

Sygn. akt: KIO/UZP 1182/08

KIO/UZO 1183/08

WYROK
z dnia 7 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28 października 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A.,
ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa,**
B. NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Rynku Rolnego, ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa** protestów:

**A. Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A.,
ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa z dnia 3 października 2008 r.**
B. NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa z dnia 29 września 2008 r.

przy udziale wykonawców:

w sprawie KIO/UZP 1182/08 - **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** i **Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie

zamawiającego oraz wykonawcy **GTS Energis Sp. z o.o., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego,

w sprawie KIO/UZP 1183/08 - **Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego oraz wykonawcy **Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A. Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazać unieważnienie czynności ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień.

2. Kosztami postępowania obciążyć Agencję Rynku Rolnego, ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty

strony, w tym:

- A** kwoty **5 632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Agencję Rynku Rolnego, ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Agencję Rynku Rolnego, ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa**

2

na rzecz **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ATM S.A., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa,**

B kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rynku Rolnego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie sieci WAN”.

Zamawiający w dniu 7.07.2008r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Exatel S.A.

Protesty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej wnieśli następujący wykonawcy – Netia S.A. w dniu 11.07.2008r., GTS Energis sp. z o.o. w dniu 14.07.2008r. oraz w dniu 14.07.2008r. Konsorcjum Crowley Data Poland sp. z o.o. i ATM S.A. – zwane dalej Konsorcjum Crowley.

Protest wykonawcy Netia S.A. został oddalony w dniu 17.07.2008r., natomiast protesty wykonawców GTS Energis sp. z o.o. oraz Konsorcjum Crowley nie zostały rozstrzygnięte w ustawowym terminie wobec czego zostały uznane za oddalone.

Wykonawcy protestujący wnieśli odwołania od ww. rozstrzygnięć protestów.

W dniu 13.08.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn.

KIO/UZP/752/08, KIO/UZP/788/08, KIO/UZP/789/08 w którym uwzględniła odwołania i nakazała powtórzenie czynności oceny i badania ofert.

3

W dniu 16.09.2008r. Netia S.A. wniosła protest na zaniechanie wykonania wyroku KIO a Konsorcjum Crowley przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający rozstrzygnął protest Netia S.A. w dniu 26.09.2008r. wskazując, że niezwłocznie przystąpił do czynności zmierzających do powtórzenia badania i oceny ofert w zakresie określonym w wyroku i ostatecznie w dniu 18.09.2008r. powtórnie wezwał wykonawców Exatel S.A. i Netia S.A. do ponownego złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 18.09.2008r. zamawiający ponownie wezwał Exatel S.A. do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny informując o tym w dniu 26.09.2008r. Konsorcjum Crowley.

KIO/UZP/1182/08

W dniu 3.10.2008r. protest złożyło Konsorcjum Crowley. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 90, art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu. Zamawiający w ocenie protestującego dokonał tych naruszeń poprzez ponowne wezwanie Exatel S.A. i Netia S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W argumentacji wskazano, że ponowne wezwanie Exatel S.A. i Netia S.A. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowi naruszenie art. 90 ustawy Pzp. Zacytowano następnie część wyroku KIO z dnia 13.08.2008r. i wskazano, że w wyroku tym nakazano odrzucenie oferty Exatel S.A. nie z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny, ale z powodu złożenia niedostatecznych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Następnie wskazano na treść art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i podniesiono, że zamawiający dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Wskazano, że tym samym zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Odnosnie bezpodstawności wezwania Netii S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wskazano na treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i stwierdzono, że zamawiający ma uprawnienie do jednokrotnego wzywania wykonawców do wyjaśnień co w ocenie protestującego potwierdzał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8.08.2006r. sygn. akt V Ca 806/06 wydany odnośnie stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na koniec podsumowano, że ponowne wezwanie Netii do złożenia wyjaśnień oznacza, że pierwotne wyjaśnienia nie były wystarczające a tym samym winien odrzucić ofertę tego wykonawcy.

4

W dniu 8.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca Netia S.A. Zażądano oddalenia protestu w zakresie żądania odrzucenia oferty Netia.

W dniu 8.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca GTS Energis sp. z o.o. podtrzymując wnioski zawarte w proteście.

W dniu 9.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca Exatel S.A. Wniósł o oddalenie protestu w całości.

