Sygn. akt: KIO 622/16

WYROK
z dnia 6 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę: **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu „RADIO OPOLE" S.A., ul. Strzelców Bytomskich 8, 45-084 Opole,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Polskiemu Radiu Regionalnej Rozgłośni w Opolu „RADIO OPOLE" S.A., ul. Strzelców Bytomskich 8, 45-084 Opole:**

1.1. unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej na część V zamówienia - oferty złożonej przez wykonawcę: **Diecezję Legnicką - RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy, ul. Zielona 5/6, 59-200 Legnica,**

1.2. nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy: **Diecezji Legnickiej - RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy,** na część V zamówienia i uznanie jego oferty za odrzuconą.

1.3. nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu „RADIO OPOLE" S.A.,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **EmiTel Sp. z o.o.,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Polskiego Radia Regionalnej Rozgłośni w Opolu „RADIO OPOLE" S.A., ul. Strzelców Bytomskich 8, 45-084 Opole,** na rzecz odwołującego **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa,** kwotę łączną

---

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu:
- wpisu od odwołania (15 000,00 zł)
- wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 622/16

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie „Usługi emisji programu radiowego", ogłoszonym w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 019-02935 z dnia 28.01.2016 r., w dniu 22 kwietnia 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 15 kwietnia 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze oferty RADIO

PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy, w zadaniu nr 5 (część V Paczków).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Polskiemu Radiu Regionalnej Rozgłośni w Opolu „RADIO OPOLE" S.A. - naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) dalej zwaną „ustawą Pzp," tj.:
1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp, mając na względzie, że RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy nie jest uprawnione do samodzielnego złożenia oferty i podpisania umowy z zamawiającym, oraz że RADIO PLUS - LEGNICA nie posiadając osobowości prawnej i zdolności do czynności prawnej, nie jest podmiotem mogącym uczestniczyć w postępowaniu i zawrzeć umowę na wykonanie zamówienia, zgodnie z przepisami prawa szczegółowo wskazanymi w treści odwołania,
2) naruszenia art. 22 ust 1 pkt. 2 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz w zw. z 24 ust. 4 ustawy Pzp, z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3-4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia RADIO PLUS - LEGNICA oraz zaniechanie uznania oferty RADIO PLUS - LEGNICA za odrzuconą, mimo, iż RADIO PLUS - LEGNICA nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie: posiadania obowiązującej polisy OC, przedłożenia aktualnej informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp dla RADIA PLUS - LEGNICA, lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
3) naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA, oraz zaniechanie uznania oferty RADIO PLUS - LEGNICA za odrzuconą, mimo, iż wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie

---

posiadania wiedzy i doświadczenia, o których mowa w Rozdziale I SIWZ „Opis Warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny spełniana tych warunków," ppkt 2.2. „Wiedza i doświadczenie" mając na względzie, że wykonawca ten nie przedstawił jednej usługi, która osiągnęła próg wymagany 720 tys. zł bądź dwóch usług, które osiągnęły progi 320 tys. zł, bądź 400 tys. zł.
4) naruszenie art. 24 b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp poprzez zaniechanie, wykluczenia z postępowania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2 d z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie grupy kapitałowej oraz dostarczenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej,
5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty RADIO PLUS - LEGNICA, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonej w specyfikacji pozostaje oferta odwołującego,

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy w zadaniu (części) nr V zamówienia;
2) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, wykluczenia RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy a w konsekwencji odrzucenia oferty spółki RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy w zadaniu (części) nr V zamówienia;
3) ewentualnie wezwania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy do udzielenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty oraz przedłożenia dokumentów,
4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu (części) nr V zamówienia, spełniającej wszystkie wymagania określone w SIWZ z pominięciem wykonawców wykluczonych oraz ofert odrzuconych,
Odwołujący wnosił, również o:
1) o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego stosownie do wyniku sprawy,
2) obciążenie zamawiającego kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stosownie do wyniku sprawy,

3) o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Oferta odwołującego, jako spełniająca wymagania SIWZ, ma szansę być wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, w zadaniu/części nr V, pod warunkiem prawidłowej oceny ofert, a która to czynność została wykonana przez zamawiającego wadliwie. Odwołujący zaskarżając tę czynność wykazał uszczerbek w jego interesie prawnym, gdyż w przypadku prawidłowego i zgodnego z ustawą Pzp działania zamawiającego, odwołujący uzyskałby niniejsze zamówienie.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający - Polskie Radio, Rozgłośnia Regionalna w Opolu RADIO OPOLE S.A. w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi emisji programu radiowego w zadaniu (części) nr V zamówienia dotyczącej obiektu nadawczego Paczków uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy. Jednocześnie stwierdzając, iż w tej części zamówienia złożono dwie ważne oferty, tj.

1) ofertę RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy, oferta na kwotę 340 070,40 PLN, termin płatności faktury VAT 60 dni, która to oferta uzyskała 100 punktów
2) oferta odwołującego na kwotę 380 390,08 PLN, termin płatności faktury VAT 21 dni, która to oferta uzyskała 83,04 punków,

Odwołujący uznał, że ww. oferty oceniono zgodnie z SIWZ. Jednocześnie inny wykonawca - RDF2 Sp. z o.o. został wykluczony z udziału w postępowaniu na część V, a jego ofertę uznał zamawiający za odrzuconą.

Jako powód wyłonienia RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy zamawiający wskazał, iż wykonawca ten spełnił wymogi określone w SIWZ oraz w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych.

Dowód: Informacja o wyborze ofert najkorzystniejszych z 15 kwietnia 2016 roku

Zarzut Nr 1.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp zamawiający są zobowiązani odrzucić ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W ocenie odwołującego oferta wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy w odniesieniu do zadania (części) nr V powinna zostać odrzucona, gdyż podmiot ten nie jest uprawniony do samodzielnego złożenia oferty i podpisania umowy z zamawiającym. RADIO PLUS - LEGNICA nie posiada osobowości prawnej ani odrębnej zdolności kontraktowej, nie jest tym

samym podmiotem mogącym uczestniczyć w postępowaniu oraz zawrzeć umowę na wykonanie zamówienia.

Stosownie do art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę rozumieć należy osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (tak wyrok KIO/UZP 567/09 z dnia 15 maja 2009 r.).

Odwołujący stwierdził, iż RADIO PLUS - LEGNICA jest jednostką organizacyjną Kościoła Katolickiego. Dokonując oceny, czy jednostka Kościoła Katolickiego posiada status wykonawcy w kontekście wzmiankowanego przepisu, odwołujący uwzględnił, iż każdy wykonawca, składający ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, musi posiadać zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Zdolność prawna wynika z posiadanej osobowości prawnej lub z przepisu ustawy (art. 33_1 § 1 Kodeksu cywilnego).

Odwołujący powołał się na publikację Polskie prawo wyznaniowe..., s. 105, Krukowski, wskazującą że wyróżnić można tryby uzyskania osobowości prawnej prawa polskiego przez kościelne osoby prawne, jako: ustawowy, administracyjny oraz w trybie rejestracji sądowej.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, iż RADIO PLUS - LEGNICA nie jest wymieniona w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. z późn. zm.), nie jest również podmiotem rejestrowym takim jak stowarzyszenie bądź spółka. Właściwy więc byłby dla pozyskania osobowości prawnej przez RADIO PLUS - LEGNICA tryb administracyjny.

Zgodnie, bowiem z art. 4 ust. 3 Konkordatu Między Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. 1998 Nr 51, poz. 318), „Inne instytucje kościelne mogą na wniosek władzy kościelnej uzyskać osobowość prawną na podstawie prawa polskiego". Jednostki niewymienione ani wprost, ani rodzajowo w ustawie wyznaniowej, które też nie uzyskały osobowości prawnej w drodze wpisu do rejestru mogą uzyskać osobowość prawną prawa polskiego w drodze rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych i administracji (tak komentarz do art. 10, Bartosza Rakoczego Komentarz do Ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Polsce. Oficyna 2008).

Trybem pozyskania osobowości prawnej dla RADIO PLUS - LEGNICA byłoby więc wydanie rozporządzenia przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na podstawie z art. 10 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. z późn. zm.), w związku z art. 4 ust. 3 Konkordatu. Zgodnie z pkt. 11 Instrukcji dotyczącej zakresu i sposobu uzyskania osobowości prawnej przez instytucje kościelne na podstawie prawa polskiego (art. 4 ust. 3

Konkordatu): Dowodem posiadania osobowości prawnej w świetle prawa polskiego jest rozporządzenie MSWiA opublikowane w Dzienniku Ustaw RP. W związku z faktem, że w Dzienniku Ustaw RP nie opublikowano rozporządzenia MSWiA w sprawie nadania osobowości prawnej RADIU PLUS - LEGNICA odwołujący wskazywał, że przedmiotowa jednostka kościelna nie posiada osobowości prawnej, legitymującej ją do skutecznego występowania w publicznym obrocie prawnym, jako podmiot praw i obowiązków.

