

## WYROK

Warszawa, dnia 30 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.B. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) i BUS MOTOR LLC z siedzibą w Kijowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Chełm

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.B. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Bus Motor LLC z siedzibą w Kijowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.B. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Bus Motor LLC z siedzibą w Kijowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego – Miasto Chełm tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.B. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Bus Motor LLC z siedzibą w Kijowie na rzecz Zamawiającego – Miasta Chełm kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 80/24

## UZASADNIENIE

Miasto Chełm (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Dostawa 26 nowych autobusów wykorzystujących do napędu wyłącznie energię elektryczną wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych (FCEV), w ramach projektu „Zielony Transport miejski w Chełmie” współfinansowanego ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach programu priorytetowego nr 3.9 „Ochrona atmosfery Zielony transport publiczny (Faza I)”, numer referencyjny: BZP.271.5.47.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 września 2023 roku, pod numerem 2023/S 175-548343. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.B. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) i BUS MOTOR LLC z siedzibą w Kijowie (zwani dalej łącznie: „Odwołującym”) w dniu 8 stycznia 2024 r. wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, a polegających na:

- nieprawidłowym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,

z ostrożności:

- zaniechaniu wezwania wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. – do uzupełnienia JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych, gdyż przedłożone oświadczenie wstępne oraz podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,
- a w konsekwencji zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisu określonego w zarzucie nr 2 poprzez wadliwą ocenę i w konsekwencji wybór oferty wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako że oferta ta powinna być odrzucona;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. pomimo tego, że oferta ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty;
3. z ostrożności – art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ lub podmiotowych środków dowodowych, gdyż te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału tego wykonawcy w zakresie zdolności technicznych, tj. w zakresie doświadczenia;
4. w związku z powyższym: zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mając na względzie fakt, że zgodnie z dokumentami Postępowania oferta Odwołującego jest ważna i nie została odrzucona;
5. w konsekwencji powyższego doszło do naruszenia: art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania i zasady uczciwej konkurencji – w ocenie ofert w przedmiotowym postępowaniu poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., która winna być odrzucona w związku z zarzutami jak powyżej.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, a ponadto o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 grudnia 2023 roku;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:
  - odrzucenia oferty wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b) lub c) ustawy Pzp ze względu na to, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia lub nie złożył JEDZ lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
  - w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
    - z ostrożności ewentualne nakazanie wezwania wykonawcy PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. do uzupełniania JEDZ lub dokumentów podmiotowych, gdyż przedłożone nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w warunku wymienionym w punkcie 5.1.4. SWZ;
    - zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w pkt. 5.1.4. SWZ postawił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści: „Wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną dostawę, polegającą na dostarczeniu co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych”. Odwołujący wskazał, że z powyższego wynika, iż wykonawca miał wykazać się „wykonaniem jednej dostawy” i dostawa ma być wykonana najpóźniej na dzień terminu składania ofert. Zamawiający nie zdefiniował w SWZ pojęcia „dostawa”, ale w ww. warunku rozróżnia pojęcie „dostarczenia autobusów” i odrębnie pojęcie „dostawy”. Zdaniem Odwołującego, nie można mylić terminu dostarczenia poszczególnych autobusów z terminem wykonania całej jednej dostawy.

Dalej Odwołujący zauważył, że we wzorze wykazu dostaw, który precyzuje zakres informacji wymaganych od wykonawców w kontekście ww. warunku udziału w postępowaniu – w kolumnie nr 2 - Zamawiający wymagał podania: „Przedmiotu zamówienia (dostawy)”. Stwierdził też, że zamówienie zdefiniowane jest w art. 7 pkt 32) ustawy Pzp i

wyraźnie odnosi się do pojęcia umowy: *Ilekcroć w niniejszej ustawie jest mowa o: pkt32) zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.*

W konsekwencji – zdaniem Odwołującego - w przypadku braku szczegółowego doprecyzowania pojęcia *„jednej dostawy”* w SWZ przez Zamawiającego w samym warunku udziału - należy sięgnąć do definicji dostawy wg Pzp, tj. treści art. 7 pkt 4) oraz definicji zamówienia wg treści art. 7 pkt 32) ustawy Pzp. Z kolei przez zamówienie publiczne na dostawę, zgodnie z ustawową definicją, należy rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

