



Magdalena Jaworska
Zastępca Generalnego Dyrektora
Dróg Krajowych i Autostrad

Deloitte Business Consulting S.A.
Al. Jana Pawła II 19
00-854 Warszawa
Fax: 022 511 08 13

GDDKiA-DPP-PPP2-MCH-63-2171 /09
Warszawa, 6 listopada 2009 r.

Dotyczy: Przetarg nieograniczony na świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym dla projektów inwestycyjnych na drogach ekspresowych, autostradach oraz na innych drogach krajowych. Numer: GDDKiA-DPP-PPP2-MCH-63-1588/09

ODRZUCENIE PROTESTU

Działając na podstawie przepisu art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „PZP”, informuję, iż Zamawiający postanawia **odrzuć** pismo z 27 października 2009r. („Protest”).

UZASADNIENIE

1. Przedmiot zaskarżenia

W dniu 27 października 2009 r. złożono w kancelarii Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie nie podpisany dokument zatytułowany „Protest” (dalej: „Protest”).

Został on wniesiony wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Protest koncentrował się na:

- (1) opisie warunków udziału w postępowaniu zawartym w Rozdziale I pkt 6.1.2.1 w zw. z Rozdziałem II SIWZ, który zdaniem wnoszącego Protest bezzasadnie ograniczał krąg wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia oraz
- (2) opisie warunków udziału w postępowaniu zawartym w Rozdziale I pkt 6.1.2.2.1 i pkt 6.1.2.2.2 SIWZ, który miał ograniczać krąg wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 PZP. Jednocześnie zażądano zmiany ww. warunków udziału w postępowaniu poprzez doprowadzenie ich do zgodności z prawem zamówień publicznych, w szczególności z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Brak jakiegokolwiek podpisu

W reżimie art. 181 ust. 7 PZP Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia protestu wniesionego przez podmiot nieuprawniony¹.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 zdanie 2 PZP do formy protestu stosuje się odpowiednio przepis art. 27 ust. 1-3 PZP, który normuje formę przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji.

Na podstawie art. 27 ust. 1 PZP Zamawiający zaznaczył w punkcie 4.3 Rozdziału I SIWZ, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje powinny być przekazywane *w formie pisemnej* lub faksem. Wybór formy komunikowania się w danej sprawie - a więc i przy okazji wnoszenia protestów - pozostawiono wykonawcom. Osoba wnosząca dokument z 27 października 2009r. nie zdecydowała się przesłać go faksem, lecz złożyła go w kancelarii Zamawiającego.

Protest jest materialną czynnością prawną podejmowaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c. w związku z art. 14 PZP do zachowania formy pisemnej czynności prawnej konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Pozostawiony dokument nie zawiera *żadnego* podpisu pod treścią przypuszczalnego oświadczenia woli.

Treść punktów I, II, IV na stronie 2/8 sugeruje przy tym, iż Protest wnoszony jest przez kilka osób, czego dowodzi użyta liczba mnoga: „wnosimy”, „zarzucamy”. Natomiast na stronie ósmej Protestu pozostawiono miejsce na podpis osoby działającej w imieniu

¹ Por. postanowienie z dnia 7 lipca 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO/UZP 795/09; postanowienie z dnia 9 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO/UZP 1505/08; postanowienie z dnia 19 września 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO/UZP 945/08, oraz postanowienie z dnia 6 sierpnia 2007 r. Zespołu Arbitrów, sygn. UZP/ZO/0-945/07.

wykonawcy, lecz nie będącej jej przedstawicielem ustawowym. Miejsce pozostało nie podpisane.

Brak podpisu skutkuje brakiem złożenia oświadczenia woli zgodnie z art. 78 §1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp. Prawo zamówień publicznych nie pozwala przy tym na konwalidowanie braków pism zawierających środki ochrony prawnej. Stanowisko to znajduje wsparcie w postanowieniu Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP z 8 marca 2007r., gdzie – trafnie – stwierdzono, że nie można mówić o zachowaniu formy pisemnej w przypadku doręczenia Zamawiającemu pisma oznaczonego jako protest, nie posiadającego własnoręcznego podpisu wystawcy. W przywołanym postanowieniu wskazano też, że żaden przepis prawa zamówień publicznych nie zezwala na traktowanie tego rodzaju wady, jako uchybienia formalnego podlegającego usunięciu w drodze wezwania do usunięcia braków formalnych pisma². W tych okolicznościach, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zmuszona była Protest odrzucić. Niezależnie jednak od odrzucenia pisma, Zamawiający poczuwa się do powinności wskazania niezasadności zarzutów.