Odwołujący wyjaśniał, że informację o braku wydania rozporządzenia nadającego osobowości prawną RADIU PLUS - LEGNICA potwierdził w toku korespondencji e-mail Wydział Regulacji Prawnych i Funduszu Kościelnego Departament Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 kwietnia 2016 r. oraz analiza przepisów prawnych pozyskanych z systemu informacji prawnej Legalis.
Dowód: korespondencja e-mail z MSWiA z dnia 12 kwietnia 2016 roku oraz informacja z systemu informacji prawnej Legalis.

Z ostrożności podnosił, że na podstawie art. 10 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. Nr 51, poz. 297, Nr 55, poz. 321 i Nr 86, poz. 504, z 1991 r. Nr 95, poz. 425 i Nr 107, poz. 459, z 1993 r. Nr 7, poz. 34, z 1994 r. Nr 1, poz. 3, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 90, poz. 557, Nr 96, poz. 590 i Nr 141, poz. 943 oraz z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 757) w związku z art. 4 ust. 3 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską, sporządzonego w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318), Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji wydał rozporządzenie w sprawie naddania osobowości prawnej „Radiu Plus Lublin” z siedzibą w Lublinie z dnia 6 stycznia 1999 roku (Dz. U. Nr 6, poz. 48) jednak nadanie to dotyczy innej jednostki organizacyjnej Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej pod nazwą "Radio Plus Lublin" z siedzibą w Lublinie, erygowanej przez Arcybiskupa Metropolitę Lubelskiego.

Odwołujący stwierdzi, iż w obrocie prawnym jednostka kościoła katolickiego RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą w Legnicy funkcjonuje, zatem jako jednostka organizacyjna Diecezji Legnickiej będąc instytucją kościelną w rozumieniu aktu wewnętrznego Kościoła Łacińskiego z 25.01.1983 r., tj. Codex Iuris canonici auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus. Stanowi formę prawa kanonicznego, i mimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego z Diecezji Legnickiej nie ma osobowości prawnej, gdyż ta do czasu wydania stosownego Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji przysługuje jedynie Diecezji Legnickiej. Odwołujący zaznaczał, że RADIO PLUS - LEGNICA nie działa w imieniu własnym, nie stanowi samoistnego podmiotu prawa i nie może być

samodzielnym podmiotem stosunku cywilnoprawnego ani nie może zaciągać we własnym imieniu praw i obowiązków.

Wobec powyższego uznał, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył podmiot, który nie posiada osobowości prawnej i nie może samodzielnie zaciągać praw i obowiązków we własnym imieniu i na własny rachunek. Tym samym, rozstrzygnięcie przetargu w zakresie

części nr V zamówienia uznał za wadliwe w świetle art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.

Zarzut Nr 2.

Odwołujący zaznaczał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w części nr V zamówienia - na kwotę nie mniejszą niż 320 000 zł (Rozdział I pkt. 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia" (Rozdział I, pkt. 4 ppkt. 10). Wymóg ten wprost nawiązuje do dokumentu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 11) 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył dokument Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej dla Klienta Indywidualnego oraz Małego i Średniego Przedsiębiorcy Nr 1012215741 z dnia 23.03.2016 r. wystawiony przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. RADIO PLUS - LEGNICA w złożonej ofercie nie wykazał, że składka ubezpieczeniowa została opłacona, lub też, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy bez względu na opłacenie składki.

Wobec powyższego, odwołujący uznał, że niezbędne jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego skuteczność powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu zawartej przez RADIO PLUS - LEGNICA umowy. Zaznaczał, że nie może również zastąpić takiego dokumentu pismo RADIA PLUS - LEGNICA z dnia 14 kwietnia 2016 roku złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2016 roku w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, bowiem RADIO PLUS - LEGNICA nie wyjaśniło, dlaczego należy przyjąć odpowiedzialność ubezpieczeniową PZU S.A. w dniu złożenia oferty - pomimo nieopłacenia składki. Wyjaśnienia nie opierają się na żadnym postanowieniu umowy, bądź ogólnych warunków ubezpieczenia, powielają tylko informację, która *de facto* wynika z załączonej do oferty polisy. Odwołujący podnosił, iż

dokument potwierdzenia uiszczenia składki ubezpieczeniowej musi być złożony bądź z ofertą, bądź w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co powoduje konieczność przeprowadzenia takiej procedury skoro dotychczasowe wyjaśnienie RADIA PLUS - LEGNICA nie doprowadziło do wykazania, dlaczego PZU S.A. ponosi odpowiedzialność pomimo nieopłacenia składki.

Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2016 roku oraz odpowiedź RADIO PLUS - LEGNICA z dnia 14 kwietnia 2016 roku.

Z ostrożności podnosił również, że złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli więc zamawiający otrzymał wyjaśnienia ogólnikowe, nie oparte na jakimkolwiek postanowieniu umownym nie powinien w konsekwencji ich przyjmować. Podkreślał, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie daje zamawiającemu swobody przy ocenie, czy ma on wzywać wykonawcę czy też nie, ale stanowi oblig wezwania w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami. Zdaniem odwołującego, zamawiający ma nie tylko prawo, ale obowiązek, nawet wielokrotnie wzywać wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, co do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie zamawiający *de facto* nadal nie wie, dlaczego polisa OC wybranego wykonawcy - jest obowiązująca, czy wynika to z faktu opłacenia składki, czy też wynika z konkretnych postanowień umowy ubezpieczenia - takiej wiedzy nie dostarczyły ogólnikowe wyjaśnienia RADIO PLUS - LEGNICA.

Odwołujący zaznaczał, że będzie to pierwsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do dostarczenia dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej, dlatego nie ma przeszkód do zastosowania tego trybu. Wskazywał, że po unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy w zadaniu nr V zamawiający winien wezwać RADIO PLUS - LEGNICA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej, a także do złożenia ewentualnych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co do treści polisy,

dlaczego polisa OC obowiązuje pomimo braku uiszczenia składki?

Zarzut Nr 3.

Odwołujący wskazał, że RADIO PLUS - LEGNICA nie przedłożyło w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp - informacji w zakresie braku orzeczenia przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie przez podmioty zbiorowe, wydanym na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Skoro,

bowiem składającym ofertę jest RADIO PLUS - LEGNICA - to informacja przedłożona w postępowaniu powinna dotyczyć tego podmiotu.

Zarzut Nr 4.

Odwołujący powtarzał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części. Wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę w ramach danej części. Wykonawca mógł złożyć jedną ofertę na jedną cześć, na kilka części lub na całość zamówienia. Zamawiający w Rozdziale I SIWZ „Opis Warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny spełniana tych warunków, ppkt 2.2. „Wiedza i doświadczenie'' podał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: „Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na emisji programu radiowego w technologii UKF-FM, o wartości, co najmniej:

LP Nazwa części minimalna wartość usługi dla części
1 Cześć I - Chrzelice 1600 000 zł
2 Cześć II - Brzeg 350 000 zł
3 Cześć III - Głubczyce 350 000 zł
4 Cześć IV- Olesno 350 000 zł
5 Cześć V - Paczków 320 000 zł
6 Cześć VI - Namysłów 350 000 zł
7 Cześć VII - Wysoka 400 000 zł

W przypadku składania ofert na kilka części, minimalna wartość usług musi stanowić sumę wartości usług dla części, na które składana jest oferta.

Wykonawca musi załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonywana należycie. Przez dowody należy rozumieć dowody, o których mowa w § 1 ust. 2 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 (Dz. U. z 2013 poz. 231).

Ocena spełniania w/ w warunku zostanie dokonana wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznika nr 2 do SIWZ oraz w wykazie stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Wraz z ofertą wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA złożył oświadczenie zgodnie z Załącznikiem nr 5 do formularza oferty. Załącznik ten RADIO PLUS - LEGNICA złożył dwukrotnie, przy czym ostatni raz w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, załączając oświadczenie wystawione przez Polskie Radio S.A. z dnia 17 marca 2016 roku o należytym wykonaniu usługi.

Oceniając wyżej przywołany stan faktyczny, odwołujący podnosił, że na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca - zgodnie z treścią SIWZ - składający ofertę na więcej niż jedną cześć zamówienia miał wykazać się spełnieniem warunku dla każdej części. Literalne brzmienie SIWZ wskazuje, że wykonawca miał wybór albo wskazać jedną usługę o wartości równiej wymaganiom dla dwóch części. RADIO PLUS - LEGNICA złożyło oferty na część V- Paczków oraz część VII - Wysoka. Wartość usługi musiała by, więc osiągnąć kwotę minimum 720 tys. zł, ewentualnie wykonawca ten mógł się wykazać dwoma usługami, przy czym każda musiała by być spełniać wymogi zamawiającego (dla części V- Paczków 320 tys. zł oraz część VII - Wysoka - 400 tys. zł).