W ocenie Odwołującego, analiza przedmiotowego warunku, także jego doprecyzowanie przez Zamawiającego w wykazie dostaw, który ma być uszczegółowieniem wymaganych informacji, co do podania przez Wykonawców oraz przywołanych ww. definicji *„dostawy”* oraz *„zamówienia”* ze słownika pojęć Pzp. – sprowadza się do tego, iż:

- 1) spełnienie warunku w przedmiotowym postępowaniu – to wykazanie się przez Wykonawcę wykonaniem jednej dostawy – czyli jednej umowy na dostawę,
- 2) i w ramach tej umowy na jedną dostawę/umowę: dostarczenie co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych,
- 3) i w terminie wykonania tej jednej dostawy/umowy - najpóźniej przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (który upłynął 20 listopada 2023 roku).

Ponadto, Odwołujący dodał, że zamówienie objęte przedmiotem tego postępowania mogłoby być spełnione jako dostawa autobusów – jednorazowa zrealizowana w jednym czasie i tylko z przyczyn organizacyjnych lub/i logistycznych, a także skali zamówienia, taka dostawa może być i jest w tym przypadku podzielona na pewne etapy w ramach realizowanej umowy. Zatem warunek dotyczy zamówienia, które nie ma charakteru ciągłego ani okresowego. Odwołujący wskazał także, iż: *„Świadczenie jest ciągłe, jeżeli jego spełnienie wymaga określonego zachowania się dłużnika przez pewien czas, a ze względu na rodzaj czynności wskazanych w treści stosunku prawnego nie może być ono wykonane jednorazowo. Świadczeniem ciągłym jest świadczenie wynajmującego, wdzierżawiającego, udzielającego np. pożyczki, pracownika w stosunku pracy, banku w umowie rachunku bankowego, świadczenia podmiotów dostarczających wodę, gaz”.*

Z kolei *„pojęcie „świadczenia powtarzającego się” zostało wprowadzone w miejsce zamówień „powtarzających się okresowo”. Świadczenia powtarzające się to takie, których podstawą prawną jest jeden stosunek prawny, a które mają być spełnione w pewnych, określonych odstępach czasowych, a więc świadczenia których wymagalność następować będzie w ściśle wyznaczonych terminach. „Świadczeniami okresowymi mogą być np. dostawy artykułów żywnościowych, części zamiennych lub artykułów biurowych. Przykładem może być też umowa serwisowa przez którą wykonawca zobowiązuje się do naprawy określonej maszyny, ilekcroć się zepsuje, zamawiający zaś do uiszczania miesięcznego wynagrodzenia w stałej wysokości...(…) Pojedyncze świadczenie okresowe posiada co prawda samoistny charakter, jednak jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku.*

*To odróżnia świadczenia okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia, i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość.” (Z. Radwański: „Zobowiązania - część ogólna”, Wyd. C H Beck, Warszawa 1995, str. 65 i nast.).*

Zatem, zdaniem Odwołującego, dostawa autobusów nie jest świadczeniem okresowym lub ciągłym - zaś tylko w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych Wykonawca może legitymować się doświadczeniem, które jest w toku, czyli jest jeszcze wykonywane w oparciu o par. 9 ust.1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu, prowadzonym przez Miasto Chełm, wykonawca mógł wykazać się posiadaniem doświadczenia wyłącznie w realizacji dostawy/umowy dopiero po jej zakończeniu – jeżeli potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o ile wykonanie tej dostawy/umowy zakończyło się przed upływem terminu składania ofert.

