

Sygn. akt: KIO 1647/11

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez **Jarosława Grzegorza Głowackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Centralną Komisję Egzaminacyjną w Warszawie,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jarosława Grzegorza Głowackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jarosława Grzegorza Głowackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Centralna Komisja Egzaminacyjna w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, 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" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie organizacji szkoleń dla pracowników i współpracowników systemu egzaminów zewnętrznych w 2011 r..

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03.05.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 85-139487

W dniu 21.07.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego rozstrzygnięciu, tj. o wynikach oceny ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 01.08.2011 r. p. Jarosław Grzegorz Głowacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz (dalej „Fordewind”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert następujących wykonawców, pomimo posiadania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 i 8 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 4 ustawy:

1. WAKE UP - szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska,
2. Management Consulting Sp. z o.o.,
3. Business Center 1 Anna Kępka i Anwix Sp. z o.o.,
4. Young Digital Planet S. A. i Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej,
5. Instytut Szkoleń i Analiz Gospodarczych S.A.,

6. APEXnet Centrum Szkoleń Administracji Publicznej s.c. Iwona Wierzgała.
Monika Sacewicz;

oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a także pominięcie przy czynności badania i oceny ofert, ofert wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą:

1. Holiday Travel Sp. z o.o.,
2. Nobell Congressing Sp. z o.o.

Wniósł również dokonanie odrzucenia ofert następujących wykonawców, chyba że oferty te nie podlegają ocenie, z uwagi na nie wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą:

1. WAKE UP- szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska,
2. Management Consulting Sp. z o.o.,
3. Business Center 1 Anna Kępka i Anwix Sp. z o.o.,
4. 4) Young Digital Planet S.A. Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej,
5. Instytut Szkoleń i Analiz Gospodarczych S.A.,
6. APEXnet Centrum Szkoleń Administracji Publicznej s.c. Iwona Wierzgała.
Monika Sacewicz;

a także o dokonanie wyboru oferty Fordewind jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zaniechań zamawiającego jego interes w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na dziewiątym miejscu, lecz gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, nie wybrałby jako najkorzystniejszej oferty firmy Instytut Szkoleń i Analiz Gospodarczych S.A. oraz odrzuciłby oferty sześciu wykonawców i nie uwzględniłby przy wyborze oferty najkorzystniejszej dwóch innych ofert, względem których termin związania ofertą minął. Zatem, gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania

przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż ustawa precyzuje warunki udziału w postępowaniu, jakie spełniać winien wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Dopełnieniem regulacji ustawowych są przepisy rozporządzenia o dokumentach, które je precyzują i uzupełniają. Opisując sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający, działając w granicach art. 22 ust. 1 ustawy, definiuje cechy podmiotu (właściwości wykonawcy), jakie są niezbędne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, że daje gwarancję wiarygodności, oraz że działania zgodnie i w granicach prawa. W przypadku postępowań powyżej progów unijnych (analogicznie jak w analizowanym postępowaniu) zamawiający jest zobowiązany żądać dokumentów podmiotowych, w każdym przypadku wymaganym przepisami prawa.

Warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp nie mają jednolitego charakteru. Są wśród nich zarówno takie, których treść wyznaczył ustawodawca normatywnie, jak i takie, które w zależności od konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają dookreślenia przez organizatora przetargu (zamawiającego). Spośród cech, którymi winni wykazywać się uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jedynie te, które zostały wskazane w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, mają treść obiektywną, w tym znaczeniu, że nie zmienia się w zależności od konkretnego przypadku. Zawsze bowiem wykonawca winien być uprawniony do prowadzenia danej działalności lub dokonywania danej czynności, jeśli przepisy ustawowe nakazują posiadanie takich uprawnień¹.

