Sygn. akt: KIO 2739/23

POSTANOWIENIE
z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu w dniu 3 października 2023 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
18 września 2023 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Finansów

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wnoszącego odwołanie wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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 2739/23

U z a s a d n i e n i e

Ministerstwo Finansów, dalej: „*Zamawiający*”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Doładowanie platformy usług hostowanych Microsoft Azure wraz ze świadczeniem usług wsparcia Wykonawcy oraz wsparcia inżynierskiego Producenta”, znak sprawy: R/024/23/DPO/G, dalej: „*Postępowanie*”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 26 lipca 2023 r, pod numerem 2023/S 142-452404.
Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „*Odwołujący*”,
w dniu 18 września 2023 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1.Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:
a)zastrzeżenie, że ani opust – cena za usługi Microsoft Azure, ani opust - cena za usługi Azure RI nie uwzględnia usług Azure zakupionych na Marketplace, a także usług zakupionych na Azure Spot Virtual Machines, co uniemożliwia sporządzenie oferty,
a w szczególności skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie wie, czy Zamawiający w ogóle będzie zamawiał usługi Azure poprzez Marketplace i Spot Virtual Machines
w ramach realizacji zamówienia, a jeśli tak, to w jaki sposób będą one rozliczane, co jest tym bardziej istotne, że dla usług Azure Marketplace i Azure Spot Instances wykonawca nie może dać dodatkowego opustu, podobnie jak dla usług Azure RI (18.4. i 18.5 SWZ po zmianie),
b) brak zastrzeżenia, że w przypadku ataku hakerskiego (jakiegokolwiek – niezależnie od źródła) i wygenerowania dodatkowych kosztów Zamawiający nie będzie obciążał kosztami wykonawcy, czego wykonawca nie jest w stanie oszacować i co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty (§ 1 ust. 4 Wzoru Umowy)

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;

2.Sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia bez wszystkich wymaganych elementów z uwagi na zamieszczenie sposobu obliczenia ceny nieuwzględniającego całego zakresu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp (Roz. 18.4 i 18.5 SWZ).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1. Modyfikację sposobu obliczenia ceny oferty i Formularza ofertowego poprzez włączenie ceny - opustu za usługi Azure zakupione na Marketplace, a także na Spot Virtual Machines do opustu dla usług Microsoft Azure RI, ewentualnie o
2. Dodanie odrębnej kategorii opustu dla usług Azure zakupionych na Marketplace, a także na Azure Spot Virtual Machines, ewentualnie o
3.Wskazanie, w jaki sposób mają być rozliczane opusty dla usług Azure Marketplace, a także Azure Spot Virtual Machines, ewentualnie o
4.Zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia, że Zamawiający nie będzie nabywał usług Azure poprzez Marketplace ani Spot Virtual Machines,
5.Dodanie zastrzeżenia, że w razie nadmiarowego wygenerowania kosztów Azure związanego np. z atakiem hakerskim

lub jakimkolwiek innym, Zamawiający zobowiązuje się do pokrycia kosztów całego wygenerowanego przez siebie zużycia Azure podczas trwania umowy – niezależnie od tego po czyjej stronie będzie źródło ataku hakerskiego, ewentualnie o

6. Dodanie zastrzeżenia, że Zamawiający zobowiązuje się do zastosowania się do wszystkich zaleceń Wykonawcy oraz Microsoft dotyczących zabezpieczenia środowiska Azure, w celu zapobiegnięcia atakom hakerskim, a w przypadku nie zastosowania się do zaleceń zobowiązuje się do pokrycia nadmiarowego wygenerowania kosztów Azure związanego np. z atakiem hakerskim niezależnie od źródła ataku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w piśmie – odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 września 2023 r., wniesionym do Prezesa Izby, oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów 1 lit. a i 2, uwzględnia odwołanie w części w zakresie zarzutu 1 lit. b) oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Natomiast Odwołujący w piśmie z 28 września 2023 r. wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i zwrot Odwołującemu całości wpisu od odwołania, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą pierwszego z wniosków, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania i wniósł o zwrot 90% wpisu od odwołania. W uzasadnieniu pisma Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 27 września 2023 r. udzielił wyjaśnień dotyczących dokumentów zamówienia w Postępowaniu, a dodatkowe oświadczenie złożył

w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 września 2023 r. Udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia i oświadczenia konsumują żądania Odwołującego zawarte w odwołaniu. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający poprzez dokonanie czynności uwzględnił odwołanie, co uzasadnia umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 w zw. z art. 522 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie zwrot Odwołującemu wpisu od odwołania w pełnej wysokości.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, 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, natomiast ust. 3 stanowi, *że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Ponieważ zgodnie z oświadczeniem z dnia 28 września 2023 r., Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów 1 lit. a i 2, w części w zakresie zarzutu 1 lit. b i wniósł

o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp nie było możliwe. Nie było możliwe również umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący nie wycofał zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Z uwagi na zawarte w piśmie z 28 września 2023 r. oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże

z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na

skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy 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.

Odwołujący wycofał odwołanie przed dniem, na który zostało wyznaczone posiedzenie w przedmiotowej sprawie. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000 zł, do zwrotu pozostała wobec powyższego kwota 13 500 zł, o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

W związku z podniesionymi powyżej okolicznościami, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……