Natomiast wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie wynika to ani z JEDZ, ani przede wszystkim z przedłożonych dokumentów podmiotowych w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu nr 3 Odwołujący podnosił, że zgodnie z wymaganiami ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ (strona 8 pkt. 6.1.2. ppkt 2) w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie - w części IV Zamawiający żądał wypełnienia poszczególnych Sekcji A, B, C i D. Wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wbrew kategorycznej instrukcji Zamawiającego nie wypełnił JEDZ w tej części, dotyczącej podania informacji o doświadczeniu tego Wykonawcy. Napisał tylko w części IV sekcja C, iż: „*Na żądanie Zamawiającego zostanie przekazany załącznik nr 7 do SWZ wraz z referencjami z tytułu należytego wykonania dostawy*”. Odwołujący zauważył, że ww. Wykonawca także nie odpowiedział nawet blankietowo w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w części alfa. Odwołujący podkreślił też, że oświadczenie wstępne służy do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Zamawiający kwalifikował dalej w procedurze wykonawcę, który nawet wstępnie, blankietowo, nie potwierdził spełnienia warunków i nie wzywał go ani do uzupełnienia, ani do wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie miał prawa odstąpić od wezwania wykonawcy do uzupełnienia tej części JEDZ, a skoro nie wzywał, to tym samym naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie pozostałych zarzutów Odwołujący wskazywał, że już na podstawie przedłożonego przez wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wykazu dostaw i referencji można kategorycznie stwierdzić, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Oferta Wykonawcy, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp, ewentualnie po uprzednim wezwaniu do uzupełniania JEDZ lub podmiotowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału.

Dalej Odwołujący wskazywał, że z wykazu dostaw i referencji wynika, że wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. powoływał się na doświadczenie zdobyte w postępowaniu realizowanym w trybie przetargu nieograniczonego na: *Zakup 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem*, znak postępowania: ZP.271.78.2022 – realizowanym przez zamawiającego - Miasto Rybnik. Jednocześnie w wykazie dostaw oświadczył, iż: „*umowa jest w trakcie realizacji*”. Podobnie, potwierdzając fakt niewykonania tej dostawy na dzień składania ofert przedłożone do wykazu referencje z 30.10.2023 roku.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zezwolił na legitymowanie się dostawą będącą w trakcie realizacji, czyli nadal wykonywaną. Zdaniem Odwołującego, w przypadku przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia - musi ono zostać nabyte przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca nabywa doświadczenie dopiero po zrealizowaniu danego zamówienia. Jeśli wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. nie zrealizował dostawy dla Miasta Rybnik przed upływem terminu składania ofert – to nie mógł powołać się na takie doświadczenie w postępowaniu realizowanym przez Miasto Chełm. Sam fakt zawarcia umowy na określoną kwotę i z określonym zakresem nie oznacza, że wykonawca z chwilą jej zawarcia nabywa pełne doświadczenie objęte umową. Skoro umowa jeszcze trwa, nie można mówić, że wykonawca nabył z niej pełne doświadczenie. Warunki udziału w postępowaniu przetargowym muszą być spełnione na dzień złożenia oferty. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 710/23.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjąć - wbrew brzmieniu postawionego warunku przez Zamawiającego - że można wyłącznie na poczet tego postępowania – „wyciągnąć” z tej umowy 5 autobusów, które jak wynika z wykazu dostaw wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., dostarczone były w terminie 18 – 20 września 2023 roku - to dla oceny takiego doświadczenia mogłaby mieć ewentualnie dodatkowo znaczenie specyfika konkretnej sytuacji w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Odwołujący zauważył, że w przypadku zamówienia, którym legitymował się wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. – nie może być mowy o takim podziale dostarczanych autobusów, żeby ich sukcesywna realizacja w zakresie poszczególnych etapów stanowiła funkcjonalną, organizacyjną odrębną i niezależną całość, którą ewentualnie można byłoby traktować jako samodzielną dostawę. Odwołujący wskazał, że Miasto Rybnik w uzasadnieniu braku podziału zamówienia na samodzielne części, wykluczył możliwość podziału zamówienia na odrębne części. Ponadto, jest tu wspólny dla wszystkich autobusów opis przedmiotu zamówienia, wspólne projektowane postanowienia umowne dla całego zamówienia, stanowiące o szczególnych zasadach realizacji tej umowy, odbiorów, gwarancji i serwisie, a także wspólne dla wszystkich dostarczanych autobusów zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Dodatkowo, są wspólne dla wszystkich dostarczanych autobusów i powiązane ze sobą warunki realizacji wspólnych szkoleń (a nie przypisane do konkretnej partii autobusów), których nie sposób wyodrębnić dla poszczególnych etapów realizowanej dostawy, wspólne zasady uzależnionych od siebie odbiorów częściowych, końcowych. Nadto, obowiązki w zakresie planowania wszystkich tych odbiorów przez wykonawcę, które dotyczą całej dostawy – zatem także te są przedmiotem tej dostawy, przedmiotem tego jednego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w każdym zapisie warunków realizacji umowy widoczna jest zasada realizacji tej dostawy logistycznie i organizacyjnie kompleksowo, w sposób zaplanowany, funkcjonalnie i organizacyjnie spójnie i w