Warunek udziału w postępowaniu, jaki wymienia art. 22 ust. 1 Pzp, związany jest z posiadaniem przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie wymaganych uprawnień do określonej działalności lub czynności wchodzącej w zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w przypadku, gdy ustawy nakładają obowiązek uzyskania uprawnień do wykonywania danej działalności lub czynności, powinien postawić warunek posiadania takich uprawnień. Prawny wymóg uzyskania koncesji, zezwoleń, licencji czy zgód itd. do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej jest wyrazem reglamentacyjnej działalności państwa w stosunku do mającej rangę zasady konstytucyjnej swobody działalności gospodarczej wprowadzonej art. 20

Konstytucji RP. Zgodnie z nią wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla wszystkich, na równych zasadach. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 i 31 Konstytucji RP). Rozwinięcie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej znajduje wyraz w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), która w art. 6 ust. 1 stanowi, iż podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, iż podmioty mogą realizować przysługujące im prawo do wolnego prowadzenia działalności gospodarczej po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej (art. 14) oraz dodatkowo - w przypadku niektórych rodzajów działalności - po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Przez „uprawnienia” należy więc rozumieć w szczególności koncesje na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje wymagane przepisami ustaw regulujących dany obszar życia społecznego, działalność regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wymagającą uzyskania wpisu w odpowiednim rejestrze. Tym samym zawarte w §1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach wyrazy „koncesja, zezwolenie lub licencja” należy traktować jako przykładowe.

Ponadto, z powyższego wynika jednocześnie, że treść art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek badania, czy do wykonania określonego zamówienia, ustawy wymagają posiadania stosownych uprawnień, zezwoleń, wpisów etc, a następnie zweryfikowania czy wykonawcy posiadają wymagane uprawnienia. Brak takich działań, może być uznany za zaniechanie zamawiającego naruszające uczciwą konkurencję (w skutkach poprzez dopuszczenie podmiotów, które nie mogą wykonywać danej działalności bez spełnienia określonych przesłanek), w przeciwieństwie do wymogu przedstawienia dokumentów potwierdzających np. odpowiedni wpis do rejestru, który to obowiązek wynika z mocy powszechnie obowiązujących przepisów i nie może być uznany za naruszający równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący nie podnosząc na tym etapie postępowania uchybienia zamawiającego na etapie konstruowania siwz i błędnego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, poprzez żądanie określonych dokumentów z pominięciem wymogu posiadania przez wykonawców wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych (co w postępowaniach powyżej „progów unijnych” jest obowiązkiem), na etapie weryfikacji ofert, zamawiający powinien wyjaśnić (pomimo złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia), czy każdy z podmiotów, który złożył ofertę jest w stanie zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zrealizować przedmiotowe zamówienie.

W myśl art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 2004 r. o usługach turystycznych, działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej i wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych (dalej: "rejestr").

W celu prawidłowego wyjaśnienia znaczenia ww. przepisów, należy odwołać się do wyroku z dnia 30 czerwca 2008 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie Sygn. VI S.A./Wa 645/08. W rozpatrywanej sprawie Sąd podjął się rozstrzygnięcia kluczowego zagadnienia, jakim było stwierdzenie, że świadczone usługi można zakwalifikować jako działalność gospodarczą w zakresie organizowania imprez turystycznych. Jak stanowi przepis art. 4 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych, działalność gospodarcza polegająca na organizowaniu imprez turystycznych oraz pośredniczeniu na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych prowadzonym przez marszałka województwa. W tej sytuacji, aby prawidłowo zastosować normę prawną przewidzianą we wskazanym przepisie art. 4 ust. 1 cyt. ustawy, należy jednoznacznie ustalić zakres pojęć składających się na definicję "organizowania imprez turystycznych".

