

Sygn. akt: KIO 2045/23

POSTANOWENIE

z dnia 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 lipca 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

14 lipca 2023 r. przez **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

przy udziale **S-NET Sp. Z o.o., Kapelanka 13, 30-347 Kraków** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 :

Sygn. akt: KIO 2045/23

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2023/S 042-122845.

W dniu 14 lipca 2023 r. wykonawca Infomex Sp. z o.o. r. z siedzibą w Żywcu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez S-NET Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „S-NET”),
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez S-NET,
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty S-NET.

Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S-NET w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez S-NET jest ceną rażąco niską,

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. prawo energetyczne poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S-NET, podczas gdy zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu energii elektrycznej;

c) zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. prawo energetyczne poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S-NET, podczas gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, polegającym na zaoferowaniu przez ww. wykonawcę *de facto* sprzedaży energii elektrycznej w dodatku z bardzo dużą marżą, co jest sprzeczne z działaniami regulatora (zamrożenie ceny energii) i co jest działaniem nielegalnym wynikającym z faktu, iż S-NET nie posiada koncesji na sprzedaż energii. Odnośnie zamrożenia cen energii, dzięki interwencji państwa na rynku energii elektrycznej mikro, małe i średnie firmy od 1 grudnia 2022 do 31 grudnia 2023 za energię elektryczną zapłacą stałą cenę netto w wysokości 785 zł/MWh, co daje cenę 0,785 zł za 1kWh.

d) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy S-NET jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem nakazania odrzucenia oferty złożonej przez S-NET,
- c) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca S-NET.

W dniu 18 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, iż dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4 lipca 2023 r. oraz ponownie przystąpił do badania i oceny ofert. Do ww. pisma Zamawiający dołączył Informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 lipca 2023 r. wraz z dowodami przekazania ww. informacji wykonawcom.

W dniu 19 lipca 2023 r. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego, ewentualnie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Odwołujący podniósł, że dokonując w dniu 18 lipca 2023 r. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz informując o ponownym podjęciu czynności badania i oceny ofert Zamawiający w praktyce uwzględnił odwołanie. Tym samym, zdaniem Odwołującego, postępowanie odwoławcze powinno podlegać umorzeniu, bowiem dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe. Odwołujący zwrócił uwagę, iż prawem każdego wykonawcy jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Prawidłowe wskazanie przez danego wykonawcę na naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego nie powinno prowadzić do obciążania tego wykonawcy kosztami postępowania odwoławczego. Dlatego też Odwołujący w przypadku wykonania przez Zamawiającego żądań odwołania nie powinien być zmuszany do cofnięcia odwołania skutkującego zwrotem jedynie 90% wpisu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia,*

w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której wniesione zostało odwołanie, na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Izbę, nie istnieje. Wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności z dnia 4 lipca 2023 r. objętej odwołaniem, nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W wyniku przeprowadzenia nowych czynności przez Zamawiającego, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od ewentualnie stwierdzonych przez wykonawcę wadliwych czynności lub zaniechań Zamawiającego. Na chwilę wydania przedmiotowego postanowienia, w obecnym kształcie postępowanie odwoławcze utraciło sens wobec unieważnienia czynności Zamawiającego, która były przedmiotem zaskarżenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w 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). Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić Odwołującemu kwotę 7 500 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący :.....