kontekście weryfikacji procesów produkcyjnych wykonawcy, co także uzasadnia brak podziału tego zamówienia na części. Zatem, samo logistyczne etapowanie dostarczenia poszczególnych partii autobusów nie przesądza w żaden sposób o tym, że określona partia dostarczanych autobusów mogłaby być w ramach tej umowy samodzielnym doświadczeniem w realizacji tego rodzaju dostawy. W ocenie Odwołującego, tylko wykonanie całej dostawy (i tu nie chodzi tylko o ilość autobusów, ale o sposób realizacji tej dostawy oraz ostateczny termin jej wykonania) może być dopiero właściwym potwierdzeniem doświadczenia wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że choć Zamawiający poprawnie i proporcjonalnie określił warunek udziału w zakresie zdolności technicznej, to niestety niepoprawnie zweryfikował, ocenił doświadczenie wykonawcy, czym naruszył przepisy ustawy Pzp i zasady udzielania zamówień publicznych. Dodał również, że z samych referencji wynika, że tych 5 dostarczonych autobusów nie można wyodrębnić jako funkcjonalną całość, gdyż w ramach tego zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia i określonych warunków realizacji umowy - występują wspólne elementy realizacji tej dostawy, które nawet w przedłożonych referencjach nie były potwierdzone, bo nie mogły być potwierdzone, chociażby ze względu na sposób realizacji tej dostawy, która stanowiła funkcjonalną i organizacyjną całość i wyodrębnienie z niej na poczet spełnienia warunków 5 autobusów, które ze względu na etapowość tej dostawy zostały dostarczone wcześniej nie oznacza wykazania się wykonaniem ( a dzień terminu składania ofert) jednej dostawy, polegającej na dostarczeniu co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych. Podkreślił, że ta dostawa bezsprzecznie nie została wykonana przed upływem terminu składania ofert, co w kontekście warunku było wymogiem bezwzględny. Referencje potwierdzają tylko dostarczenie 5 autobusów wraz z dokumentacją, odbycie szkoleń dla kierowców i w autoryzowanym serwisie, ale nie jest to potwierdzenie w terminie wykonania dostawy, tylko w określonym terminie potwierdzenie dostarczenia kilku autobusów, co w kontekście postawionego warunku jest zasadniczą różnicą. Zamawiający wymagał wykonania jednej dostawy przed upływem terminu składania ofert, polegającej na dostarczeniu - a nie dostarczenia w ramach nieważnej jakiej umowy/ czy umów wykonywanych lub wykonanych na dostawę minimum trzech autobusów. Odwołujący podkreślił, że czym innym jest dostarczenie autobusu lub partii autobusów w określonym terminie, a czym innym jest wykonanie jednej kompleksowej dostawy wielu autobusów (polegającej owszem na dostarczeniu autobusów) w terminie określonym w sposób transparentny przez Zamawiającego zgodnie z Pzp, czego wymagano bezsprzecznie w warunku udziału w zakresie zdolności technicznej. Odwołujący dodał, że z całkowitą pewnością sam warunek udziału w zakresie specyfiki tego przedmiotu zamówienia był proporcjonalny. Odwołujący podkreślił także, że pojęcia *dostawa i dostarczenie* - w opisie warunku nie są tożsame. Gdyby tak było - to Zamawiający musiałby zupełnie inaczej zredagować warunek. Weryfikowanie doświadczenia w realizacji jednej dostawy/umowy ma na celu sprawdzenie czy Wykonawca w ramach tej umowy nie tylko dostarczy autobusy, ale wykona dostawę z wszelkimi jej istotnymi elementami koniecznymi w przypadku tego rodzaju przedmiotu zamówienia jak: wspólne dla całego zamówienia szkolenia, kompleksowe planowanie dostarczenia i powiązana w zakresie jej trybu przedkładania dokumentacja, kompleksowe i powiązane ze sobą także chronologicznie zaplanowane właściwie przez Wykonawcę odbiory z uwzględnieniem możliwości produkcyjnych, zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla całej dostawy bez rozgraniczenia co do poszczególnych elementów realizacji tej umowy. Skoro, wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. realizował dostawę po terminie składania ofert, to nie mógł się legitymować tym doświadczeniem w postępowaniu organizowanym przez Miasto Chełm. Odwołujący zauważył też, że z takim przedmiotem zamówienia wiele się jeszcze może wydarzyć w trakcie realizacji takiej umowy do ostatecznego terminu jej wykonania i Zamawiający może ostatecznie nie potwierdzić należytego wykonania umowy. To cała dostawa ma być w kontekście kompleksowych, także powiązanych funkcjonalnie i organizacyjnie wymagań, właściwie zrealizowana, a nie wyrwany z jej realizacji etap, żeby można było mówić o spełnieniu warunku we właściwym terminie, czyli przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił także, iż w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Rybnik opis przedmiotu zamówienia stanowił jeden integralny i spójny z sobą załącznik, podobnie wzór umowy, precyzujący warunki realizacji umowy. Analiza dokumentów sprowadza się do tego, że to zamówienie nie jest realizowane z podziałem na samodzielne części, które mogłyby oznaczać mniejsze dostawy w ramach umowy finalnej. Jest to niewątpliwie powiązana ze sobą funkcjonalnie i organizacyjnie dostawa na dostarczenie 20 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.