W dniu 10.10.2008r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go. W argumentacji wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.08.2008r. jednoznacznie wskazała, że brak jest możliwości stwierdzenia, czy cena oferty Exatel S.A. jest rażąco niska, brak też jest możliwości odniesienia się do zarzutu podniesionego przez GTS Energis sp. z o.o., że złożenie oferty przez Exatel S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego, wyrok KIO nie nakazywał mu powtórzenia dokonania oceny ofert wyłącznie w oparciu o już złożone w postępowaniu wyjaśnienia, ale nakazał ponowne badanie i ocenę ofert. Następnie wskazano na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2006r, sygn. UZP/ZO-1711/06) w którym wskazano, że dopiero po ponownym otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy możliwa będzie obiektywna ocena w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że stoi na stanowisku iż KIO nakazując powtórzenie czynności w zakresie oceny i badania ofert jednoznacznie określiła zastosowaną przez zamawiającego drogę postępowania a w przypadku odmiennego rozwiązania Izba wprost nakazałaby odrzucenie oferty Exatel S.A. Z uwagi na fakt uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dwóch wykonawców, zamawiający, mając na względzie obowiązek równego traktowania wykonawców w postępowaniu zobowiązany został do powtórzenia czynności zarówno wobec Exatel S.A. jak i Netia S.A. Wskazano na koniec na bezzasadność stosowania analogii w stosowaniu art. 26 ust. 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 15.10.2008r. odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu złożył wykonawca Konsorcjum Crowley. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 90, art. 183 ust. 5 pkt 2 i podtrzymał oraz ponowił wszystkie zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o nakazanie zamawiającemu o unieważnienia czynności ponownego wezwania spółek Exatel i Netia do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W argumentacji wskazano, że zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje

5

czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Stanowisko zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu w ocenie odwołującego było niezrozumiałe i błędne, gdyż KIO w uzasadnieniu wyroku z 13.08.2008r. w sposób jednoznaczny i wyraźny nakazała odrzucenie oferty Exatel. Wskazówki co do obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty znajdują się zawsze w uzasadnieniu wyroku KIO. Na potwierdzenie swojej argumentacji zacytowano fragmenty następujących orzeczeń – postanowienia KIO z 9.05.2008r. (KIO/UZP/396/08), postanowienie KIO z 5.02.2008r. (KIO/UZP/29/08, 34/08, 41/08, 48/08, 51/08), postanowienie KIO z 22.01.2008r. (KIO/UZP/94/07).

Następnie odwołujący zacytował fragment wyroku KIO z dnia 13.08.2008r. na okoliczność konieczności odrzucenia oferty Exatel w wyniku przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający nie mógł dokonać czynności ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Pzp gdyż przepis ten zawiera wyczerpującą regulację dotyczącą procedury wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień a ust. 3 tego przepisu wskazuje na obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Stwierdzono, że zamawiający ma uprawnienie do jednokrotnego wzywania wykonawców do wyjaśnień co w ocenie protestującego potwierdzał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8.08.2006r. sygn. akt V Ca 806/06 wydany odnośnie stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 27.10.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Netia S.A. Wniósł o oddalenie odwołania z powodu braku interesu prawnego odwołującego.

W dniu 23.10.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca GTS Energis sp. z o.o. Podtrzymano zarzuty i żądania określone w odwołaniu Konsorcjum Crowley.

W dniu 4.11.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił Exatel S.A. wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

W dniu 18.09.2008r. zamawiający ponownie wezwał Exatel S.A. do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przekazując informację na ten temat w rozstrzygnięciu protestu w dniu 26.09.2008r.

6

KIO/UZP/1183/08

W dniu 1.10.2008r. protest dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Exatel S.A. wniósł wykonawca Netia S.A. Wskazał na naruszenie art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zażądał powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Exatel S.A. zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 13.08.2008r.

W argumentacji wskazano, że wezwanie wykonawców Netia S.A. oraz Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wybór wykonawcy po rozstrzygnięciu skarg przez Sąd Okręgowy są rażącym naruszeniem ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu protest został ostatecznie rozstrzygnięty z dniem 13.08.2008r. a prowadzenie korespondencji z wykonawcami w sprawie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego jest bez znaczenia dla prawidłowego toku postępowania. Zaniechanie czynności ponownej oceny ofert w związku z oczekiwaniem na wyrok Sądu Okręgowego nie znajduje podstaw prawnych. Na potwierdzenie swojej argumentacji protestujący wskazał na wyrok ZA z dnia 12.06.2007r. – UZP/ZO-659/07. Zgodnie z zasadą

