

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 20 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Witolda Domanika, Macieja Leśniaka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej FORMIND s.c. W.Domanik, M.Leśniak z siedzibą w Chorzowie, Pl. Osiedlowy 2/63, 41-506 Chorzów (adres do korespondencji: ul. Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, ul. Radziszowska 11, 32-050 Skawina**

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Witolda Domanika, Macieja Leśniaka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej FORMIND s.c. W.Domanik, M.Leśniak z siedzibą w Chorzowie, Pl. Osiedlowy 2/63, 41-506 Chorzów (adres do korespondencji: ul. Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez **Witolda Domanika, Macieja Leśniaka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej FORMIND s.c. W.Domanik, M.Leśniak z siedzibą w Chorzowie, Pl. Osiedlowy 2/63, 41-506 Chorzów (adres do korespondencji: ul. Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **248 zł 80 gr** (słownie: dwieście czterdzieści osiem złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Witolda Domanika, Macieja Leśniaka** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej **FORMIND s.c. W.Domanik, M.Leśniak** z siedzibą w Chorzowie, **Pl. Osiedlowy 2/63, 41-506 Chorzów** (adres do korespondencji: ul. Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice) na rzecz **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, ul. Radziszowska 11, 32-050 Skawina**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Promocję Projektu dla przedsięwzięcia pn.: „GOSPODARKA WODNO ŚCIEKOWA NA TERENIE GMINY SKAWINA”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2010 r., poz. 180721.

Zamawiający w 17 sierpnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Witolda Domanika, Macieja Leśnika, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej FORMIND s.c. W.Domanik, M.Leśniak z siedzibą w Chorzowie, zwanych dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż nie spełnia on wymaganych warunków określonych w pkt 9.2) SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Dodatkowo podnosząc, iż usługa wykazana w punkcie 1 wykazu, tj. Kampania promocyjna „EFS - Kapitał To TY!” nie jest projektem inwestycyjnym, o którym jest mowa w podanym warunku. Charakter projektu, który ma być promowany opisano szczegółowo w części III SIWZ. Natomiast usługa wykazana w pozycji 2 nie spełnia wymaganego warunku, ponieważ umowa na promocję tego projektu została podpisana 22 lipca 2010 r., zatem jest to początek jej realizacji i jest to zadanie, które nie jest usługą świadczoną okresowo lub ciągle w rozumieniu punktu 9.2) SIWZ.

W dniu 20 sierpnia 2010 r. (pismem z dnia 18 sierpnia 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2010 r.) wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty, a także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż analiza warunku postawionego w punkcie 9.2) SIWZ wskazuje, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać się usługą polegającą na prowadzeniu działań promocyjnych i informacyjnych dla zadania inwestycyjnego lub „Projektu”, a wyrażenie „Projekt” pisane dużą literą - w myśl punktu 2 SIWZ - oznacza przedsięwzięcie pn.: „GOSPODARKA WODNO ŚCIEKOWA NA TERENIE GMINY SKAWINA”. Wyrażenie to – w ocenie Odwołującego - znalazło się w treści warunku przez pomyłkę, powodując konieczność odwołania się do powszechnego rozumienia tego pojęcia w języku polskim, a usługi wskazane przez Odwołującego są projektem w obu tych znaczeniach („plan działania”, „wstępna wersja czegoś”). Nietrafnym jest więc pogląd ograniczający pojęcie „projekt” wyłącznie do projektu inwestycyjnego, a nawet jeżeli takie byłoby właściwe to usługa wskazana w pozycji 2 wykazu, tj. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Sanok” jest projektem polegającym na promocji realizacji projektu.

