

POSTANOWIENIE

z dnia 15 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **15 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 października 2012 r.** przez wykonawcę: **EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego PI. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa,**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na usługi pn. „Realizacja i utrzymanie sieci WAN UKNF”, (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 11 sierpnia 2012 r. nr 2012/S 154-257644), o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w dniu 8 października 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone na czynności zamawiającego - wynik postępowania i dokonanie wyboru oferty wykonawcy NETIA S.A. o których odwołujący został powiadomiony w dniu 27 września 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Urzędowi Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej Pzp, tj.:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NETIA S.A. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wezwania wykonawcy NETIA S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wezwanie wykonawcy NETIA S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) wezwanie wykonawcy NETIA S.A. oraz wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, co następuje, cyt:

„I. Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania się doświadczeniem polegającym na wdrożeniu i utrzymaniu sieci WAN dla potrzeb podmiotu trzeciego o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto. Wykonawca NETIA w Wykazie usług wskazał na usługę świadczoną dla Narodowego Banku Polskiego począwszy od stycznia 2010 r. o wartości powyżej 1 500 000 zł. Odwołujący wskazuje na następujące okoliczności, które wskazują na niewykazanie spełnienia postawionego warunku:

(i) usługa wykonywana dla NBP jest usługą ciągłą, która do dnia w którym upływał termin składania ofert nie została jeszcze zakończona. Z referencji wystawionej w dniu 27 grudnia 2010 r. wynika, iż usługa świadczona do tego dnia była usługą wykonywaną należycie, natomiast Wykonawca nie wykazał, iż usługa z okresu po 27 grudnia 2010 r. a 24.09.2012 r. (...) jest również należycie wykonywana. Uzyskanie potwierdzenia należytego wykonywania usług z ww. międzyokresu jest koniecznym, bowiem w okresie między styczniem a grudniem 2010 r. wartość wykonanej usługi nie osiągnęła pułapu 1 500 000 zł, co pozwoliłoby na uznanie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia;

(ii) dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż umowa zawarta między NETIA S.A. a NBP, której przedmiotem jest udostępnienie kanałów transmisyjnych dla potrzeb sieci WAN została zawarta na okres 48 miesięcy, a jej wartość wynosi 1 590 562,80 zł. Z powyższego wynika, iż na dzień otwarcia ofert, wartość zrealizowanej usługi nie wyniosła jeszcze minimalnego progu 1 500 000 zł. Tym samym Wykonawca NETIA S.A. nie wykazał minimalnego doświadczenia wymaganego na podstawie zapisów SIWZ.

(iii) usługa wykonywana dla Mazowieckiej Spółki Gazowniczej jest również usługą ciągłą, której świadczenie na dzień składania ofert nie zostało zakończone. W Wykazie usług wskazano, iż usługa świadczona jest od września 2010 r., zaś referencje potwierdzające należyte jej wykonywanie wystawione zostały w dniu 23 września 2010 r. Odwołujący wskazuje - podobnie jak w przypadku usługi realizowanej dla NBP - iż Wykonawca NETIA S.A. nie wykazał, iż usługa świadczona po dacie wystawienia referencji do dnia, w którym upływał termin składania ofert, jest również wykonywana w sposób należyty. Uzyskanie potwierdzenia należytego wykonywania usług z ww. międzyokresu jest koniecznym, bowiem w okresie między wrześniem a grudniem 2010 r. wartość wykonanej usługi nie osiągnęła pułapu 1 500 000 zł, co pozwoliłoby na uznanie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia.

Zważywszy na powyższe okoliczności, wykonawca NETIA S.A. nie wykazał, iż na dzień składania ofert spełnia warunek posiadania niezbędnego doświadczenia, który sprowadza się nie tylko do wykazania się umiejętnością wdrożenia, ale również utrzymywania sieci

WAN. Z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, doświadczenie to nie wynika, co obligowało Zamawiającego do wezwania wykonawcę NETIA S.A. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia, czego Zamawiający zaniechał naruszając obowiązujące w tej materii przepisy prawa.

II. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych „Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Pogląd prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem KIO za cenę rażąco niską uznaje się „cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia” (Wyrok KIO/UZP 1605/10 z dnia 12 sierpnia 2010 r.). „Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.” (Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 517/12). Należy wskazać, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych jak również do średniej cen ofert (Wyroki: KIO/UZP 2604/10 z dnia 16 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r., KIO/UZP 1663/10 z dnia 18 sierpnia 2010 r.). W innym orzeczeniu KIO stwierdza: „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego” (Wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09). „Ustalając czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe” (Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/08). Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 460/12): Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia oferty tańszej niż szacunek przyjęty przez zamawiającego, ale tylko takiej, która jest tak tania (rażąco), że nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.(...) Rażąco zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Pojęcie "rażąco" jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku. Wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo i zakresowo podobnych na danym rynku. Zamawiający nie zawsze posiada specjalistyczne informacje w zakresie rentowności konkretnych przedsięwzięć. Jednakże przepisy ustawy nie zwalniają go w takiej sytuacji od oceny czy cena konkretnej oferty w danym postępowaniu jest ceną rażąco niską. Ustawodawca wyposażył Zamawiającego w instrumenty prawne pozwalające na ustalenie czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Takim instrumentem jest możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust 1 ustawy Pzp). Decyzję o konieczności wszczęcia procedury wyjaśniającej podejmuje sam Zamawiający. Nie zawsze jednak posiada on wystarczającą wiedzę, pozwalającą na ustalenie czy w danym przypadku istnieje zagrożenie, że konkretny wykonawca zaoferował cenę rażąco niską czy też nie. Dlatego przy ustaleniu okoliczności uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej, na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp pomocne może okazać się orzecznictwo. Zgodnie z orzecznictwem KIO, konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej powstaje już wówczas, gdy cena oferty odbiega choćby o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia (Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10). Co więcej, „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny rażąco niskiej” (Wyrok KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r.). Istotne znaczenie ma również orzeczenie KIO z dnia 16 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 671/08), z którego wynika, że ustalając czy cena jest rażąco niska, trzeba wziąć pod uwagę, że „w jednym przypadku różnica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi ofertami może już świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innej zaś wprost przeciwnie”. Oznacza to, że konieczna jest dokładna analiza konkretnego przypadku.

W postępowaniu na „Realizację i utrzymanie sieci WAN UKNF” prowadzonym przez Zamawiającego - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego wpłynęły 3 oferty:

1. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa za kwotę (cena oferty: 905 083,20 zł brutto);
2. EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (cena oferty: 1 115 856,00 zł

brutto);

3. GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, Warszawa (cena oferty: 981 872,00 zł brutto).

Szacunkowa wartość zamówienia to ustalona przez Zamawiającego - 2 330 000,00 zł netto. Szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na podstawie informacji rynkowych. W związku z tym Zamawiający określił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 2 865 900,00 zł brutto aby zapewnić możliwość wykonania całego przedmiotu zamówienia należycie.

Cena oferty wykonawcy Netia S.A. wynosi 39 %, zaś GTS Poland Sp. z o.o. wynosi 42 % kwoty na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia oraz 81 % (i odpowiednio 88%) ceny zaproponowanej przez Odwołującego (oraz 32 % kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Mając na uwadze fakt, że szacunkowa wartość zamówienia, kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wartość oferty złożonej przez wykonawcę dotychczas świadczącego usługę dla Zamawiającego (Odwołujący), Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy cena oferty Netia S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską. Ocenę, czy zaproponowane przez Netia S.A. oraz GTS Poland Sp. z o. o. w niniejszym postępowaniu ceny są cenami rażąco niskimi należy oprzeć o przedmiot i specyfikę zamówienia oraz indywidualną zdolność każdego z wykonawców do jego realizacji. Co zostanie dalej wykazane, inaczej zdolność ta kształtuje się w przypadku Odwołującego, inaczej zaś w przypadku pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę szczególne uwarunkowania realizacji zamówienia zwiększające koszty realizacji usług tj.:

1. Konieczność zestawienia sieci w technologii MPLS w oparciu o dedykowane łącza światłowodowe i radiowe,
2. Konieczność dostarczenie 42 szt. routerów, ich oprogramowania oraz zainstalowania u Zamawiającego,
3. Krótki termin realizacji (do trzech miesięcy),
4. Bardzo wysokie kary za niedotrzymanie warunków umowy w tym za przekroczenie terminu realizacji.

Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę Netia S.A. została skalkulowana poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Szczegółowa analiza kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Poniżej Odwołujący przedstawia kalkulację cen, która potwierdza, że cena oferty wykonawców Netia S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

Analiza kosztów uruchomienia usługi - sieci WAN.

Przygotowując wycenę każdego projektu związanego z budową sieci WAN wykonawcy muszą brać pod uwagę trzy podstawowe elementy kosztowe występujące w każdym przedsięwzięciu tego typu:

- 1. Koszty Wdrożenia, które w tym przypadku należy rozumieć głównie jako:*
 - a) koszty budowy lub pozyskania infrastruktury sieciowej potrzebnej do świadczenia usług w tym przede wszystkim koszty łącza dostępowych pomiędzy węzłami sieci telekomunikacyjnej wykonawcy, a lokalizacją Zamawiającego, w którym należy dostarczyć usługę,*
 - b) koszty sprzętu w tym najistotniejszymi są koszty urządzeń końcowych instalowanych w lokalizacjach Zamawiającego tzw. routerów,*
 - c) koszty Systemu Monitorowania Sieci.*
- 2. Koszty świadczenia usługi, rozumiane głównie, jako koszty związane z dostarczaniem usługi i serwisowaniem infrastruktury technicznej zbudowanej na potrzeby sieci WAN. W tej kategorii również należy wziąć pod uwagę koszty obsługi kontraktu, tj. przygotowanie raportów, fakturowanie, przyjmowanie i obsługa zgłoszeń serwisowych, nadzór nad jakością świadczonych usług.*
- 3. Koszty ryzyk związanych z realizacją umowy, rozumiane jako koszty wynikające:*
 - a) z potencjalnych kar ponoszonych przez wykonawcę za nieterminowe uruchomienie usług będących przedmiotem zamówienia oraz za przerwy w świadczeniu tych usług w trakcie trwania umowy,*
 - b) z konieczności zarezerwowania środków finansowych na ewentualny wzrost kosztów wdrożenia i utrzymania usługi. Koszty tych ryzyk powinny zostać określone przed podjęciem się realizacji każdego przedsięwzięcia na podstawie wnikliwej analizy jego wykonalności w ramach danej organizacji, a w przypadku zdiagnozowania elementów, których wykonanie w odpowiednim standardzie lub terminie może być trudne do spełnienia, konieczne jest znalezienie odpowiednich rozwiązań technicznych i organizacyjnych oraz zarezerwowania odpowiednich środków finansowych zapewniających wykonalność projektu.*

Wysokość powyżej opisanych kosztów uzależniona jest od stanu posiadanej przez niego infrastruktury, szczególnie w lokalizacjach Zamawiającego. Jak zasygnalizowano powyżej, koszt wdrożenia usługi zależy w dużej mierze od będącej w dyspozycji Wykonawcy infrastruktury telekomunikacyjnej potrzebnej do wykonania zamówienia oraz rzetelnej oceny uwarunkowań realizacji i utrzymania usługi, a przede wszystkim oceny ryzyka niedotrzymania terminu realizacji oraz ewentualnego wzrostu kosztów wykonania i utrzymania usługi. Wykonawcy inni niż Odwołujący w celu wdrożenia przedmiotowej usługi będą musieli wybudować łącza dostępowe do większości lokalizacji Zamawiającego lub

pozyskać je od innych operatorów.

