

Sygn. akt: KIO/UZP 1114 /08

WYROK
z dnia 28 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **WYG International Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie ul. Ligonía 46, 40-037 Katowice** protestu z dnia **8 września 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie

2. kosztami postępowania obciążyć Województwo Śląskie ul. Ligonía 46, 40-037 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **WYG International Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Śląskie ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** na rzecz **WYG International Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WYG International Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Wykonawca - WYG International Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym wniósł protest wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 2 ustawy poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. art. 60b poprzez zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego z naruszeniem ustawowych przesłanek.

Wykazując swój interes prawny, protestujący wskazał, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są dyskryminujące i naruszają przepisy ustawy, przez co protestujący nie ma możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo Zamawiający nieprawidłowo zastosował tryb

dialogu konkurencyjnego, co stanowi podstawę do stwierdzenia unieważnienia postępowania.

Wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust 5 ustawy oraz w zw. z art. 60b ustawy.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że zgodnie z art. 60b ust 1 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie dwie wskazane w tym przepisie okoliczności:

1. nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,
2. cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący stwierdził, że tylko niemożliwość podyktowana szczególnie złożonym charakterem zamówienia, która w konsekwencji skutkuje niemożnością opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i art. 31 stanowi podstawę do udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, przy czym niemożliwość taka musi być obiektywna i bezdyskusyjna.

W ocenie protestującego, z taką obiektywną przesłanką nie mamy do czynienia w rzeczonym zamówieniu publicznym, ponieważ zamawiający ma możliwość i wszelkie podstawy dające możliwość opisu przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem obowiązku wynikającego z art. 30 ustawy. Z niemożnością opisu przedmiotu zamówienia mamy wyłącznie do czynienia np. „podczas wdrażania skomplikowanych, znaczących, często kompleksowych (zintegrowanych) projektów infrastrukturalnych” (tak: Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego wydanie drugie Warszawa 2006, str. 179).

Protestujący zwrócił uwagę, że większość prowadzonych zamówień podobnych do niniejszego przedmiotu jest udzielana w trybach konkurencyjnych tj. np. w trybie przetargu nieograniczonego lub też ograniczonego.

Protestujący podniósł także, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podał, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. wykażą się wykonaniem

przynajmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Poprzez usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, zamawiający rozumie przeprowadzenie kampanii promocji miasta / powiatu / województwa / regionu o wartości jednostkowej nie mniejszej niż 500 000 zł brutto

W ocenie protestującego, wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu wyklucza z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie zdolnych do jego realizacji wykonawców, ale którzy nie posiadają wymaganego doświadczenia.

Protestujący zwrócił uwagę, że przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest opracowanie koncepcji i przeprowadzenie kampanii promocyjnej, której celem jest kształtowanie i utrzymanie wizerunku Województwa Śląskiego jako regionu atrakcyjnego gospodarczo i inwestycyjnie. Świadczenie usługi polegającej na opracowaniu koncepcji i przeprowadzeniu kampanii promocyjnej dla miasta / powiatu / województwa / regionu niczym nie różni się od przygotowania i przeprowadzenia kampanii promocyjnej dla innych jednostek organizacyjnych - np. gminy, a także innych przedsięwzięć np. promocja wielowątkowego projektu realizowanego przez różne podmioty. Nie różni się również od przygotowania kampanii promocyjnej na rzecz wielu podmiotów prywatnych. Podniósł, że obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na wykonawców, w przypadku promowania miasta / powiatu / województwa / regionu, szczególnych obowiązków. Sposób przygotowania, jak i prowadzenia takiego rodzaju usługi jest identyczny dla każdego zamówienia bez względu na to, czy zamawiającym jest podmiot prywatny, czy też jakaś instytucja samorządowa.

Protestujący nadto wskazał, że opracowanie koncepcji i przeprowadzenie kampanii promocyjnej jest usługą, której wykonanie polega na wykorzystaniu w szczególności potencjału intelektualnego, dlatego też o jej należyтым wykonywaniu decydują przede wszystkim inwencja, wiedza i wykształcenie osób je wykonujących, za nieuprawnione zatem powinno być uznanie żądanie od wykonawców wykazania się potwierdzeniem posiadania odpowiedniego doświadczenia, odnosząc warunek udziału w postępowaniu do wartości zrealizowanych poprzednio usług; zamawiający powinien brać pod uwagę zakres zrealizowanej, lub realizowanej usługi przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcy, a nie jej wartość. Wartość usługi, biorąc pod uwagę intelektualny charakter tej usługi jest zawsze określana indywidualnie, a jej wysokość często nie zależy, lub w ograniczonym stopniu jest związana z zakresem tej usługi. Wartość tego typu usług determinują stopień jej skomplikowania, a także nakład pracy intelektualnej.

Zdaniem protestującego, poprzez taki warunek udziału w postępowaniu, zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wiele podmiotów, które realizowały lub realizują usługi

odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia - wykonawców posiadających niezbędne doświadczenia, a zatem zdolnych do realizacji, ale ich wartość (wynagrodzenie za wykonane usługi) została ustalona poniżej wymaganej przez zamawiającego.

Protestujący stwierdził, że określone w 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) prawo żądania „wykazu wykonanych usług” wskazuje na uprawnienie zamawiającego do żądania wykazania doświadczenia w wykonaniu określonej ilości usług o określonej wartości. Z przepisów tych nie wynika jednak obowiązek, aby wymagane doświadczenie było tożsame lub podobne do wartości usług zamawianych w konkretnym przetargu.

Protestujący, na potwierdzenie swojego stanowiska, przywołał wyroki o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-856/07, sygn. akt UZP/ZO/0- 872/07, UZP/ZO/0-855/05, UZP/ZO/0-2969/06.

W oddaleniu protestu zamawiający - Województwo Śląskie, stwierdził, że protestujący upraszcza zamówienie do samych usług promocji, gdy tymczasem zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu w rozdziale VI.3) INFORMACJE DODATKOWE wyraźnie wyodrębniono dwa etapy realizacji zamówienia. Pierwszy etap ma charakter przedsięwzięcia o charakterze infrastrukturalnym - integrującym już istniejącą infrastrukturę informatyczną z tą, którą należy zbudować, a całość ma stanowić system udostępniania odpowiednio dopasowanej informacji do określonych grup docelowych. „Celem jest budowa zintegrowanego systemu informowania inwestorów, w oparciu o istniejące już portale i strony internetowe oraz odpowiednie bazy danych (wojewódzkie bazy, takie jak: Regionalny System Informacji Przestrzennej z bazą terenów przemysłowych itp.)” Dopiero po zbudowaniu sprawnego systemu wyszukiwania informacji o możliwościach inwestowania jak i rozwoju przedsiębiorczości w województwie śląskim, będzie można przystąpić do „klasycznych”, w rozumieniu protestującego, akcji promocyjnych odniesionych do tego portalu, jak i określonych grup docelowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ze względu na wielość i różnorodność już funkcjonujących systemów informowania inwestorów (PALiZ, gminy, miasta, samorządy gospodarcze itp), różnego rodzaju narzędzia, protokoły informatyczne, bazy danych jak i różnego rodzaju rozwiązania sprzętowe - w tej fazie formułowania zamówienia jest niemożliwe dokładne określenie zakresu prac, zakresu zakupu sprzętu, jak i określenia rodzaju oprogramowania niezbędnego do zintegrowanego zbierania i przesyłania danych zasilających, jak

i funkcjonowania całego systemu. Wszystko to, zdaniem zamawiającego, świadczy o tym, że istniały obiektywne przesłanki przejawiające się brakiem możliwości dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia i zastosowania oprotestowanego trybu.

Odnosnie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający stwierdził, że ma prawo oczekiwać od wykonawców profesjonalizmu i wiedzy na obu etapach realizacji zamówienia, dlatego też sformułował wymagania w taki sposób, aby spełnić swoje oczekiwania i cele, nie zaś, aby dostosowywać je do możliwości wykonawczych protestującego. Spełnienie oczekiwań opisanych w proteście należałoby rozumieć jako naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Zgodnie z sekcją II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu szacunkowa wartość zamówienia wynosi 942 622,95 zł. Taką samą wartość wskazano w pkt. 2 protokołu ZP-1. Jak oświadczył Zamawiający na rozprawie wartość przeprowadzenia kampanii promocyjnej oszacował na poziomie 700 000 tys. zł.

Przedmiotem zamówienia jest „Opracowanie koncepcji i przeprowadzenie kampanii promocyjnej, której celem jest kształtowanie i utrzymanie wizerunku Województwa Śląskiego jako regionu atrakcyjnego gospodarczo i inwestycyjnie”,

Zgodnie z treścią sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówienia przewidziano realizację zamówienia etapami:

1. ustalenie systemu mierników dla oceny skuteczności kampanii promocyjnej,
2. przeprowadzenie analiz, badań w celu określenia stanu wyjściowego, analiza słabych i mocnych stron oraz szans i zagrożeń Województwa Śląskiego pod kątem planowanej kampanii,

3. analiza jakościowa i ilościowa w zakresie pozycjonowania Województwa Śląskiego na tle innych regionów – w zakresie atrakcyjności inwestycyjnej i gospodarczej,
- 4 określenie podstawowych problemów i sposobów ich rozwiązywania,
- 5 zaplanowanie kampanii promocyjnej na rok 2008, 2009 i lata następne oraz realizacja kampanii w latach 2008 i 2009 wraz z identyfikacją adresatów działań promocyjnych – grup docelowych.

Zgodnie zaś z sekcją VI.3 ogłoszenia o zamówieniu w pierwszym etapie ma zostać zbudowany zintegrowany system informowania (portal internetowy o charakterze informacyjno - promocyjnym na temat przedsiębiorczości, możliwości inwestycyjnych) w oparciu o już istniejące portale i strony internetowe oraz bazy danych. Przy tworzeniu systemu należy wykorzystać już istniejące jednostki Urzędu Miasta, struktury w odpowiednich JST, samorząd gospodarczy.

W drugim etapie przewidziano podjęcie działań polegających na upowszechnieniu informacji o przedsiębiorczości i atrakcyjności inwestycyjnej województwa śląskiego oraz promowaniu powstałego portalu przy użyciu wielu kanałów komunikacji: outdoor, prasa, radio, mailing, portale internetowe, film promocyjny, prezentacja, udział w targach itp. Adresatem tych działań mają być kolejno:

1. mieszkańcy (przedsiębiorcy) województwa śląskiego,
2. środowiska biznesowe w Polsce,
3. inwestorzy zagraniczni.

Zamawiający w sekcji IV.2.1) przewidział dwa kryteria oceny ofert: „cenę” oraz „koncepcję działań promocyjnych”, przypisując każdemu z nich wagę 50% .

Zamawiający, zgodnie z sekcją III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, zażądał, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem przynajmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym za usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający uznał przeprowadzenie kampanii promocji miasta / powiatu / województwa / regionu o wartości jednostkowej nie mniejszej niż 500 000 zł brutto

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

odnośnie zarzutu braku podstaw do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Sporna między stronami jest kwestia, czy zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Opracowanie koncepcji i przeprowadzenie kampanii promocyjnej, której celem jest kształtowanie i utrzymanie wizerunku Województwa Śląskiego jako regionu atrakcyjnego gospodarczo i inwestycyjnie” był do tego uprawniony.

