

WYROK
z dnia 27 maja 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2020 roku przez wykonawcę: **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Uniwersytet w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **online-skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni** na rzecz **Zamawiającego - Uniwersytet w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku** kwotę w wysokości **4 011 zł 21 gr** (słownie: czterech tysięcy jedenastu złotych 21/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i pojazdu do Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 20 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843; dalej: „ustawa PZP”) odwołanie złożył wykonawca **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni** (dalej jako „Odwołujący” lub „Asseco”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i wdrożenie platformy edukacyjnej dla Uniwersytetu w Białymstoku na potrzeby projektu Nowoczesny Uniwersytet szansą na rozwój przyszłych kadr regionu” prowadzi Zamawiający: **Uniwersytet w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku**.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, w związku z art. 7 Pzp, poprzez błędne uznanie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2020 roku pod nr 2019/S 205-498880.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 10 marca 2020 roku.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno w doktrynie prawniczej, jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest także potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia. Na etapie składania odwołania Odwołujący ma realną szansę na uzyskania zamówienia w postępowaniu bowiem Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w dniu 27 lutego 2020 roku. Na skutek unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Do spełnienia analizowanej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez Zamawiającego przepisów. Odwołujący poniósł duże koszty finansowe związane z przygotowaniem oferty, przy czym decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania skutkuje tym, iż koszty te poniósł de facto nadaremnie.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący uiszczył wymagany wpis od odwołania. Czyniąc zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Odwołujący przedstawił dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 23 października 2019 roku, a jego przedmiotem jest Dostawa i wdrożenie platformy edukacyjnej dla Uniwersytetu w Białymstoku, obejmująca:

- 1) Etap I - dostawę licencji na oprogramowanie, instalację i konfigurację PE;
- 2) Etap II - wdrożenie PE. Przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników. Przeniesienie danych z aktualnego oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego (platforma edukacyjna firmy Blackboard) wraz z integracją z systemami Zamawiającego;
- 3) Etap III - świadczenie usług obsługi serwisowej i naprawy usterek platformy edukacyjnej oraz świadczenie usług utrzymania systemu i dostarczenia aktualizacji systemu (maintenance).

W dniu 02 grudnia 2019 roku nastąpiło otwarcie ofert. W postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

- 1) PCG ACADEMIA Sp. z o.o., Jasionka – cena 1398 908,03 PLN
- 2) ASSECO DATA SYSTEMS S.A., Gdynia – cena 1999 500,30 PLN
- 3) 4system Polska Sp. z o.o., Zielona Góra – cena 1 896 660,00 PLN
- 4) Eduline Ap. z o.o., Poznań - cena 999 990,00 PLN

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2020 roku dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy PCG ACADEMIA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynność odrzucenia nie została zaskarżona.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 roku dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Eduline sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynność odrzucenia nie została zaskarżona.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2020 roku dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy 4system Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynność odrzucenia nie została zaskarżona.

Zamawiający w dniu 27 lutego 2020 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

W dniu 10 marca 2020 roku, Zamawiający dokonał czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 lutego 2020 roku oraz unieważnienia postępowania jako podstawę podając art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 oraz art. 22c ust. 2.

W orzecznictwie dotyczącym ustawy Pzp jednoznacznie przyjmuje się, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową i powinno być stosowane rozważnie,

przesłanki unieważnienia interpretowane ścieśniająco, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym. Celem postępowania - zgodnie z art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp - jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji - doprowadzić do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zaś unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w mocy pozostają ogólne zasady zawierania umów, w tym zasada lojalności kontraktowej, oznaczająca w tym przypadku, że zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w celu jego udzielenia i winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia doszło. Choć celem norm zawartych w ustawie Pzp jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny, jednak jednocześnie powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia jest wyrażany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych (tak Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 roku, sygn. akt: GSK 1842/11, LEX nr 969453). Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i związane z nim postępowanie odwoławcze mają charakter spraw cywilnych.

Zamawiający co do zasady pozbawiony jest m.in. możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, nie może też według swego uznania odstąpić od czynności zmierzających do zawarcia umowy. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania i mieścić się będzie w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia. Publicznoprawny charakter regulacji ustawy Pzp nie może więc dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań bez wyraźnej podstawy prawnej i odpowiedniego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający wskazał przesłanki faktyczne decyzji o unieważnieniu postępowania w sposób następujący:

„Uzasadnienie faktyczne:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający w pkt 5 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania, określił następujący warunek dotyczący sytuacji finansowej lub ekonomicznej: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że uzyskał w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych

przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4 000 000,00 zł słownie: cztery miliony złotych”.