3. Niezasadność merytoryczna

3.1. Zamawiający nie wymaga doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia.

Celem przepisu art. 22 ust. 1 PZP jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom posiadającym wymagane uprawnienia, określony potencjał ekonomiczny, finansowy, techniczny, kadrowy, wiedzę oraz doświadczenie, którzy - w przypadku uzyskania zamówienia - zdolni będą do jego należytego wykonania.

Podyktowane jest to zarówno nakazem wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów, jak i „rzeczym” interesem Zamawiającego, polegającym na uzyskaniu realnego wykonania zamówienia. Zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może przy tym stanowić pretekstu do dopuszczania do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym takich, które są niezdolne do wykonania zamówienia w sposób należyty (por. wyrok ZA z dnia 24.07.2007 r. o sygn. UZP/ZO/0-879/07).

Zamawiający zgadza się ze stwierdzeniem, iż warunki udziału w postępowaniu winny być związane oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego (por. m.in. art. 44 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi). Zamawiający ma również świadomość, iż nie może określać minimalnych wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego. Zakaz taki nie oznacza jednak, że Zamawiający ma obowiązek stawiania wymagań niewystarczających. Jeżeli zamierza on uzyskać usługę odpowiedniej jakości, jest on

² Por. postanowienie ZA z 8 marca 2007r. UZP/ZO/0-198/07 www.uzp.gov.pl.

uprawniony i zobowiązany postawić odpowiednio wysokie wymagania, byleby były one adekwatne do stopnia skomplikowania oraz zakresu danego zamówienia (por. wyrok ZA z dnia 11.04.2007 r. o sygn. UZP/ZO/0-364/07).

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający spełnił te warunki.

Wnoszący Protest mylnie zacieśnia treść warunku określonego w Rozdziale I pkt 6.1.2.1 SIWZ. Punkt ten stanowi, że: „za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna zrealizowanie przez Wykonawcę w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w Polsce lub w innych krajach, usług doradczych o charakterze technicznym, w zakresie, o którym mowa w Rozdziale II SIWZ, przy co najmniej dwóch Dużych Projektach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego.” Przywołany punkt specyfikacji *nie* zawiera zwrotów: „identyczny”, „tożsamy”, „ten sam”.

W punkcie 6.1.2.1 SIWZ Zamawiający jedynie określił *rodzajowo* warunek posiadania niezbędnego doświadczenia. Odesłanie do Rozdziału II SIWZ *nie* oznacza bowiem wymogu wykazania się doświadczeniem identycznym. Sam Protest pośrednio wskazuje na wadę takiej interpretacji. Jest oczywiste, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad nie może rozsądnie i skutecznie wymagać, aby potencjalni wykonawcy wykazywali doświadczenie zdobyte w toku doradztwa na rzecz GDDKiA przy projektach autostradowych realizowanych np. we Francji, Hiszpanii lub Republice Federalnej Niemiec.

W rezultacie, z pkt 6.1.2.1 SIWZ nie można w sposób uprawniony wywodzić, że Zamawiający zażądał od wykonawców doświadczenia o zakresie tożsamym, identycznym z przedmiotem niniejszego zamówienia.

3.2. Wymagane doświadczenie nie jest wygórowane.

Wykonawcy - którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza – będzie powierzane świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym w zakresie projektów drogowych o strategicznym znaczeniu dla infrastruktury kraju (m.in. mogą się one wiązać z rozbudową sieci drogowej Polski w związku z turniejem finałowym Euro 2012).

