

Sygn. akt: KIO 2500/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 października 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2022 roku przez wykonawcę **MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Inwestycje” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarżysku Kamiennej**

przy udziale wykonawcy **TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **20 000,00 zł** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego **MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu 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:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający: „Miejskie Inwestycje” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarżysku Kamiennej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa, nadbudowa i przebudowa pływalni miejskiej w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa i modernizacja pływalni miejskiej w Skarżysku Kamiennej przy ul. Spółdzielczej 19” na działkach (obręb 0003 PLACE ark. 17 nr ewid. Dz. 37/4, 38/4, 38/5, 65/5, 143/1) w Skarżysku Kamiennej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2022 r. pod numerem 2022/S 176-497110.

Dnia 23 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie ustawy z dnia 11 września Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r, poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego, polegającej na określeniu w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w sposób nieproporcjonalny (zawyżony) do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w sekcji D pkt. 2.3 lit. c SWZ zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w części dotyczącej żądania od potencjalnych wykonawców wykazania osiągnięcia łącznych przychodów netto z tytułu wykonanych i sprzedanych robót budowlanych nie niższych niż 300.000.000,00 zł (trzysta milionów złotych) w każdym z dwóch poprzednich lat obrotowych (2020 oraz 2021), ustalanych na podstawie „Rachunku zysku i strat” w pozycjach: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”;
2. art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie, na skutek opisanego warunku udziału w postępowaniu w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający określając przedmiotowy warunek, na poziomie przewyższającym poziom, jaki uznany mógł być jako proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczył konkurencję, uprzywilejowując konkretną grupę wykonawców, eliminując pozostałych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ, poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zaskarżanej części na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia tj. wymagania żądania wykazania przychodów netto z tytułu wykonanych i sprzedanych robót budowlanych nie niższe niż 80.000.000,00 zł (osiemdziesiąt milionów złotych) w każdym z dwóch poprzednich lat obrotowych (2020 oraz 2021).

Odwołujący podkreślił, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania doprowadzić może do wyeliminowania, zapisów SWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia na ich miejsce zapisów, które umożliwią Odwołującemu złożenie nie podlegającej ofercie.

SWZ została zamieszczona na stronie prowadzonego postępowania, w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 176-497110, czyli w dniu 13 września 2022 roku. Odwołanie wniesione zostało w ustawowym terminie, tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

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

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, obecny poziom warunków udziału w postępowaniu to uniemożliwia. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że w aktach postępowania zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu

odwołania w dniu 27 września 2022 roku przez zamieszczenie kopii odwołania wraz z załącznikami na stronie internetowej Zamawiającego, na której zamieszczone było ogłoszenie o zamówieniu i udostępnione zostały dokumenty zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w terminie i nie zawierało braków formalnych. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Odwołującego.

Ustalono następnie, że 30 września 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 4 października 2022 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości. Zamawiający wskazał, że dokonuje zmiany dokumentów postępowania w następujący sposób:

*„2.3 sytuacji ekonomicznej lub finansowej – zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:*

*a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum 30.000.000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych),*

*b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 45.000.000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć milionów złotych),*

*c) osiągnął łączne przychody netto z tytułu wykonanych i sprzedanych robót budowlanych nie niższe niż 70.000.000,00 zł (siedemdziesiąt milionów złotych) w każdym z dwóch poprzednich lat obrotowych (2020 oraz 2021), ustalone na podstawie „Rachunku zysku i strat” w pozycjach: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,00 w każdym ze wskazanych okresów, w sytuacji w której wskaźnik bieżącej płynności finansowej liczony jest jako iloraz: wskaźnik bpf = aktywa obrotowe/ zobowiązania i rezerwy krótkoterminowe.*

*Zamawiający nie dopuszcza sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w celu uzyskania wymaganych wartości opisanych w niniejszym punkcie SWZ.*

*Dalsza treść rozdziału nie ulega zmianie”.*

Zamawiający dodatkowo zaznaczył, że dokonuje zmiany SWZ w sposób dalej idący niż wniosek odwołania, uwzględniając dodatkowo argumenty w tym zakresie zawarte w piśmie wykonawcy TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie z dnia 23 września 2022 roku, która przystąpiła do postępowania po stronie Odwołującego.

Wobec braku przystąpień po stronie Zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....