Wartość szacunkowa zamówienia wraz z zamówieniami, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 951 620,00 zł. Zgodnie z art. 22c ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót przekraczał dwukrotność wartości zamówienia. Zamawiający określił dla Wykonawców warunek udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy, co może skutkować wystąpieniem przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu o unieważnienie umowy z uwagi na czynność dokonaną z naruszeniem ustawy, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższe zachodzą przesłanki do unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Powyższa przesłanka faktyczna ma w efekcie powodować, że prowadzenie postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego i uważa, że przesłanka z art. 22c ust. 2 Pzp nie może mieć w sprawie zastosowania, owa czynność nie może być podstawą do unieważnienia postępowania, bowiem nie zostały spełnione przesłanki normy prawnej wynikającej z przepisu art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający wskazał przepis regulujący udzielanie zamówień publicznych, który w przedmiotowy stanie faktycznym nie może mieć zastosowania. Zamawiający przywołał przepis art. 22c ust. 2 Pzp, który wyraźnie stanowi, że limit nałożony przez ustawodawcę na zamawiających, dotyczy tylko i wyłącznie warunku związanego z obrotem rocznym wykonawcy. Art. 22c ust. 2 Pzp stanowi: *„Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót, o którym mowa w ust 1 pkt 1, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub protokole powody zastosowania takiego wymogu.”*

Tymczasem warunek udziału w postępowaniu, przytoczony przez Zamawiającego w uzasadnieniu o unieważnieniu postępowania stanowi, że *„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że uzyskał w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4 000 000,00 zł słownie: cztery miliony złotych”.* Zatem w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, jako parametr dopuszczający do udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, „przychód ze sprzedaży”. Nie może być żadnych wątpliwości, że „obróć” i „przychód ze sprzedaży” to różne pojęcia.

Zamawiający nie podał dedykowanej do postępowania definicji „przychodu ze sprzedaży”, zatem jedynym możliwym rozwiązaniem jest przywołanie definicji legalnych.

Definicja przychodu jest definicją ustawową, określoną w ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U.2019.0.865 t.j., dalej jako: u.p.d.o.p.), która w art. 12 wskazuje:

„1. Przychodami, z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 oraz art. 14 pojęcie przychodu z odpłatnego zbycia rzeczy, wartość rynkowa, są w szczególności: (...)”, po czym następuje szczegółowe wyliczenie kategorii zjawisk ekonomiczno-prawnych, które winny być jako „przychód” traktowane.

W przedmiotowym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, nie może mieć zastosowanie do wykonawców, którzy złożyli oferty, ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. Nr 80, poz. 350, dalej jako: u.p.d.o.f.), ale Odwołujący przywołał również tę definicję, aby podkreślić, że pojęcia „obrotu” i „przychodu”, to różne pojęcia. Zgodnie z ogólną definicją z art. 14 ust. 1 u.p.d.o.f. *„1. Za przychód z działalności gospodarczej uważa się kwoty należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane, po wyłączeniu wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. U podatników dokonujących sprzedaży towarów i usług opodatkowanych podatkiem od towarów i usług za przychód z tej sprzedaży uważa się przychód pomniejszony o należny podatek od towarów i usług (...)”.*

Pojęcie „przychód ze sprzedaży” ma węższy zakres niż „przychód” rozumiany jako suma sprzedanych wyrobów, robót, usług, towarów i materiałów, jak i właściwej dla nich jednostkowej ceny sprzedaży.

Pojęcie „obrotu” również posiadało definicję legalną. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, który stanowił, że *„obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej. Obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku”.* Przepis został uchylony w styczniu 2014 roku i został zastąpiony nowym - art. 29a, w którym używa się pojęcia „podstawa opodatkowania”. Fakt uchylecia przepisu nie zmienił jednak sposobu rozumienia pojęcia „obróć” w obrocie gospodarczym, który pozostaje obowiązujący.

Potwierdzenie, że oba pojęcia - „przychodu” i „obrotu” - mają różne znaczenie można znaleźć w stanowisku organów skarbowych. Dla przykładu - Postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Kartuzach po rozpatrzeniu wniosku, z dnia 20.01.2006 r. o udzielenie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów prawa podatkowego, wskazuje:

„(...) Ze stanu faktycznego przedstawionego przez Podatnika wynika, iż podmiot jest podatnikiem podatku od towarów i usług, przedmiotem jego działalności jest sprzedaż detaliczna odzieży, dokonywana na rzecz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, zaś do ewidencjonowania kwot ze sprzedaży stosuje ewidencję sprzedaży.

Jednocześnie podatnik stoi na stanowisku, iż w ramach świadczonych usług i uzyskanego obrotu, który w jego rozumieniu jest pojęciem równoznacznym z pojęciem przychodu netto ma prawo do zwolnienia z obowiązku ewidencjonowania sprzedaży przy zastosowaniu kasy rejestrującej do momentu przekroczenia ustalonej kwoty.

W myśl art. 14 a § 1 w/cyt. ustawy Ordynacja podatkowa, stosownie do swojej właściwości naczelnik urzędu skarbowego, naczelnik urzędu celnego lub wójt, burmistrz (prezydent miasta), starosta albo marszałek województwa na pisemny wniosek podatnika, płatnika lub inkasenta mają obowiązek udzielić pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego w ich indywidualnych sprawach, w których nie toczy się postępowanie podatkowe lub kontrola podatkowa albo postępowanie przed sądem administracyjnym. Zgodnie z art. 111 ust 1, ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz. U. nr 54, poz. 535 z późn. zm.), podatnicy dokonujący sprzedaży na rzecz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej oraz rolników ryczałtowych są obowiązani prowadzić ewidencję obrotu i kwot podatku należnego przy zastosowaniu kas rejestrujących. Zaś sam "obróć" określają stosownie zapisy art. 29 ust. 1 mówiąc, że jest on podstawą opodatkowania. Obrotem więc jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy. Obróć zwiększa się o otrzymane datacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku. Obrotem jest również kwota pobranych zaliczek, zadatków, rat, przedpłat pomniejszonych o podatek. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności stanu faktycznego sprawy, stwierdzić należy, iż podmiot będący podatnikiem podatku VAT czynnym, przy obliczaniu obrotu uprawniającego do korzystania ze zwolnienia z obowiązku stosowania kas rejestrujących, winien uwzględniać obróć netto uzyskany ze sprzedaży na rzecz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej oraz rolników ryczałtowych, a nie jak podano we wniosku - przychód netto. "

Podsumowując należy stwierdzić, istnieje zasadnicza różnica pomiędzy pojęciem „przychód”, a pojęciem „obróć”, mianowicie przez „przychód” należy rozumieć wszystkie należności i wpływy finansowe, które otrzymuje przedsiębiorca z tytułu prowadzonej działalności, natomiast „obróć” to wszystkie wpływy ze sprzedaży towarów i usług, pomniejszone o kwotę należnego podatku dochodowego.

Jeżeli pojęcia „obróć” i „przychód”, w tym „przychód ze sprzedaży” to różne pojęcia, w związku z powyższym nie może mieć do tego przypadku zastosowanie art. 22c ust. 2 Pzp, odpadają także przesłanki wskazane przez Zamawiającego - art. 93 ust. 7 Pzp oraz art. 146 ust. 6 Pzp.

Zdaniem Asseco nie ma możliwości wskazania przepisu, który został przez Zamawiającego naruszony. Bez wskazania takiego przepisu nie jest możliwe skuteczne podnoszenie okoliczności wystąpienia „wady postępowania” w rozumieniu przepisu art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nawet z opisu stanu faktycznego nie można stwierdzić, że Zamawiający dokonał naruszenia któregośkolwiek przepisu Pzp, upoważniającego go do unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził dodatkowo, że Zamawiający miał prawo do wskazania jako warunku ekonomicznego lub finansowego „przychodu ze sprzedaży”. Art. 22c ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że określone w tym przepisie warunki należy traktować jako podstawowe, ale niewyłączne, o czym przesądza użycie sformułowania „w szczególności”. Skoro Zamawiający uznał za istotną kwestię podlegającą weryfikacji wartość „przychodu ze sprzedaży”, miał prawo taki warunek postawić. Żaden z wykonawców nie kwestionował przedmiotowego warunku, nie składając odwołania co do treści SIWZ, nie podnosząc także tej kwestii we wnioskach o wyjaśnienie SIWZ. Dodatkowo w postępowaniu zostały złożone cztery oferty, więc nieskuteczny będzie zarzut o braku uczciwej konkurencji. Wielu wykonawców mogło złożyć oferty i konkurować o zamówienie publiczne. Podstawą do odrzucenia ofert był przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli przepis odnoszący się do niezgodności z treścią SIWZ, a nie do warunku ekonomicznego lub finansowego.

W podsumowaniu Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, unieważniając postępowanie wskazując, iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp) postąpił nieprawidłowo. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Zamawiający nie udowodnił ziszczenia się przesłanek warunkujących skuteczne zastosowanie podstawy prawnej - w związku z brakiem „wady postępowania” nie jest możliwe dokonanie naruszenia art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Biorąc pod uwagę przedstawione fakty i argumenty, Odwołujący uważa, że odwołanie jest zasadne i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, które to czynności w ostateczności doprowadziły do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą w rankingu ofertę, a Zamawiający pierwotnie dokonał jej wyboru. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 26 marca 2020 roku do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **online-skills sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W przystąpieniu podniesiono, że w dniu 10.03.2020r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu postępowania, ponieważ *„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”* W uzasadnieniu Zamawiający zapisał, że w SIWZ określił następujący warunek dotyczący sytuacji finansowej lub ekonomicznej: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że uzyskał w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4 000 000.00 zł słownie: cztery miliony złotych”, a zgodnie z artykułem 22c ust. 2

ustawy Pzp Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót przekraczał dwukrotność wartości zamówienia.

Stosownie do treści art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłaszający przystąpienie wykonawca wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes ten polega na tym, że jeżeli Zamawiający unieważni postępowanie i ogłosi nowe postępowanie, ustalając wymagania w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, zgodnie z ustawą Pzp, to Wykonawca będzie mógł złożyć ofertę do postępowania.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca miał zamiar złożyć ofertę do postępowania i spełniłby warunki udziału w postępowaniu, gdyby Zamawiający ustalił je na prawidłowym poziomie, czyli żądałby rocznego obrotu na poziomie 3.903.240 zł. Oferta nie została złożona do postępowania, ponieważ Zamawiający zawyżył warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, wymagał rocznego przychodu ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4.000.000,00 złotych. Gdyby Zamawiający ustalił warunki zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc żądałby obrotu, który nie przekraczałby dwukrotności wartości zamówienia, Wykonawca złożyłby ofertę, ponieważ spełniał inne postawione przez Zamawiającego warunki, a także dysponuje platformą, jaką wymaga Zamawiający. Co więcej oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, ponieważ jej cena była niższa o średnio 500.000 złotych od oferty, która została oceniona jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Wykonawca posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ po unieważnieniu postępowania przez Zamawiającego, będzie mógł złożyć ofertę do nowo ogłoszonego postępowania, spełniając wszystkie warunki udziału w postępowaniu i składając konkurencyjną ofertę.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej. Obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku oraz zgodnie z art. 29 ust 2 tej ustawy, w przypadku gdy pobrano zaliczki, zadatki, przedpłaty lub raty, obrotem jest również kwota otrzymanych zaliczek, zadatków, przedpłat lub rat, pomniejszona o przypadającą od nich kwotę podatku. Dotyczy to również otrzymanych zaliczek na dotacje, subwencje i na inne dopłaty o podobnym charakterze.

Natomiast zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przychód to każdy wpływ finansowy uzyskany z prowadzonej działalności gospodarczej, na który został wystawiony

dokument sprzedaży. Przychodem są należności z tytułu wystawionej faktury (rachunku), nawet jeśli płatność za tą fakturę jeszcze nie nastąpiła.

W myśl wskazanych przepisów zgłaszający przystąpienie spełniał warunek dotyczący uzyskania w jednym z ostatnich 3 lat obrotu w wysokości dwukrotności wartości zamówienia, nie spełniał jednak warunku jeżeli chodzi o uzyskanie w jednym z ostatnich 3 lat przychodu ze sprzedaży w wysokości co najmniej 4 000 000.00 zł.

Zgłaszający przystąpienie w dniu 26.03.2020 przesłał jego kopię Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, Izba ustaliła, że:

Zamawiający w dniu 10 marca poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 22c ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zaznaczył, że Zamawiający w pkt 5 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia określił następujący warunek dotyczący sytuacji finansowej lub ekonomicznej: Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że uzyskał w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4 000 000 zł (słownie: cztery miliony złotych). Wartość szacunkowa zamówienia wraz z zamówieniami, o których mowa w art., 67 ust. 1 pkt 6 i 7 została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 951 620,00 zł. Zgodnie z art. 22c ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót przekraczał dwukrotność wartości zamówienia. Zamawiający określił dla Wykonawców warunek udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy, co może skutkować wystąpieniem przez Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy z uwagi na czynność dokonaną z naruszeniem ustawy, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

W odpowiedzi podniesiono, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wobec różnych zbiorów desygnatów słów „obrot” i „przychód”, w tym także „przychód ze sprzedaży”, treść art. 22c ust. 2 PZP, który ogranicza zamawiających w określaniu maksymalnej wysokości obrotu, jakim wykazywać się powinni wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie przekraczał dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, nie ma zastosowania do warunku udziału postawionego prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający w warunku oczekiwał, aby wykonawcy wykazali, że „w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4,000.000, 00 zł, słownie: cztery miliony złotych”. W ocenie Odwołującego, skoro „przychód ze sprzedaży netto” to pojęcie o innym zakresie znaczeniowym niż „obrót”, to Zamawiający błędnie uznał, że doszło do uchybienia art. 22c ust. 2 PZP, a w konsekwencji decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na skutek zaistnienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, była bezzasadna.

Z argumentacją przedstawioną w odwołaniu Zamawiający się nie zgadza.

Zamawiający wyjaśnił, że art. 22c ustawy Pzp został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Wspomniany przepis stanowi implementację art. 58 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014 r. (dalej: dyrektywa klasyczna), który mówi, że w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84.

Powody wprowadzenia powyższego ograniczenia wskazane są w motywie 83 dyrektywy klasycznej. Ustawodawca unijny wskazał w nim, że *„Zbyt surowe wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MSP w zamówieniach publicznych. Wszelkie takie wymogi powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymaganie od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; wymóg ten nie powinien zwykle przekraczać dwukrotnej wysokości szacunkowej wartości zamówienia. W odpowiednio uzasadnionych przypadkach powinna jednak istnieć możliwość stosowania zaostrzonych wymogów. Okoliczności takie mogą dotyczyć wysokiego ryzyka związanego z realizacją*

zamówienia lub faktu, że terminowa i prawidłowa realizacja zamówienia jest szczególnie istotna, na przykład ze względu na fakt, że jest ona niezbędnym etapem poprzedzającym realizację innych zamówień”. Z przytoczonego motywu wynika, że intencją ustawodawcy była chęć wyeliminowania postępowań, w których instytucje zamawiające sztucznie zawężyłyby konkurencję na rynku poprzez formułowanie warunków udziału w postępowaniu niezwiązanych z przedmiotem zamówienia lub do niego nieproporcjonalnych.

Ustawodawca krajowy, dokonując implementacji art. 58 ust. 3 dyrektywy klasycznej do polskiego porządku prawnego, zdecydował się na powielenie treści dyrektywy. Ustawodawca krajowy decydując się na możliwość żądania od wykonawców wykazywania się minimalnym rocznym obrotem, przeniósł dosłowne brzmienie przepisu dyrektywy, nie odnosząc go do siatki pojęciowej funkcjonującej w krajowym porządku prawnym.

Znaczenie pojęcia „minimalny roczny obrót”

Pojęcie „obrotu” nie jest zdefiniowane w Pzp. Zamawiający nie zgadza się jednak z Odwołującym, że na gruncie PZP znaczenie zwrotu „obrotu” ma inne znaczenie niż zwrot „przychód ze sprzedaży netto”.

Po pierwsze, Pzp nie określa znaczenia słowa „obrotu” czy też „przychód ze sprzedaży netto”. Z tego powodu — jak twierdzi J. Pieróg — „zamawiający żądając wykazania się określonym minimalnym obrotem powinien określić, co należy rozumieć pod tym pojęciem”. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu określił, czym jest obrót poprzez opisanie warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej — wykonawca był zobowiązany wskazać przychód ze sprzedaży netto.

Zamawiający przyznaje, że definicja obrotu funkcjonowała na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług, jednak została ona uchylona z dniem 1 stycznia 2014 r. Uchylona definicja stanowiła, że „obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej. Obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku”. Z kolei przychód ze sprzedaży netto to pojęcie, które jest pośrednio zdefiniowane w aktualnie obowiązujących przepisach. Art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości mówi, że „Wynik działalności operacyjnej stanowi różnicę między przychodami netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, z uwzględnieniem dotacji, opustów, rabatów i innych zwiększeń lub zmniejszeń, bez podatku od towarów i usług oraz innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem, oraz pozostałymi przychodami operacyjnymi a wartością sprzedanych produktów, towarów i materiałów wycenionych w kosztach wytworzenia albo cenach nabycia, albo zakupu, powiększoną o całość poniesionych od początku roku obrotowego kosztów ogólnych

zarządu, sprzedaży produktów, towarów i materiałów oraz pozostałych kosztów operacyjnych”. Jak wskazuje się w literaturze „Przychody ze sprzedaży produktów (wyrobów i usług), towarów i materiałów ustalane są w wartościach netto, tj. bez podatku od towarów i usług oraz innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem, jak również bez innych zmniejszeń ceny sprzedaży netto stosowanych w relacjach handlowych z kontrahentami (upusty, rabaty i inne zmniejszenia ceny), ale z uwzględnieniem dotacji należnych jednostce z tytułu realizowanej sprzedaży”.

Zestawiając obie powyższe definicje można dojść do przekonania, że są one pojęciowo do siebie zbliżone, jeśli nie tożsame,

Obrót w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług	Przychody netto ze sprzedaży w rozumieniu art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości
Obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej, Obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku.	Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, z uwzględnieniem dotacji, opustów, rabatów i innych zwiększeń lub zmniejszeń, bez podatku od towarów i usług oraz innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem, oraz pozostałymi przychodami operacyjnymi

W ocenie Odwołującego przez przychód należy rozumieć wszystkie należności i wpływy finansowe, które przedsiębiorca otrzymuje z tytułu prowadzonej działalności (bez pomniejszania ich o kwotę należnego podatku dochodowego). Odwołujący nie wyjaśnia, dlaczego poprzez „przychód” rozumie on wyłącznie wpływy niepomniejszone o należny podatek od towarów i usług, i dlaczego na potrzeby rekonstrukcji znaczenia pojęcia „przychodów ze sprzedaży netto” posługuje się on ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych. Według Zamawiającego jest to zabieg sztuczny, wykreowany na potrzeby odwołania. Właściwą interpretacją jest zastosowanie pojęć znajdujących swoją definicję w obowiązujących przepisach — a takim pojęciem jest właśnie pojęcie przychodu ze sprzedaży netto w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Ponadto należy pamiętać, że art. 22c PZP dotyczy badania przez zamawiającego sytuacji finansowej lub ekonomicznej wykonawców. W jej

ramach zamawiający może domagać się od wykonawców podania określonych wskaźników ekonomicznych, a do takich należy zaliczyć przychody netto ze sprzedaży, stanowiące element wyniku działalności operacyjnej w rozumieniu ustawy o rachunkowości.

Po drugie, powszechnie przyjmuje się, że przez obrót w rozumieniu art. 22c ust. 1 PZP należy rozumieć — tak jak przyjął Zamawiający — przychód ze sprzedaży:

1. J. Piróg uważa, że przez obrót, wobec niewystępowania takiego wskaźnika w sprawozdaniach finansowych, należy rozumieć przychody z prowadzonej działalności gospodarczej: *„Pojęcie obrotu nie występuje w sprawozdaniach finansowych. Stąd zamawiający żądając wykazania się określonym minimalnym obrotem powinien określić, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Za najlepsze rozwiązanie należałoby uznać wskazanie, że chodzi o przychody z prowadzonej działalności gospodarczej. Nie oddaje to oczywiście pojęcia obrotu, bo wtedy należałoby oprócz wszelkich przychodów liczyć zapewne też koszty, ale przynajmniej daje się łatwo ustalić (pojęcie przychodu występuje w sprawozdaniach finansowych), a co ważniejsze — może być przydatne dla oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Poza tym w art. 22c ust. 1 wskaźniki ekonomiczne wymieniono przykładowo, nie ma więc obaw, aby wymagając posiadania określonego przychodu naruszony został przepis PrZamPubl. Szczególnie istotne jest to w kontekście art. 22c ust. 2, który ogranicza wielkość żadanego obrotu do dwukrotnej wartości zamówienia. Za jedyny adekwatny wskaźnik dla wartości zamówienia należy uznać przychód z prowadzonej działalności gospodarczej. Tylko wtedy można mówić o niezbędności badania sytuacji ekonomicznej dla realizacji zamówienia”;*

2. Sam ustawodawca utożsamia pojęcie obrotu z pojęciem przychodu z prowadzonej działalności gospodarczej, co wynika z uzasadnienia do ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *„Do projektu ustawy zostało m.in. wprowadzone ograniczenie wynikające z dyrektyw w zakresie ustanawiania przez zamawiających maksymalnej wysokości rocznego obrotu jako warunku w ramach kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. W przypadku gdy zamawiający będzie wymagał, aby wykonawcy wykazali się określonym minimalnym rocznym przychodem, w tym określonym minimalnym przychodem w obszarze objętym zamówieniem publicznym, zamawiający nie będzie mógł żądać, aby minimalny roczny przychód przekraczał maksymalnie dwukrotność wartości zamówienia publicznego, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub sposobu jego realizacji (projektowany art. 22c)”.*

Zamawiający dodał, że w nowej ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r.) ustawodawca zdecydował się na ujednolicenie stosowanej terminologii. Nowa ustawa przewiduje w art. 115 ust. 1 pkt 1, że w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może wymagać, aby

wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem. Jednocześnie w art. 115 ust. 2 ustawodawca wyraźnie wskazał, że zamawiający nie może wymagać, aby minimalne roczne przychody, o których mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczały dwukrotność wartości zamówienia. Świadczy to o jednoznacznym utożsamianiu przez ustawodawcę pojęcia „obrotu” z pojęciem „przychodu netto ze sprzedaży”.

3. Podobną interpretację zaprezentowała M. Moras: *„Na podstawie art. 22c ust. 1 pkt 1 ZamPubIU można poddać ocenie minimalny roczny obrót wykonawców, w tym określony minimalny roczny obrót w zakresie objętym zamówieniem. Ukształtowanie tego warunku, pomimo że wydaje się zadaniem łatwym, budzi jednak wątpliwości. Pojawiają się one w odniesieniu do pojęcia „obrotu”, które zostało wprost przeniesione do ZamPubIU oraz do RodzDokR z dyrektywy 2014/24/UE, bez jego doprecyzowania. Pojęcie obrotu pojawia się w wielu polskich aktach prawnych, m.in. w ustawie z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Kluczowe znaczenie ma jednak ustawa z 11.3.2004 r. o podatku od towarów i usług, choć co do zasady obrót nie stanowi już podstawy opodatkowania (art. 29a ust. 1 VATU z zastrzeżeniem ust. 2—5, art. 30a—30c, art. 32, art. 119, art. 120 ust. 4 i 5 VATU). Przed nowelizacją VATU ustawą z 7.12.2012 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw uchylony przepis art. 29 ust. 1 VATU jako podstawę opodatkowania wskazywał obrót i definiował go jako kwotę należną z tytułu sprzedaży, obejmującą całość świadczenia należnego od nabywcy pomniejszoną o kwotę należnego podatku, Aktualnie jednak definicja obrotu już nie występuje w VATU, choć pojęcie to nadal pojawia się w przedmiotowej ustawie, a mianowicie w art. 90 VATU, dotyczącym częściowego odliczania podatku. W świetle art. 90 ust. 9a VATU obrót przyjmuje się w wartości netto. W świetle obowiązującego art. 29a VATU podstawę opodatkowania stanowi teraz zapłata, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze, mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. Pojęcie obrotu pojawia się także w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z 20.12.2017 r. w sprawie zwolnień z obowiązku prowadzenia ewidencji przy zastosowaniu kas rejestrujących. Zwolnienie z obowiązku ewidencjonowania na kasie fiskalnej w określonym w rozporządzeniu okresie uzależnione jest od obrotu. W przypadku podmiotów zwolnionych z VAT, ustalając limit obrotów do zwolnienia z kasy, należy uwzględnić całość należności brutto, a czynni podatnicy VAT w przypadku obrotu uwzględniając kwoty netto. Mając na uwadze powyższe, w doktrynie podnosi się, że ze względu na to, iż pojęcie obrotu jest zbliżone do pojęcia przychodu, to właśnie przychód z prowadzonej działalności gospodarczej należy poddać ocenie. Obrót bowiem w przeciwieństwie do przychodu nie*

znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w sprawozdaniu finansowym i stąd pojawiają się problemy z jego weryfikacją przez zamawiających. Sprawdzając natomiast obrót zamawiający mogą żądać jedynie oświadczenia wykonawcy o jego rocznym obrocie. Z uwagi na przykładowe wyliczenie wymagań potwierdzających odpowiednią zdolność finansową lub ekonomiczną wykonawcy w art. 22c ust. 1 ZamPublU wymóg wykazania się odpowiednim przychodem, a nie obrotem, jest dopuszczalny”.

Nawet jeżeli uznać, że pojęcie „obrotu” ma odmienny zakres znaczeniowy niż pojęcie „przychodu ze sprzedaży” (z czym Zamawiający się nie zgadza), to w ocenie Zamawiającego art. 22c ust. 2 PZP limitujący wysokość żądanego obrotu do dwukrotności wartości szacunkowej zamówienia ma zastosowanie również do tych postępowań, w których zamawiający żądał wykazania od wykonawców przychodu ze sprzedaży, a nie osiąganego obrotu. Dla przykładu:

1. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., sygn. KIO/KD 24/15, przesądzono, że przywołane powyżej ograniczenie ma zastosowanie do postępowań, w których zamawiający domaga się od wykonawców wykazaniem się „przychodem netto ze sprzedaży”. Prezes UZP w informacji o wynikach kontroli zakwestionował warunek udziału w postępowaniu, na mocy którego o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który osiągnął roczny przychód netto ze sprzedaży w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, co najmniej w wysokości 20.000.000,00 zł w każdym roku, przy czym szacunkowa wartość udzielanego zamówienia wyniosła równowartość 8.943.181,62 zł, Prezes UZP uznał powyższy warunek za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu uchwały KIO wskazała, że: *„Pewne wytyczne zawiera Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Jakkolwiek nie ma ona jeszcze charakteru dokumentu obowiązującego, stanowi jednak wyraz zbioru doświadczeń i spostrzeżeń na podstawie wieloletnich doświadczeń. W motywie 83 wyraża ona wytyczne co do sposobu konstruowania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Wskazuje, że zbyt surowe wymagania w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MŚP w zamówieniach publicznych. Wszelkie takie wymagania powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymagania od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; wymóg ten nie powinien zwykle przekraczać dwukrotnej wysokości szacunkowej wartości zamówienia. W odpowiednio uzasadnionych przypadkach powinna jednak istnieć możliwość stosowania zaostrzonych wymogów. Okoliczności takie mogą dotyczyć wysokiego ryzyka związanego z realizacją zamówienia lub*

faktu, że terminowa i prawidłowa realizacja zamówienia jest szczególnie istotna, na przykład ze względu na fakt, że jest ona niezbędnym etapem poprzedzającym realizację innych zamówień. We wskazanym motywie mówi się, że w takich odpowiednio uzasadnionych przypadkach instytucje zamawiające powinny zachować swobodę samodzielnego decydowania o tym, czy surowsze wymogi dotyczące minimalnego obrotu byłyby właściwe i stosowne, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy mają zostać zastosowane surowsze wymogi dotyczące minimalnego obrotu, instytucje zamawiające powinny zachować swobodę w zakresie ustalania jego poziomu, o ile jest on związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. W przypadku gdy instytucja zamawiająca postanowi, że wymóg dotyczący minimalnego obrotu powinien zostać ustalony na wyższym poziomie niż dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Art. 58 ust. 3 Dyrektywy przewiduje zaś, że instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia, w tym celu mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Wymaganie - tak jak uczynił to Zamawiający w postępowaniu - by wykonawca wykazał się corocznie, przez ostatnie trzy lata przychodem netto ze sprzedaży na poziomie co najmniej 20 000 000 zł, przy wartości szacunkowej zamówienia równej 8 943 181,62 zł, należy uznać za nadmierne. Obejmuje ono w każdym z lat ponad dwukrotność wartości szacunkowej zamówienia". Tym samym KIO przyjęła, że zakaz przekraczania dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia przy formułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczy zarówno obrotu, jak i „przychodu netto ze sprzedaży”,

2. Interpretacja Odwołującego sprowadzająca się do odróżnienia „obrotu” od „przychodu netto ze sprzedaży” oraz twierdzenia, że art. 22c ust. 2 PZP dotyczy wyłącznie sytuacji, w których zamawiający domaga się wykazania „obrotu”, ale nie dotyczy sytuacji, w której wymaga się wykazania „przychodu netto ze sprzedaży”, prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający mogliby z łatwością ominąć dyspozycję art. 22c ust 2 PZP. Wystarczyłoby, aby zamawiający wymagali wykazywania się przychodem netto ze sprzedaży i w ten sposób byłiby nieograniczeni w możliwości formułowania wartości przychodu, jaką mieliby wykazywać się wykonawcy. Skoro bowiem art. 22c ust. 2 ustawy Pzp nie miałby zastosowania do „przychodu netto ze sprzedaży”, to nic nie stałoby na przeszkodzie, aby zamawiający domagali się wykazania przez wykonawców przychodami stanowiącymi np.

cztero- lub pięciokrotność szacunkowej wartości zamówienia. Stoi to w oczywistej sprzeczności ratio legis art. 58 dyrektywy klasycznej i art. 22c PZP, które formułują zakaz stawiania warunków nieproporcjonalnych i niezwiązanych z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu ujawniła się wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Zgodnie z art. 146 ust. 6 PZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Bez wątplenia ewentualne naruszenie art. 22c ust. 2 odnoszącego się do warunków udziału w postępowaniu i nakazującego kształtowanie tych warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, może mieć wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie etap, na którym ewentualne uchybienie zostało przez Zamawiającego dostrzeżone, uniemożliwił mu zmianę postanowień dokumentacji przetargowej w zakresie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jedynym możliwym rozwiązaniem zdaniem Zamawiającego jest unieważnienie postępowania — co uczyniono. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania oraz ustalenia własne poczynione na podstawie przekazanej dokumentacji i złożonych dowodów, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą

obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w *Informacji o unieważnieniu postępowania* powołał się na treść ustalonego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, by o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że uzyskał w jednym z ostatnich 3 lat obrotowych przychód ze sprzedaży netto w wysokości co najmniej 4 000 000 zł, słownie: cztery miliony złotych. W przypadku wykazania wartości przychodu w walutach innych niż PLN, Zamawiający ustalił, że przeliczy przychód netto według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego. Natomiast zgodnie z Rozdziałem VI, w tym punktami 2.4 i 3.2 SIWZ Zamawiający w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odwoływał się do pojęcia „obrotu”.

Z protokołu postępowania ZP wynika, że wartość szacunkową zamówienia ustalono na 1 951 620 zł wraz z przewidywanymi w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi. Wartość zamówienia ustalono na podstawie rozeznania cenowego.

Powyższe ustalenia w ocenie składu orzekającego Izby implikują okoliczność, że ziściła się jedna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda

naruszenia przepisów dotyczących ustalenia warunków udziału w postępowaniu ustawodawca nie wymienił wprost wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu odwołania przez samego Odwołującego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie wydaje się nie do zaakceptowania, zwłaszcza w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że zamówienie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej, podlegać więc może kontroli wielu instytucji, które badały będą również prawidłowość samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dochowanie wszystkich zasad prowadzenia takiego postępowania, tak na gruncie przepisów krajowych, jak również na gruncie prawa europejskiego.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu, ustalenie właściwego „poziomu” spełniania tych warunków dla wykonawców w odniesieniu do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców, a także ustalenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o dane zamówienie, którzy gwarantują prawidłową jego realizację. W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków podmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Nieprawidłowy opis warunków udziału stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby ten i ustalone zasady ich spełniania były opisane inaczej, to krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy (tak wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 76/18).

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę opisu warunków, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym Izba zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i zauważa, że nawet jeżeli uznać, że pojęcie „obróć” ma odmienny zakres znaczeniowy niż pojęcie „przychodu ze sprzedaży”, to art. 22c ust. 2 ustawy Pzp limituje wysokość żądanego wskaźnika finansowego do dwukrotności wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto istotne jest, co potwierdza również stanowisko doktryny i orzecznictwa przywołane w odpowiedzi na odwołanie, że istotne jest przy stosowaniu pojęć używanych w opisie warunku udziału w postępowaniu, a nie wynikających wprost z ustawy Pzp i nie posiadających definicji legalnej, by SIWZ i inne dokumenty składające się na dokumentację postępowania, definicje używanych pojęć zawierały. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający takiego zdefiniowania pojęć nie dokonał, co dodatkowo mogło przełożyć się na ustalenia wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Odmiennie, różne rozumienie pojęć użytych w warunku udziału w postępowaniu mogło spowodować, że część wykonawców nie zdecydowała się na udział w postępowaniu, zakładając że warunków tych nie spełnia. Izba stoi na stanowisku, że odwołujący nie przedstawił dowodów ponad wszelką wątpliwość rozstrzygających, że przywołane pojęcia można rozumieć w odmienny sposób. Odwołujący w dokumencie JEDZ, który odwołuje się do pojęcia „obróć” wpisał dane ze sprawozdania finansowego odnoszące się do pojęcia „przychód ze sprzedaży”, natomiast na etapie postępowania odwoławczego wskazywał, że należy dokonać rozróżnienia między tymi pojęciami. Złożono ekspertyzę prywatną, która tego rozróżnienia miała dowodzić. Wskazać należy, iż dokument ten może być oceniany jedynie w kategorii argumentacji strony, taka opinia nie może zostać uznana za opinię biegłego.

Ponad wszelką wątpliwość przede wszystkim ustalona w warunku kwota 4 000 000,00 zł przekraczała dwukrotność wartości szacunkowej zamówienia, bez względu na to, czy warunek odnosił się do pojęcia „obrotu”, czy do pojęcia „przychodu ze sprzedaży”. To zaś w ocenie Izby powodowało wadliwość ustalonego warunku *ab initio*. Sposób ustalenia warunku udziału w postępowaniu, zamienne używanie przez Zamawiającego pojęć, brak definicji legalnej w dokumentacji SIWZ, w ocenie Izby mógłby podważać prawidłowość tak przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i dokonany wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba zauważa, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ale jednocześnie z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego, ponieważ prawa takiego nie można mu odmówić. Jednocześnie precyzyjne opisanie warunków i sposobu badania tej zgodności przez Zamawiającego w stosunku do możliwości wykonawców zapobiegnie w przyszłości ewentualnej różnicy zdań między stronami umowy, tj. Zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można również zapominać, że prawem wykonawców jest wymaganie dokonania oceny prawidłowości złożonych ofert przy uwzględnieniu jak najbardziej obiektywnie i rzeczowo opisanych kryteriów, zwłaszcza co do podmiotowych możliwości wykonania zamówienia. Ponadto warunki udziału w postępowaniu powinny w taki sposób odnosić się do przedmiotu zamówienia, by zapewnić Zamawiającemu w przyszłości jak najlepszy wybór podmiotu, który z należytą starannością i w sposób niewadliwy opisany przedmiot zamówienia zrealizuje, wykona.

Nie może także przesądzać o prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia okoliczność, że oferty innych wykonawców zostały odrzucone na innej podstawie niż ocena spełniania warunków udziału. Na obecnym etapie nie można antycypować jaki charakter i przebieg miałyby ocena dokonana na podstawie zakwestionowanych zapisów, jaki były jej wynik, czy miałyby on obiektywny charakter w przypadku badania innych ofert. Nie można wykluczać, że doszłoby do naruszenie zasady równego traktowania, gdyby tylko oferta Odwołującego w danym zakresie przeszła z wynikiem pozytywnym ocenę, a wyniki dla pozostałych ofert byłyby negatywne lub niejednoznaczne.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....