

Sygn. akt: KIO 1738/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 września 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2018 roku przez wykonawcę **Alumbrados Viarios Sa Sociedad Anonima z siedzibą w Cornellà de Llobregat (Barcelona) działającego przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonkach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Alumbrados Viarios Sa Sociedad Anonima z siedzibą w Cornellà de Llobregat (Barcelona) działającego przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonkach** kwoty **20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)**, tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach .

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wdrożenie Inteligentnego Systemu Transportowego (ITS) w Kielcach wraz z budową niezbędnej infrastruktury – w systemie zaprojektuj i wybuduj* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), (dalej: „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2018 roku pod numerem 2018/S 073-161223. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sa Sociedad Anonima z siedzibą w Cornellà de Llobregat (Barcelona) działającego przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonkach (dalej: „odwołujący”) od czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego przy błędnym przyjęciu, że wadium złożone przez odwołującego zostało wniesione nieprawidłowo ze względu na błędne oznaczenie beneficjenta złożonej gwarancji bankowej (zamawiającego) - poprzez wskazanie jednostki gminy prowadzącej postępowanie (Miejski Zarząd Dróg w Kielcach), a nie samej Gminy Kielce, podczas gdy wskazane uchybienie nie stanowi o nieprawidłowości wniesienia wadium, lecz podlega usunięciu w drodze wykładni oświadczenia woli;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania przy uznaniu, że cena brutto oferty najkorzystniejszej znacznie przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy oceny takiej zamawiający dokonał bez uwzględnienia oferty odwołującego, której cena nie przewyższa tej kwoty.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia w całości czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;

- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego i kosztów dojazdu.

W dniu 29 sierpnia 2018 roku - drogą elektroniczną, a w dniu 30 sierpnia 2018 roku – tradycyjną drogą pocztową, zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopię odwołania wraz z zawiadomieniem o wniesieniu odwołania i wezwaniem do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Pismem z dnia 31 sierpnia 2018 roku wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Z kolei pismem z dnia 3 września 2018 roku wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2018 roku strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia od ww. wykonawców.

Izba ustaliła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikami tego postępowania.

W dniu 6 września 2018 roku zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (drogą elektroniczną), w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty podniesione w odwołaniu i w związku z powyższym dokona czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Jednocześnie w ramach odpowiedzi na odwołanie, o której mowa powyżej, zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania wskazując, iż termin związania ofertą odwołującego upłynął w dniu 26 sierpnia 2018 roku i odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą. Dodał również, że w adresie poczty elektronicznej odwołującego wystąpił nieumyślny błąd i rzeczywiście odwołujący mógł otrzymać informację o odrzuceniu oferty wyłącznie za pośrednictwem operatora pocztowego, natomiast z informacją o unieważnieniu

postępowania odwołujący mógł zapoznać się w dniu 13 sierpnia 2018 roku, ponieważ informacja o unieważnieniu postępowania została zamieszczona w tym dniu na stronie internetowej zamawiającego i na tablicy ogłoszeń.

W dniu 10 września 2018 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Wyjaśnił, iż odpowiedź ta również w formie pisemnej została przekazana tradycyjną drogą pocztową Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający ponownie oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz oświadczył, że cofa wniosek o odrzucenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania okoliczność, iż upłynął termin związania ofertą danego wykonawcy przed wniesieniem odwołania i nie przedłużył on samodzielnie (bez wniosku zamawiającego) tego terminu.

Ponadto, nie było podstaw do odrzucenia odwołania z uwagi na niedochowanie terminu ustawowego do jego wniesienia. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający błędnie wskazał adres poczty elektronicznej odwołującego (co sam przyznał i co wynika z akt sprawy), w związku z czym informacja o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania dotarła do odwołującego jedynie tradycyjną drogą pocztową (listem poleconym) – w dniu 20 sierpnia 2018 roku. Bez znaczenia jest to, że zamawiający zamieścił informację o unieważnieniu postępowania na swojej stronie internetowej w dniu 13 sierpnia 2018 roku i w jego ocenie odwołujący mógł powziąć wówczas informację o tej czynności. Odwołanie zostało bowiem wniesione od czynności odrzucenia oferty odwołującego (a informacja o tej czynności została przekazana wyłącznie listem poleconym) oraz od czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (która to czynność niejako była konsekwencją czynności odrzucenia oferty odwołującego).

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentowania zamawiającego.

Obecny na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2018 roku pełnomocnik wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego, oświadczył do protokołu, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W posiedzeniu, o którym mowa powyżej, nie uczestniczył wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie również zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym o terminie tego posiedzenia został prawidłowo powiadomiony. W związku z powyższym Izba uznała, że wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie stawiając się na wyznaczony termin posiedzenia, tym samym zrezygnował z prawa do wniesienia sprzeciwu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

*Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Natomiast stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp *koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 3, znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.*

Z kolei przepis § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) stanowi, iż *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji niniejszego postanowienia.

**Przewodniczący:** .....