sprawności postępowania – art. 21 i 138b ustawy Pzp zamawiający nie powinien odwlekać rozstrzygnięcia postępowania z powodu toczącego się postępowania sądowego. Protestujący wskazał ponadto, że zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu złożonego w dniu 11 lipca 2008r. tj. wyrokiem KIO z dnia 13.08.2008r. zamawiający powinien odrzucić ofertę Exatel S.A. gdyż przedmiotem zarzutu podniesionego przez protestującego była czynność polegająca na ocenie wyjaśnień złożonych przez Exatel S.A., a nie czynność polegająca na wezwaniu Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień. Powoduje to, że w ramach ponownego badania i oceny oferty powinna być dokonana jedynie ocena wyjaśnień złożonych przez Exatel S.A. skutkująca odrzuceniem jego oferty. Na poparcie swojej argumentacji protestujący zacytował fragment wyroku ZA z dnia 22.12.2006r. sygn. UZP/ZO/0-2979/06.

W dniu 3.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił Exatel S.A. Wniósł o oddalenie protestu.

W dniu 3.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca – Konsorcjum Crowley. Wskazano na przystąpienie po stronie protestującego.

W dniu 10.10.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez oddalenie. W argumentacji wskazał, że na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

7

13.08.2008r. zostały wniesione do Sądu Okręgowego w Warszawie skargi trzech wykonawców – GTS Energis sp. z o.o., Konsorcjum Crowley Data Poland sp. z o.o. i ATM S.A. oraz Exatel S.A. Sąd wyznaczył termin rozprawy na 8.10.2008r. i postanowił połączyć rozpoznawanie wszystkich trzech skarg. Zamawiający niezależnie od tego wezwał w dniu 22.08.2008r. wszystkich wykonawców występujących w postępowaniu odwoławczym na rzecz których zasądzone zwrot uzasadnionych kosztów do podania numeru rachunku bankowego. Działanie to w ocenie zamawiającego wskazuje na przystąpienie do wykonania wyroku Izby i nie może być traktowane jako bez znaczenia dla prawidłowego toku postępowania. W ocenie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.08.2008r. jednoznacznie wskazała, że brak jest możliwości stwierdzenia, czy cena oferty Exatel S.A. jest rażąco niska, brak też jest możliwości odniesienia się do zarzutu podniesionego przez GTS Energis sp. z o.o., że złożenie oferty przez Exatel S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego, wyrok KIO nie nakazywał mu powtórnego dokonania oceny ofert wyłącznie w oparciu o już złożone w postępowaniu wyjaśnienia, ale nakazał ponowne badanie i ocenę ofert. Następnie wskazano na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2006r, sygn. UZP/ZO-1711/06) w którym wskazano, że dopiero po ponownym otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy możliwa będzie obiektywna ocena w zakresie rażąco niskiej ceny.

Również wykonawca Netia S.A. została wezwana przez zamawiającego do powtórnego złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych w dniu 18.09.2008r. i udzielił ich w dniu 26.09.2008r. Czynność ta została więc zaakceptowana przez wykonawcę Netia S.A. Argumentacja zawarta w proteście zgodnie z zasadami logiki powinna doprowadzić również do odrzucenia oferty protestującego.

W ocenie zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza nakazując powtórzenie czynności w zakresie oceny i badania ofert jednoznacznie określiła zastosowaną przez zamawiającego drogę postępowania a w przypadku innego rozwiązania Izba wprost nakazałaby odrzucenie oferty Exatel S.A.

Zamawiający w swojej ocenie dochowuje należytej ostrożności czekając na rozstrzygnięcie wyroku KIO przez Sąd Okręgowy, a przedłużony termin związania ofertą – do dnia 15.11.2008r. wyznacza zamawiającemu horyzont czasowy dokonywanych czynności i nie stanowi podstawy do twierdzenia jakoby zamawiający dopuszczał się jakichkolwiek uchybień w tym zakresie.

Protestujący w dniu 15.10.2008r. wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 5 w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej oraz poprzez bezprawne wezwanie wykonawcy

Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zażądał unieważnienia czynności ponownego wezwania wykonawcy Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nakazanie odrzucenia oferty Exatel S.A. i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.08.2008r. stwierdziła, że wykonawca Exatel S.A. w toku postępowania złożył wyjaśnienia w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie były one wystarczające dla oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. KIO stwierdziła, że uwzględniła zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i niedostateczności wyjaśnień złożonych przez Exatel S.A. w zakresie ich oceny przez zamawiającego i w konsekwencji nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Ponadto powtórzono argumentację zawartą w proteście i dodano, że zamawiający związany jest zakresem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu i nie może wykroczyć, podejmując kolejne czynności w postępowaniu, poza granice wynikające z podniesionych zarzutów. Inne rozstrzygnięcie nie znajduje podstaw w przepisach Pzp i mogłoby doprowadzić do niedopuszczalnej sytuacji, w której wnoszenie kolejnych protestów na zaniechanie odrzucenia oferty Exatel z powodu rażąco niskiej ceny skutkowałoby, zgodnie z logiką zamawiającego kolejnymi wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – w przypadku uwzględnienia powtarza jedynie oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Czynnością oprotestowaną była ocena wyjaśnień Exatel S.A. a żaden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu nie podniósł zarzutu niewystarczających wyjaśnień złożonych przez Netię, a zamawiający wyjaśnienia złożone przez Netię uznał za wystarczające. Odrzucenie oferty Netia S.A. wykraczałoby tym samym poza granice wyznaczone dokonane wcześniej ostatecznym rozstrzygnięciem protestów. Netia S.A. wezwana do ponownego udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stosowne wyjaśnienia przedłożyła, jednak ewentualny brak dopuszczalności ponownego wezwania Netii do złożenia wyjaśnienia może zmienić jej sytuację.

W dniu 4.11.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił Exatel S.A. – wniósł o oddalenie odwołania, jako całkowicie bezzasadnego.

W dniu 5.11.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło Konsorcjum Crowley – wniesiono o uwzględnienie odwołania.

KIO/UZP/1182/08**KIO/UZP/1183/08**

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.08.2008r. sygn. KIO/UZP/755/08, KIO/UZP/788/08, KIO/UZP/789/08, treść pism związanych z ponownym wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Działanie zamawiającego polegające na ponownym wezwaniu wykonawców – Exatel S.A. oraz Netia S.A. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Pzp jest sprzeczne ze wskazaniami Krajowej Izby Odwoławczej, jakich dokonała w wyroku z dnia 13.08.2008r.

Należy wskazać na treść wyroku na str. 17-18, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza bezpośrednio wskazała na konieczność odrzucenia oferty Exatel S.A. – wskazują na to zdania „...Izba stwierdziła, że Exatel złożył wyjaśnienia w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jednak nie są one wystarczające do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. W konsekwencji, oferta Exatel powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tj. nie na stwierdzeniu,

że cena jest rażąco niska, ale na preasumptio iuris, wynikającym ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”. Jest to bezpośrednia wskazówka dotycząca dalszej oceny ofert w stosunku do oferty Exatel S.A.

Analizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.08.2008r. nie sposób znaleźć wskazówki dotyczącej konieczności wezwania do złożenia ponownych wyjaśnień Exatel S.A. oraz Netię S.A. Sentencje wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oparte są o brzmienie art. 191 ust. 2 ustawy. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nakazywał powtórzenie czynności i badania oceny ofert i wynikał bezpośrednio z art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dopiero w uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza zawarła wskazówki odnośnie czynności jakie zamawiający powinien dokonać w stosunku do konkretnych ofert. Tym samym, aby zamawiający mógł dokonać czynności ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Pzp w trakcie wykonywania wyroku KIO z dnia 13.08.2008r. – musiałby mieć wyraźne wskazania w tym wyroku odnośnie konieczności lub możliwości wezwania. W treści tego wyroku znalazło się wskazanie na konieczność odrzucenia oferty Exatel S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast nie było żadnych wskazań odnośnie możliwości lub konieczności dokonania ponownych wyjaśnień. Również nie było

10

bezpośredniego wskazania odnośnie konieczności do wezwania do ponownych wyjaśnień wykonawcy Netia S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający jest obecnie w trakcie wykonywania wyroku z dnia 13.08.2008r. i powinien go wykonać zgodnie z jego treścią. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa terminu, w którym zamawiający powinien wykonywać wskazania wynikające z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, ale zamawiający powinien mieć na względzie zasadę sprawności postępowania i przystępować do ponownej oceny ofert bez zbędnej zwłoki. W niniejszym postępowaniu zamawiający przystąpił do wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.08.2008r., ale uczynił to nieprawidłowo, gdyż dokonał czynności sprzecznej z treścią tego wyroku tj. ponownego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Dlatego obecnie powinien unieważnić tą czynność i zastosować się do literalnej treści wyroku KIO z dnia 13.08.2008r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

11

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

12