Odwołujący zakwestionował to uprawnienie ze względu na brak jednej z przesłanek, koniecznej do wyboru tego trybu, o której mowa w art. 60b ust. 1 pkt 1) ustawy, tj.: „nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać zamówienia zgodnie z art. 30 i 31”

Stwierdzić należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje przesłanki „niemożliwości udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego”. W ocenie składu orzekającego Izby, brak wskazówek w tym zakresie daje zamawiającemu dużą swobodę, w ramach której zamawiający może przyjąć, że rezygnacja z zastosowania trybów podstawowych, jest dozwolona, gdy zamawiający ma uzasadnione podstawy, by przyjąć, że próba wyłonienia wykonawcy oferty najkorzystniejszej w jednym z tych trybów nie będzie skuteczna np. ze względu na brak prawidłowych ofert, czy ze względu na spodziewane zapytania potencjalnych wykonawców, którym zamawiający, mimo należytej staranności na etapie przygotowania postępowania, nie będzie w stanie sprostać.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje także, jakie zamówienie może zostać zakwalifikowane jako zamówienie o szczególnie złożonym charakterze, brak nadto takiego doprecyzowania w innych przepisach prawa polskiego. Z kolei w art. 1 pkt 11 c) Dyrektywy klasycznej (2004/18/WE) podano, że za zamówienie szczególnie złożone uważa się przypadek, gdy instytucje zamawiające nie mogą obiektywnie określić środków technicznych, (...), umożliwiających zaspokojenie ich potrzeb lub realizację celów.

Zarówno art. 1 pkt 11 lit. c) Dyrektywy klasycznej, poprzez użycie sformułowania: „nie mogą obiektywnie”, jak też art. 60b ust. 1 pkt 1) ustawy, poprzez użycie sformułowania: „nie jest możliwe”, akcentują obiektywny charakter niemożliwości opisu przedmiotu zamówienia.

Z całą pewnością zatem subiektywne przekonanie zamawiającego o niemożliwości opisu przedmiotu zamówienia nie jest wystarczającą okolicznością do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego, przy czym rozważenia wymaga, jak rozumieć ów obiektywny charakter niemożliwości.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko doktryny, zgodnie z którym: „warunku tego nie można absolutyzować i rozpatrywać w sposób abstrakcyjny. Chodzi raczej o sytuację, w której opisanie przedmiotu zamówienia (...) wymagałoby poniesienia znacznych nakładów. Przypadek, w którym zamawiający – bez względu na związane z tym problemy i koszty – nie mógłby opisać przedmiotu zamówienia (...), korzystając z pomocy ekspertów (...) zdarzałyby się wyjątkowo rzadko. Dlatego bardziej przekonujące jest (...), iż dialog konkurencyjny można zastosować również wtedy, gdy zamawiający wprowadzić może opis przedmiotu zamówienia (...) na jeden lub kilka sposobów, lecz nie ma możliwości zweryfikowania (lub musiałby ponieść niewspółmierne koszty), który ze sposobów (rozwiązań) najbardziej spełnia jego potrzeby” (Komentarz G. Wicik, P. Wiśniewski Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2007, s.345-346).

Analizując szczególną złożoność zamówienia należy, kierując się sposobem rozumienia szczególnie złożonego charakteru zamówienia wskazanym w art. 1 pkt 11 c) Dyrektywy, odpowiedzieć na pytanie: czy jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób normatywnie uregulowany ?

W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia jest opracowanie koncepcji, a także przeprowadzenie kampanii promocyjnej. Oczywistym jest, że sposób przeprowadzenia kampanii jest zależny od przyjętej koncepcji. Sięgając do językowego znaczenia słowa: „koncepcja” stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia jest „pomysł” – „twórcza myśl zawierająca projekt działania, rozwiązania czegoś”.

Biorąc pod uwagę wielość i różnorodność możliwych pomysłów, zmierzających do realizacji celu zamawiającego, tj. kształtowania i utrzymania wizerunku województwa śląskiego jako regionu atrakcyjnego gospodarczo i inwestycyjnie, a także z powodów wskazanych powyżej, nie absolutyzując obiektywnego charakteru przesłanki, uznać należy, że zamawiający nie jest obecnie w stanie opisać przedmiotu zamówienia nie tylko w zgodzie z art. 30, ale także wedle reguł art. 29 ustawy (art. 31 ustawy, odnoszący się do robót budowlanych, nie ma tu zastosowania).

W ocenie składu orzekającego Izby zasadna jest także analiza szczególnej złożoności zamówienia z punktu widzenia językowego rozumienia słowa: „złożony”, zgodnie z którym „złożony” to: „składający się z części, obejmujący wiele aspektów”.

Rozpoznawana sprawa dotyczy zamówienia, którego etapowość i wieloaspektowość, w świetle opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, nie budzą wątpliwości składu orzekającego Izby.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 60b ustawy Prawo zamówień publicznych.

odnośnie zarzutu postawienia warunku udziału w postępowaniu naruszającego zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, poprzez postawiony w zakresie doświadczenia zawodowego warunek udziału w postępowaniu, odmówił wykonawcom możliwości wykazywania doświadczenia zdobytego w realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych oraz gmin.

Na rozprawie zamawiający uzasadniał to swoją specyfiką w stosunku do innych zamawiających, tj. różnicami pod względem struktury, liczebności i powierzchni.

W ocenie składu orzekającego, sam ten fakt nie może przesądzać o uznaniu, że usługi zrealizowane na rzecz innych zamawiających są nieprzydatne, ponieważ oczywistym jest, że każdy zamawiający ma z tego punktu widzenia inną, własną specyfikę. Taka też inna specyfika charakteryzuje, dopuszczone przecież przez zamawiającego, miasta, czy powiaty. Skład orzekający Izby podziela przy tym stanowisko Odwołującego, że brak jest podstaw, aby odmówić wykonawcom możliwości wykazywania doświadczenia realizowanego na rzecz gmin, w sytuacji, gdy dopuszcza się możliwość wykazywania doświadczenia realizowanego na rzecz miasta – gminy miejskiej, a przecież ich specyfika pod względem struktury, liczebności, czy powierzchni może być bardzo zbliżona.

Argumentem, uzasadniającym w ocenie zamawiającego, niedopuszczenie doświadczenia zdobytego w realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych, jest przyjęty przez zamawiającego podział podmiotów, który opiera się przypisaniu wyłącznie podmiotom publicznym działalności o charakterze „non profit” oraz odmowie możliwości prowadzenia takiej działalności w przypadku podmiotów prywatnych.

Ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić, ponieważ istnieją podmioty, np. izby przemysłowo - handlowe, które są podmiotami prywatnymi, prowadzącymi działalność „non profit”.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby nie znalazł w argumentacji zamawiającego uzasadnienia dla ograniczenia przy wykazywaniu doświadczenia

wykonawców poprzednio realizowanych przez wykonawców usług do tych realizowanych na rzecz miasta, powiatu, województwa, czy regionu, nadto w sytuacji, gdy sposób rozumienia „regionu” przez zamawiającego nie daje możliwości, aby w tej grupie znalazły się gminy, uznał zatem, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie znalazł natomiast podstaw prawnych do przyjęcia, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi, dezaktualizuje się prawo zamawiającego do żądania od wykonawców, aby wykazali się wcześniej wykonanymi usługami o konkretnej, adekwatnej do usługi będącej przedmiotem prowadzonego postępowania, wartości.

Porównując wartość szacunkową zamówienia, w części odnoszącej się do przeprowadzenia kampanii promocyjnej, tj. wskazaną przez zamawiającego na rozprawie kwotę 700 000 zł do minimalnej wartości uprzednio wykonanej usługi, której wykonanie muszą wykazać wykonawcy, tj. kwoty 500 000 zł stwierdzić należy, że żądana przez zamawiającego wartość graniczna jest uzasadniona i nie sposób uznać ją za wygórowaną.

Skład orzekający Izby nie nakazał zmiany treści ogłoszenia, ponieważ możliwość taka nie jest ustawowo przewidziana dla trybu dialogu konkurencyjnego, co wynika z treści art. 12a ust. 2, odnoszącego się wyłącznie do trybu przetargu nieograniczonego, ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, w sytuacji gdy brak jest przepisu, który pozwalałby stosować przepis art. 12a ust. 2 ustawy do trybu dialogu konkurencyjnego.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....