Wobec powyższego, należy posłużyć się przede wszystkim słowniczkiem stosownych pojęć ustawowych, zawartym w art. 3 ustawy o usługach turystycznych. Należy zwrócić uwagę, iż organizowaniem imprez turystycznych, zgodnie z art. 3 pkt 4 ww. ustawy, jest przygotowywanie lub oferowanie, a także realizacja imprez

turystycznych. Z kolei, jak zdecydował ustawodawca, imprezę turystyczną stanowią co najmniej dwie usługi turystyczne tworzące jednolity program i objęte wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg i trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu (vide: art. 3 pkt 2 ustawy). Zgodnie zaś z art. 3 pkt 1 w zw. z art. 3 pkt 9 i 10 ustawy o usługach turystycznych, usługami turystycznymi są usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom, tj. osobom podróżującym do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, dla których celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości i którzy korzystają z noclegu przynajmniej przez jedną noc lub odwiedzającym, tj. osobom podróżującym do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu oraz niekorzystających z noclegu.

Zdaniem Sądu, zorganizowanie przez przedsiębiorcę obozu wypoczynkowego dla dzieci i młodzieży było rodzajem imprezy turystycznej, albowiem strona świadczyła przynajmniej dwie usługi turystyczne (usługa transportowa oraz usługa noclegowa) tworzące jednolity program, które niewątpliwie objęte były wspólną ceną i obejmowały nocleg. W konsekwencji Sąd przyjął, że prowadzona przez stronę działalność gospodarcza, polegająca na organizowaniu obozów wypoczynkowych bez właściwego wpisu do rejestru organizatorów turystyki narusza przepis art. 4 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych.

Odnosząc powyższe ustalenia Sądu, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia przewidzianego w niniejszym postępowaniu, odwołujący zauważył, iż z pewnością mamy do czynienia z imprezą turystyczną (będą świadczone co najmniej dwie usługi turystyczne), świadczoną turystom, a całość jest objęta wspólną ceną i tworzy jednolity program. W konsekwencji należy dojść do wniosku, iż nie ma możliwości realizacji przedmiotowej usługi, przewidzianej przez zamawiającego, bez posiadania odpowiedniego wpisu do rejestru.

Powyższe stanowisko i interpretacja zgodna jest również z oceną Ministerstwa Sportu i Turystyki, tj. urzędu, do którego kompetencji przypisane jest zapewnienie obsługi Ministra Sportu i Turystyki kierującego działem administracji rządowej, jakim jest turystyka.

Przedstawiona przez odwołującego analiza miała udowodniać, iż powoływane przepisy powodują konieczność i obowiązek badania przez zamawiającego, czy

wykonawcy odpowiedni wpis do rejestru posiadają. W konsekwencji, czy rzeczywiście spełniają warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, oraz czy złożone przez nich oświadczenia nie świadczą, iż złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania lub mogące mieć wpływ na taki wynik. Zaniechanie powyższych czynności stanowi istotne naruszenie przepisów obowiązującego prawa, powoduje nierówne traktowanie wykonawców i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący wskazał, że dnia 21 lipca 2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców, biorących udział w postępowaniu, z wnioskiem o wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie informacji o wystosowanych przez wykonawców odpowiedziach, lecz jeszcze nie posiada pełnej informacji na ten temat. Powziął jednak z niezależnych źródeł informację, że co najmniej dwaj nw. wykonawcy:

- 1) Holiday Travel Sp. z o. o.
- 2) Nobell Congressing Sp. z o.o.

nie przekazali stosownych zgód. Zatem, przy ponownym dokonaniu czynności badania i oceny ofert, zamawiający obowiązany jest do pominięcia ofert tych wykonawców, jako niewiążących.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie szkoleń o zasięgu ogólnopolskim mających na celu m.in. doskonalenie systemu egzaminów zewnętrznych. Szczegółowy opis przedmiotowego zamówienia został określony w załączniku nr 2 (cz. a i b) do siwz.