Projekty te będą realizowane w systemie partnerstwa publiczno prywatnego. W związku z tym, wykonawca stanie w obliczu zapewnienia stronie publicznej *efektywnego* doradztwa przy określeniu technicznych wymagań, oczekiwań i celów stawianych podmiotom prywatnym, zainteresowanym realizowaniem projektów drogowych w systemie koncesyjnym/partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce. Zakres doradztwa technicznego projektów ma fundamentalne znaczenie m.in. dla kwalifikacji umów zawieranych w reżimie ustawy z 9 stycznia 2009r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101), gdzie wymaga się, aby na koncesjonariuszu spoczywało w przeważającej mierze ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. To ryzyko jest z kolei warunkowane i zmieniane w związku m.in. elementami technicznymi inwestycji. W rezultacie, w kontekście charakteru i przedmiotu niniejszego zamówienia, warunek

wykazania doświadczenia przy pełnieniu usług doradczych o charakterze technicznym przy co najmniej dwóch Dużych Projektach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego nie jest warunkiem wygórowanym.

W przekonaniu Zamawiającego, wymogi w zakresie doświadczenia nie powinny ogniskować się na najprostszym i najmniej wymagającym wycinku przedmiotu zamówienia, czy też wycinku poszczególnych czynności realizowanych w ramach zamówienia. A na takim zabiegu opiera się część III uzasadnienia Protestu. Na podstawie przepisów PZP nie można skutecznie nakładać na Zamawiającego obowiązku obniżenia warunków podmiotowych w stopniu, który mógłoby doprowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom niezdolnym do jego wykonania.

3.3. Warunki dotyczące znajomości języka polskiego (pkt 6.1.2.2.1 i pkt 6.1.2.2.2 SIWZ) nie naruszają art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 Pzp.

Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 PZP

Do należytego i sprawnego świadczenia usług doradczych o charakterze technicznym – w projektach które mogą cechować się znacznym stopniem skomplikowania – potrzebna jest nie tylko wiedza techniczna, ale również znajomość tak polskiej, jak i angielskiej specjalistycznej siatki pojęciowej.

Według Rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia („Opis Przedmiotu Zamówienia”), osoby będące ekspertami, jako doradcy mogą mieć powierzone zadania m.in. pełnienia funkcji biegłego w komisjach przetargowych. Zasadą jest, iż GDDKiA przeprowadza postępowania w języku polskim i w takim języku pracują komisje przetargowe.

Nadto, eksperci ci mają wspierać Zamawiającego w negocjacjach ze spółkami budującymi lub eksploatującymi autostrady. Negocjacje te toczą się z oferentami będącymi niejednokrotnie międzynarodowymi konsorcjami. Wymagają one nierzadko niezwłocznych, roboczych konsultacji z Zamawiającym.

Dodatkowo, w związku z pilnymi projektami drogowymi realizowanymi w systemie partnerstwa publiczno prywatnego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad będzie przygotowywać szereg dokumentów - które zgodnie z ustawą o języku polskim – w tym języku będą musiały być sporządzone. Dokumenty te niejednokrotnie będą wymagać sprawnej reakcji doradcy i bezpośrednich ustnych konsultacji.

W tym kontekście, brak dobrej (nie biegłej) znajomości języka polskiego przez przynajmniej jednego z Kluczowych Ekspertów stwarza po prostu zagrożenie dla sprawnego, realnego wykonywania umowy. Umowy, której wykonywanie może warunkować realizację innych umów i inwestycji Zamawiającego.

W świetle powyższych uwarunkowań faktycznych i prawnych, wymagane władanie językiem angielskim i językiem polskim w stopniu dobrym (nie biegle) jest warunkiem koniecznym i odpowiednim. Nie jest to wymóg abstrakcyjny, lecz adekwatny do wartości, poziomu skomplikowania oraz rozmiaru inwestycji drogowych realizowanych przez

Zamawiającego. Postawienie takiego wymogu zapewnia rzeczywiste wykonanie zamówienia.

W związku z powyższym, wbrew zarzutom Protestu, nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP polegającego na opisanu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

POUCZENIE:

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Z-CA GENERALNEGO DYREKTORA
DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD

Magdalena Jaworska