

POSTANOWIENIE

z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawców;

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

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

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków** kwoty **18 000,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu.

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

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Kontynuację projektowania i budowy Południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 od węzła lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca - Odcinek „B” od węzła „Lesznowola “(bez węzła) do węzła „Tarczyn Północ“(z węzłem) – długość odcinka ok. 24,8km*, prowadzonego przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna, ul. Opolska 110, 31-323 Kraków (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 i art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) oraz art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny (dalej „Kc”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz wewnętrznie sprzeczny, powodujący, iż wykonanie umowy zgodnie z jej treścią będzie obiektywnie niemożliwe,
- art. 7 ustawy Pzp i art. 353¹ Kc w związku z art. 387 Kc, poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający ustawę wskutek ustalenia terminów wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego nr 1) oraz Czasu na Ukończenie wyłączających możliwość terminowego wykonania tych obowiązków, a co powoduje, iż umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia pierwotną.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

1. zmianę punktu 19.1.2.2. podpunkt 2) Tomu I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców, poprzez nadanie mu brzmienia: *„Termin osiągnięcia Kamienia Milowego nr 1 określonego jako dopuszczenie do ruchu po ciągu głównym w przekroju 2x2 wraz z węzłem Złotokłos – maksymalna liczba punktów -10; Maksymalny termin to osiągnięcie KM nr 1 w ciągu 28 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. W ramach podkryterium Wykonawca deklaruje po ilu miesiącach od Daty Rozpoczęcia osiągnięcie Kamień Milowy nr 1:*
 - a) *za osiągnięcie KM nr 1 w ciągu 26 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Wykonawca otrzyma 10 pkt*
 - b) *za osiągnięcie KM nr 1 w ciągu 27 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Wykonawca otrzyma 5 pkt*

c) *za osiągnięcie KM nr 1 w ciągu 28 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Wykonawca otrzyma 0 pkt*

oraz zdefiniowanie w pkt 6. Tomu I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców terminu realizacji jako 32 miesiące od daty zawarcia umowy.

2. zmianę treści punktu 1.4.1.1. Tomu III SIWZ – Programu Funkcjonalno-Użytkowego, poprzez zastąpienia zdania o treści: *„Zamawiający przewiduje, że w przypadku wykonanych nasypów możliwa jest degradacja robót z uwagi na upływ czasu i panujące warunki atmosferyczne na poziomie ok. 20 -30%.”* zdaniem o treści: *„Zamawiający przewiduje, że w przypadku wykonanych nasypów możliwa jest degradacja robót z uwagi na upływ czasu i panujące warunki atmosferyczne, w związku z powyższym należy uwzględnić ich naprawę w ilości wskazanej w przekazanej inwentaryzacji robót.”* oraz nakazanie zamawiającemu uzupełnienia Tomu III SIWZ o inwentaryzację robót wykonanych, z uwzględnieniem ilości nasypu do wymiany.

Pismem z dnia 3 lutego 2021 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Zgodnie z art. 520 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 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): w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy: a) najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrócić odwołującemu 90 % kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....