

**POSTANOWENIE**  
**z 27 października 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**  
**Małgorzata Matecka**  
**Monika Szymanowska**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie 27 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 października 2023 r. przez wykonawcę PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, przy udziale wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Owińskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 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 2964/23

**Uzasadnienie**

Gminę Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzych (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa autobusów elektrycznych zasilanych wodorem”, numer: DU.260.18.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego 3 lipca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 125-396102.

6 października 2023 r. wykonawca PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.

z siedzibą w Koninie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez brak odtajnienia zawartego w ofercie oświadczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Owińskiej (dalej: Solaris) dotyczącego parametru zużycia wodoru (W4) mimo braku wykazania przez wykonawcę Solaris przesłanek zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 2.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 i art. 16 pkt 1-3 Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solaris (dalej: „Solaris”), mimo że oferta ta nie była najkorzystniejsza, ponieważ prawidłowe badanie i ocena treści oferty powinna prowadzić do przyznania wykonawcy Solaris zerowej liczby punktów w podkryterium W4, a w konsekwencji mniejszej liczby punktów w kryterium W – Właściwości techniczno-eksploatacyjne, oraz do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp, przez brak wykluczenia wykonawcy Solaris w sytuacji, w której nie wykazał on braku podstaw wykluczenia w Postępowaniu, dotyczącego zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, względnie naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy Solaris do poprawienia oświadczenia złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zakresie przesłanki „Czy wykonawca (...) doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?”;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy Solaris pomimo braku prawidłowego wniesienia wadium;
- 5.art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp w zw. z art. 70(5) Kc, w zw. z art. 16 pkt 1-3 i art. 240 i 241 Pzp, przez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nieweryfikowalny, uniemożliwiający ich ocenę i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w szczególności w zakresie oparcia oceny w podkryterium W4 wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, co stanowi nieusuwalną wadę postępowania skutkującą koniecznością jego unieważnienia..

20 października 2023 r. Zamawiający w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron prowadzonego w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2954/23 i KIO 2964/23 oświadczył, że uwzględni zarzut nr 1 odwołania KIO 2964/23. Wobec braku sprzeciwu, co do uwzględnienia odwołania i istotne znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania odwoławczego, Izba zarządziła przekazanie Odwołującemu informacji, których dotyczył Zarzut nr 1 i odroczyła posiedzenie do 27 października 2023 r. Zamawiający zrealizował ww. zarządzenie, co potwierdził dowodami przekazanymi do Izby przed wznowieniem posiedzenia.

Ze względu na zmianę składu orzekającego posiedzenie w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2954/23 i KIO 2964/23 27 października 2023 r. zostało przeprowadzone od nowa, przy czym Izba z urzędu włączyła dotychczas zgromadzony materiał dowodowy i pisma procesowe do akt sprawy.

Przed zamknięciem posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba poinformowała Odwołującego, że wobec zarzutu nr 5 zrealizowały się przesłanki do jego odrzucenia

na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba wskazała przy tym, że zarzut ten sprowadza się do kwestionowania postanowień SWZ, a Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił i wykazał przyczyn, dla których wykrycie zarzucanej Zamawiającemu nieprawidłowości nie było możliwe na etapie wcześniejszym, niż wybór najkorzystniejszej oferty. Izba poinformowała zatem, że zarzut nr 5 odwołania jako podlegający odrzuceniu nie zostanie skierowany do rozpoznania na rozprawie.

W konsekwencji Odwołujący, przed zamknięciem posiedzenia oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp

w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 Pzp orzekając w formie postanowienia umorzyła postępowanie odwoławcze.

**Przewodniczący:**.....

.....  
.....