Jeżeli, więc wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA składał ofertę m.in. na dwie części zobowiązany był wybrać jedną z powyższych możliwości. Odwołujący argumentował, że skoro przedmiotowe zamówienie, zostało podzielone na części, a postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części - w takim tez przypadku ocena ofert (ofert częściowych) przeprowadzana jest oddzielnie dla każdej z tych części. Analizując jednak oświadczenie RADIO PLUS - LEGNICA złożone zgodnie z Załącznikiem nr 5 do formularza oferty, doszedł do przekonania, że nie jest jasne czy powyższy wymóg jest spełniony.

Wykonawca ten przedstawił, bowiem dwie umowy: (1) z Polskim Radiem S.A., obowiązującą od 01.01.2014 r. do 30.06.2017 r. (na pięć usług: Kudowa Jerzykowice, Kudowa Stóg Izerski, Lubań Stóg Izerski, Lubań Stóg Izerski, Nysa) w trakcie realizacji (2) z Polskim Radiem S.A. obowiązującą od 01.07.2014 r. od 30.06.2018 r. (na usługę: Polkowice) w trakcie realizacji. Nie było jasne dla odwołującego, która z wymienionych usług spełnia próg dla wymogu postawionego w SIWZ skoro wykonawca przedstawił łączny przychód z sześciu usług.

Dodatkowo odwołujący uznał, że oświadczenie RADIO PLUS - LEGNICA złożone zgodnie z Załącznikiem nr 5 do formularza oferty zawiera i tę niezgodność, że w rubryce „Wartość brutto wykonanej usługi w złotych" wykonawca przedstawił przychód łączny za lata 2013 do 2015 uzyskany z 6 usług (cyt.: „Łączna kwota za lata 2013 -2015 (...)"). Jednocześnie wykonawca nie wskazał umów obowiązujących w roku 2013 a mimo to przedstawił zamawiającemu przychody osiągane za ten okres. Wykonawca nie przedstawił również referencji z umów, które realizował w roku 2013.

Wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA przedstawił wykaz usług w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale wykaz ten nie rozwiewa

wątpliwości, jakie miał zamawiający kierując wezwanie. Skoro, bowiem zamawiający wzywał do wskazania, jaka usługa świadczona przez RADIO PLUS - LEGNICA spełnia wymóg dla części V Paczków i jest o wartości minimum 320 tys. zł, to wykonawca miał obowiązek precyzyjnie taką usługę opisać. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił 6 usług i wartość łączną za nie.
Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 30.03.2016 r. oraz ponownie przedłożony w odpowiedzi na wezwanie Załącznik nr 5.

Odwołujący przypominał, że to wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców). Ponieważ RADIO PLUS - LEGNICA nie przedstawiło konkretnej usługi z jej wartością - zarzucał, że złożonemu oświadczeniu nie sposób przypisać takiego charakteru.

Zarzut Nr 5.

Analiza oferty przedłożonej przez RADIO PLUS - LEGNICA przywiodła odwołującego do wniosków, że w oświadczenie w ofercie konkurenta o braku przynależności RADIO PLUS - LEGNICA do grupy kapitałowej, skoro istnieją inne przedsiębiorstwa nadzorowane przez ten sam podmiot tj. Diecezję Legnicką - pozostaje wątpliwe. Przykładowo wskazał: Stację Opieki Caritas Diecezji Legnickiej Sp. z o.o., której jedynym udziałowcem jest Caritas Diecezji Legnickiej powołany przez Biskupa Legnickiego dekretem z dnia 16 kwietnia 1992 r. (za statut dostępny na stronie internetowej www. http: // www.legnica.caritas.pl/1/statut.pdf).
Dowód: KRS spółki Stacja Opieki Caritas Diecezji Legnickiej Sp. z o. o.

Podnosił, że do przedsiębiorców, którzy tworzą grupę kapitałową zaliczyć należy nie tylko podmioty prowadzące działalność gospodarczą (za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów unijnych rozumiany będzie również samorząd, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą). Z orzecznictwa ETS wynika, iż działalność gospodarcza nie musi być nastawiona na zysk, a więc przedsiębiorcą może być również organizacja działająca non-profit. Istotą uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę, jest prowadzenie przez niego działalności, polegającej na oferowaniu towarów lub usług na rynku, gdzie występuje konkurencja ze strony innych podmiotów gospodarczych.

Odwołujący przywołał regulację art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów zawierających listy podmiotów należących do tej samej

grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Ewentualnie wzywa zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia listy podmiotów

---

należących do tej samej grupy kapitałowej. Rozważania powyższe doprowadziły odwołującego do konkluzji, że zamawiający zaniedbał swój obowiązek związany z wyjaśnieniem kwestii złożonego oświadczenia przez RADIO PLUS - LEGNICA.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2016 przesłane drogą elektroniczną - zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie złożył żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 kwietnia 2016 r. wnosił o oddalenie odwołania, obciążenie odwołującego kosztami postępowania i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika. Odnosząc się do zarzutów odwołania, ocenił iż są one bezzasadne z niżej przytoczonych powodów.

„Zgodnie z treścią formularza oferty Radia Plus-Legnica i jej załączników z dnia 21.03.2016 r. oraz uzupełnienia, oferent ten w pełnym zakresie może uczestniczyć w obrocie gospodarczym i być podmiotem stosunków prawnych. Z treści załącznika nr 6, do formularza ofertowego wynika, że oferent posiada Identyfikator podatkowy NIP (…) i jest podatnikiem. Z treści załącznika nr 6, do formularza ofertowego wynika, że oferent jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (nr wpisu 5689) uprawniony do świadczenia *usług telekomunikacyjnych polegających na rozprowadzaniu lub rozpowszechnianiu programów radiofonicznych lub telewizyjnych.*

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przez wykonawcę należy rozumieć: osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcą zatem może być jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Za jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej uznaje się zarówno jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa nie przyznaje zdolności prawnej, jak i jednostki organizacyjne niewyposażone przez prawo w osobowość prawną, którym przysługuje zdolność prawna. Jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, są podmiotami prawa. Oznacza to, że mogą w pełnym zakresie uczestniczyć w obrocie gospodarczym i być podmiotami stosunków prawnych.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, osobami prawnymi są

---

diecezje, a ich organami biskupi diecezjalni lub administratorzy diecezji. Art. 12 cytowanej ustawy określa, że kościelne wydawnictwa, zakłady wytwórcze, usługowe i handlowe, zakłady charytatywno-opiekuńcze, szkoły i inne placówki oświatowo-wychowawcze, nieposiadające osobowości prawnej, działają w ramach kościelnych osób prawnych, które je powołały. Z analizowanego przepisu wynika, że Kościół katolicki może prowadzić wydawnictwa, placówki oświatowe, zakłady handlowe i usługowe, przy czym funkcjonowanie tychże jednostek organizacyjnych, może być poddane dwojakiego rodzaju regulacji. Mogą one działać na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa polskiego i uzyskiwać samodzielność także w aspekcie osobowości prawnej lub też mogą działać w strukturach kościelnej osoby prawnej i "korzystać" z przymiotu jej osobowości prawnej. W przypadku zastosowania pierwszego z trybów, tj. uzyskania przez jednostkę organizacyjną samodzielnego bytu prawnego poza osobowością prawną kościelnej osoby prawnej, utworzenie, rejestracja, funkcjonowanie oraz ewentualna likwidacja takiej osoby prawnej, będą w całości regulowane przez prawo polskie. Natomiast w przypadku powstania jednostki organizacyjnej w drugim ze wskazanych trybów, jej powstanie, w znacznej części funkcjonowanie i ewentualna likwidacja będą podlegały prawu kanonicznemu. Wówczas zastosowanie znajdzie art. 2 cytowanej ustawy (tak Bartosz Rakoczy w Komentarzu do art. 12 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej).

Przesłanka powołania zostaje spełniona, jeżeli kompetentny organ kościelnej osoby prawnej podjął decyzję o utworzeniu jednostki organizacyjnej, w ramach osobowości prawnej kościelnej osoby prawnej, zgodnie z przepisami prawa kanonicznego. Jeżeli została podjęta taka decyzja, można mówić o tym, że nastąpiło powołanie (por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2005 r. sygn. akt IV CK 582/04), Z treści załącznika numer 9, do formularza ofertowego - postanowienie Biskupa Legnickiego z dnia 31.12.2005r. - wynika, że Radio Plus - Legnica, jest jednostką organizacyjną diecezji działającą w ramach osobowości prawnej kościelnej osoby prawnej (§ 1 ust. 1), która działa w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (§ 1 ust. 1). Podstawą wydania przedmiotowego postanowienia (§ 1 ust.2), jest w szczególności, koncesja udzielona przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji znak 497/2012-R, z dnia 2012-02-14, ujawniona na stronie internetowej Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Zgodnie z jej brzmieniem, KRRiT udzieliła Diecezji Legnickiej z siedzibą w Legnicy, koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego pod nazwą „Radio PLUS Legnica". Z treści zaś załącznika numer 12, do formularza ofertowego wynika, że pełnomocnik - dyrektor naczelny Radia Plus - Legnica (§ 2 ust. 2 postanowienia), ma uprawnienie do zawierania umów w zakresie działalności radia oraz składania ofert.