Zgodnie z ww. dokumentami przewidziano realizację szkoleń w podanych lokalizacjach dla (maksymalnie) 10 000 osób. W tym wykonawca winien

zagwarantować miejsce szkolenia (Centrum Konferencyjne lub hotel) oddalone nie więcej niż 5 km od dworca głównego PKP lub PKS każdego miasta (pkt 1.1 zał. 2). A także w wypadku zapotrzebowania przy danym szkoleniu zamówienie obejmowało również nocleg w pokojach (pkt 1.6) oraz zgodnie z zamówieniem, transport uczestników z punktu zbiorczego i do punktu zbiorczego z miejsca wydarzenia (pkt 1.7), a także materiały szkoleniowe (pkt 1.8). Przedmiot zamówienia obejmował przeprowadzenie szkoleń i zagwarantowanie prowadzących, tzw. trenerów (pkt 2).

W ramach warunków udziału w postępowaniu, ich opisie i katalogu dokumentów wymaganych na ich potwierdzenie, w pkt 6 i 7 siwz, zamawiający nie wskazał obowiązku posiadania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych ani nie żądał przedłożenia dokumentu taki wpis potwierdzającego.

Zamawiający nie dostarczył do Izby, zarówno przed rozprawą, jak i nie okazał w jej trakcie, ofert wykonawców, których dotyczą zarzuty odwołania. Jednakże w związku z niespornym stanem faktycznym sprawy, Izba w ramach swoich ustaleń poprzestała na zgodnym oświadczeniu stron, iż wskazani w odwołaniu wykonawcy nie przedłożyli zaświadczeń lub odpisów z rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, złożyli natomiast wymagane przez zamawiającego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W związku z niespornym i niebudzącym wątpliwości Izby stanem faktycznym w tym zakresie, Izba uznała za niecelowe odraczenie rozprawy w celu przeprowadzenia dowodu z ofert wykonawców na powyżej wskazaną okoliczność.

Jak wynika z dokumentacji postępowania dostarczonej do Izby, wykonawcy: Management Consulting Sp. z o.o., Konsorcjum: Business Center 1 Anna Kęпка i Anwix Sp. z o.o., Konsorcjum: Young Digital Planet S. A. i Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Instytut Szkoleń i Analiz Gospodarczych S.A., APEXnet Centrum Szkoleń Administracji Publicznej s.c. Iwona Wierzgała. Monika Sacewicz, przedłużyli termin związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21.07.2011 r. i pozostawali swoimi ofertami związani. Terminu związania ofertą nie przedłużyli wykonawcy: WAKE UP - szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska, Holiday Travel Sp. z o. o. i Nobell Congressing Sp. z o.o.

Izba nie uwzględniała i nie oceniała w charakterze dowodów przedstawione przez odwołującego:

- pismo odwołującego z dnia 18.02.2011 r. skierowane do Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki w Warszawie, w którym przedstawiono pytanie: czy organizacja konferencji zawierająca w swym zakresie usługę hotelową (usługa gastronomiczna, usługa noclegowa, wynajem Sali konferencyjnej) oraz usługę transportową (dowód uczestników z miejsca wskazanego przez zamawiającego) stanowi imprezę turystyczną?
- pismo Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki w Warszawie z dnia 25.02.2011 r., w którym odpowiadając na powyższe pytanie wskazano, że uczestnicy spotkań, konferencji i szkoleń, którzy uczestniczą w nich w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych są turystami w rozumieniu literalnie wykładanych przepisów ustawy o usługach turystycznych, gdyż celem ich pobytu w odwiedzanej miejscowości nie jest podjęcie stałej pracy
- pismo odwołującego z dnia 02.03.2011 r. skierowane do Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki w Warszawie, w którym przedstawiono pytanie: czy przedsiębiorcy świadczący usługi hotelarskie, nie posiadający wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, posiadają uprawnienia do organizacji imprez turystycznych, polegających na organizacji konferencji zawierających w swym zakresie usługę hotelową (usługa gastronomiczna, usługa noclegowa, wynajem Sali konferencyjnej) oraz usługę transportową (dowód uczestników z miejsca wskazanego przez zamawiającego).
- pismo Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki w Warszawie z dnia 14.03.2011 r., w którym odpowiadając na powyższe pytanie wskazano, iż przedsiębiorcy nie posiadający wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, nie posiadają uprawnienia do organizacji imprez turystycznych w rozumieniu przepisów ustawy o usługach turystycznych,

przedłożonych na okoliczność w jaki sposób przepisy ustawy interpretuje oraz opisany w pytaniach stan faktyczny ocenia minister (lub jego służby) w sprawach turystyki właściwy, przyjmując jednocześnie jego stanowisko do wiadomości.

