczego nie miało miejsca przystąpienie po żadnej ze stron Wykonawcy: IZBA GOSPODARCZA TRANSPORTU LĄDOWEGO, Sielecka 35, 00-738 Warszawa. Żadne przystąpienie tego Wykonawcy nie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 15.07.2025 r. (e-mailem) Odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o umorzenie postępowania, alternatywnie cofnięcie odwołania. Wskazał, iż: *„(…) informuję że Zamawiający w dniu 26.06.2025 roku dokonał zmiany punktu 4.3. ust. 46 TOM III Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), który to punkt był przedmiotem zarzutu nr 2 odwołania, w sposób wnioskowany przez Odwołującego. W załączeniu przesyłam dowód – PYTANIA I ODPOWIEDZI DO SWZ CZĘŚĆ VI (vide strona 28). Ponadto Zamawiający w dniu 10.07.2025 roku dokonał zmiany odpowiedzi na pytanie nr 326, co również było przedmiotem zarzutu nr 1 odwołania, w sposób zgodny z wnioskiem Odwołującego. W załączeniu przesyłam dowód - PYTANIA I ODPOWIEDZI DO SWZ CZĘŚĆ VIII (vide strona 1). Sposób dokonanych zmian wskazuje, że w istocie Zamawiający uwzględnił odwołanie Odwołującego, ponieważ usunięto zapisy, który były kontestowane w treści odwołania.*

Mając na uwadze powyższe, postępowanie w przedmiocie odwołania wniesionego w dniu 18.06.2025 r. przez TORPOL S.A. stało się bezprzedmiotowe i powinno podlegać umorzeniu. Wobec tego wnoszę o:

- umorzenie postępowania odwoławczego;

- wzajemne zniesienie kosztów (a tym samym zwrot całości wpisu od odwołania wpłaconego przez Odwołującego).

Jeżeli jednak Izba nie uzna, że doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego czynnością z dnia 26.06.2025 roku i 10.07.2025 roku, oświadczam że w zaistniałej sytuacji – cofam odwołanie w całości, wnosząc o:

- umorzenie postępowania odwoławczego;

- zwrot wpisu od odwołania wg. norm przepisanych.

Informuję jednocześnie, że kopia niniejszego pisma została przesłana informacyjnie Zamawiającemu i Przystępującym, stąd podnoszę zasadność wydania postanowienia na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników (…)". Załączył: 1) (28) Pytania i odpowiedzi cz. VII, Zmiana XIII SWZ 2) (30) Pytania i odpowiedzi cz. VIII Zmiana XV SWZ (002). Pismo procesowe zostało podpisane tak jak odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odnośnie odwołania Izba uwzględniła wniosek Odwołującego w ramach pisma z 15.07.2025 r. i umorzyła postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp.

Wymaga podkreślenia, że 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. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność sporządzenia przez Zamawiającego postanowień SWZ, tzn. PFU określonej treści oraz odpowiedzi na pytanie 326, tzn. w tym wypadku postanowień objętych zaskarżeniem odwołania.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. 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. Podkreślenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy NPzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania. Zaś, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 NPzp, podobnie jak interpretacja 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 NPzp - 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 25.06.2015r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Mając powyższe na uwadze, niewątpliwe zadaniem Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie

z art. 552 ust. 1 NPzp.

W tym jednakże wypadku brak jest substratu zaskarżenia, tzn. treści SWZ, tj. PFU określonej treści oraz odpowiedzi na pytanie 326, które stały u podstaw sformułowania postawionych zarzutów. Zamawiający bowiem zmienił 26.06.2025 r. oraz 10.07.2025 r. treść postanowień SWZ, tj. PFU (zmienił pkt 4.3 ust. 46 TOM III PFU - (28) Pytania odpowiedzi cz. VII, Zmiana XIII SWZ /str. 28/), jak i odpowiedzi na pytanie 326 ((30) Pytania i odpowiedzi cz. VIII Zmiana XV SWZ (002) /str.1/), objętych odwołaniem, co w sposób istotny rzutuje na ocenę zarzutów odwołania. Jednakże, istotne jest co wymaga ponownego podkreślenia, że zmienił się sens postanowień SWZ do których odniósł się Odwołującyw swoim odwołaniu. Nie ma już postanowień SWZ (PFU), jak i odpowiedzi na pytanie 326 do których odniósł się Odwołujący w swoim odwołaniu. Na skutek dokonanej zmiany, nadano postanowieniom SWZ (PFU), jak i odpowiedzi na pytanie 326 odmienną treść i znaczenie. W ocenie Izby dokonane zmiany powodują, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe. Wprowadzone zmiany w treści postanowień SWZ (PFU), jak i odpowiedzi na pytanie 326 istotnie wpływają na celowość zarzutów.

Przesadzające jest ostatecznie stanowisko Odwołującego, który przeanalizował dokonane zmiany postanowień SWZ (PFU), jak i odpowiedzi na pytanie 326 oraz uznał, że:*„(…) postępowanie w przedmiocie odwołania wniesionego w dniu 18.06.2025 r. (…) stało się bezprzedmiotowe i powinno podlegać umorzeniu (…)”*.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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 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, a przez art. 574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr., o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

……