

Sygn. akt: KIO 768/13, KIO 769/13

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Barbara Bettman

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **K..... P.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Activ Group K..... P.....** w Kutnie (sygn. akt KIO 768/13),
- B. dniu 4 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **K..... P.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Activ Group K..... P.....** w Kutnie (sygn. akt KIO 769/13)

w postępowaniach prowadzonych przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Sportu i Turystyki w Warszawie:**

- A. na realizację zadania badawczego „**aktywność turystyczna Polaków**”,
- B. na realizację zadania badawczego „**turystyka zagraniczna**”

przy udziale wykonawcy **SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 768/13 i KIO 769/12,

przy udziale wykonawcy **Szkoły Głównej Turystyki i Rekreacji**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 768/13 i KIO 769/12,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 768/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym wezwanie wykonawcy SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie na podstawie art.**

26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych; w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 769/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym wezwanie wykonawcy SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych; w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania w obu sprawach obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Sportu i Turystyki w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Activ Group K..... P..... w Kutnie tytułem wpisów od odwołań w sprawach KIO 768/13 i KIO 769/13, po 15.000 zł 00 gr w każdej z nich,
 - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministerstwa Sportu i Turystyki w Warszawie** na rzecz wykonawcę K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Activ Group K..... P..... w Kutnie kwotę **37.200 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu siedmiu tysięcy dwustu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisów od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, po 18.600 zł 00 gr w każdej ze spraw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Sportu i Turystyki w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, których przedmiotem jest „realizacja zadania badawczego *aktywność turystyczna Polaków*” oraz „realizacja zadania badawczego *turystyka zagraniczna*”.

Ogłoszenie o zamówieniu w pierwszym z wymienionych postępowań zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2013 r., nr 2013/S 043-068844, zaś w drugim – w dniu 1 marca 2013 r. nr 2013/S 043-068841.

W dniu 25 marca 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcę K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Activ Group K..... P..... w Kutnie, zwanego dalej „odwołującym”, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o zaproszeniu do składania ofert odwołującego, jak również wykonawcy SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie (dalej SMG/KRC) i wykonawcy Szkoły Głównej Turystyki i Rekreacji (dalej SGTiR) w obu postępowaniach.

W dniu 4 kwietnia 2013 r. odwołujący wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w obu postępowaniach. Postępowania odwoławcze dotyczące postępowania, którego przedmiotem jest „realizacja zadania badawczego *aktywność turystyczna Polaków*” oznaczono sygn. akt KIO 768/13, zaś postępowanie odwoławcze, które dotyczy postępowania na „realizację zadania badawczego *turystyka zagraniczna*” oznaczono sygn. akt KIO 769/13.

Sygn. akt KIO 768/13

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, w odniesieniu do oceny wniosku złożonego przez SGTiR:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku ze złożeniem we wniosku oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca ten przynależy do grupy kapitałowej,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z faktem niezłożenia w terminie wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków

udziału w postępowaniu, w wyniku czego należy wnosić, że SGTiR nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z faktem niepotwierdzenia na dzień składania wniosków spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, albowiem SGTiR nie dysponuje (jako swoją) wiedzą i doświadczeniem, a powołuje się jedynie na fakt zawarcia umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa, z której nie wynika możliwość posłużenia się wykazanymi we wniosku wiedzą i doświadczeniem - brak skuteczności/ważności zawartej umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa z punktu widzenia możliwości posługiwania się wiedzą i doświadczeniem jako własnym SGTiR. Względnie zamawiający zaniechał stosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości, co do prawidłowości przedłożonych dokumentów i oświadczeń. Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych w sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (na co wskazuje wyraźnie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp),
- 5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, albowiem SGTiR nie dysponuje (jako swoją) wiedzą i doświadczeniem, a powołuje się jedynie na fakt zawarcia umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa w związku z brakiem dokumentów potwierdzających następstwo prawne (w tym „przejście” doświadczenia) z Instytutu Turystyki Sp. z o.o., ul. Merliniego 9a, 02-511 Warszawa na spółkę: Instytut Turystyki Sp. z o.o., ul. Grochowska 341 lok 265, 03-822 Warszawa. Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych w sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (na co wskazuje wyraźnie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp),
- 6) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego dokumentu wystawionego na rzecz Wyższej Szkoły Hotelarstwa Gastronomii i Turystyki (podmiot, który nie składał wniosku w postępowaniu), a nie na rzecz SGTiR i niewykluczenie tego wykonawcy lub zaniechanie

wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (dodatkowy zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp),

- 7) naruszenie w konsekwencji art. 51 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach wobec zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu; oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, w odniesieniu do czynności oceny wniosku złożonego przez SMG/KRC:

- 8) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SMG/KRC w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, z uwagi na brzmienie warunku ogłoszenia, z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego w zakresie wiążącej jego interpretacji. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 9) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonych dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania zamówień, pomimo iż z treści tych dowodów nie wynika, którego z realizowanych zamówień (wskazanych w wykazie) miałyby dotyczyć potwierdzenie. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśnień w tym zakresie, względnie zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów,
- 10) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego wykazu osób, pomimo iż z treści tego wykazu nie wynikają nazwy projektów, w których uczestniczyła wskazywana osoba oraz: rodzaj i zakres oraz nazwy prac wykonywanych przez wskazaną osobę w ramach projektów, pomimo iż taki wymóg istniał. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w tym zakresie względnie zaniechał wezwania wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień,
- 11) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SMG/KRC w sytuacji braku oświadczenia o nieprzynależności lub przynależności do

grupy kapitałowej, w związku tym, że złożone oświadczenie nie ma mocy dowodowej, gdyż nie zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji SMG/KRC. Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania SMG/KRC do uzupełnienia stosownego oświadczenia,

12) naruszenie w konsekwencji art. 51 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach w związku z zaproszeniem do składania ofert wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu; oraz innych wskazanych w treści odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania wniosków oraz czynności polegającej na zaproszeniu do złożenia oferty wykonawcy SGTiR oraz SMG/KRC,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania wniosków z uwzględnieniem konsekwencji wynikających z podniesionych i uznanych zarzutów,
- 3) dokonania powtórnej czynności zaproszenia do złożenia oferty z uwzględnieniem skutków czynności określonych w pkt 1 i 2 powyżej.

Sygn. akt KIO 769/13

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, w odniesieniu do oceny wniosku złożonego przez SGTiR:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku ze złożeniem we wniosku oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca ten przynależy do grupy kapitałowej,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z faktem niezłożenia w terminie wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, z czego należy wnosić, że SGTiR nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z faktem niepotwierdzenia na dzień składania wniosków spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, albowiem SGTiR nie dysponuje (jako swoją) wiedzą i doświadczeniem, a powołuje się

jedynie na fakt zawarcia umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa, z którego nie wynika możliwość posłużenia się wykazanymi we wniosku wiedzą i doświadczeniem - brak skuteczności/ważności zawartej umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa z punktu widzenia możliwości posługiwania się wiedzą i doświadczeniem jako własnym SGTiR. Względnie zamawiający zaniechał stosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości, co do prawidłowości przedłożonych dokumentów i oświadczeń. Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych w sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (na co wskazuje wyraźnie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp),

- 5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, albowiem SGTiR nie dysponuje (jako swoją) wiedzą i doświadczeniem, a powołuje się jedynie na fakt zawarcia umowy sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa w związku z brakiem dokumentów potwierdzających następstwo prawne (w tym „przejście” doświadczenia) z Instytutu Turystyki Sp. z o.o., ul. Merliniego 9a, 02-511 Warszawa na spółkę: Instytut Turystyki Sp. z o.o., ul. Grochowska 341 lok 265, 03-822 Warszawa. Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych w sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (na co wskazuje wyraźnie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp),
 - 6) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego dokumentu wystawionego na rzecz Wyższej Szkoły Hotelarstwa Gastronomii i Turystyki (podmiot, który nie składał wniosku w postępowaniu), a nie na rzecz SGTiR i niewykluczenie tego wykonawcy lub zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (dodatkowy zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp),
 - 7) naruszenie w konsekwencji art. 51 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach wobec zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu;
- oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, w odniesieniu do czynności oceny wniosku złożonego przez SMG/KRC:

- 8) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SMG/KRC w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, z uwagi na brzmienie warunku, z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego w zakresie wiążącej jego interpretacji. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy do uzupełnienia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 9) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonych dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania zamówień, pomimo iż z treści tych dowodów nie wynika, którego z realizowanych zamówień (wskazanych w wykazie) miałyby dotyczyć potwierdzenie. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśnień w tym zakresie, względnie zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów,
- 10) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego wykazu osób, pomimo iż z treści tego wykazu nie wynikają nazwy projektów, w których uczestniczyła wskazywana osoba oraz: rodzaj i zakres oraz nazwy prac wykonywanych przez wskazaną osobę w ramach projektów, pomimo iż taki wymóg istniał. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w tym zakresie względnie zaniechał wezwania wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień,
- 11) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SMG/KRC w sytuacji braku oświadczenia o nieprzynależności lub przynależności do grupy kapitałowej, w związku tym, że złożone oświadczenie nie ma mocy dowodowej, gdyż nie zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji SMG/KRC. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania SMG/KRC do uzupełnienia stosownego oświadczenia,
- 12) naruszenie w konsekwencji art. 51 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach w związku z zaproszeniem do składania ofert wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu

oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania wniosków oraz czynności polegającej na zaproszeniu do złożenia oferty wykonawcy SGTiR oraz SMG/KRC,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania wniosków z uwzględnieniem konsekwencji wynikających z podniesionych i uznanych zarzutów;
- 3) dokonania powtórnej czynności zaproszenia do złożenia oferty z uwzględnieniem skutków czynności określonych w pkt 1 i 2 powyżej.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpili: wykonawca SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie, a także wykonawca Szkoła Główna Turystyki i Rekreacji w Warszawie. Wnieśli o oddalenie odwołań.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowań, w tym w szczególności: protokoły postępowań, ogłoszenia o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożone przez przystępujących SGTiR oraz SMG/KRC, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska, dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego – w przypadku obu odwołań - interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający w obu postępowaniach

zaprosił do składania ofert odwołującego oraz wykonawców SGTiR oraz SMG/KRC. Na etapie zaproszenia do składania ofert interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może polegać na tym, aby do składania ofert zaproszono mniejszą liczbę konkurentów przez co jego szanse na zawarcie umowy o udzielenie zamówienia rosną. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia ww. wykonawców z postępowania prowadziłoby do uchylecia czynności zaproszenia do składania oferty i nakazania wykonania tej czynności. Zaś szkoda, jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp polega na utracie korzyści jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia wskutek ewentualnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez jednego z przystępujących. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołania zasługują na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Z uwagi na analogiczną podstawę faktyczną, jak również tożsamość zarzutów i żądań, podniesionych w obu odwołaniach Izba postanowiła odnieść się do nich wspólnie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku ze złożeniem we wniosku oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca ten przynależy do grupy kapitałowej (zarzut 1 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt III.2.1 ppkt 19 ogłoszenia o zamówieniu *Wykonawca, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.*

Przystępujący SGTiR złożył wraz z wnioskiem oświadczenie, iż SGTiR nie jest członkiem grupy kapitałowej.

Zamawiający w dniu 19 marca 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę SGTiR do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej wskazując, że w decyzji Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego znajduje się informacja, iż założycielem uczelni jest Raval sp. z o.o.

W dniu 22 marca 2013 r. przystępujący złożył pismo, w którym wyjaśnił, iż Raval sp. z o.o. jest jedynie założycielem uczelni (art. 20 ust. 1 ustawy o szkolnictwie wyższym), a nie właścicielem, a ponadto nie ma prawa do czerpania jakichkolwiek dochodów z uczelni.

Wpływ założyciela na decyzję dotyczące uczelni ograniczony jest do przypadków wymienionych w art. 24 ust. 3 przywoływanej ustawy. Nadmieniał, że przystępujący składając oświadczenie o nieprzynależności do grupy kapitałowej kierował się treścią art. 3 ust. 1 pkt 39 i pkt 44 ustawy o rachunkowości, z których wywodził, że o zależności o dominacji można mówić w odniesieniu podmiotów praw handlowego.

W konsekwencji przystępujący SGTiR przyznał, że złożył wraz z wnioskiem błędne oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej. Wskazał, że błąd powstał w wyniku niewłaściwej interpretacji przepisów art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a w szczególności zapisu o przynależności do grupy kapitałowej przedsiębiorstwa sprawującego pośrednio lub bezpośrednio kontrolę nad SGTiR. Załączył do wyjaśnień oświadczenie, iż SGTiR jest członkiem grupy kapitałowej, w skład której wchodzi: Raval sp. z o.o. w Warszawie (założyciel SGTiR), Akpol Engineering & Construction sp. z o.o. w Warszawie (posiadająca 100% udziałów w firmie Raval sp. z o.o.), oraz SGTiR.

Poza SGTiR żaden z podmiotów należących do jego grupy kapitałowej nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli bowiem:

- a) odwołujący K..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Activ Group K..... P..... w Kutnie,
- b) przystępujący SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie,
- c) przystępujący SGTiR.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że przystępujący SGTiR złożył wraz z wnioskiem niezgodne z rzeczywistością oświadczenie, iż nie jest członkiem żadnej grupy kapitałowej. Powyższe nie obligowało jednak zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*. Koniecznym jest zatem spełnienie łącznie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji, które mają na tyle doniosły charakter, że mają lub mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ww. regulacji jest jasny, jest nim ochrona zaufania zamawiającego do składanych mu przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów. Dostrzeżenia ponadto wymaga, że wykładni tego przepisu należy dokonywać z uwzględnieniem przepisu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE Nr 134, poz. 114,

ze zm.). W myśl przywoływanego przepisu z postępowania z postępowania można wykluczyć wykonawcę, który *jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy*. Interpretacja przepisu prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej prowadzi do kształtowania się w ostatnim okresie w orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby poglądu, iż dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest wykazanie nie tylko iż określone informacje mają charakter obiektywnie niezgodny z rzeczywistością, ale także że złożenie ich przez wykonawcę było wynikiem jego świadomego działania. Ustaleniu przyczyn zaistniałej sytuacji mogą zaś służyć wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający dostrzegając rozbieżności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy o nieprzynależności do grupy kapitałowej a dokumentami rejestrowymi wykonawcy, z których wynikało, iż założycielem przystępującego jest Raval sp. z o.o. w Warszawie, zasadnie wezwał SGTiR do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn zaistniałej sytuacji. Wyjaśnienia te, jak wynika z przywołanych orzeczeń, służyć miały ocenie, czy ziściły się przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił złożone mu wyjaśnienia. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący SGTiR przyznał, że składając wraz z wnioskiem oświadczenie o nieprzynależności do grupy kapitałowej popełnił błąd. Rzeczywiście – w myśl przywołanych w wyjaśnieniach przepisów o szkolnictwie wyższym - uczelnię łączą z jej założycielem specyficzne więzy, istotnym jest także fakt ograniczonych możliwości wpływu założyciela na działalność uczelni. Wskazał na rozbieżności pojęć: „stosunek zależności i dominacji” w rozumieniu przepisów o rachunkowości oraz „grupy kapitałowej” w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wyjaśnienia te należało ocenić jako wiarygodne, gdyż przywołane przez wykonawcę regulacje prawne istotnie mogły doprowadzić go do błędnego przekonania, iż nie tworzy z założycielem żadnej grupy kapitałowej. Izba wzięta ponadto pod uwagę, że o obowiązku złożenia przez wykonawcę wraz z wnioskiem listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej stanowi przepis art. 26 ust. 2d ustawy Pzp. Jest to nowa instytucja, gdyż przepis ten został dodany przez ustawę z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19