Odwołujący zaznaczył, że te okoliczności podnosi dodatkowo, bowiem warunek postawiony przez Zamawiającego jednoznacznie odnosi się do konieczności wykonania przed upływem terminu składania ofert jednej dostawy.

Reasumując Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał wadliwej oceny ofert i wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ wadliwie ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. , zaniechał ustawowego obowiązku odrzucenia jego oferty ze względu na to, że ten nie spełnia warunków udziału, nie zbadał poprawnie tego stanu rzeczy, nie wezwał do uzupełnienia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych, pomimo tego, iż te przedłożone przez wybranego Wykonawcę nie potwierdzają spełniania

warunku udziału w postępowaniu. Tym samym doszło do naruszenia przepisów Pzp i w konsekwencji fundamentalnych zasad równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji określonych w art.16 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił jak na wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 26 nowych autobusów wykorzystujących do napędu wyłącznie energię elektryczną wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych (FCEV), w ramach projektu „Zielony Transport miejski w Chełmie”, współfinansowanego ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach programu priorytetowego nr 3.9 „Ochrona atmosfery Zielony transport publiczny (Faza I). Zakup i dostawa obejmuje 26 sztuk fabrycznie nowych, nieeksploatowanych, całkowicie niskopodłogowych jednoczłonowych autobusów FCEV, klasy MAXI do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, o specyfikacji technicznej zgodnej z OPZ, przystosowanych do przewozu osób z niepełnosprawnościami wraz z dodatkowym wyposażeniem, oprogramowaniem i dokumentacją (punkt 2.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SWZ”).

W punkcie 5.1.4. SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że:

*„Wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną dostawę, polegającą na dostarczeniu co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych.”*

W załączniku nr 7 do SWZ – Wykaz dostaw - Zamawiający wymagał podania przedmiotu zamówienia (dostawy), wartości, a także daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

Wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie złożył wraz z ofertą Jednolity europejski dokument zamówienia (dalej jako: „JEDZ”), gdzie w Części IV w Sekcji C „Zdolność techniczna i zawodowa” wskazał, iż: *„Na żądanie Zamawiającego zostanie przekazany załącznik nr 7 do SWZ wraz z referencjami z tytułu należytego wykonania dostaw”*.