Nie uwzględniono w charakterze dowodów również:

- fragment siwz dla przetargu „na świadczenie usług hotelarskich, gastronomicznych, wynajmu sal z wyposażeniem, usług tłumaczenia,

sporządzania stenopisów oraz transportu osób na potrzeby Krajowego Ośrodka EFS w latach 2011-2012” prowadzonego przez Centrum Projektów Europejskich w Warszawie,

- odpis z księgi ewidencyjnej - rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych z 01.09.2010 r. potwierdzający, iż Fordewind w rejestrze figuruje.

jako zbędnych dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania i dowodzących jedynie praktyki CPE oraz posiadania wpisu do ww. rejestru przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący zakwestionował możliwość udzielenia zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy złożyli korzystniejsze odeń oferty, czym zabezpiecza swój interes w uzyskaniu zamówienia. Natomiast szkoda, którą może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pozostaje w bezpośrednim związku z owym naruszeniem, tzn. polega na pozbawieniu wykonawcy danego zamówienia.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 22 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy (pkt 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz (pkt 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto art. 22 ust. 1 pkt 1 stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do

wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Według art. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 z zm.), ustawa ta określa warunki świadczenia przez przedsiębiorców usług turystycznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także za granicą, jeżeli umowy z klientami o świadczenie tych usług są zawierane na terytorium Rzeczypospolitej Polskie.

Zgodnie z Art. 3. pkt 1 ww. ustawy przez usługi turystyczne należy rozumieć usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom lub odwiedzającym. Przy czym zgodnie z pkt 8 tego przepisu usługi hotelarskie to krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych. Następnie zgodnie z art. 3 pkt 2 impreza turystyczna, to co najmniej dwie usługi turystyczne tworzące jednolity program i objęte wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg lub trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu. Według art. 3 pkt 4 organizowanie imprez turystycznych to przygotowywanie lub oferowanie, a także realizacja imprez turystycznych, zaś organizator turystyki to przedsiębiorca organizujący imprezę turystyczną (art. 3 pkt 5). Ponadto w przepisie art. 3 pkt 9 ww. ustawy turystę zdefiniowano jako osobę, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości i która korzysta z noclegu przynajmniej przez jedną noc; natomiast odwiedzający według art. 3 pkt 10 to osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości oraz niekorzystająca z noclegu.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej i wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych.

Przepis § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30 grudnia 2005 r. w sprawie Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Pośredników Turystycznych (Dz. U. z 2006 Nr 5 poz. 28) stanowi, iż Ewidencja jest jawna. Każdy może żądać udzielenia informacji objętych wpisem do Ewidencji przez złożenie zapytania w dowolnej formie w odniesieniu do konkretnych przedsiębiorców.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Ponadto zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż jak wyjaśnił odwołujący na rozprawie zarzuty odwołania, pomimo podania niewłaściwej podstawy prawnej – art. 89 ust 1 pkt 2 i 8 Pzp – dotyczące ofert wykonawców:

1. WAKE UP - szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska,
2. Management Consulting Sp. z o.o.,
3. Business Center 1 Anna Kępka i Anwix Sp. z o.o.,
4. Young Digital Planet S. A. i Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej,
5. Instytut Szkoleń i Analiz Gospodarczych S.A.,