listopada 2012 r., poz. 1271), która weszła w życie 20 lutego 2013 r. W ocenie Izby konieczność interpretacji przez wykonawcę zupełnie nowych regulacji prawnych, które zaczęły obowiązywać zaledwie niecały miesiąc przed terminem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogły doprowadzić do popełnienia przez niego omawianego błędu. Wobec powyższego brak było podstaw do przypisania wykonawcy zamiaru (celu) wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Niezależnie od powyższego odwołujący nie wykazał, aby fakt omyłkowego złożenia oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej miał lub mógłby mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawcy składają oświadczenie o nieprzynależności do grupy kapitałowej lub listę podmiotów, o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp aby umożliwić zamawiającemu zbadanie, czy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej (...), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (...). Sytuacja, o której mowa w tym przepisie z pewnością się nie ziści. SGTiR w załączonym do wyjaśnień oświadczeniu wskazał bowiem, że jest członkiem grupy kapitałowej, w skład której wchodzi: Raval sp. z o.o. w Warszawie (założyciel SGTiR), Akpol Engineering & Construction sp. z o.o. w Warszawie (posiadająca 100% udziałów w firmie Raval sp. z o.o.). Co istotne, żaden z wymienionych przez przystępującego podmiotów nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w analizowanym postępowaniu. Zatem nie sposób wykazać choćby hipotetycznego wpływu niezgodnej z rzeczywistością informacji na wynik postępowania.

Powyższe skutkowało koniecznością uznania zarzutu za niezasadny, gdyż zamawiający oceniając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz złożone mu przez SGTiR wyjaśnienia nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z niezłożeniem w terminie wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, przez co w istocie należy rozumieć, że SGTiR nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu (zarzut 2)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przystępujący SGTiR złożył wraz z wnioskiem oświadczenie, iż SGTiR nie jest członkiem grupy kapitałowej.

Zamawiający w dniu 19 marca 2013 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, za pośrednictwem poczty elektronicznej, wezwał wykonawcę SGTiR do złożenia wyjaśnień dotyczących tego oświadczenia. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 21 marca 2013 r. do godz. 12.00 faksem, pocztą elektroniczną lub drogą pisemną.

Przystępujący SGTiR w dniu 21 marca 2013 r., pismem z tego samego dnia, zwrócił się do zamawiającego o wyrażenie zgody na przesunięcie terminu udzielenia odpowiedzi na wezwanie do dnia 25 marca 2013 r.

W dniu 21 marca 2013 r., o g. 11.37 zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, przesłał przystępującemu SGTiR informację z tego samego dnia o przedłużeniu terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 25 marca 2013 r., g. 12.00.

Wyjaśnienia przystępującego SGTiR wpłynęły do zamawiającego w dniu 22 marca 2013 r. na piśmie.

W trakcie rozprawy w dniu 16 kwietnia 2013 r. odwołujący cofnął ww. zarzut.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec cofnięcia przez odwołującego w trakcie rozprawy omawianego zarzutu, nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SGTiR w związku z faktem niepotwierdzenia na dzień składania wniosków spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zarzut 3 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 18 marca 2013 r.

Przystępujący SGTiR złożył wraz z wnioskiem oświadczenie datowane na dzień 14 marca 2013 r., iż SGTiR nie jest członkiem grupy kapitałowej. Złożył odpis z rejestru uczelni niepublicznych i związku uczelni niepublicznych, w którym pod datą 21 sierpnia 2012 r. wskazano jako założyciela Raval sp. z o.o. w Warszawie.

Zamawiający w dniu 19 marca 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę SGTiR do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej wskazując, że w decyzji Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego znajduje się informacja, iż założycielem uczelni jest Raval sp. z o.o.

W dniu 22 marca 2013 r. przystępujący złożył pismo, w którym wyjaśnił, iż jego oświadczenie o nieprzynależności do grupy kapitałowej obarczone było błędem, przywołał przyczyny błędu.

Załączył do wyjaśnień oświadczenie datowane na 22 marca 2013 r., iż SGTiR jest członkiem grupy kapitałowej, w skład której wchodzi: Raval sp. z o.o. w Warszawie (założyciel SGTiR), Akpol Engineering & Construction sp. z o.o. w Warszawie (posiadająca 100% udziałów w firmie Raval sp. z o.o.), oraz SGTiR.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stosownie do art. 26 ust. 2d ustawy Pzp *wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.* Z kolei w myśl przepisu art. 26 ust. 3 zd. 2 do którego wprost odsyła art. 26 ust. 2d ustawy Pzp wynika, że uzupełniane przez wykonawcę *oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Z przywoływanego przepisu art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp wynika jasno, że data złożenia oświadczenia składanego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu ma znaczenie drugorzędne. Przepis nie wymaga bowiem, aby dokumenty lub oświadczenia były wystawione nie później niż w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopuszczalnym jest zatem złożenie oświadczeń sporządzonych po tej dacie, jednakże koniecznym jest aby na podstawie całokształtu okoliczności faktycznych móc ustalić, czy stan, o którym mowa w oświadczeniu, istniał również nie później niż w dacie upływu terminu składania wniosków.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że rzeczywiście przystępujący SGTiR złożył oświadczenie datowane na 22 marca 2013 r., iż jest członkiem grupy kapitałowej, w skład której wchodzi Raval sp. z o.o. w Warszawie oraz Akpol Engineering & Construction sp. z o.o. w Warszawie. W oświadczeniu tym nie wskazał wprost, że stan taki miał miejsce w dniu upływu terminu składania wniosków. Nie było natomiast spornym, że termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 18 marca 2013 r.

Analiza wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez przystępującego, jak również złożonych przez niego w dniu 22 marca 2013 wyjaśnień prowadziła do jednoznacznego wniosku, że stan opisany w oświadczeniu o przynależności do grupy kapitałowej istniał o wiele wcześniej. Dostrzeżenia wymagało to, że przynależność do wskazanej grupy kapitałowej wynikała wyłącznie z faktu, iż Raval sp. z o.o. w Warszawie była założycielem przystępującego, będącego uczelnią wyższą. Bezdyskusyjnym jest natomiast, że uczelnia nie została założona po dacie 18 marca 2013 r. Dodatkowo na

podstawie złożonego przez przystępującego wraz z wnioskiem odpisu z rejestru uczelni niepublicznych i związku uczelni niepublicznych ustalono, że pod datą 21 sierpnia 2012 r. istnieje wzmianka o Raval sp. z o.o. w Warszawie, jako założyciela SGTiR. Również w złożonych wyjaśnieniach z 22 marca 2013 r. przystępujący wypowiada się o działaniach jakie Raval sp. z o.o. podejmował wobec przystępującego w przeszłości. W oparciu o powyższe należało wnioskować, że stan przynależności do tej samej grupy kapitałowej co Raval sp. z o.o., a za jego pośrednictwem i Akpol Engineering & Construction sp. z o.o. w Warszawie, istniał o wiele wcześniej, aniżeli w dniu upływu terminu składania wniosków. W konsekwencji Izba uznała zarzut za chybiony.

4. Zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego SGTiR warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (zarzuty z pkt 4 i 5 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do pkt III.2.1 b) ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazując, że *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, z których każdy spełniał następujące parametry:*

- *wartości wynosiła co najmniej 500.000,00 PLN (słownie pięćset tysięcy złotych) brutto**,
(*w przypadku zamówienia, którego dotyczyło odwołanie KIO 769/13 – 400.000,00 PLN)
- *zamówienie było udzielone przez jeden podmiot (jednego Zamawiającego),*
- *polegało na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet dot. badań z zakresu turystyki**,
(* w przypadku zamówienia, którego dotyczyło odwołanie KIO 769/13 - polegało na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet z zakresu turystyki),
- *przedmiotowe badanie musiało być przeprowadzone na grupie liczącej min. 10 000 osób.*

W celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz

załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu).

