**Sygn. akt: KIO 3089/23**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 30 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę IT-Learn spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie

**postanawia:**

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczIT-Learn spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie kwoty 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 3089/23**

**Uzasadnienie**

W dniu 16 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IT-Learn spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie i dostawa aplikacji do wykonywania badań audiometrii słownej Numer referencyjny: IFPS/21/PZP/23", prowadzonym przezInstytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie(dalej jako „Zamawiający").

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1)art. 16 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ZNKU) poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w toku postępowania o udzielenie Zamówienia, przed dokonaniem czynności wyboru oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (oferty TRUSTED SOFTWARE) informacji ujętych w JEDZ (Załącznik nr 2 d SWZ) w części IV sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa w zakresie wykazu osób (imię i nazwisko i rola) oraz uzasadnienia objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa stanowiącego załącznik do oferty, pomimo, iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa TRUSTED SOFTWARE w rozumieniu art. 11 ust. 2 ZNKU, czym Zamawiający narusz zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając przy tym Odwołującemu ocenę zakresu i przedmiotu utajnionych informacji oferty TRUSTED SOFTWARE pozbawiając Odwołującego tyn samym możliwości weryfikacji prawidłowości oferty TRUSTED SOFTWARE;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRUSTED SOFTWARE, pomimo, iż wykonawca ten nie wykaza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale II pkt 7.4. SWZ, tj. warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na dysponowaniu w okresie realizacji zamówienia osobami, które będą pełnić rolę: Kierownika Projektu w zakresie utrzymania – osoba; Głównego Architekta Systemowego - 1 osoba; Architekta - 2 osoby; Głównego Analityka Systemowego - 1 osoba; Analityka Systemowego - 1 osoba; Głównego Programisty - 1 osoba; Kierownika Testów - 1 osoba; Testera Oprogramowania - 1 osoba o wykształceniu, doświadczeniu zawodowym, kwalifikacjach zawodowych wymaganych w rozdziale II pkt 7.4. SWZ dla osób, które mają pełnić podczas realizacji zamówienia ww. role;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 104 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty TRUSTED SOFTWARE, pomimo, że ofertę tego wykonawcy podpisała osoba, która nie była uprawniona do reprezentacji tego wykonawcy w chwili złożenia oferty Zamawiającemu, tj. W.A., zaś brak w tym zakresie nie został przez TRUSTED SOFTWARE uzupełniony mim wezwania Zamawiającego z dnia 05 września 2023 r., zaś oferta złożona przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu wykonawcy jest nieważna;

4)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta wykonawcy TRUSTED SOFTWARE jest ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że najkorzystniejszą nie podlegająca odrzuceniu ofertą jest oferta Odwołującego.".

W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o

uwzględnieniu „zarzutów Odwołania w części, to jest w zakresie zarzutów nr 2 i 4.”

W dniu 30 października 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa ww. odwołanie „w części dotyczącej zarzutów nr 1 i 3, wobec uprzedniego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w części dotyczącej zarzutów nr 2 i 4”.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), „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.”.

Mając na uwadze, że oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie zdaniem Izby należy rozumieć jako oświadczenia o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu; zważywszy ponadto, iż pozostałe zarzuty Odwołujący cofnął, hipoteza normy wynikającej art. 522 ust. 3 Pzp została spełniona, wobec czego Izba uznała za uzasadnione umorzenie postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w punkcie 1 postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu”.

Zgodnie z tymi przepisami w punkcie 2 postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:…….