6. APEXnet Centrum Szkoleń Administracji Publicznej s.c. Iwona Wierzgała. Monika Sacewicz;

polegały na podnoszeniu zaniechania wykluczenia ww. wykonawców z postępowania i dowodzeniu konieczności takiego wykluczenia w związku z niewykazaniem przez nich spełniania warunków udziału w postępowaniu i podania nieprawdziwych informacji w tym przedmiocie (brak wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych), a nie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp. W takiej też postaci Izba przyjęła ww. zarzuty do rozpoznania, pomimo braku ich wyraźnego sformułowania – biorąc w tym zakresie pod uwagę fakt, iż odwołanie nie zostało sporządzone i podpisane przez profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołanie jest niezasadne. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które pozwoliłyby na uwzględnienie odwołania w przypadku podzielenia przez Izbę jego interpretacji przepisów i subsumpcji do tak zrekonstruowanych norm prawnych zastanego stanu faktycznego.

Przed wszystkim jednak zarzuty odwołania sprowadzające się do postulowanej kwalifikacji części przedmiotu zamówienia jako imprezy turystycznej, której przeprowadzenie zorganizowania wymaga posiadania wpisu, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych, i konieczności sprawdzania i egzekwowania posiadania takiego wpisu od wykonawców w ramach niniejszego postępowania – są w świetle art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy spóźnione. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i siwz dotyczące warunków udziału w postępowaniu odwołujący mógł kwestionować w stosownych terminach liczonych od momentu ich publikacji, tj. w maju br., a nie dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wiedział więc, iż zamawiający jakichkolwiek dokumentów potwierdzających wpis do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych nie wymaga i pomimo tego nie zakwestionował treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, ale na tak opisane warunki przetargu przystał składając swoją ofertę. Domaganie się więc na obecnym etapie postępowania ustalenia obowiązku posiadania przez wykonawców stosownego wpisu do rejestru i egzekwowania powyższego pomimo odmiennych, a niezakwestionowanych postanowień siwz, należy uznać za próbę obejścia regulacji art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, a zarzuty odwołania pośrednio zmierzające do zakwestionowania postanowień siwz, które w przypadku potwierdzenia *de facto* skutkować mogłyby tylko unieważnieniem postępowania, należało pozostawić bez rozpoznania.

Jak wskazano, zamawiający w siwz, w ramach opisu warunków udziału w postępowaniu wprost nie sformułował warunku referującego do konkretnych uprawnień ani nie wymagał przedłożenia dokumentów ich potwierdzających, ograniczył się jedynie do przepisania treści art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp do siwz, a także żądania na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 44 Pzp. Wykonawcy, których wykluczenia z postępowania odwołujący się domaga, wypełnili wymagania siwz i przedłożyli żądane oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Nawet jeżeli przyjąć, iż wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia rzeczywiście wymaga posiadania stosownego wpisu do ww. rejestru, to wykonawcy składając powyższe oświadczenia potwierdzili spełnianie warunków udziału w postępowaniu mających wynikać z przepisów prawa w sposób określony i wymagany w siwz. Izba w trakcie wyrokowania nie miała więc żadnych podstaw do przyjęcia, iż podmioty, których wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołujący się domaga, w rzeczywistości wpisu takiego nie mają. Żadnych dowodów w tym zakresie odwołujący, na którym ciężar dowodu w tym przypadku spoczywał, nie przedstawił. Pokreślić przy tym należy, iż w świetle powoływanego § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30 grudnia 2005 r. w sprawie Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Pośredników Turystycznych, odwołujący mógł jak najbardziej, w odniesieniu do każdego wykonawcy, którego wykluczenia się domaga, takie dowody uzyskać i przeprowadzić. Twierdzenie o braku posiadania przez wykonawców, których wykluczenia odwołujący się domaga, wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych uznano więc za nieudowodnione.