Nadto podniósł, iż punkt 9.2) SIWZ nie zawiera żadnych ograniczeń ani wskazań co do tego czy usługi powinny być świadczone w sposób okresowy i ciągły i nie jest to wymogiem postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 9 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” ppkt 2) wymagał wykazania się przez wykonawców „wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat (...), co najmniej jedną usługą polegającą na prowadzeniu działań promocyjnych i informacyjnych dla zadania inwestycyjnego/Projektu o wartości co najmniej 90 000 000,00 zł”, na potwierdzenie powyższego żądając przedłożenia „wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług (...)”. Jednocześnie w części III SIWZ,

odnosząc pojęcie „Projektu” do „przedsięwzięcia „GOSPODARKA WODNO ŚCIEKOWA NA TERENIE GMINY SKAWINA”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył:

1. wykaz wykonanych usług (s. 9-11 oferty), w którym wskazał następujące usługi:
 - a) Kampanię promocyjną „EFS – Kapitał To Ty!” promującą POKL w województwie śląskim,
 - b) Działania Promująco – informacyjne związane z realizacją Projektu „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Sanok”,
2. referencje z dnia 7 kwietnia 2010 r. wystawione przez Urząd Marszałkowski województwa śląskiego,

Pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 6 - wykaz wykonanych usług, poprzez uzupełnienie dokumentu potwierdzającego, że „wykazana usługa pod L.P. 2. dla Sanockiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wykonywana jest należycie”.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, w dniu 9 sierpnia 2010 r. złożył referencje wystawione w dniu 30 lipca 2010 r. przez Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., załączając jednocześnie pierwszą stronę umowy w sprawie zamówienia współfinansowanego ze środków funduszu spójności (programu operacyjnego infrastruktura i środowisko) (nr: ZP-02/U/2010/JRP).

W dniu 17 sierpnia 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, tym samym odrzucając jego ofertę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści warunku postawionego wykonawcom w punkcie 9.2) SIWZ wynika, iż wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązany był wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednej usługi polegającej na prowadzeniu działań promocyjnych i informacyjnych dla zadania inwestycyjnego/Projektu. Natomiast kwestią sporną pomiędzy Stronami jest rozumienie sformułowania „dla zadania inwestycyjnego/Projektu”. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym istotnie chodzi o wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem „zadania inwestycyjnego” lub „Projektu”. Oznacza to więc, iż – jak słusznie podniósł Odwołujący – z warunku tego wynika alternatywa rozłączna. Niemniej jednak pojęcie „Projektu” należy odnieść do pojęcia „Projektu” w rozumieniu specyfikacji (s. 53), a więc przedsięwzięcia o nazwie „GOSPODARKA WODNO ŚCIEKOWA NA TERENIE GMINY SKAWINA”, obejmującego zadanie inwestycyjne oraz usługę polegającą na opracowaniu i zrealizowaniu kampanii promocyjnej dla realizowanego przedsięwzięcia. Pojęcie „Projekt” należy więc utożsamiać z promowaniem określonej

inwestycji, poprzez promowanie projektu inwestycyjnego, obejmującego m.in. realizację zadania inwestycyjnego. Odwołujący, mając wątpliwości co do treści warunku, mógł zwrócić się do Zamawiającego o jego wyjaśnienie, a czego nie uczynił. Nie uczynił tego także żaden z innych wykonawców. To tylko Odwołujący warunek ten zrozumiał w sposób odmienny, twierdząc iż wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 9.2) SIWZ mógł wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem zadania inwestycyjnego lub „Projektu”, przy czym „Projekt” utożsamiał z dowolnym projektem. Nietrafnym jest także odnoszenie pojęcia „Projektu” wyłącznie do rozumienia tego pojęcia w języku polskim. Nie można bowiem danemu pojęciu przypisywać określonego znaczenia w oderwaniu od znaczenia jakie mu nadał Zamawiający. Tym samym stwierdzić należy, iż to Odwołujący całkowicie błędnie zinterpretował treść postawionego warunku.