Pismem z dnia 1 grudnia 2023 roku Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: *„wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ”*.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. złożył wykaz dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat – załącznik nr 7 wraz z dokumentem z dnia 30 października 2023 r. wydanym przez Prezydenta Miasta Rybnika, potwierdzającym dostawę 5 autobusów marki Neso Bus 12 elektrycznych zasilanych wodorem, w ramach umowy, której przedmiotem jest dostawa 20 autobusów. W wykazie dostaw wykonawca podał:

- Przedmiot zamówienia (dostawy) – *„Zakup 20 szt. autobusów elektrycznych zasilanych wodorem”;*

- Wartość – *„66 149 680,00zł.”;*

- Daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane – *„18 – 20 września 2023 r. dostawa 5 autobusów Urząd Miasta Rybnik ( umowa w trakcie realizacji ).”*

Natomiast w dokumencie wydanym przez Prezydenta Miasta Rybnika wskazano, że: *„Na podstawie zrealizowanej dostawy 5 autobusów marki Neso Bus 12 elektrycznych zasilanych wodorem w ramach umowy zawartej w dniu 28 marca 2023 roku, której przedmiotem jest dostawa 20 autobusów (zamówienie w trakcie realizacji) poświadczam, że PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie przekazał niezbędną dokumentację techniczną oraz przeprowadził odpowiednie szkolenie dla kierowców oraz pracowników serwisu w zakresie autoryzowanej obsługi dostarczonych autobusów.*

*Należy nadmienić, iż dostarczone autobusy spełniają stosowne wymogi techniczne opisane w przedmiocie zamówienia, charakteryzują się estetyką i dobrą jakością wykonania.”*

Pismem z dnia 28 grudnia 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty nr 1, złożonej przez Wykonawcę: PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.

Pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi formalne, określone w przepisach art. 525 ust.

1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdziła, że wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 26 stycznia 2024 roku Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 26 stycznia 2024 roku uczestnik postępowania - wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, złożył stanowisko pisemne, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego i rozprawy – w dniu 29 stycznia 2024 r. - strony podtrzymały swoje stanowiska wyrażone w pismach.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Odwołanie należało oddalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Natomiast przepis art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Przede wszystkim należy podkreślić, że ustalony stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami.

Istota sporu w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia sprowadzała się w przeważającej mierze do kwestii interpretacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy, opisanego przez Zamawiającego w punkcie 5.1.4. SWZ, o treści następującej: „Wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną dostawę, polegającą na dostarczeniu co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych” i oceny czy wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu czy też nie.

Drugą kwestią sporną było to, czy Zamawiający winien był wezwać wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. – w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ lub podmiotowych środków dowodowych.

Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Uczestnika postępowania, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia został opisany w sposób jednoznaczny oraz, że pojęcie „jednej dostawy” zostało doprecyzowane przez Zamawiającego już w samej treści warunku.

Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu, opisanym w punkcie 5.1.4. SWZ wyraźnie bowiem wskazał, że warunek zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, iż wykonał należycie co najmniej „jedną dostawę, polegającą na dostarczeniu 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych”. Zamawiającemu chodziło zatem o jedną dostawę polegającą na dostarczeniu co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych. W istocie więc pojęcie „jednej dostawy” użyte przez Zamawiającego w opisie warunku należy rozumieć jako „dostarczenie”, a nie jako „umowę dostawy”, co usiłował wywodzić Odwołujący. Poprzez użycie sformułowania „dostarczenie” Zamawiający wskazał jak należy rozumieć pojęcie „dostawy” użyte w treści warunku udziału w postępowaniu. Z treści przedmiotowego warunku w żaden sposób nie wynika, że wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w postaci zrealizowanej już umowy na dostawę.

Odwołujący odwoływał się również do definicji wskazanych w art. 7 ustawy Pzp. W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 7 pkt 4 ustawy Pzp przez dostawę należy rozumieć: *nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację*, czyli nabywanie produktów na podstawie umowy, w tym także umowy dostawy. Innymi słowy pojęcie „umowy” nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem „dostawy” w rozumieniu powołanego powyżej przepisu.

Nawet jeśli uznać, że istnieją wątpliwości w kwestii interpretacji omawianego warunku udziału w postępowaniu, to słusznie tutaj zauważył Uczestnik postępowania odwoławczego, że w takim przypadku, wątpliwości te należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, który mógłby ewentualnie zostać obciążony negatywnymi tego konsekwencjami.

Słusznie także Zamawiający twierdził, że przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do nadinterpretacji warunku udziału w postępowaniu. Prowadziłoby to z kolei do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że stanowisko Odwołującego opiera się na wnioskach sprzecznych z literalną wykładnią tego warunku.

Ponadto, wskazać należy, że wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. przedstawił – na wezwanie Zamawiającego - Wykaz dostaw (załącznik nr 7 do SWZ), do którego załączył dokument potwierdzający zrealizowaną dostawę 5 autobusów marki Neso Bus 12 elektrycznych zasilanych wodorem. Wykonawca ten powołał się na dostawę 5 autobusów zrealizowaną w ramach umowy świadczonej na rzecz Miasta Rybnik, będącą jeszcze w trakcie realizacji. Umowa dotyczy bowiem zakupu 20 autobusów i na dzień otwarcia ofert w tym postępowaniu umowa ta była jeszcze (i jest nadal) w trakcie realizacji. Niemniej jednak dostawa pierwszej partii autobusów miała obejmować 5 sztuk (co też wynika z § 2 ust. 1 pkt 1 powołanej umowy) i ta dostawa została zrealizowana przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu, co potwierdzają złożone referencje (dokument z dnia 30 października 2023 roku, wydany przez Prezydenta Miasta Rybnika), w którym bezpośrednio stwierdzono: *„Na podstawie zrealizowanej dostawy 5 autobusów”*. Zatem, jak wynika z treści ww. dokumentu, Prezydent Miasta Rybnika potwierdził fakt zrealizowania dostawy 5 autobusów elektrycznych. Z treści umowy zawartej z Miastem Rybnik wynika ponadto, że dostawa każdego autobusu miała być uznana za dokonaną w dacie podpisania protokołu końcowego odbioru dostawy po przeprowadzeniu procedury odbioru. Ponadto, wynagrodzenie miało być płatne za każdy autobus osobno po podpisaniu protokołu odbioru końcowego - dostawy autobusu. W ramach tejże dostawy wykonawca przekazał niezbędną dokumentację techniczną oraz przeprowadził odpowiednie szkolenia. W przedstawionym dokumencie potwierdzono także, że dostarczone autobusy spełniają wymogi techniczne opisane w przedmiocie zamówienia, charakteryzują się estetyką i dobrą jakością wykonania.

Na podstawie powyższych ustaleń stwierdzić należy, że Zamawiający słusznie uznał, że wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, albowiem wykazał się zrealizowaną dostawą 5 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem (przy czym warunek dotyczył co najmniej 3 autobusów elektrycznych albo wodorowych) w ramach umowy na zakup 20 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brakiem wypełnienia w odpowiedni sposób JEDZ w części odnoszącej się do informacji o doświadczeniu wykonawcy, to Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Uczestnika postępowania odwoławczego, że ewentualne naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania, skoro na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedstawił i wykaz dostaw, i dokument

potwierdzający zrealizowanie dostawy 5 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem na rzecz Miasta Rybnik

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi, że naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że stwierdzenie: „*Na żądanie Zamawiającego zostanie przekazany załącznik nr 7 do SWZ wraz z referencjami z tytułu należytego wykonania dostawy*”, które to tylko i wyłącznie zamieścił wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. w JEDZ w Części IV Sekcja C nie stanowi prawidłowego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. W tym miejscu wykonawca winien był przedstawić informacje dotyczące doświadczenia, na które się powołuje, a zawarł jedynie blankietowy zapis, iż na żądanie Zamawiającego zostanie przekazany załącznik nr 7 do SWZ (czyli wykaz dostaw) wraz z referencjami. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do poprawienia/uzupełnienia dokumentu JEDZ w tym zakresie. Jednakże w późniejszym etapie Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w odpowiedzi na które wykonawca złożył wspomniany załącznik nr 7 do SWZ wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy 5 autobusów. Zatem odstąpienie od wezwania do poprawienia/uzupełnienia JEDZ w przedmiotowej sprawie nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego i zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....