Ponadto nie rozstrzygając prawidłowości postanowień siwz w niniejszym postępowaniu, ale odnosząc się na marginesie do samej stanowiącej podstawę zarzutów odwołania oceny siwz i kwalifikacji przedmiotu zamówienia, którego dotyczy, Izba jeszcze raz wskazuje, iż ciężar udowodnienia wszelkich okoliczności, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, na nim spoczywa. Tymczasem odwołujący nie dowodził okoliczności faktycznych związanych z przedmiotem zamówienia, które pozwalałyby jednoznacznie zakwalifikować dany przedmiot jako obejmujący usługi turystyczne czy imprezę turystyczną ze wszelkimi tego konsekwencjami dla kształtu siwz i możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawców określonych wykonawców. Izba nie podziela bowiem żadnych „literalnych” i uproszczonych wykładni przepisów ustawy o usługach turystycznych, w szczególności pozwalających każdego uczestnika szkolenia czy konferencji zakwalifikować jako turystę.

Przytaczany wyżej ciąg definicji w ustawie tej zawartych, uzależnia wystąpienie imprezy turystycznej i jej organizatora od świadczenia usług turystycznych turystom lub odwiedzającym. Konsekwentnie usługi nieświadczony turystom, ale innym osobom, nie będą usługami turystycznymi i nie będą się składać na imprezę turystyczną. Ergo ich organizator nie będzie organizatorem turystyki, który dla prowadzenia swojej działalności wymagał będzie wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych. Według przepisu art. 3 pkt 9 ww. ustawy turysta to osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości i która korzysta z noclegu przynajmniej przez jedną noc, natomiast odwiedzający według art. 3 pkt 10 to osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości oraz niekorzystająca z noclegu.

Jakakolwiek literalna wykładnia ww. przepisów, w szczególności zwrotu „podjęcie stałej pracy” jest nie do utrzymania. Nie wdając się w pogłębioną analizę znaczenia tego w istocie potocznego zwrotu, stwierdzić należy, iż z pewnością ustawodawcy nie mógł w tym przypadku chodzić o nawiązanie stosunku pracy na czas nieokreślony w odwiedzanej miejscowości, ale przyjąć można, iż chodzi o wykonywanie obowiązków zawodowych z odwiedzinami danej miejscowości związanych w trakcie całych odwiedzin. Przeciwna wykładania tego przepisu, tzn. wykładnia ścisła i literalna, sprowadzać mogłaby jedynie jego znaczenia do absurdu. Dla przykładu turystą w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych byłby kierowca tira wykonujący kilkudniowy przewóz towarów poza miejscem swojego stałego pobytu, a wysyłający go z transportem i zapewniający logistykę jego pracodawca byłaby organizatorem turystyki.

Tak też w odniesieniu do niniejszego przedmiotu zamówienia, który dotyczy przeszkolenia pracowników i współpracowników zamawiającego, i który obejmuje transport i zakwaterowanie tylko części uczestników (przyjąć można, iż osoby zamieszkujące w miejscowościach, w których szkolenia będą się odbywać noclegiem nie będą objęte, nie wiadomo jednak jakich dokładnie uczestników tego typu „usługi turystyczne” będą dotyczyły), w ustalonym stanie faktycznym sprawy nie sposób stwierdzić, których uczestników szkoleń można ewentualnie zakwalifikować jako turystów, na rzecz których świadczone są usługi turystyczne, a którzy i ilu wykonują w ten sposób swoje obowiązki zawodowe. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów czy nie sformułował żadnych wniosków dowodowych zmierzających do ustalenia statusu i rodzaju beneficjentów zamawianych szkoleń. W szczególności dowodów, które

pozwołoby obalić założenie wynikające z ogólnego opisu zamówienia czy nawet jego nazwy, iż osoby w nim uczestniczące nie będą szkolić się w ramach swoich obowiązków zawodowych (pracownicy i współpracownicy zamawiającego), czyli w przez cały okres pobytu w odwiedzanej miejscowości nie podejmą „stałej pracy”, która na ich udziale w szkoleniu może w tym przypadku polegać.

W związku z powyższym zarzuty odwołania zmierzające do wykluczenia wskazanych wykonawców z postępowania uznano za niepotwierdzone. Natomiast ustalone przez Izbę nieprzedłużenie przez trzech wykonawców terminu związania ofertą nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), a także na tym etapie postępowania nie stanowi żadnego naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: