

Magdalena Jaworska
Zastępca Generalnego Dyrektora
Dróg Krajowych i Autostrad

GDDKiA-DPP-PPP2-MCH-63-2466/08
5.12.2008 r.

Protestujący:
Ernst & Young Corporate
Finance sp. z o. o.
al. Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa
Tel. +48 22 557 70 00
Fax +48 22 557 70 01

Dot.: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług doradczych o charakterze ekonomiczno-finansowym dla projektów drogowych nr GDDKiA-DPP-PPP2-MCH-1721/08.

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

Działając na podstawie przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „PZP”, informuję, iż Zamawiający po rozpatrzeniu Państwa protestu z dnia 25 listopada 2008 r., postanawia, że wspomniany protest zostaje:

oddalony w całości

UZASADNIENIE ROZSTRZYGNIECIA

W dniu 25 listopada 2008 r. do zamawiającego wpłynął protest wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego.

Ernst & Young Corporate Finance sp. z o. o. (dalej „Protestujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- (1) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP polegające na opisanu warunków udziału w postępowaniu w punkcie 6.2.2.2.1 – 6.2.2.2.2 Rozdziału I SIWZ w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców („Zarzut nr 1”);
- (2) art. 7 ust. 1 oraz art. 139 PZP w związku z art. 353¹ oraz art. 481 k.c. polegające na sformułowaniu postanowień par. 12 ust. 3 i 4; par. 2 ust. 3; par. 4 ust. 2; oraz par. 13 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Rozdział III SIWZ z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego („Zarzut nr 2”);

- (3) art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP poprzez opisanie kryterium oceny ofert w zakresie oceny organizacji i metodologii realizacji zamówienia w sposób, zdaniem Protestującego, niejednoznaczny i prowadzący do dowolnej oceny ofert („Zarzut nr 3”).

Żądanie Protestującego obejmowało uwzględnienie protestu poprzez odpowiednią modyfikację treści postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 11 listopada 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej „Ogłoszenie”) zgodnie z wnioskiem Protestującego, a gdyby to nie było możliwe, Protestujący domagał się unieważnienia postępowania.

Po zapoznaniu się ze złożonym protestem i ustosunkowując się do podniesionych w nim zarzutów, Zamawiający stwierdził, co następuje.

[Ad. Zarzut 1]

1. 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 publicznych środków finansowych w sposób celowy, oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów, jak i interesem zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może być zatem utożsamiana z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty (por. wyrok ZA z dnia 24.07.2007 r. o sygn. UZP/ZO/0-879/07).

Warunki udziału w postępowaniu formułowane przez zamawiającego 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).

Przy tym to zamawiający, a nie wykonawca określa, jakie usługi są potrzebne do zaspokojenia jego potrzeb. Odmienne wykładnia mogłaby prowadzić do sytuacji, w której to wykonawca, a nie zamawiający określałby przedmiot zamówienia. W przypadku wielopłaszczyznowych oraz wieloaspektowych uwarunkowań wykonywania przedmiotu zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający jest uprawniony postawić wykonawcom wysokie wymagania.

Zamawiający nie może przy tym określać wymagań wykraczających ponad to, co jest rozsądnie konieczne do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego. Nie może również „zaniżać” wymagań, gdyż z jednej strony groziłoby to ryzykiem nawiązania umowy, która nie byłaby wykonana lub nie byłaby wykonywana w sposób należyty, a z drugiej strony, w sposób równy traktowałaby wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, jak też niezdolnych, co sprzeciwiałoby się art. 7 ust. 1 PZP. Jeżeli zatem zamawiający zamierza uzyskać (i wynagrodzić) usługę najwyższej jakości, może postawić wysokie wymagania, adekwatne do stopnia skomplikowania oraz zakresu danego zamówienia, kształtując warunki udziału w postępowaniu w kontekście konkretnego zamówienia (por. wyrok ZA z dnia 11.04.2007 r. o sygn. UZP/ZO/0-364/07).

2. Protestujący obawiał się, że wymóg ośmioletniego doświadczenia będzie spełniony wyłącznie w razie nabycia go (doświadczenia) w drodze świadczenia usług. Przy czym Protestujący utożsamiał świadczenie usług, ze statusem „usługodawcy” podczas

zdobywania doświadczenia. Dla Zamawiającego podstawa prawna, czy też nazwa, którą dana osoba posługiwała się podczas świadczenia usług nie ma doniosłego znaczenia. W tym zakresie Zamawiający odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 22 do treści SIWZ.

3. W zakresie wymogów „językowych” Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku niniejszego zamówienia, wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie świadczył usługi doradcze dla Zamawiającego dla projektów drogowych o strategicznym znaczeniu (m.in. związanych z organizacją Euro 2012 w Polsce) realizowanych w systemie PPP, w tym doradztwo przy określeniu wymagań, oczekiwań i celów stawianych przez Zamawiającego podmiotom prywatnym, zainteresowanym realizowaniem projektów drogowych w systemie koncesyjnym/partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce oraz będzie odbywał bezpośrednie rozmowy z bankami, w tym EBI. W ocenie Zamawiającego, władanie językiem angielskim przy realizacji tego zakresu i typu usług doradczo-finansowych nie jest wymogiem nadmiernym.

Z kolei kontestowany warunek znajomości języka polskiego jest uzasadniany specyfiką i przedmiotem zamówienia, a nadto naturą świadczonych usług oraz realiów zewnętrznych towarzyszących ich wykonywaniu. Wynika również z otoczenia prawnego, w którym doradca będzie zobligowany asystować Zamawiającemu.

Zamawiający wyjaśnia, że jest centralnym organem administracji rządowej, przy pomocy którego Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad realizuje swe zadania. W związku z pilnymi projektami drogowymi o strategicznym znaczeniu realizowanymi m.in. w systemie PPP Zamawiający będzie przygotowywać szereg dokumentów, które, w reżimie ustawy o języku polskim, będą musiały być przygotowywane w języku polskim, a które niejednokrotnie będą wymagać natychmiastowej reakcji doradcy i bezpośrednich, w tym ustnych konsultacji. W tym kontekście, ryzyko i utrudnienia związane z korzystaniem z tłumaczy przekracza poziom akceptowalny przez zamawiającego. Stwarza po prostu zagrożenie dla sprawnego wykonywania umowy, która, co należy podkreślić, warunkuje realizację innych kontraktów i inwestycji.

Na podstawie przepisów PZP nie można przy tym nakładać na zamawiającego obowiązków niemożliwych do wykonania tylko z tego powodu, że dany wykonawca, być może na wyrost, obawia się, że nie jest w stanie sprostać wykonaniu zamówienia tak, jak tego potrzebuje Zamawiający.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem II SIWZ, do obowiązków zwycięskiego wykonawcy będzie należało m.in. uczestniczenie w spotkaniach komisji przetargowej oraz w spotkaniach z oferentami. Wykonawca będzie zobowiązany brać udział w przygotowywaniu stanowiska negocjacyjnego Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy będzie również wsparcie Zamawiającego negocjacjach z już wybranym oferentem, w tym **negocjowanie umowy** oraz negocjowanie innych dokumentów, związanych z danym projektem. Składając ofertę wykonawca podejmuje się również udziału i przygotowania do negocjacji z kredytodawcami lub sponsorami inwestycji, prowadzących do osiągnięcia zamknięcia finansowego, w tym wsparcia udzielane ze środków publicznych, w szczególności ze środków Krajowego Funduszu Drogowego.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż w negocjacje te toczą się w języku polskim. GDDKiA akcentuje przy tym, że jest zobowiązana stosować się do instrukcji negocjacyjnych wydawanych przez Ministra Infrastruktury. Otrzymana Instrukcja, dotycząca już negocjowanych projektów, a więc objętych przedmiotem umowy, nakłada na zespoły negocjacyjne Zamawiającego bezwzględny obowiązek prowadzenia negocjacji w języku polskim. Przygotowywanie stanowiska negocjacyjnego strony, dla której doradzać będzie wykonawca również będzie następować w języku polskim. W świetle powyższych uwarunkowań faktycznych i prawnych, władanie językiem polskim w stopniu dobrym (nie biegle) jest warunkiem bezwzględnie koniecznym i proporcjonalnym.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wbrew zarzutom Protestującego, 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.

[Ad zarzut 2]

1. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający naturalnie podziela zapatrywanie, że zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego. Jej ograniczenia wynikają z ustawy (a w zasadzie przepisów prawa), właściwości (natury) stosunku prawnego oraz zasad współżycia społecznego.

Przepis art. 353[1] k.c. odnosi się również do wykonawcy. Art. 353 [1] k.c. stanowi bowiem o stronach, które układają stosunek prawny. Jednym z aspektów zasady swobody umów jest podjęcie przez wykonawcę decyzji o ubieganiu się o zawarcie danej umowy. Warto przy tym zauważyć, iż nawet jeżeli wykonawca, z jakiś względów, postrzega dane postanowienie jako „uciążliwe”, to nie jest to równoznaczne ze sprzecznością z prawem, właściwością zobowiązania, czy też zasadami współżycia społecznego. Wykonawca, korzystający ze swobody kontraktowania, ma istotny wpływ na treść umowy. Wskazuje bowiem **cenę** oferty. Tym samym, w realiach niniejszego postępowania, będzie mieć wpływ na stopień ekwiwalentności świadczeń (zaproponowana umowa jest umową wzajemną). Poprzez sformułowanie oferty wywrze wpływ na ustalenie stopnia „zrównoważenia” przyjmowanych obowiązków z wynagrodzeniem, które otrzyma za ich należyte wykonanie. W tym kontekście, zarzut przekroczenia granic art. 353[1] k.c. jest nie tylko nieuzasadniony, ale i przedwczesny.

2. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podkreśla, że ukształtowanie treści stosunku prawnego według Wzoru Umowy nie nastąpi w sposób sprzeczny ani z przepisami ustawy, ani z naturą nawiązywanego stosunku obligacyjnego, ani z zasadami współżycia społecznego.

Należy zaznaczyć, że Zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek sformułowania umowy z wykonawcą, w sposób, który zapewni należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze wskazaną wyżej właściwość (naturę) stosunku prawnego na gruncie ustawy PZP oraz fakt, że stosunek ten łączy wykonawcę i zamawiającego, należy stwierdzić, że zarzut Protestującego dotyczący zastrzeżenia w par. 12 ust. 3 i 4 Wzoru Umowy (Rozdział III SIWZ) „rażąco wygórowanych kar umownych” jest nietrafny. Zamawiający jako wierzyciel ma prawo zastrzec w umowie karę umowną w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. orz. GKA z 25.3.1968 r., BO-133/68, PUG 1969, Nr 1, poz. 682; orz. SN z 2.6.1970 r., II CR 167/70, OSN 1970, Nr 11, poz. 214; orz. SN z 29.12.1978 r., IV CR 440/78; nie publ.). Protestujący błędnie przy tym utożsamia brzmienie postanowienia umownego w przedmiocie kar umownych, z samą rażąco wygórowaną wysokością kary umownej. Wysokość kary umownej zasadniczo odnosi się bowiem do doznanej przez wierzyciela szkody (*vide* wyrok SN z 11.10.2007r. IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008 Nr 2 poz. 48 oraz wyrok SN z 04.07.2007 II PK OSNP 2008 Nr 15-16, poz. 223). Nadto, ewentualna, co należy zaakcentować, przyszła kara umowna będzie mogła zapewne być miarkowana sądownie, w oparciu o inne niż szkoda kryteria.

Zgodnie z par. 12 ust. 3 i 4 Wzoru Umowy kara umowna zastrzeżona jest w związku z konkretnymi uchybieniami wykonawcy w zakresie wykonania zobowiązania tj. zwłoki oraz naruszenia przez wykonawcę zasad określonych w metodologii świadczenia usług doradczych. Odpowiedzialność wykonawcy oparta jest na zasadzie **winy**. Wymaganie od kontrahenta w umowie, aby ponosił odpowiedzialność za zawinione zachowanie nie przekracza granic art. 353[1] k.c. Trzeba także zaznaczyć, że wysokość kary umownej zastrzeżonej w par. 12 ust. 3 Wzoru Umowy określona jest jako jeden procent wskazanego każdorazowo w zleceniu szacunkowego kosztu realizacji określonego zlecenia wartości za każdy dzień zwłoki. Wysokość kary umownej zastrzeżonej w par. 12 ust. 4 Wzoru Umowy określona jest jako jeden procent wskazanego każdorazowo w zleceniu

szacunkowego kosztu realizacji określonego zlecenia wartości za każde naruszenie. Z kolei wartość szacunkowego kosztu realizacji określonego zlecenia jest wielokrotnie niższa od kwoty wynagrodzenia określonej w par. 5 Wzoru Umowy, a zatem niczym nieuzasadniony jest zarzut zastrzeżenia przez zamawiającego kar rażąco wygórowanych w rozumieniu 484 § 2 k.c. Wypada również wskazać, że zgodnie z postanowieniem par. 12 ust. 7 Wzoru Umowy całkowita wartość odpowiedzialności każdej ze stron na podstawie wspomnianej Umowy ograniczona jest do kwoty wynagrodzenia wskazanego w § 5 ust. 1 Wzoru Umowy.

W związku z powyższym zarzut Protestującego dotyczący sformułowania par. 12 ust. 3 i 4 Wzoru Umowy (Rozdział III SIWZ) w sposób naruszający art. 7 ust. 1 oraz art. 139 PZP w związku z art. 353¹ oraz art. 481 k.c. jest bezzasadny.

3. Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 PZP poprzez treść §2 ust 3 Wzoru Umowy. Z uwagi na naturę nawiązywanej umowy, do której, w pewnym zakresie, będą mogły być stosowane przepisy umowy o dzieło, Zamawiający będzie uprawniony dokonywać weryfikacji **sposobu** wykonywania umowy (art. 636 §1 k.c.). Także art. 354 §2 k.c. nie pozostawia wykonawcy absolutnej dowolności w wykonywaniu zobowiązania. Kontestowany paragraf ma na celu umożliwić zamawiającemu wpływ na sposób realizacji usług. Gdyby Zamawiający, w określonym stanie faktycznym, nadużył tego uprawnienia, tym samym naruszyłby art. 5 k.c.

4. Zarzut sprzeczności §4 ust. 2 Wzoru Umowy z art. 353[1] k.c. również jest nietrafny. Zamawiający wskazuje, że ewentualna odmowa udzielenia zgody mogłaby być oceniana jako nadużycie prawa, a tym samym jako bezskuteczna (również art. 5 k.c.). Nie jest przy tym tak, iż w reżimie prawa zamówień publicznych, przy tego typu kontraktach usługodawcy mają absolutną dowolność w angażowaniu podwykonawców.

Przywołany przez Protestującego przepis art. 36 ust. 5 PZP dotyczy ogólnej zasady dopuszczalności podwykonawstwa. Nie zakazuje on przy tym umownego regulowania procedury angażowania podwykonawców, ta zaś zostaje poddana autonomii woli stron. Oznacza to, że art. 36 ust. 5 PZP nie zawiera zakazu wprowadzania do umowy postanowień mających na celu regulację **trybu** podwykonawstwa. Wobec tego, zarzut przekroczenia zasady swobody umów jest nietrafny.

5. Zamawiający nie uznał również zarzutu dotyczącego sprzeczności możliwości wypowiedzenia umowy z istotą umów terminowych. W pierwszej kolejności należy odróżnić samo uprawnienie do przedterminowego zakończenia stosunku prawnego, nawiązanego na określony czas od sposobu jego zakończenia.

Zamawiający wskazuje, iż w reżimie przepisów kodeksu cywilnego regulujących terminowe stosunki prawne tak doktryna jak i orzecznictwo dopuszczają przedterminowe rozwiązanie umowy, pod warunkiem, że uprawnienie takie i przyczyny rozwiązania były wyraźnie w niej określone. Polski system prawa cywilnego nie wprowadza zatem zakazu, którego istnienie wywodzi Protestujący.

[Ad. Zarzut nr 3]

Protest nie zasługiwał na uwzględnienie również w zakresie zarzutów odnoszących się do punktu 14.2.1.4 oraz 14.8 SIWZ.

Protestujący zarzucał, iż sposób opisanie „metodologicznego” kryterium oceny ofert ma charakter subiektywny i pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru. Protestujący zarzucał, iż nie będzie wiadomo, jakie obiektywne czynniki będą decydować o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Unormowania przepisów PZP mają na celu implementowanie do polskiego porządku prawnego unormowań prawa Unii Europejskiej.