Z treści tak postawionego warunku wynika, iż usługa wskazana przez Odwołującego w pozycji 1 wykazu, tj. „Kampania promocyjna „EFS – Kapitał To Ty!” promująca POKL w województwie śląskim” istotnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie dotyczy promowania zdania inwestycyjnego, ani też „Projektu” w rozumieniu wskazanym powyżej. Powyższe przyznał także Odwołujący w treści złożonego odwołania, podnosząc iż nawet, gdyby „przyjąć, że chodziło wyłącznie o projekt inwestycyjny to projektem takim niewątpliwie jest projekt” wskazany w pozycji 2 wykazu. Tak więc usługa wskazana w pozycji 1 wykazu nie stanowi usługi potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego punkcie 9.2) SIWZ.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozycji 2 wykazu przedstawił usługę o nazwie „Działania Promująco – informacyjne związane z realizacją Projektu „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Sanok” o całkowitej wartości zadania inwestycyjnego 174 mln zł., jako datę realizacji którego wskazując „22.07.2010 r. – 31.12.2014 r.” Na potwierdzenie powyższego, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, przedłożył referencje z dnia 30 lipca 2010 r., w treści której m.in. wskazano, iż Odwołujący realizuje wyspecyfikowane w referencjach działania zgodnie z przyjętym harmonogramem. Usłudze tej – w ocenie Odwołującego – można przypisać charakter świadczenia ciągłego lub okresowego, a okoliczność iż umowę na jej realizację podpisano w dniu 22 lipca 2010 r. „nie ma zasadniczo wpływu na dopuszczenie wykonawcy do postępowania., a jedynie „kwestia czy usługi te są wykonywane”.

Usługi tej – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie można potraktować jako usługi okresowej, gdyż charakter okresowy ma wyłącznie taka usługa, przedmiotem której są zamówienia powtarzające się w określonych regularnych odstępach czasu. To czas jest czynnikiem organizującym całą strukturę występujących po sobie usług, jak również czynnikiem kształtującym ostateczny rozmiar sumy świadczeń jakie otrzymuje Zamawiający. Czas jest więc wyznacznikiem tej sumy. Ponadto jest to świadczenie cyklicznie powtarzalne.

Niemniej jednak usługa wskazana przez Odwołującego w poz. 2 wykazu nie ma charakteru świadczenia powtarzalnego, przedmiotem świadczenia są bowiem różne działania realizowane w różnych i niepowtarzalnych okresach. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, tj. pozostawanie przez wykonawcę w gotowości do pracy, reagowanie przez wykonawcę w określony sposób (ulotki, materiały promocyjne, publikacje w prasie, informacje radiowe), jak również przekazywanie elementów usługi w określonych datach, zgodnie z ustalonym wcześniej harmonogramem, determinowanym zaawansowaniem realizacji podstawowego zadania inwestycyjnego w istocie nie wskazuje na charakter świadczenia okresowego. Interes Zamawiającego zaspokajają bowiem dopiero stałe działania promocyjne, a nawet ich sukcesywne realizowanie nie oznacza, iż nie jest to świadczenie jednorazowe.

Usługa ta nie ma również charakteru świadczenia ciągłego, gdyż charakterystyczne dla świadczenia ciągłego jest to, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Tymczasem, w ramach usługi wskazanej w pozycji 2, można wyodrębnić prace, poszczególne działania (s. 12 przedłożonego przez Odwołującego projektu umowy), które mogą być wyszczególnione i samodzielnie wykonane, a mają być realizowane w sposób i terminach określonych w przedmiotowej umowie.

A ponieważ usługa ta faktycznie nie została jeszcze wykonana, gdyż jej realizacja została rozpoczęta dopiero w dniu 22 lipca 2010 r., nie może ona potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 9.2) SIWZ. Dlatego też uznać należy, że Zamawiający prawidłowo uczynił wykluczając Odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucając jego ofertę.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty przedłożone na rozprawie przez Odwołującego, uznając je za stanowisko dokumenty te składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie mu wynagrodzenia, gdyż Izba – zgodnie z § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia w sprawie kosztów – do kosztów postępowania zalicza uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a pełnomocnik Zamawiającego takowego nie przedłożył.

Przewodniczący:

.....