Z tych względów zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 2 ust. 11 Prawo zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

14

Z treści załącznika numer 11, do formularza ofertowego wynika, że Radio Plus - Legnica, zawarło umowę ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej w związku z posiadanym mieniem lub prowadzoną działalnością, potwierdzoną polisą nr 1012215741. Jest to dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, o jakim mowa w Rozporządzeniu 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.

Katalog dokumentów wynikający z treści cytowanego rozporządzenia, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Nie sposób w tym miejscu, tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne i oświadczenie o jakim mowa w załączniku numer 2 do formularza ofertowego (art. 44 Prawa zamówień publicznych). Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że oferent nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. Nie ma podstaw do uznania, że relacja dokumentu w postaci załącznika numer 11, do formularza ofertowego (w związku z § 1 ust. 1 pkt 11 cytowanego rozporządzenia) i oświadczenia, o jakim mowa w załączniku numer 2 do formularza ofertowego, pozwala zamawiającemu na uznanie, że Radio Plus - Legnica nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Integralną częścią umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr 1012215741, są OWU odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy (uchwała nr UZ/149/2014 z dnia 27.05.2014r.). Zgodnie z treścią § 17 ust. 2 przedmiotowych OWU, jeśli w umowie określono dzień, w którym rozpoczyna się okres ubezpieczenia przypadający przed dniem zapłaty składki (z taką sytuacją ma się do czynienia w sprawie), odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się, w dniu określonym na polisie jako początek okresu ubezpieczenia. Tak więc skoro zgodnie z poglądem zawartym w wyroku KIO z dnia 12.03.2015 r. KIO 358/15, pojęcie opłaconej polisy należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia, to w sprawie trudno mówić o tym, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

15

Z treści załącznika do uzupełnienia w postaci zapytania o udzieleniu informacji o podmiocie zbiorowym z dnia 5.04.2016r. wynika, że Radio Plus -Legnica przedłożyło w postępowaniu informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych.

Z tych względów zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

Treść załącznika numer 5, do formularza ofertowego i treść załącznika nr 5 do uzupełnienia zawierającego, oświadczenie dotyczące części V zamówienia Nr ZP-T-9/2015. spełnia wymogi określone w rozdziale I SIWZ „Opis Warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny spełniania tych warunków" ppkt 2.2.

Z tych względów zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

W celu uzyskania przez zamawiającego informacji pozwalających na dokonanie oceny, czy w okolicznościach faktycznych konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do określonego wykonawcy, może zachodzić podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne, zostali ustawowo zobowiązani do złożenia, wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentu w postaci listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, bądź dokumentu w postaci informacji o braku przynależności do takiej grupy art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych. Elementem istotnym jest więc ustalenie, czy wykonawcy należą do jednej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która w art. 4 pkt 14 nakazuje, przez pojęcie grupy kapitałowej rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Dla sprawy istotne znaczenie ma to, czy w kontekście przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów kościoły i związki wyznaniowe, określone m.in. ustawą z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, i ich jednostki organizacyjne, np. metropolie, diecezje i parafie, a także spółki, jednostki organizacyjne, których wyłącznymi udziałowcami, założycielami są te osoby, mogą prowadzić działalność gospodarczą, która zazwyczaj ma postać działalności wydawniczej, kulturalnej, handlu artykułami kultowymi, wynajmowania pomieszczeń, prowadzenia placówek wychowawczych, szpitali czy zakładów leczniczych itp. Kościelne osoby prawne, co do zasady, nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Kościelne osoby prawne, a więc także i diecezje oraz jej jednostki organizacyjne, mogą być uznane za

przedsiębiorców, w drodze wyjątku np. ze względu na organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej (art. 4 pkt 1 lit. a ustawy).

Przedstawione przez odwołującego, w tym zakresie uzasadnienie zarzutu, polegające na wskazaniu Caritas Diecezji Legnickiej i wykonawcy, jako podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej, w więc nakazującego złożenie przez wykonawcę dokumentu, o jakim mowa w art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych, z uwagi tylko i wyłącznie na ich nadzorowanie przez Diecezję Legnicką jest zbytnim uproszczeniem tematu i nadinterpretacją przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Immanentną cechą grupy kapitałowej jest nie tylko relacja dominacji-zależności, jak przyjmuje ustawodawca na potrzeby stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych, lecz także wspólny interes członków grupy przesądzający o celowości utworzenia i funkcjonowania grupy kapitałowej jako takiej, z reguły będący wynikiem (następstwem) powstania stosunku dominacji-zależności (tak Kot Leszek, Stokłosa Angelina artykuł PPH.2015.7.16 Pojęcie grupy kapitałowej w świetle *ustawy - Prawo zamówień publicznych. Teza nr 1). Z takimi założeniami nie ma się do czynienia, w sytuacji funkcjonowania Caritas Diecezji Legnickiej i wykonawcy. W tym kontekście, nie powinna istnieć wątpliwość, co do tego, czy wykonawca powinien był złożyć w postępowaniu, dokument wymagany przepisem art. art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych. Z tych względów zarzut naruszenia art. 24 b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2 d Prawa zamówień publicznych jest nieuzasadniony."*

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), protokołu postępowania, oferty wykonawcy Diecezja Legnicka -

RADIO PLUS - LEGNICA, korespondencji ww. wykonawcy z zamawiającym.
Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.
Odwołujący w poczet dowodów w sprawie złożył następujące dokumenty w formie załączników:
1) kopia ogłoszenia o wyniku postępowania;
2) kopia specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3) pakiet dokumentów otrzymanych od zamawiającego po rozstrzygnięciu przetargu (kopia koperty, kopia pisma do RADIO PLUS - LEGNICA, korespondencja mail PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 15042016 godz. 13:38, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 15042016 godz. 13:56, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 15042016 godz. 13:57, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 15042016 godz. 13:00, pismo fax RADIO PLUS - LEGNICA z dnia 13.04.2016r,

korespondencja PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 06042016, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 06042016 z godz. 13:26, 12:22, 11:35, 13:27, korespondencja mail PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 06042016 godz. 12:05, potwierdzenie nadania, wezwanie z dnia 30.03.2016 r PRRR w Opolu Radio Opole SA wobec RADIO PLUS - LEGNICA do wyjaśnień, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 31032016 godz. 11:45, korespondencja mail PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 31032016 godz. 12:13, korespondencja PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 nowy termin na złożenie wyjaśnień do dnia 18 04 2016 r., informacja z systemu Poczty Polskiej SA, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:40, korespondencja fax PRJRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:36, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:21, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:27, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:20, korespondencja fax PRRR w Opolu Radio Opole SA z dnia 13042016 godz. 14:23, korespondencja RADIO PLUS - LEGNICA z dnia 14042016 (potwierdzenie otrzymania korespondencji), korespondencja RADIO PLUS - LEGNICA z dnia 14042016 (odpowiedź na wezwanie z załącznikami),
4) protokół ZP-T-9/2015
5) kopia oferty RADIO PLUS - LEGNICA.
- ww. dokumentacja przetargowa zamawiającego, która jest do każdej sprawy odwoławczej przesyłana na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - stanowi dowód dopuszczany przez Izbę z urzędu, stosownie do art. 190 ust. 2 ustawy Pzp - w zakresie rzeczowej potrzeby rozpatrzenia zarzutów odwołania.
Inne zgłoszone przez odwołującego dowody, tj.:
6) KRS spółki Stacja Opieki Caritas Diecezji Legnickiej Sp. z o.o. potwierdza, że udziałowcem jest Caritas Diecezji Legnickiej.
7) wydruk korespondencji e-mail z MSWiA oraz wydruk z systemu informacji prawnej Legalis - dotyczył okoliczności bezspornych - potwierdzających, że RADIO PLUS - LEGNICA stanowi wewnętrzną jednostkę organizacyjną Diecezji Legnickiej - zatem zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagały dowodu.
Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.
Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.
Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ)

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie „Usługi emisji programu radiowego”,
Rozdział I - Instrukcja dla wykonawców
Punkt I.2 Informacje ogólne. Ilekroć w specyfikacji jest mowa o „Wykonawcy” zgodnie z art. 2 ust. 11 ustawy należy przez to rozumieć osobą fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego będącego

przedmiotem niniejszego postępowania.
Punkt I.5 W ramach niniejszego postępowania dopuszcza się składanie ofert częściowych.
I.2. Opis przedmiotu zamówienia.
Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi emisji sygnałów programu radiowego przez 24 godziny na dobę przez wszystkie dni w roku (…) ze stacji nadawczych UKF-FM, zlokalizowanych w miejscowościach: Chrzelice, Brzeg, Głubczyce, Olesno, Paczków, Namysłów, Wysoka (…).
I.2. Zamówienie zostało podzielone na 7 części. Każda z części obejmuje świadczenie usługi emisji z jednej z ww. miejscowości. Składane oferty mogą dotyczyć jednej lub kilku części.
I.3. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków.
1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp.
Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Ocena zostanie dokonana wg formuły spełnia- nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp z wykorzystaniem wzoru zał. Nr 3 do SIWZ.
2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają nw. warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, tj. posiadania:
2.1. Uprawnienia do wykonywania określonej działalności (…).
Wykonawca musi być podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, posiadać zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej.
Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Ocena zostanie dokonana wg formuły spełnia- nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z wykorzystaniem wzoru zał. Nr 2 do SIWZ oraz w zaświadczeniu o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

2.2. Wiedzy i doświadczenia.
Opis sposobu dokonywania oceny warunku. Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na emisji programu radiowego w technologii UKF-FM, o wartości co najmniej:
Cześć I - Chrzelice 1 600 000 PLN,
Cześć II - Brzeg 350 000 PLN,
Cześć III - Głubczyce 350 000 PLN,
Cześć IV- Olesno 350 000 PLN,
Cześć V - Paczków 320 000 PLN,
Cześć VI - Namysłów 350 000 PLN,
Cześć VII - Wysoka 400 000 PLN.
W przypadku składania ofert na kilka części, minimalna wartość usług musi stanowić sumę wartości usług dla części, na które składana jest oferta.
Wykonawca musi załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonywana należycie. Przez dowody należy rozumieć dowody, o których mowa w § 1 ust. 2 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 (Dz. U. z 2013 poz. 231).
Ocena spełniania w/w warunku zostanie dokonana wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 2 do SIWZ oraz w wykazie stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.
2.4. Sytuacja ekonomiczna i finansowa
Opis sposobu dokonywania oceny warunku. Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej:
Cześć V - Paczków 320 000 PLN,
Cześć VII - Wysoka 400 000 PLN.

W przypadku składania ofert na kilka części, minimalna wartość polisy musi stanowić sumę wartości polis dla części, na które składana jest oferta.

20

Ocena spełniania w/w warunku zostanie dokonana wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 2 do SIWZ oraz załączonym dokumencie.
Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
1. Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z wykorzystaniem wzoru zał. Nr 2 do SIWZ
2. Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp z wykorzystaniem wzoru zał. Nr 3 do SIWZ. (…)
4. Zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 Prawo telekomunikacyjne. (…)
8. Aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, dotyczy informacji o podmiotach zbiorowych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.
9. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodem, o którym mowa w zadaniu poprzedzającym jest poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych -poświadczenie winno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert. Zał. 5 do SIWZ. Dowodem jest także oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnych charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W przypadku, gdy zamawiający Radio Opole S.A. - jest podmiotem na rzecz którego usługi wskazane w wykazie (…) zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.
10. Opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

21

Brak choćby jednego z wymaganych dokumentów wymienionych powyżej, spowoduje wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, chyba że zajdą okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy.
UWAGA: Złożenie wymaganych dokumentów po upływie terminu składania ofert jest możliwe jedynie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji, kiedy wykonawca nie złoży wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie złoży pełnomocnictwa, albo złoży wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub złoży wadliwe pełnomocnictwo, Zamawiający wezwie go do ich złożenia w wyznaczonym terminie, za wyjątkiem sytuacji, kiedy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.
I.5. Opis sposobu przygotowania ofert.
1. Wykonawca składa ofertę na formularzu stanowiącym załącznik do SIWZ (…) z dokumentami wymienionymi w p-nkt I.4.
2. Oferta musi zostać opracowana zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Ofertę należy sporządzić zgodnie ze wskazaniami zawartymi

w SIWZ- wg wzoru znajdującego się w rozdziale IV.
8. Wszystkie formularze muszą być wypełnione według wskazówek zawartych w SIWZ.
9. Oferta musi zawierać wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane postanowieniami punktu I.5.1 SIWZ.
11. Wszystkie strony oferty zawierające treść (wraz z załącznikami) muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy (wymienione w dokumencie potwierdzającym status prawny firmy lub posiadające pełnomocnictwo) oraz winne być opieczętowane pieczęciami firmowymi - dotyczy to również wszystkich załączników. (…)
12. Jeżeli dokumenty będą podpisane przez pełnomocnika firmy lub inną osobę upoważnioną, do oferty musi być dołączone prawnie skuteczne pełnomocnictwo lub upoważnienie, jeżeli umocowanie takie nie wynika z dokumentu rejestrowego, o którym mowa a punkcie I.4.3.
Termin składania ofert - do 24.03.2016 r.
Oferty sporządzone niezgodnie z wymaganiami określonymi w pkt I.5. zostaną odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jako sprzeczne z treścią SIWZ.

22

I.7. Kryteria oceny oferty.
a) cena - 90%
b) termin płatności -10%.
I.12.8. W przypadkach określonych w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający wykluczy wykonawcę z ubiegania się o udzielenia zamówienia. Na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę podmiotu wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
I.12.10. Zamawiający przytoczył treść art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.
W formularzu oferty zamawiający wymagał zamieszczenia, między innymi:
- pieczęci firmowej wykonawcy
- Numeru NIP
- Numeru REGON
- Nazwy Banku i numeru konta
3. Oświadczenia, że sposób reprezentacji spółki/konsorcjum dla potrzeb niniejszego zamówienia jest następujący:…..
- pieczęci i podpisu upoważnionego do reprezentowania firmy:…….
Załącznik nr 4 do SIWZ stanowił oświadczenie dotyczące przynależności/ lub nie do grupy kapitałowej.
Załącznik nr 5 do SIWZ stanowił oświadczenie, że w zakresie niezbędnym do wykazania w (oznaczonej) części spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonywaliśmy/ wykonujemy następujące usługi.
Należało podać: wartość brutto wykonanej usługi; opis przedmiotu usługi; datę wykonania; nazwę, adres odbiorcy; nazwę podmiotu wykazującego wiedzę i doświadczenie.
Do wykazu wykonawca był zobowiązany załączyć dowody potwierdzające, że usługi były lub są wykonywane należycie.
Z zestawienia złożonych ofert wynika, że wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą przy ul. Zielonej 5/6, 59-220 Legnica, złożył ofertę na część nr V i VII zamówienia.
Cześć V - Paczków - cena brutto - 340 070,40 zł, termin płatności - 60 dni
Cześć VII - Wysoka - cena brutto - 425 088,00 zł, termin płatności - 60 dni.
Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia.
Cześć V - Paczków - cena brutto - 382390,08 zł, termin płatności - 21 dni
Cześć VII - Wysoka - cena brutto - 493 586,40 zł, termin płatności - 21 dni.

23

Na część V złożył także ofertę wykonawca RDF2 Sp. z o.o., którego oferta została odrzucona.
FORMULARZ OFERTY wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA z siedzibą ul. Zielona 5/6, 59-220 Legnica, zawiera zgodnie z wzorem zamawiającego:
- pieczęć firmową wykonawcy, tj. RADIO PLUS - LEGNICA
- Numer NIP
- Numer REGON
- Nazwę Banku i numeru konta

„Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu „RADIO OPOLE" S.A. ul. Strzelców Bytomskich 8, 45-084 Opole
1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia ujętego jako cześć V i VII w SIWZ Nr ZP-T-9/2015 na „Usługi emisji programu radiowego" na warunkach zawartych w niniejszej ofercie.
2. Oświadczamy, że:
a) zapoznaliśmy się z SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi tam zasadami postępowania,
b) zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy, której projekt znajduje się w rozdziale III SIWZ i zobowiązujmy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, oraz wniesienia najpóźniej w dniu zawarcia umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
c) Świadczone usługi będą spełniać wymagani techniczne zawarte w decyzji KRRiT dotyczącej rezerwacji częstotliwości,
d) akceptujemy do realizacji warunki techniczne przedstawione w opisie szczegółowym przedmiotu zamówienia niniejszej specyfikacji,
3. Oświadczamy, że sposób reprezentacji spółki/konsorcjum dla potrzeb niniejszego zamówienia jest następujący - S.O. - Dyrektor
pieczęć firmowa RADIO PLUS - LEGNICA, podpis - S.O. - Dyrektor
Wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA, złożył następujące oświadczenia opatrzone podpisem - S.O. - Dyrektor
1. Zał. nr 2. Oświadczam, że podmiot do którego reprezentacji posiadam uprawnienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) spełnia warunki dotyczące:
a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności,
b) posiadania wiedzy i doświadczenia;

---

c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
d) sytuacji ekonomicznej i finansowej.
2. Zał. nr 3. Oświadczam, że podmiot do którego reprezentacji posiadam uprawnienia nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164)
3. Zał. nr 4. Oświadczam, że reprezentowana przez mnie firma nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy 2 dnia 18.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz., 184 z późn. zm.).
Wykonawca RADIO PLUS - LEGNICA, w zbiorze dokumentów oferty, zawarł między innymi następujące dokumenty:

1. Wykaz wykonanych usług (Załącznik nr 5) wraz z dowodami ich należytego wykonania, dla części V i VII zamówienia, obejmujący 6 usług na kwotę łączną 1 483 580,93 zł.
2. Zał. nr 8. Informację z KRK o niekaralności pełnomocnika p. S.O..
3. Dokument potwierdzający status prawny wykonawcy- Załącznik nr 9 - postanowienie Biskupa Legnickiego z dnia 31.12.2005 r. w sprawie wyodrębnienia podmiotu organizacyjnego pn. RADIO PLUS - LEGNICA.
   RADIO PLUS - LEGNICA jest odrębnym podmiotem podatkowym na mocy decyzji Izby Skarbowej z dnia 26.05.2004 r. (…). Jednostka organizacyjna będzie prowadzona na podstawie udzielonego pełnomocnictwa.(…).
4. Zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych - Załącznik nr 10 z dnia 28.02.2013 r.
5. Polisę ubezpieczenia OC, Załącznik nr 11, Nr 1012215741 wystawioną przez PZU S.A. na okres ubezpieczenia od 23.03.2016 r. do 22.03.2017 r. w zakresie OC w związku z posiadanym mieniem lub prowadzoną działalnością; składka: 2 419,46 zł. termin płatności 05.04.2016 r.
6. Pełnomocnictwo notarialne do reprezentowania firmy - Załącznik nr 12 o treści: *„Ja, niżej podpisany Biskup S.C. Ordynariusz Legnicki, działając w imieniu i na rzecz*

Diecezji Legnickiej z siedzibą w Legnicy oświadczam, że ustanawiam pełnomocnika do prowadzenia działalności wyodrębnionego z Diecezji Legnickiej podmiotu organizacyjnego pn. Radio Plus-Legnica z siedzibą w Legnicy ul. Zielona 5/6. Pełnomocnictwa udzielam dyrektorowi - S.L.O., ur. 01.04.1948 r., legitymującemu się dowodem osobistym serii … numer…., zamieszkałemu w Legnicy przy ul. ….

25

Udzielone pełnomocnictwo upoważnia do prowadzenia i zarządzania podmiotem organizacyjnym p.n. Radio Plus - Legnica, do zawierania umów w zakresie jego działalności, dokonywania wszelkich rozliczeń finansowych i podejmowania wszystkich innych czynności, które okażą się konieczne w związku z prowadzeniem podmiotu organizacyjnego, oraz dokonywania jako pracodawca czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Pełnomocnictwo upoważnia do występowania w imieniu Radia Plus-Legnica przed władzami, urzędami, instytucjami, przedsiębiorstwami, bankami i wszystkimi innymi podmiotami, oraz do składania wszelkich wniosków, deklaracji podatkowych i innych wymaganych przepisami dokumentów, a także do reprezentowania przed sądami w charakterze strony, wnioskodawcy, uczestnika postępowania."

Pismem z dnia 30 marca 2016 r. zamawiający wezwał RADIO PLUS - LEGNICA - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp: *„W związku ze złożeniem przez Państwa oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Nr ZP-T-9/2015 na „Usługi emisji programu radiowego" niniejszym na podstawie art. 26 ust 3 ustawy PZP wzywa do uzupełnienia złożonych dokumentów poprzez przedstawienie:*
1) poprawnie wypełnionego wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; zał. Nr 5 do SIWZ. Załącznik ten powinien potwierdzać, zgodnie z pkt.2.2 SIWZ, wiedzę i doświadczenie Wykonawcy w zakresie części V Paczków - minimalna wartość usługi dla części V - 320 000 zł.*
2) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy; informację z KRK muszą złożyć odpowiednio: przedsiębiorca w przypadku osób fizycznych, wspólnik w przypadku spółek jawnych, partner lub członek zarządu w przypadku spółek partnerskich, komplementariusz w przypadku spółek komandytowych oraz spółek komandytowo akcyjnych, urzędujący członek organu zarządzającego w przypadku osób prawnych tj. informacja z KRK dotycząca Biskupa Legnickiego,
3) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, (dotyczy informacji o orzeczeniu przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie przez podmioty zbiorowe, wydanym na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary tj. informacja z KRK dotycząca Diecezji Legnickiej).

26

---

4) zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 Prawo telekomunikacyjne, potwierdzone za zgodność z oryginałem.
5) polisy, potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczany od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - potwierdzoną za zgodność z oryginałem."

Termin na uzupełnienie dokumentów wyznaczono dla RADIA PLUS - LEGNICA do dnia 11 kwietnia 2016 r. Niezłożenie w/w dokumentów we wskazanym terminie spowoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W odpowiedzi na powyższe wezwanie RADIO PLUS - LEGNICA uzupełniło złożone dokumenty, poprzez przedłożenie między innymi:

1. Wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 5), tym razem tylko dla części V zamówienia, obejmujący 6 tych samych usług jak dla części V i VII - na tę samą

kwotę łączną 1 483 580,93 zł wraz z wyjaśnieniem, że zgodnie z Oświadczeniem Polskiego Radia oraz dołączonymi załącznikami do umów z Polskim Radiem, nasze usługi emisji programów są w trakcie realizacji, które kończą się w różnych terminach. (…).

2. Wykonawca ponownie złożył Polisę ubezpieczenia OC, Załącznik nr 11, Nr 1012215741 wystawioną przez PZU S.A. na okres ubezpieczenia od 23.03.2016 r. do 22.03.2017r. w zakresie OC w związku z posiadanym mieniem lub prowadzoną działalnością; składka: 2 419,46 zł. termin płatności 05.04.2016 r.
3. Przedstawił Informację z KRK wystawioną dla Diecezji Legnickiej z dnia 5 kwietnia 2016 r., że podmiot ten nie figuruje w Kartotece podmiotów zbiorowych KRK.
4. Przedstawił Informację z KRK wystawioną dla Z.K. z Diecezji Legnickiej z dnia 5 kwietnia 2016 r., że osoba ta nie figuruje w Kartotece Karnej.

Następnym pismem z dnia 6 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał RADIO PLUS - LEGNICA do złożenia wyjaśnień do przedstawionych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - od jakiego dnia ubezpieczyciel PZU S.A. ponosi odpowiedzialność z tytułu zawartej umowy, potwierdzonej polisą ubezpieczenia OC Nr1012215741? W terminie do 11.04.2016r. (termin został przedłużony)
Pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. Dyrektor RADIA PLUS - LEGNICA udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 kwietnia 2016 r., że ubezpieczyciel PZU S.A., zgodnie z punktem nr 1 załączonej polisy ponosi odpowiedzialność przez okres ubezpieczenia, tj. od 23.03.2016 r.,

czyli od dnia zawarcia umowy ubezpieczenia. Polisa będzie przedłużana przez cały okres trwania umowy z Waszym Radiem.
W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15.04.2016 r. zamawiający podał, że:
- w zakresie części V wybrał ofertę RADIA PLUS - LEGNICA, oferowana cena 340 070,40 zł za całość zamówienia. Wybrana oferta uzyskała największą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert, tj. 100 punktów. Oferta odwołującego uzyskała 83,54 punkty.
- w zakresie części VII wybrał ofertę odwołującego. Oferta RADIA PLUS - LEGNICA została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Załączony do oferty dokument Prezesa UKE z 15.03.2016 dotyczący świadczenia usług emisji ze stacji Wysoka Góra (…) na str. 24-27 nie został podpisany przez wykonawcę, a wezwanie do jego uzupełnienia nie jest możliwe na podstawie art. 16 ust. 3 Pzp. jest to niezgodne z pkt I.5.11 SIWZ w związku z rozdziałem II.3 Przedmiot zamówienia. Informacje dodatkowe.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego wobec oceny oferty konkurenta w zakresie części V zamówienia - zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Rozstrzygając sprawę, w pierwszej kolejności należało uwzględnić regulacje prawne odnoszące się do ustalonego stanu faktycznego.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie 1) warunków udziału w postępowaniu (…) zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przy wartości przedmiotu zamówienia, takiej jak w niniejszym przetargu, żądanie od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu było obligatoryjne z mocy art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który ma charakter bezwzględnie obowiązujący, stanowi że *„Wykonawca na* żądanie *zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy*

Pzp," w tym braku orzeczenia przez Sąd zakazu ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt.. 9 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał wykazaniem wiedzy i doświadczenia. Podał w SIWZ, że wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na emisji programu radiowego w technologii UKF-FM, o wartości co najmniej:
Cześć V- Paczków 320 000 PLN,
Cześć VII - Wysoka 400 000 PLN.

W przypadku składania ofert na kilka części, minimalna wartość usług musiała stanowić sumę wartości usług dla części, na które została złożona oferta.

Wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (…) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodem, o którym mowa w zadaniu poprzedzającym było poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych - poświadczenie winno być ono wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert. Zamawiający zapowiedział ocenę spełniania ww. warunku wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznika nr 2 do SIWZ oraz załączonym dokumencie załącznika 5 do SIWZ.

Wykonawca zobowiązany był załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonywana należycie. Przez dowody należało rozumieć dowody, o których mowa w § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231).

Ponadto, zamawiający ustanowił warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej:
Cześć V - Paczków 320 000 PLN,
Cześć VII - Wysoka 400 000 PLN.

W przypadku składania ofert na kilka części, minimalna wartość polisy musiała stanowić sumę wartości polis dla części, na które składana była oferta.
29

Zamawiający wymagał opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wyraźnie zapowiedział, że brak choćby jednego z wymaganych dokumentów wymienionych powyżej, spowoduje wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, chyba że zajdą okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Zamieścił UWAGĘ, że złożenie wymaganych dokumentów po upływie terminu składania ofert jest możliwe jedynie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji, kiedy wykonawca nie złoży wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, (…), albo złoży wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (…), zamawiający wezwie go do ich złożenia w wyznaczonym terminie, za wyjątkiem sytuacji, kiedy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odnośne dokumenty wymienia § 1 ust. 1 pkt 3 i 11 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), oraz § 3 ust. 1 pkt 6 powołanego rozporządzenia, który stanowi, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w

art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda (…) następujących dokumentów: pkt 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (…) ofert.

W całkowitej zgodności z przytaczanymi wyżej przepisami, zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, aby wraz z ofertą wykonawcy załączyli informacje z KRK w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomiczno-finansowej.

Ad. Zarzut Nr 1. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę rozumieć należy osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej,

---

która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Za jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej uznaje się zarówno jednostki organizacyjne nie będące osobami prawnymi, którym ustawa nie przyznaje zdolności prawnej np. spółki cywilne. Jak i jednostki organizacyjne, nie wyposażone przez prawo w osobowość prawną, którym przysługuje zdolność prawna (np. spółka jawna, partnerska). Jednostki organizacyjne, niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, są podmiotami prawa Oznacza to, że mogą samodzielnie w pełnym zakresie uczestniczyć w obrocie gospodarczym i być podmiotami stosunków prawnych.

W świetle ustalonych faktów bezprzedmiotowe jednak były obszerne wywody odwołującego na temat możliwych ustrojów prawnych jednostek organizacyjnych Kościoła Katolickiego.

Zawarte w zbiorze oferty RADIA PLUS - LEGNICA dokumenty:

a) Dokument potwierdzający status prawny wykonawcy - Załącznik nr 9 - postanowienie Biskupa Legnickiego z dnia 31 grudnia 2005 r. w sprawie wyodrębnienia podmiotu organizacyjnego pn. RADIO PLUS - LEGNICA, że RADIO PLUS - LEGNICA jest odrębnym podmiotem podatkowym na mocy decyzji Izby Skarbowej z dnia 26.05.2004 r. (…). Jednostka organizacyjna będzie prowadzona na podstawie udzielonego pełnomocnictwa.(…)

b) Pełnomocnictwo notarialne do reprezentowania firmy - Załącznik nr 12 o treści: *„Ja, niżej podpisany Biskup S.C. Ordynariusz Legnicki, działając w imieniu i na rzecz Diecezji Legnickiej z siedzibą w Legnicy oświadczam, że ustanawiam pełnomocnika do prowadzenia działalności wyodrębnionego z Diecezji Legnickiej podmiotu organizacyjnego pn. Radio Plus-Legnica z siedzibą w Legnicy ul. Zielona 5/6. Pełnomocnictwa udzielam dyrektorowi - S.L.O., ur. (…) r., legitymującemu się dowodem osobistym (…) Udzielone pełnomocnictwo upoważnia do prowadzenia i zarządzania podmiotem organizacyjnym p.n. Radio Plus - Legnica, do zawierania umów w zakresie jego działalności, dokonywania wszelkich rozliczeń finansowych i podejmowania wszystkich innych czynności, które okażą się konieczne w związku z prowadzeniem podmiotu organizacyjnego, oraz dokonywania jako pracodawca czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Pełnomocnictwo upoważnia do występowania w imieniu Radia Plus-Legnica przed władzami, urzędami, instytucjami, przedsiębiorstwami, bankami i wszystkimi innymi podmiotami, oraz do składania wszelkich wniosków, deklaracji podatkowych i innych wymaganych przepisami dokumentów, a także do reprezentowania przed sądami w charakterze strony, wnioskodawcy, uczestnika postępowania”*

- w sposób bezsporny zaświadczają, że RADIO PLUS - LEGNICA jest jedynie wyodrębnionym podmiotem organizacyjnym Diecezji Legnickiej, i za taki się podało składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

W formularzu oferty zamawiający nawet nie wymagał podania nazwy wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, żądał wyłącznie zamieszczenia pieczęci firmowej.

W oparciu o przywołane wyżej dokumenty należało przyjąć, że ofertę złożył podmiot mający osobowość prawną, tj.: Diecezja Legnicka - RADIO PLUS - LEGNICA, działający przez pełnomocnika Dyrektora tego Radia p. S.L.O.. Uchybienie polegało jedynie na niepodaniu pełnej nazwy podmiotu w formularzu oferty. Natomiast oświadczenie woli -

wyrażające się przez złożone dokumenty, zgodnie z art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, pozwalały jednoznacznie zidentyfikować wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Nie zachodziły zatem podstawy do odrzucenia oferty Diecezji Legnickiej - RADIA PLUS - LEGNICA, z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący nie zgłaszał żadnych zarzutów odnośnie prawidłowości umocowania p. S.L.O. do złożenia oferty w tym przetargu przez Diecezję Legnicką - RADIO PLUS - LEGNICA.
Ad. Zarzut 2. Naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust 1 pkt. 2 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz w zw. z 24 ust. 4 ustawy Pzp, z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3-4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia RADIO PLUS - LEGNICA oraz zaniechanie uznania oferty RADIO PLUS - LEGNICA za odrzuconą, mimo, iż RADIO PLUS - LEGNICA nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie: posiadania obowiązującej polisy OC.

Z materiału dowodowego sprawy wynika, że wbrew ustalonym warunkom wykonawca Diecezja Legnicka - RADIO PLUS - LEGNICA nie przedłożył w dokumentach oferty dowodu uiszczenia składki od przedstawionej polisy ubezpieczenia OC, wystawionej przez PZU S.A. OC Nr1012215741. Pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. Dyrektor RADIA PLUS - LEGNICA udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2016 r., że ubezpieczyciel PZU S.A., zgodnie z punktem nr 1 załączonej polisy ponosi odpowiedzialność przez okres ubezpieczenia, tj. od 23.03.2016 r., czyli od dnia zawarcia umowy ubezpieczenia. Polisa będzie przedłużana przez cały okres trwania umowy z Waszym Radiem.

Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentu - dowodu ubezpieczenia oraz do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczących danej polisy. Wykonawca swoim wyjaśnieniem nie wykazał, że na upływ terminu złożenia ofert - 24 marca 2016 r. dysponował opłaconą polisą, pozwalającą na przyjęcie skuteczności udzielonej ochrony ubezpieczeniowej OC. Skoro termin zapłaty składki przypadał w dniu 4 kwietnia 2016 r., składając wyjaśnienia dnia 14 kwietnia 2016 r. wykonawca Diecezja Legnicka - RADIO PLUS - LEGNICA mógł przedłożyć dowód opłacenia składki, czego jednak nie uczynił.

Zarzut znalazł potwierdzenie, gdyż przepis § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231) wymaga wprost przedłożenia opłaconej polisy, takie też były dyspozycje zamawiającego zawarte w SIWZ.

Z uwagi na inne odnotowane niezgodności w ofercie wykonawcy Diecezji Legnickiej - RADIO PLUS - LEGNICA, kwalifikujące przedmiotową ofertę do odrzucenia - o czym niżej - nie zachodziły podstawy do nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu opłacenia polisy OC w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten zwalnia zamawiającego z takiego obowiązku, w sytuacji, gdy oferta wykazująca braki podlega odrzuceniu z innych przyczyn.
Ad. Zarzut Nr 3. Naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, poprzez nie złożenie dokumentu dla wykazania braku podstaw do wykluczenia, w odniesieniu do podmiotu RADIO PLUS - LEGNICA.

Zarzut ten znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy, o tyle, że w postępowaniu na wezwanie zamawiającego została uzupełniona informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp - odnośnie braku orzeczenia przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie przez podmioty zbiorowe, wydana na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary - dla Diecezji Legnickiej - będącej podmiotem składającym ofertę. Nie można było jednak pominąć, że informacja została wystawiona z datą 5 kwietnia 2016 r., iż podmiot ten nie figuruje w Kartotece podmiotów zbiorowych KRK. Informacja przedłożona w postępowaniu powinna potwierdzać spełnienie warunku - braku podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert, a więc nie później niż na 24 marca 2016 r. Z tych względów była wadliwa i nie powinna zostać przyjęta.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez

zamawiającego oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Przywołany wyżej przepis stanowi wyjątek od zasady, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym złożenie wszystkich wymaganych w danym postępowaniu dokumentów, przez ich załączenie w

33

---

zbiorze dokumentów oferty. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty w swej treści powinny potwierdzać spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przepis ten nie wymaga bezwzględnie, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu. Inaczej mówiąc zaświadczała, że dany stan rzeczy istniał na wyznaczony moment.

Istnieją procedury np. odnoszące się do zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków - umożliwiające uzyskanie potwierdzenia stanu rozliczeń na oznaczony dzień (za okres ubiegły). Inny charakter ma natomiast informacja z Krajowego Rejestru Karnego, bowiem dokument ten zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja została wydana, a nie na jakikolwiek inny dzień.

Jednocześnie, ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z ww. Rejestru w jakikolwiek inny sposób, np. przez oświadczenie własne, tak jak jest to w przypadku opisanym w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.

Uzyskując informację z KRK nie można wskazać daty stanu, który owa informacja ma odzwierciedlać. Możliwe jest zatem uzyskanie wyłącznie informacji wydanej według stanu na dzień jej wydania.

Podstawową zasadą procedury przetargów publicznych jest, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się w oparciu o wymagane i przedłożone przez wykonawcę dokumenty według stanu upływu terminu na złożenie ofert.

Zamawiający nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które podał w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a zwłaszcza nie może odstępować od warunków, które stanowią transpozycję bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Stanowiłoby to naruszenie tych przepisów, a ponadto naruszenie zasad rządzących postępowaniem o zamówienie publiczne określonych w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp - równego tratowania wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie można bowiem tak samo traktować wykonawcy, który wykazał brak podstaw do wykluczenia w sposób nakazany ustawą, ogłoszeniem i SIWZ - z wykonawcą, który tego nie uczynił, przy uznaniu spełnienia warunku na zasadzie prawdopodobieństwa zaistnienia oznaczonych faktów.

34

Nikt nie zarzuca wykonawcy wybranemu, że wobec Diecezji Legnickiej orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie. Podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania jest art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania jeżeli ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, i który to przepis stanowił podstawę stawianego zarzutu faktycznego - niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nakazany ustawą, ogłoszeniem i SIWZ.

Zamawiający nie był uprawniony, aby na etapie oceny ofert odstępować od warunków wyznaczonych w SIWZ i podanych w ogłoszeniu, gdyż czynności zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w danym postępowaniu przetargowym, bowiem postępowanie ma być prowadzone według reguł przejrzystości. Zamawiający był zatem zobligowany badać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, i oceniać je wyłącznie na podstawie

wymaganych oświadczeń i dokumentów. Oznaczało to, że również dokumenty uzupełniane na wezwanie musiały mieć wymaganą postać. Ocena spełnienia warunków dokonywana była w systemie „spełnia- nie spełnia". Nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków udziału, musiało skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W kwestii uzupełniania dokumentów wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE, orzekając odnośnie procedury uzupełniania żądanych przez zamawiających dokumentów opisujących sytuację wykonawcy (dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu). W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał wskazał co następuje i orzekł: *„(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art.45 -50 lub o ich wyjaśnienie".*
(28) Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest zapewnienie swobody świadczeń *usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.*
(29) Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle *rezultatów, do jakich mają doprowadzić.*
(39) Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.

35

Z powyższych względów Trybunał (dziesiątą lzba) orzeka, co następuje:
„Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuacje kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane."
Mając więc na uwadze:
- obowiązujący przepis art. 267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż *„Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty."*
- wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa: *„Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w* świetle *wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą."*

Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej lzby Odwoławczej, wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą.

Rzeczą wykonawcy jest zadbanie o to, aby na dzień złożenia oferty dysponować standardowo wymaganym dokumentem informacji z KRK o niekaralności członków organu zarządzającego, czy w odniesieniu do podmiotu zbiorowego. Procedura uzupełniania dokumentów nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów wymaganych w przetargu, ale do dołączenia dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy, ale jedynie przez przeoczenie nie zostały załączone w zbiorze oferty. Przepis ten w sposób imperatywny stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (…) wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponownie wzywanie o uzupełnienie tych samych dokumentów w świetle art. 26 ust. 3

ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, a zamawiający jest zobligowany wykluczyć z

36

---

postępowania wykonawcę, który nie wykazał w wyznaczony sposób braku podstaw do wykluczenia, czy spełnienia warunków udziału w postępowaniu - i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Stanowisko takie potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo sygn. akt: KIO 2483/14, KIO 681/14, KIO 2698/14, gdzie Izba uznała, że złożenie informacji z KRK po upływie terminu składania ofert obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stanowisko Izby wyrażone w wyżej przywołanych wyrokach znajduje również potwierdzenie w wyroku SO w Warszawie Sygn. akt: XXIII Ga 683/13 z 29 maja 2013 r.

Ad Zarzut 4. Naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA, oraz zaniechanie uznania oferty RADIO PLUS - LEGNICA za odrzuconą, mimo, iż wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, o których mowa w Rozdziale I SIWZ „Opis Warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny spełniana tych warunków," ppkt 2.2. „Wiedza i doświadczenie" mając na względzie, że wykonawca ten nie przedstawił jednej usługi, która osiągnęła próg wymagany 720 tys. zł bądź dwóch usług, które osiągnęły progi 320 tys. zł bądź 400 tys. zł.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że złożony w dokumentach oferty wykonawcy Diecezja Legnicka - RADIO PLUS - LEGNICA Wykaz zrealizowanych usług, jak i ponownie przedłożony na wezwanie zamawiającego - był wadliwy w świetle wymagań SIWZ. Nie pozwalał bowiem na zweryfikowanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do każdej z dwóch odrębnych części, tj. V i VII - w wymaganej wartości 720 tys. zł łącznie, lub usług które osiągnęły progi 320 tys. zł, bądź 400 tys. zł, stosownie do wartości wyznaczonych w częściach V i VII zamówienia, o które ten wykonawca się ubiegał. Wykonawca podał wartość zbiorczą 6 usług referencyjnych - 1 483 580,93 zł, nie pozwalając tym samym, na zweryfikowanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób zapowiedziany w SIWZ.

Ponadto, zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca Diecezja Legnicka - RADIO PLUS - LEGNICA przedstawił ponownie Wykaz zrealizowanych usług- dla części V, w którym ujął te same usługi i na tę samą wartość jak w poprzednim wykazie na część V i VII zamówienia, z czego należało wnioskować o „rezygnacji wykonawcy z ubiegania się o część VII zamówienia," czego ustawa Pzp, po upływie terminu złożenia ofert - nie dozwala.

37

Procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. Brak uzupełnienia stwierdzonego braku na wyznaczony termin skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w następstwie skutkuje uznaniem oferty za odrzuconą stosownie do wskazań art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Ad Zarzut 5. Naruszenia art. 24 b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RADIO PLUS - LEGNICA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie grupy kapitałowej oraz dostarczenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej.

Zarzut powyższy Izba uznała za chybiony. Wykonawca Diecezja Legnicka RADIO PLUS - LEGNICA złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.).

Przedstawiony przez odwołującego dowód - w postaci odpisu z KRS podmiotu - Stacja Opieki Caritas Polska nie świadczy o przynależności Diecezji Legnickiej RADIO PLUS

- LEGNICA do grupy kapitałowej. Jak podają ogólnie dostępne źródła - Caritas Polska jest instytucją charytatywną Konferencji Episkopatu Polski. Działa w oparciu o ustawę z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego. Posiada własną osobowość prawną i działa w oparciu o przepisy prawa kościelnego i państwowego. Od 2004 roku posiada status organizacji pożytku publicznego (nr KRS 0000198645). Caritas Polska koordynuje pracę 44 Caritas diecezjalnych i archidiecezjalnych w Polsce. Współpracuje na arenie międzynarodowej z Caritas Internationalis i Caritas Europa. Udziela pomocy doraźnej i długofalowej, materialnej i finansowej osobom bezrobotnym, bezdomnym, chorym, starszym, dzieciom z rodzin ubogich, a także imigrantom i uchodźcom. Caritas udziela również pomocy humanitarnej ofiarom wojen, kataklizmów i nieszczęść naturalnych poza granicami Polski. Udziałowcem tego podmiotu jest Caritas Diecezji Legnickiej.

Odwołujący nie udowodnił, wbrew obowiązkom wynikającym z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - przynależności konkurencyjnego wykonawcy do grupy kapitałowej, wymagającej złożenia odmiennego oświadczenia w tej kwestii.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

38

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę łączną 18 600,00 zł z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……..……..……..…

39