Przystępujący SGTiR w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu złożył wraz z wnioskiem wykaz usług, w którym wskazał wykonanie na rzecz zamawiającego, oraz na rzecz NBP i Województwa Małopolskiego zamówień odpowiadających treści warunku udziału w postępowaniu.

Do wykazu załączono protokoły odbioru bez zastrzeżeń usług wykonanych na rzecz NBP przez Instytut Turystyki sp. z o.o. oraz faktury VAT dotyczące usług wykonanych na rzecz NBP, w których jako sprzedawcę wymieniono Instytut Turystyki sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Merliniego 9a w Warszawie (faktury z 2010 r.), oraz Instytut Turystyki sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grochowskiej 341 w Warszawie (faktury z 2011 r.). W odniesieniu do usług wykonanych na rzecz Województwa Małopolskiego załączono protokoły odbioru prac.

Do wniosku załączono umowę sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa z 25.06.2012 r. zawartą pomiędzy Instytutem Turystyki sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grochowskiej w Warszawie a przystępującym – Wyższą Szkołą Turystyki i Rekreacji w Warszawie. Przedmiotem umowy było nabycie przez przystępującego zorganizowanej części przedsiębiorstwa tj. Instytutu Turystyki w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Rozstrzygając w przedmiocie spornej kwestii, dotyczącej braku wykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, skład orzekający Izby stwierdził, że warunek wymagany postanowieniem III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu został przez przystępującego SGTiR wykazany.

Spór pomiędzy stronami wymagał rozstrzygnięcia zagadnienia, czy nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z tą zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem tylko w tym zakresie odwołujący kwestionował dokumenty złożone przez przystępującego SGTiR.

Zgodnie z art. 55¹ Kodeksu Cywilnego *Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej.*

Obejmuje ono w szczególności:

1) *oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);*

- 2) *własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;*
- 3) *prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;*
- 4) *wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;*
- 5) *koncesje, licencje i zezwolenia;*
- 6) *patenty i inne prawa własności przemysłowej;*
- 7) *majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;*
- 8) *tajemnice przedsiębiorstwa;*
- 9) *księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.*

Ponadto, w myśl art. 55² Kodeksu Cywilnego *Czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych.*

Izba stwierdziła, że katalog składników materialnych i niematerialnych służących do prowadzenia działalności gospodarczej, wymienionych w art. 55¹ KC nie ma charakteru zamkniętego, na co wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „w szczególności”. W piśmiennictwie akcentuje się szerokie rozumienie pojęcia przedsiębiorstwa po nowelizacji przepisu art. 55¹ KC dokonanej przez ustawodawcę w roku 2003 r. Zgodnie z tym rozumieniem, do składników niematerialnych służących do prowadzenia działalności gospodarczej wchodzących w skład przedsiębiorstwa zalicza się m.in. dobrą renomę przyciągającą odbiorców, posiadanie odbiorców dóbr i usług. Co więcej, w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że składniki te nie tylko wpływają na wartość przedsiębiorstwa, ale wręcz determinują jego istnienie, a więc mają charakter podstawowy. Uznając przedsiębiorstwo za zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej, a nie tylko „realizacji określonych zadań gospodarczych”, jak było to ujęte przed nowelizacją, wskazuje się na funkcjonalny organizm gospodarczy. Chodzi o zespół składników, w którym przeważa pierwiastek niematerialny, będący istotą przedsiębiorstwa. Za decydujące trzeba uznać posiadanie odbiorców oferowanych dóbr i usług, czyli klienteli i renomy przyciągającej odbiorców.” (*por. Komentarz do art. 55(1) kodeksu cywilnego (Dz.U.94.16.93), [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009.*)

W skład przedsiębiorstwa może wchodzić szereg czynników nawet niekiedy nieuchwytnych, trudno mierzalnych, niewymiernych, takich jak rynek czy klientela (A. Kidyba, Prawo handlowe, Warszawa 2008, s. 34, zwraca jeszcze uwagę na lokalizację, dobrą bądź

złą renomę). Bez wspomnianych czynników trudno byłoby wyobrazić sobie przedsiębiorstwo, a można zaryzykować twierdzenie, że wspomniane czynniki determinują istnienie przedsiębiorstwa, a nie tylko wpływają na jego wartość. Gdyby nie rynek i klientela przedsiębiorstwo nie tylko nie mogłoby osiągać zysków, ale w ogóle nie mogłoby generować przychodów, a są one podstawą zakwalifikowania w określony sposób zestawionej substancji do kategorii przedsiębiorstwa. (por. *Komentarz do art. 55(1) kodeksu cywilnego*, [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, LEX, 2009.)

W piśmiennictwie i judykaturze prawa cywilnego nie wyróżnia się odrębnego składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”. Tym niemniej przyjmuje się, że pojęcie „wiedza” zawiera takie składniki niemajątkowe przedsiębiorstwa jak: know-how, oraz tajemnice przedsiębiorstwa. Z kolei przez doświadczenie należy natomiast rozumieć wcześniejsze świadczenie usług (dostaw, robót budowlanych) na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami (dostawami, robotami budowlanymi) objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ściśle z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy (tak m.in. *Grzegorz Jędrejek, Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w: Kwartalnik PZP Numer 3(18)/2008*).

Referencje wystawiane przez zleceniodawców dostaw, usług i robót budowlanych są niczym innym jak zewnętrznym wyrazem dobrej renomy podmiotu oraz jego doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how) i niewątpliwie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa. Wobec powyższego w piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtował się pogląd, podzielany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, iż w przypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (np. sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki w formie wkładu niepieniężnego - aportu), nabywca przedsiębiorstwa może posługiwać się w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego referencjami wystawionymi na zbywcę przedsiębiorstwa. Stanowisko takie zajął m.in. Sąd Najwyższy, który odpowiadając na pytanie czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, w postanowieniu z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt III CZP 87/08) uznał, iż *Nie może ulegać wątpliwości, że w przypadku skutecznego nabycia przedsiębiorstwa składniki niematerialne, w tym związane z wiedzą i doświadczeniem przechodzą na nabywcę. Konieczne jest zatem w każdym wypadku rozstrzygnięcie, czy doszło do nabycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55² k.c. Nabycie przedsiębiorstwa ma miejsce bowiem wówczas, gdy możliwe jest kontynuowanie dotychczasowej działalności*

gospodarczej. W każdym zatem przypadku zbycia przedsiębiorstwa dochodzi do przejścia na nabywcę także składnika niemajątkowego, jakim jest wiedza i doświadczenie. Stanowisko takie wyraziła również KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/08.

Skład orzekający Izby w niniejszym postępowaniu stwierdził, iż przystępujący SGTiR złożył wraz z ofertą dokumenty wskazujące na fakt nabycia od Instytutu Turystyki sp. z o.o. zorganizowanej części jego przedsiębiorstwa, tj. Instytutu Turystyki, z którego działalnością gospodarczą związane jest doświadczenie, na które przystępujący SGTiR powołuje się w toku postępowania. Złożył bowiem wraz z wnioskiem umowę nabycia Instytutu Turystyki, w trybie art. 55¹ KC, z której jednoznacznie wynika, iż miało miejsce zbycie Instytutu Turystyki jako zorganizowanej części przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC, o czym stanowi preambuła i § 1 przywoływanej umowy. Umowa ta została zawarta w przewidzianej prawem formie tj. formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi (art. 75¹ KC). Zważywszy na to, że nie nastąpiło wyłączenie doświadczenia będącego wynikiem dotychczasowej działalności Instytutu Turystyki, wchodzącego w skład Instytutu Turystyki sp. z o.o., należy przyjąć, w świetle przepisu art. 55² KC, iż nastąpiło zbycie wszystkich pozostałych składników zorganizowanej części przedsiębiorstwa jakim jest Instytut Turystyki, w tym również doświadczenia, którego przejawem są referencje.

Niewątpliwym jest również to, że to z działalnością nabytego przez przystępującego Instytutu Turystyki wiąże się wiedza i doświadczenie, na które przystępujący powołuje się wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Warunek udziału w postępowaniu związany był z działalnością badawczą w zakresie turystyki, zaś – jak wynika z preambuły umowy – Instytut Turystyki jest jednostką badawczo-rozwojową prowadzącą interdyscyplinarne, kompleksowe badania w zakresie turystyki. Ponadto, w myśl umowy – to kupujący – przystępujący SGTiR, ma kontynuować działalność naukowo-badawczą Instytutu Turystyki, zaś zbywca – Instytut Turystyki sp. z o.o. ma skoncentrować swe działania wyłącznie na celach komercyjnych. Powyższego dowodzi nie tylko preambuła umowy, ale i jej § 5 ust. 2, z którego jednoznacznie wynika, że to kupujący będzie wykonywał zobowiązania wynikające z umów zawartych przez sprzedawcę. Wykonanie zobowiązań nastąpi przy wykorzystaniu potencjału personelu naukowego nabytego Instytutu Turystyki, zaś kupujący przejmuje pracowników Instytutu w trybie art. 23¹ kodeksu pracy (§ 4 umowy).

Nie sposób się zatem zgodzić z odwołującym, jakoby przedmiotem umowy nie była sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa, ale jedynie sprzedaż jej poszczególnych elementów składowych. W konsekwencji należało uznać, iż przystępujący SGTiR, jako nabywca Instytutu Turystyki, może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z tą jednostką niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś nabyty w ten sposób zasób należy traktować jako jego własny.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego, wywodzona z braku tożsamości siedziby zbywcy zorganizowanej części przedsiębiorstwa w niektórych dokumentach załączonych do wniosku. Wskazywał on, że umowę zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa przystępujący SGTiR zawarł z Instytutem Turystyki Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grochowskiej 341 lok. 265 w Warszawie, a nie z Instytutem Turystyki Sp. z o.o. ul. Merliniego 9a, Warszawa. W trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, iż znanym mu jest fakt, iż Instytut Turystyki sp. z o.o. zmienił swoją siedzibę z ul. Merliniego 9a na ul. Grochowską 341 w Warszawie, ale niewątpliwie jest ten sam podmiot. Wiedzę taką posiadał na podstawie dotychczasowej współpracy z Instytutem Turystyki, a w szczególności treści umów jakie z tym podmiotem podpisywał.

Izba stwierdziła, że istotnie w załączonych do wykazu usług kilku fakturach VAT dotyczących usług wykonanych w roku 2010 r. na rzecz NBP jako zleceniobiorcę wskazano Instytut Turystyki sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Merliniego 9a w Warszawie. Odwołujący pominął jednak fakt, że w dalszych fakturach VAT dotyczących usług wykonanych na rzecz NBP, a pochodzących z 2011 r. jako sprzedawcę wymieniano już Instytut Turystyki sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grochowskiej w Warszawie, który to adres wymieniono w umowie zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa z 25.06.2012 r. W ocenie Izby powyższe dowodzi słuszności stanowiska zamawiającego, a mianowicie tego, że w okresie pomiędzy listopadem 2010 r. (faktura VAT nr 42/10 w której wymieniono siedzibę sprzedawcy przy ul. Merliniego w Warszawie) a lutym 2011 r. (faktura VAT nr 3/11, w której wskazano siedzibę sprzedawcy przy ul. Grochowskiej w Warszawie) Instytut Turystyki sp. z o.o. zmienił adres swojej siedziby. Z powyższego nie sposób jednak wywodzić, że są to dwa różne podmioty.

W konsekwencji decyzję zamawiającego, który uznał, że przystępujący SGTiR wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu należało uznać za prawidłową. Nie potwierdziły się zatem podnoszone przez odwołującego zarzuty.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego dokumentu wystawionego na rzecz Wyższej Szkoły Hotelarstwa Gastronomii i Turystyki, a nie na rzecz przystępującego SGTiR i niewykluczenie tego wykonawcy lub zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (zarzut 6 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymagał aby wykonawcy, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z wnioskiem złożyli m.in. *aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Przystępujący SGTiR złożył wraz z wnioskiem zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa-Praga w Warszawie o niezaleganiu w opłacaniu podatku wystawione w dniu 8 lutego 2013 r. na rzecz Wyższej Szkoły Hotelarstwa, Gastronomii i Turystyki w Warszawie, posiadającej numer NIP 1130237103. Ponadto złożono zgłoszenie aktualizacyjne NIP 2 (z adnotacją o wpływie do Urzędu Skarbowego Warszawa Ursynów w dniu 7.2.2013 r.), w którym wnioskowano o aktualizację nazwy podatnika jako „Szkoła Główna Turystyki i Rekreacji”. W zgłoszeniu aktualizacyjnym wskazano nr NIP 130237103.

Do wniosku załączono również decyzję Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 6.11.2012 r. nr DNS.WUN.6012.25.2012.AB.2 mocą której w rejestrze uczelni niepublicznych i związków uczelni niepublicznych w pozycji „84”, w rubryce piątej w miejsce „Wyższej Szkoły Hotelarstwa, Gastronomii i Turystyki w Warszawie” wpisano „Szkołę Główną Turystyki i Rekreacji w Warszawie”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nieprawdziwym było twierdzenie odwołującego, iż jakoby złożone zamawiającemu zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego z 8.2.2013 r. dotyczyło podmiotu, który nie składał wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaświadczenie wprowadzie dotyczyło podatnika, określonego w zaświadczeniu jako Wyższa Szkoła Hotelarstwa, Gastronomii i Turystyki w Warszawie. Jednakże przystępujący SGTiR złożył dokumenty, z których w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że jest to nazwa poprzednio używana przez przystępującego. Powyższe można było ustalić w oparciu o złożoną wraz z wnioskiem decyzję z 6.11.2012 r., mocą której wykreślono poprzednio używaną nazwę i wpisano nazwę aktualną przystępującego. Na tożsamość podmiotu wskazuje również identyczność nr NIP znajdujących się na zaświadczeniu z 8.2.2013 r., na którym figuruje poprzednia nazwa przystępującego i na zgłoszeniu aktualizacyjnym z 7.2.2013 r. NIP 2, gdzie wskazano nazwę aktualną. Powyższe pozwalało zamawiającemu w sposób jednoznaczny ustalić, że to wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. W konsekwencji decyzję zamawiającego,

który uznał, że przystępujący SGTiR wykazał brak podstaw do wykluczenia należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Natomiast za zupełnie chybiony należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący obowiązku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp upatrywał wyłącznie w tym, że wykonawca ten - jego zdaniem - nie złożył wymaganego dokumentu mającego potwierdzać stan niezalegania. Stosownie do przywoływanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy, co do zasady, zalegają z uiszczeniem podatków. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przywołanego przepisu obowiązek wykluczenia aktualizuje się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca jest w zwłoce z uiszczeniem ww. należności publicznoprawnej. Definicję zaległości podatkowej, do której odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zawiera zaś ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) w Dziale III, Rozdziale 5.

Treść odwołania prowadzi do wniosku, że uszła uwadze odwołującego zasadnicza różnica pomiędzy stanem zalegania z uiszczeniem podatku, a niezłożeniem przez wykonawcę dokumentu mającego potwierdzać okoliczność przeciwną – tj. stanu niezalegania. Pierwsza sytuacja obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaś druga - do wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, po uprzednim wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu aby przystępujący SGTiR zalegał z opłacaniem podatków. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

6. Zarzut dotyczący zaniechanie wykluczenia przystępującego SMG/KRC wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 8 i 9 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do pkt III.2.1 b) ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazując, że *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, z których każdy spełniał następujące parametry:*

- *wartość wynosiła co najmniej 500.000,00 PLN* (słownie pięćset tysięcy złotych) brutto,*

*(*w przypadku zamówienia, którego dotyczyło odwołanie KIO 769/13 – 400.000,00 PLN)*

- zamówienie było udzielone przez jeden podmiot (jednego Zamawiającego),*
- polegało na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet dot. badań z zakresu turystyki*,*
(w przypadku zamówienia, którego dotyczyło odwołanie KIO 769/13 - polegało na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet z zakresu turystyki),*
- przedmiotowe badanie musiało być przeprowadzone na grupie liczącej min. 10 000 osób.*

W celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu).

W dniu 5 marca 2013 r. (* w sprawie o sygn. akt KIO 769/13 – w dniu 6 marca 2013 r.) zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców dotyczący wyjaśnienia treści pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu:

Wykonawca musi wykazać się realizacją min. 3 zamówień z których każde miało wartość min. 400 000,00 zł brutto i każde było udzielone przez jeden podmiot (jednego Zamawiającego) i minimum jedno z tych badań (w ramach danego zamówienia) musiało polegać na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet z zakresu turystyki i badanie to musiało być przeprowadzone na grupie liczącej min. 10 000 osób czyli, że de facto wszystkie wymagane min. 3 zamówienia musiały dotyczyć tylko i wyłącznie badań z zakresu turystyki, natomiast każde zamówienie mogło się składać z większej ilości badań ale tylko z zakresu turystyki i (w każdym zamówieniu) min. jedno z tych badań z zakresu turystyki musiało być badaniem naukowym lub statystycznym z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet z zakresu turystyki i musiało być przeprowadzone na grupie liczącej min. 10 000 osób (a ewentualne inne badania wchodzące w zakres danego zamówienia też musiały być badaniami z zakresu turystyki, ale nie musiały to już być koniecznie badania naukowe lub statystyczne z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet (a np. badania marketingowe z zakresu turystyki) i mogły być te inne badania z zakresu turystyki (w ramach danego zamówienia) wykonane na

próbie innej niż 10 tys. osób. Zamawiający dopuszcza sytuacje, w której Wykonawca na potwierdzenie spełniania ww. warunku zgłasza zamówienie wieloaspektowego, ale w skład tego zamówienia musi wchodzić zamówienie o parametrach opisanych powyżej.

Dla Zamawiającego oczywistym jest, że opisane warunki należy spełnić łącznie oraz, że Wykonawca ma doświadczenie z przeprowadzonych badań związanych z turystyką.

Przystępujący SMG/KRC w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu złożył wraz z wnioskiem wykaz usług, w którym wskazał wykonanie następujących usług:

- 1) badanie stanowiące część projektu „polskie badanie czytelnictwa”, wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.1.2012 r. do 31.12.2012 r., o wartości 4.000.000 zł brutto, wykonane na reprezentatywnej próbie 40.000 respondentów. Wskazano, że m.in. że *zamówienie miało charakter badania statystycznego, w którym przygotowano i przeprowadzono pomiar z wykorzystaniem ankiet i udostępniono analizy dotyczące zagadnień turystyki m.in. rodzaje wyjazdów turystycznych (zagranicznych, krajowych), destynacje (regiony geograficzne i kraje), korzystanie z biur podróży, kupowanie usług turystycznych przez internet, poszukiwanie informacji na temat wyjazdów wakacyjnych w prasie i w Internecie, korzystanie z przewodników turystycznych, czytelnictwo prasowych tytułów podróżniczo-przyrodniczych,*
- 2) badanie stanowiące część projektu „polskie badanie czytelnictwa”, wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.1.2011 r. do 31.11.2011 r. o wartości 4.000.000 zł brutto, wykonane na reprezentatywnej próbie 40.000 respondentów, o tożsamym rodzaju i zakresie,
- 3) badanie stanowiące część projektu „polskie badanie czytelnictwa”, wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.6.2010 r. do 31.12.2010 r., o wartości 2.000.000 zł brutto, wykonane na reprezentatywnej próbie 20.000 respondentów o tożsamym rodzaju i zakresie.

Do wykazu załączono 3 szt. referencji z 4 marca 2013 r. wystawionych przez ww. zleceniodawcę, który potwierdził należyte zleconych projektów badawczych. Referencje dotyczyły odpowiednio:

- a) badań wykonanych w roku 2012 na próbie 40.000 respondentów, o wartości 4.000.000 zł, których rodzaj i zakres był identyczny z rodzajem i zakresem wskazanym przez wykonawcę w wykazie usług,
- b) badań wykonanych w roku 2011 na próbie 40.000 respondentów, o wartości 4.000.000 zł, których rodzaj i zakres był identyczny z rodzajem i zakresem wskazanym w wykazie usług,

c) badań wykonanych od czerwca do grudnia 2010 na próbie 20.000 respondentów, o wartości 2.000.000 zł, których rodzaj i zakres był identyczny z rodzajem i zakresem wskazanym w wykazie usług.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w wyjaśnieniach z jednej strony wskazał, iż zamówienia musiały dotyczyć tylko i wyłącznie badań z zakresu turystyki. Z drugiej zaś strony w tych samych wyjaśnieniach dopuścił możliwość wykazania doświadczenia w wykonaniu zamówień wieloaspektowych byleby w skład tego zamówienia weszło zamówienie o parametrach opisanych w warunku. Z kolei z literalnego brzmienia samego warunku udziału w postępowaniu, który pomimo wyjaśnień nie został zmodyfikowany, nie wynikało, jakoby zamówienia miały polegać na wykonywaniu tylko i wyłącznie badań w zakresie turystyki. Wszak zamówienia miały polegać na przygotowaniu i przeprowadzeniu co najmniej jednego badania naukowego lub statystycznego z wykorzystaniem ankiet i analizy ankiet dot. badań z zakresu turystyki. Nie wykluczono zatem, że w ramach zamówienia zostaną wykonane również badania z innego zakresu. W ocenie Izby analiza pytania i wyjaśnienia zamawiającego prowadzi do wniosku, że zamierzał on uniknąć sytuacji, w której zostanie mu wykazane zamówienie, które jedynie w znikomej, marginalnej części wykazywać będzie związek z badaniami w zakresie turystyki. Natomiast nie wykluczył on sytuacji, a wręcz wyraźnie ją przewidział, w której zostanie mu przedstawiony projekt także z zakresu innych dziedzin. W tej sytuacji koniecznym było jedynie, aby obejmował on również zamówienia o opisanych przez niego parametrach.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z wypracowanym i utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem wszelkie ewentualne wątpliwości i rozbieżności w dokumentacji postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Nie może on bowiem odpowiadać za uchybienia w obowiązkach zamawiającego. W tej sytuacji, Izba dostrzegając sprzeczności w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również pomiędzy wyjaśnieniami a ogłoszeniem, które nie zostało zmodyfikowane, czy też sprzeczności w treści samych wyjaśnień uznała, że dopuszczalna była interpretacja warunku udziału w postępowaniu, jakiej dokonał zamawiający i przystępujący SMG/KRC. Możliwym było zatem wykazanie doświadczenia w wykonaniu większego zamówienia wieloaspektowego, którego częścią będzie badanie z zakresu turystyki o parametrach wymaganych przez zamawiającego.

Niewątpliwie zaś wykazane przez wykonawcę zamówienie, choć będące częścią projektu „polskie badanie czytelnictwa”, obejmowało badania z zakresu turystyki. Wskazywał na to zakres i rodzaj zamówienia wynikający z wykazu usług i referencji wystawionych przez

zleceniodawcę. Przystępujący SMG/KRC wyjaśniając zakres i rodzaj zamówienia ujawnił, że obejmowały one badania statystyczne, w których przygotowano i przeprowadzono pomiar z wykorzystaniem ankiet i udostępniono analizy dotyczące zagadnień turystyki m.in. rodzaje wyjazdów turystycznych (zagranicznych, krajowych), destynacje (regiony geograficzne i kraje), korzystanie z biur podróży, kupowanie usług turystycznych przez internet, poszukiwanie informacji na temat wyjazdów wakacyjnych w prasie i w Internecie, korzystanie z przewodników turystycznych, czytelnictwo prasowych tytułów podróżniczo-przyrodniczych.

Oceniając złożone w trakcie rozprawy przez odwołującego dowody Izba stwierdziła, iż:

- a) poświadczona za zgodność z oryginałem przez odwołującego kserokopia str. 758 i 759 sprawozdania z działalności SMG/KRC Media S.A. za rok 2010 świadczy jedynie o tym, że przystępujący oświadczył, iż w roku 2010 r. prowadził badania z zakresu czytelnictwa prasy; z powyższego nie wynika, iż zamówienia wskazane przez przystępującego SMG/KRC w wykazie nie obejmowały również badań z zakresu turystyki,
- b) poświadczona za zgodność z oryginałem przez odwołującego kserokopia sprawozdania zarządu z działalności spółki Polskie Badania Czytelnictwa za 2011 r. z 25 kwietnia 2012 r. jest dowodem jedynie tego, że podstawową działalnością tej spółki jest badanie czytelnictwa prasy, zaś w roku 2011 r. terenową realizację badania kontynuowała firma MC SMG/KRC; z powyższego nie wynika, iż zamówienia wskazane w wykazie nie obejmowały badań z zakresu turystyki,
- c) poświadczony za zgodność oryginałem przez odwołującego i liczące 7 stron opracowanie pod nazwą „sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki Polskie Badania Czytelnictwa za 2010 r. z 15 kwietnia 2013 r.”, nie zostało podpisane, a zatem nie mogło stanowić dowodu tego, że osoba je podpisująca złożyła oświadczenie w nim wskazane. Zatem Izba pominęła to opracowanie przy wyrokowaniu,
- d) sporządzona przez odwołującego informacja, która według jego oświadczenia została opracowana na podstawie źródła internetowego www.wirtualnemedi.pl z 16.11.2012 r. nie została złożona wraz z wydrukiem strony internetowej, a zatem nie mogła stanowić dowodu, że na tej stronie internetowej w ww. dacie znajdowała się przywoływana w informacji treść; zatem Izba pominęła tę informację przy wyrokowaniu,
- e) strona tytułowa oraz str. 5, 16 i 24 opracowania „Słownik terminów ankierskich”, M. Kolenkiewicz, J. Kunkowski, S. Mirowski, Warszawa 2002, stanowi jedynie dowód tego, że autorzy opracowania definiują pojęcie: „badanie czytelnictwa prasy” jako badanie mające na celu zebranie informacji na temat czytelnictwa prasy, zaś Polskie Badania Czytelnictwa określają mianem „konsorcjum wydawców prasy powołanym do wspólnego prowadzenia standardowego badania czytelnictwa”, zaś badania te prowadzone są przez

SMG/KRC; z powyższego nie wynika, iż zamówienia wskazane w wykazie nie obejmowały badań z zakresu turystyki,

- f) sporządzona przez odwołującego informacja, która według jego oświadczenia została opracowana na podstawie źródła internetowego ww.pbc.pl i www.pbczyt.pl z 16 kwietnia 2013 r., nie została złożona wraz z wydrukiem strony internetowej, a zatem nie mogła stanowić dowodu, że na tych stronach internetowych, w ww. datach, znajdowała się przywoływana w informacji treść; zatem Izba pominęła tę informację przy wyrokowaniu,
- g) sporządzona przez odwołującego informacja, która według jego oświadczenia została opracowana na podstawie źródła internetowego www.milwordbrown.com z 16 kwietnia 2013 r., nie została złożona wraz z wydrukiem strony internetowej, a zatem nie mogła stanowić dowodu, że na tych stronach internetowych, w ww. datach, znajdowała się przywoływana w informacji treść; zatem Izba pominęła tę informację przy wyrokowaniu,
- h) poświadczona za zgodność z oryginałem przez odwołującego kserokopia str. 3 i 16 raportu uzupełniającego opinię z badania sprawozdania finansowego Polskie Badania Czytelnictwa sp. z o.o. za rok 2010 jest dowodem na to, że osoba która podpisała raport oświadczyła, iż zarejestrowanym przedmiotem działalności tej spółki jest badanie rynku i opinii publicznej w zakresie czytelnictwa prasy; z powyższego nie wynika, że spółka nie może zlecać innego rodzaju badań, w szczególności z zakresu turystyki, jak również że zamówienia wskazane przez przystępującego SMG/KRC w wykazie usług nie obejmowały badań z zakresu turystyki,
- i) zrzuty z ekranu stron internetowych www.pbczyt.pl z 10 kwietnia 2013 r. są dowodem jedynie tego, że na stronach tych, w ww. dacie, znajdowała się informacja charakteryzująca podmiot Polskie Badania Czytelnictwa, określająca jego misję, podstawowe cele działalności, jak również to, iż podmiot ten zlecił SMG/KRC w bliżej nieokreślonym terminie niesprecyzowane badania; z powyższego nie wynika, że spółka nie może zlecać innego rodzaju zamówień czy badań, w szczególności z zakresu turystyki, jak również, że zamówienia wskazane przez przystępującego SMG/KRC w wykazie nie obejmowały badań z zakresu turystyki.

Przechodząc do zarzutu opisanego w pkt 9 odwołania Izba stwierdziła, iż nie sposób się zgodzić z odwołującym, jakoby ze złożonych przez przystępującego SMG/KRC referencji miało nie wynikać, którego z realizowanych zamówień (wskazanych w wykazie) miałyby dotyczyć potwierdzenie. Przystępujący wskazał w wykazie wykonanie trzech usług, odpowiednio w latach 2010, 2011 i 2012, o wartości odpowiednio 2.000.000 zł i po 4.000.000 zł. Zaś załączone referencje wyraźnie precyzują w jakim okresie badania były przeprowadzane, tj. odpowiednio w roku 2010, 2011 i 2012. Oczywistym jest zatem, że z

łatwością można było przypisać referencje do poszczególnych zamówień wymienionych w wykazie.

Reasumując należało uznać za chybione zarzuty opisane w pkt 8 i 9 odwołania. Zamawiający nie naruszył przywoływanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, zasadnie uznając, że złożone mu przez przystępującego dokumenty pozwalają na ustalenie, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

- 7. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec zakwalifikowania jako prawidłowo złożonego wykazu osób, pomimo iż z treści tego wykazu nie wynikają nazwy projektów, w których uczestniczyła wskazywana osoba oraz: rodzaj i zakres oraz nazwy prac wykonywanych przez wskazaną osobę w ramach projektów, pomimo iż taki wymóg istniał (zarzut 10 odwołań)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy spełniający warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania *osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: dysponowaniem osobą która pełniła funkcję kierownika projektu w co najmniej 3 badaniach w ciągu ostatnich 3 latach, badania musiały dotyczyć badań z wykorzystaniem ankiet i ich analizy w zakresie badań turystyki krajowej i zagranicznej turystyki wyjazdowej mieszkańców Polski**.

(w przypadku zamówienia, którego dotyczy odwołanie wniesione w sprawie KIO 769/13 badania musiały dotyczyć badań z wykorzystaniem ankiet i ich analizy w zakresie badań turystyki zagranicznej).*

W celu wykazania warunku udziału w postępowaniu należało złożyć *wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.*

Przystępujący SMG/KRC złożył wraz z wnioskiem wykaz osób, w którym wymienił Panią I..... A..... Wskazał m.in. że ww. osoba pełniła funkcję kierownika projektu przy następujących zamówieniach:

- a) wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.1.2012 r. do 31.12.2012 r., obejmujące badanie na reprezentatywnej próbie 40.000 respondentów. Wskazano m.in., że zamówienie miało charakter badania statystycznego, w którym przygotowano i przeprowadzono pomiar z wykorzystaniem ankiet i udostępniono analizy dotyczące zagadnień turystyki m.in. rodzaje wyjazdów turystycznych (zagranicznych, krajowych), destynacje (regiony geograficzne i kraje), korzystanie z biur podróży, kupowanie usług turystycznych przez internet, poszukiwanie informacji na temat wyjazdów wakacyjnych w prasie i w Internecie, korzystanie z przewodników turystycznych, czytelnictwo prasowych tytułów podróźniczo-przyrodniczych,
- b) wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.1.2011 r. do 31.11.2011 r., obejmujące badanie wykonane na reprezentatywnej próbie 40.000 respondentów, o tożsamym rodzaju i zakresie,
- c) wykonane na rzecz Polskiego Badania Czytelnictwa w Warszawie w okresie od 1.6.2010 r. do 31.12.2010 r., obejmujące badanie wykonane na reprezentatywnej próbie 20.000 respondentów, o tożsamym rodzaju i zakresie.

Jako podstawę dysponowania ww. osobą wskazano: „stała umowa o współpracy”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że informacje jakie przystępujący SMG/KRC przedstawił w wykazie osób pozwalały w sposób jednoznaczny na identyfikację projektów badawczych, którymi kierowała Pani I..... A..... Co istotne z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu - niewątpliwie były to trzy odrębne projekty badawcze, realizowane w trzech kolejnych latach na rzecz zleceniodawcy – Polskich Badań Czytelnictwa, o określonej grupie badawczej. Wbrew twierdzeniom odwołującego w wykazie podano również informację na temat roli, jaką ww. osoba pełniła w wykazanych projektach, a mianowicie iż sprawowała funkcję ich kierownika. Podano również opis obejmujący rodzaj i zakres prac wykonywanych w ramach projektu. Inaczej nie można bowiem określić informacji, że badanie *miało charakter badania statystycznego, w którym przygotowano i przeprowadzono pomiar z wykorzystaniem ankiet i udostępniono analizy dotyczące zagadnień turystyki m.in. rodzaje wyjazdów turystycznych (zagranicznych, krajowych), destynacje (regiony geograficzne i kraje), korzystanie z biur podróży, kupowanie usług turystycznych przez internet, poszukiwanie informacji na temat wyjazdów wakacyjnych w prasie i w Internecie, korzystanie z przewodników turystycznych, czytelnictwo prasowych tytułów podróźniczo-przyrodniczych.* Konieczność wskazywania poszczególnych prac wykonywanych przez kierownika projektu nie wynikała zaś z brzmienia warunku udziału w

postępowaniu. Porównanie z treścią warunku udziału w postępowaniu prowadziło także do wniosku, że opis badania zamieszczony w wykazie nie stanowił, wbrew stanowisku odwołującego, jedynie powtórzenia warunku.

Za wystarczające należało uznać sprecyzowanie przez przystępującego SMG/KRC podstawy dysponowania ww. osobą jako „stałej umowy o współpracy”. Podkreślenia wymaga, że użyte przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie „dysponowanie osobą” interpretuje się szeroko. W ramach tego pojęcia mieszczą się różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Może to być umowa o pracę, ale też umowy zlecenia czy innych stosunków cywilnoprawnych. Jednakże z użytego przez wykonawcę sformułowania „stała umowa o współpracy”, wbrew stanowisku odwołującego, nie można było wnioskować, że osoba ta zostanie przystępującemu udostępniona przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Literalna wykładnia użytego sformułowania prowadziła do wniosku, że umowa o współpracy łączy bezpośrednio wykonawcę i Panią I..... A..... Podstawą wykonywania przez nią czynności na rzecz wykonawcy nie będzie zatem zobowiązanie jakie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (np. porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.), a dwustronny i bezpośredni węzeł obligacyjny.

Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu jako niezasadnego.

8. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SMG/KRC w sytuacji braku oświadczenia o nieprzynależności lub przynależności do grupy kapitałowej, w związku tym, że złożone oświadczenie nie ma mocy dowodowej, gdyż nie zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji SMG/KRC. Ewentualnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania SMG/KRC do uzupełnienia stosownego oświadczenia (zarzut 11 odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt III.2.1 ppkt 19 ogłoszenia o zamówieniu *Wykonawca, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.*

W pkt VI. 3 ogłoszenia o zamówieniu *wskazano, że Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, protesty oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie i faksem; z zastrzeżeniem, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, odwołania oraz informacje przekazane za pomocą faksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść*

dająca się odczytać dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie przez przekazującego; Zamawiający nie dopuszcza drogi elektronicznej jako formy przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień, protestów oraz informacji pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

Przystępujący SMG/KRC załączył do wniosku załącznik 11. W załączniku tym znalazło się oświadczenie, że SMG/KRC należy do grupy WPP. Wymieniono jakie podmioty w Polsce wchodzi w skład tej grupy. Oświadczenie nie zostało podpisane przez przystępującego SMG/KRC, a jedynie zparafowane, prawdopodobnie przez pełnomocnika przystępującego.

Zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stosownie do art. 26 ust. 2d ustawy Pzp *wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.* Kierując się treścią tego powołanego przepisu zamawiający wskazał w pkt III.2.1. pkt 19 ogłoszenia o zamówieniu na konieczność złożenia ww. oświadczenia lub listy.

W dalszej kolejności podkreślenia wymaga, iż w świetle art. 9 ust. 1 ustawy Pzp *postępowanie o udzielenie zamówienia, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie.* Jeden z takich wyjątków wynika z brzmienia art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi on, że *w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.* Korzystając z dobrodziejstwa tego przepisu zamawiający dopuścił możliwość składania wniosków za pośrednictwem faksu (pkt VI.3 ogłoszenia).

Oceniając oświadczenie, jakie przystępujący złożył zamawiającemu należało stwierdzić, iż nie zachowano żadnej spośród dwóch dopuszczonych w postępowaniu form. Skutkiem niezachowania przez wykonawcę wymaganej formy powinna być konieczność uznania, iż zamawiającemu nie złożono wymaganego oświadczenia. Jak wynika zaś z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do którego wprost odsyła powołany wcześniej art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, konsekwencją niezłożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, jest konieczność wezwania do ich uzupełnienia. Zamawiający, pomimo iż nie złożono mu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w wymaganej formie, nie wezwał przystępującego SMG/KRC do jej uzupełnienia. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z

art. 26 ust. 2d ustawy Pzp polegający na niezastosowaniu tego przepisu, pomimo iż ziściły się przesłanki w nim określone.

W następstwie powyższego Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający zaprosił do składania ofert przystępującego SMG/KRC, pomimo że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Natomiast nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego, iż w oparciu o załącznik nr 11 nie można ustalić do jakiego rodzaju grupy należy przystępujący. W trakcie rozprawy odwołujący wyjaśnił, że brakowało przymiotnika „kapitałowa”. Izba uznała, że informacja iż przystępujący należy do grupy WPP i wymienienie podmiotów w Polsce jakie wchodzi w skład tej grupy w sposób jednoznaczny wskazywała, że chodzi o grupę kapitałową.

W konsekwencji Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosków w obu postępowaniach celem wezwania wykonawcy SMG/KRC Poland Media S.A. w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższa czynność powinna zostać poprzedzona unieważnieniem czynności zaproszenia do składania ofert, jak również unieważnieniem czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w obu sprawach. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

W obu sprawach Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, każde w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....