Na wstępie należy stwierdzić, że w przypadku przedmiotowej sieci największą częścią składową kosztu wdrożenia stanowi zestawienie łączy warstwy fizycznej i transmisyjnej oraz koszty urządzeń abonenckich (routerów) instalowanych w lokalizacji Zamawiającego. W przypadku przedmiotowego zamówienia, Exatel S.A. świadczy od kilku lat usługi transmisji danych dla UKNF dla wszystkich określonych w SIWZ lokalizacji. Okoliczność ta w dużym stopniu umożliwiła szczegółowe określenie możliwości technicznych oraz dokładne oszacowanie kosztów i nakładów niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący dysponuje aktualnie działającą w lokalizacjach Zamawiającego siecią, która jest możliwa do wykorzystania w realizacji zamówienia. Dokładna znajomość wszelkich uwarunkowań zw. z podmiotem, dla którego świadczone są usługi, lokalizacją, dostępną infrastrukturą zapewnia dokładne i precyzyjne oszacowanie ceny. We wszystkich lokalizacjach Zamawiającego są uruchomione łączy transmisji danych, które w pełni można wykorzystać; podobnie, Odwołujący nie ma konieczności poczynienia dużych nakładów na sprzęt instalowany w lokalizacjach Zamawiającego, co w sposób znaczący ogranicza koszty realizacji zamówienia. Niemniej Odwołujący rzetelnie oceniając uwarunkowania realizacyjne zarezerwował środki finansowe na ewentualne kary za niedotrzymanie terminu realizacji oraz nieplanowany wzrost kosztów realizacji i utrzymania sieci. Powyżej przedstawione okoliczności, wskazują na wyjątkowo korzystne warunki wdrożenia usługi będącej przedmiotem postępowania, jakie posiada Odwołujący. Okoliczności te, niedostępne dla innych wykonawców, w sposób istotny wpływają na kalkulację ceny ofertowej.

Tak korzystnymi warunkami wdrożenia usługi będącej przedmiotem zamówienia nie dysponuje Netia S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o., co powoduje, iż będą oni musieli pozyskać łączy od innych operatorów lub wybudować łączy, co wiąże się z możliwością niedochowania terminu uruchomienia usługi. Pomimo powyższego, oferty złożone przez ww. Wykonawców są znacząco niższe niż oferta Odwołującego oraz drastycznie niższe niż wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśniającą dążąc do ustalenia czy złożone oferty uwzględniają całokształt zobowiązań narzuconych przez Zamawiającego, jak również czy wycena poszczególnych elementów została wykonana należycie. Nawet powszechnie podnoszona przez wykonawców tendencja obniżania cen świadczonych usług telekomunikacyjnych na przestrzeni ostatnich [lat], nie uprawdopodobnia możliwości należytego wykonania zamówienia za ceny wskazane przez NETIA S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. Mając na uwadze przepis art. 90 ust 2 ustawy Pzp, określający jakie okoliczności Zamawiający uwzględnia przy ocenie wyjaśnień w zakresie

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów) oraz fakt, że żadne z tych okoliczności nie są dostępne dla wykonawcy Netia S.A. w tym postępowaniu.

W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawców Netia S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie po ich zbadaniu podjąć decyzję o odrzuceniu ofert ww. wykonawców, w przypadku potwierdzenia się podejrzeń rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.”

Dnia 9 października 2012 r. zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących w przetargu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. W ustawowym terminie 3 dni, określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

11 października 2012 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2012r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym 8 października 2012 r. przez wykonawcę EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający oświadczył jednocześnie, że w związku z powyższym zgodnie z żądaniem odwołującego wykonawcy, niezwłocznie wykona następujące czynności:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym w szczególności:
 - a) wezwanie wykonawcy NETIA S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego doświadczenia,
 - b) wszczęcie procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ustawy Pzp, w tym w szczególności zgodnie z żądaniem odwołującego wykonawcy, wezwanie wykonawcy NETIA S.A. oraz GTS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Odpowiedź na odwołanie podpisała osoba pełniąca funkcję Dyrektora Departamentu Administracji, Budżetu i Informatyki, na podstawie załączonego pełnomocnictwa, wystawionego przez Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego, które obejmuje między innymi podejmowanie rozstrzygnięć o wyniku postępowania. Kopia odpowiedzi została przesłana wykonawcom.

W tych okolicznościach, Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron (...), pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie przepisów § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom (...) postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....