W motywie (46) Dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej: Dyrektywa 2004/18/WE) wskazano, że udzielając zamówień należy stosować kryteria, zapewniające zgodność z zasadami: (a) przejrzystości, (b) niedyskryminacji, (c) równego traktowania oraz (d) gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Zaznaczono przy tym, że na potrzeby wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie należy określić kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej.

W świetle punktu 14 SIWZ nie powinno ulegać wątpliwości, że Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w rozumieniu artykułu 53 Dyrektywy 2004/18/WE.

Artykuł 53 Dyrektywy 2004/18/WE przesądza, po pierwsze, iż katalog kryteriów oceny ofert jest nieograniczony, a po wtóre, wyraźnie dopuszcza dobór kryteriów „subiektywnych” (w znaczeniu przypisanym temu pojęciu przez Protestującego).

Artykuł 53 Dyrektywy 2004/18/WE stanowi między innymi o **właściwościach funkcjonalnych i estetycznych** według których zamawiający, w konkretnych przypadkach, może oceniać oferty. Natura pojęć wyszczególnionych w artykule 53 Dyrektywy 2004/18/WE jest zatem „ocenna”, „subiektywna”. Treść artykułu 53 Dyrektywy 2004/18/WE podważa zatem stanowisko Protestującego co do istnienia zasady zakazu „subiektywizmu” kryteriów oceny ofert.

Warto przy tym zauważyć, że oprócz zasady dopuszczalności kryteriów ocennych, artykuł 53 Dyrektywy 2004/18/WE przesądza, że to te cechy i właściwości oferty, których spełnienia oczekuje konkretny **zamawiający**, a nie jakiś abstrakcyjny podmiot, mogą stanowić najpierw jedną z podstaw wyboru ofert, a następnie - wydatkowania środków publicznych. W punkcie 55 uzasadnienia wyroku z 17 września 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził wprost, że nie należy wykluczać spośród kryteriów oceny ofert tych czynników, które z punktu **widzenia instytucji zamawiającej** wpływają na „wartość” oferty.

W rezultacie, „obiektywnego” kryterium oceny ofert nie należy utożsamiać z kryterium absolutnie niezależnym od zamawiającego, z kryterium „obiektywnie” istniejącym poza instytucją zamawiającą. W świetle artykułu 53 Dyrektywy 2004/18/WE nie jest również tak, że o kryteriach doboru ofert przesądzają wyobrażenia, czy też oczekiwania lub komfort potencjalnego wykonawcy.

W przywołanej wyżej sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że udzielający zamówienia publicznego dysponuje **dyskrecjonalną swobodą** w określeniu kryteriów oceny ofert z tym zastrzeżeniem, iż obrane kryteria, po pierwsze, wiążą się z przedmiotem zamówienia. Po drugie, nie skutkują przyznaniem zamawiającemu wolnej od ograniczeń swobody wyboru wykonawcy. Po trzecie, zostały wprost podane w dokumentacji postępowania i ogłoszeniu o zamówieniu i wreszcie, są zgodne z fundamentalnymi zasadami prawa wspólnotowego.

Każdy z przywołanych wymogów został spełniony w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wskazuje, Sąd I Instancji, odnosząc się do zasad europejskiego prawa zamówień publicznych, w wyroku z 10 września 2008r. (T-59/05, *Evropaiki Dinamikii v. Komisja*, OJ C 272 z 25.10.2008r., p. 22) oceniał m.in. stan faktyczny polegający na przyjęciu przez instytucję zamawiającą następującej oceny ofert:

- (a) jakości propozycji wykonawcy co do zupełności, jasności, rzeczowości, istotności informacji i dokumentów dostarczonych zamawiającemu oraz braku dwuznaczności informacji i dokumentów,

- (b) zaproponowanej metodologii i organizacji usług mających na celu zaspokojenie potrzeb instytucji zamawiającej,
- (c) kontroli jakości świadczonych usług.

Z treści wyroku w sprawie *Evropaiki Dinamikii* wynika, że Sąd I Instancji nie zdyskwalifikował metodologii i organizacji usług jako kryterium wyboru ofert. Trybunał nie stwierdził również, aby na gruncie europejskiego prawa zamówień publicznych, dane kryterium musiało mieć charakter „obiektywnie mierzalny”.

W nawiązaniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców, Zamawiający zaznacza, że w sprawie *Europaiki Dynamiki v. Komisja*, Sąd I Instancji wyjaśnił również, iż wyliczonym wyżej kryteriom (m.in. metodologii) nie można było przypisać niejasności i subiektywnego charakteru. Mogły one bowiem **być zastosowane** w sposób obiektywny (bezzstronny), konkretny i jednolity wobec wszystkich wykonawców.

We wcześniejszej sprawie C-470/99 *EVN i Winestrom* Trybunał uszczegółowił, że równe traktowanie wykonawców jest zapewnione, jeżeli kryteria oceny ofert (nawet „ocenne”) są i mogą być **stosowane** obiektywnie i jednolicie wobec wszystkich wykonawców.

Warunki te są spełnione w odniesieniu do metodologii, jako jednego z kryteriów wyboru w niniejszym postępowaniu. Zaproponowana przez wykonawców metodologia zostanie oceniona bezzstronnie, konkretnie i w sposób jednolity wobec wszystkich i każdego z nich. Ze sformułowań punktu IV.2.1 pkt 4 Ogłoszenia oraz Rozdziału 14 punkt 14.2.1.4 oraz punkt 14.8. SIWZ w żaden sposób nie wynika, iż kryteria te będą stosowane stroniczo i w sposób różnorodny wobec któregośkolwiek z wykonawców. SIWZ nie zawiera żadnych zapisów, które uniemożliwiałyby bezzstronną, obiektywną oraz jednolitą wobec wszystkich wykonawców ocenę. Co więcej, punkt 14.2.1.4. SIWZ wskazuje wykonawców w sposób dostateczny, jakie elementy będą brane pod uwagę przy kwalifikacji zaproponowanej metodologii.

Wypada przy tym zaznaczyć, w orzecznictwie ETS stopień opisu kryteriów doboru oferty odnosi się do „dobrze poinformowanych, należycie starannych wykonawców”. Zamawiający ocenił, że punktem odniesienia zrozumiałości sformułowań dokumentacji przetargowej, a tym samym zdolności do odczytania treści jej zapisów nie powinien być miernik wiedzy „osoby niezorientowanej”, który wymagałaby definiowania każdego pojęcia z osobna. Zamawiający zajmuje stanowisko, że określenia przezeń wykorzystane są dostatecznie precyzyjne.

W wyroku z 18 października 2001, sprawa C-19/00, *SIAC Construction*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł na tle stanu faktycznego, w którym instytucja zamawiająca, celem oceny ofert, posłużyła się opinią eksperta. Trybunał stwierdził wręcz, że na etapie badania i wyboru ofert posłużenie się starannie przygotowaną profesjonalną ekspertyzą służy zapewnieniu transparentności postępowania i równego traktowania wykonawców.

Również w świetle art. 21 ust. 4 PZP wskazanie przez zamawiającego w punkcie 14.8., że nastąpi ocena ekspercka przedstawionych rozwiązań nie narusza art. 7 ust. 1 PZP.

Na zakończenie, należy zauważyć, że definicję legalną najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 ust. 1 pkt 8 PZP. Wskazanie w przywołanym przepisie, że chodzi o kryteria „odnoszące się do przedmiotu zamówienia”, oznacza, iż decydujące znaczenie winny mieć kryteria przedmiotowe. Zgodnie z art. 91 ust. 2 PZP mogą nimi być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 91 ust. 3 PZP zakazuje jedynie określania kryteriów wyboru ofert w sposób dotyczący właściwości wykonawcy, a zwłaszcza w odniesieniu do jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Powyższe wymagania Zamawiający spełnił.

Ze względu na przytoczone powyżej argumenty, Zarzut nr 3 nie został uznany za uzasadniony.

Ze względu na przytoczone argumenty Protest nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zamawiający pragnie jednak zwrócić uwagę Wykonawcy na zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia z 5 grudnia 2008r., która odnosi się również do oprotestowanych fragmentów SIWZ.

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.

ZŁCA GENERALNEGO DYREKTORA
DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD

Magdalena Jaworska