

Sygn. akt: KIO/UZP 1400/09

**WYROK**  
z dnia 17 listopada 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, adres do korespondencji Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 02-516 Warszawa**, protestu z dnia 4 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum ubiegających się wspólnie o zamówienie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Railway Tunnel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, reprezentowani przez pełnomocnika **China Overseas Engineering Group Co. Ltd, działającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez swój oddział China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża przez **Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, adres do korespondencji Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, adres do korespondencji Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, adres do korespondencji Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 02-516 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz przez **Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, adres do korespondencji Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź.**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Projekt i budowę autostrady A-2 Stryków – Konotopa na odcinku od km 365+261,42 (od węzła „Stryków I” bez węzła) do km 394+500.”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld Niemcy i MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie Portugalia, (dalej: „Odwołujący”), zostało wszczęte w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31 marca 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 62-089041). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych (dalej: „Zamawiający”).

W postępowaniu tym Odwołujący w piśmie z dnia 27 sierpnia 2009 r. został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum ubiegających się wspólnie o zamówienie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Railway Tunnel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowani przez pełnomocnika China Overseas Engineering Group Co. Ltd, działającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez swój oddział China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej: „COVEC” lub „Przystępujący”).

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący złożył w dniu 4 września 2009 r. protest, o którym Zamawiający w dniu 7 września 2009 r. poinformował COVEC. COVEC w dniu 10 września 2009 r. zgłosił przystąpienie do tego postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na jego niezasadność i wnosząc o jego oddalenie.

Protest został przez Zamawiającego poprzez jego oddalenie rozstrzygnięty w dniu 11 września 2009 r.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 17 września 2009 r. złożył do Prezesa UZP odwołanie, przekazując w tym samym dniu jego kopię Zamawiającemu.

W dniu 7 października 2009 r. COVEC złożył do Prezesa UZP zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

#### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu do Prezesa UZP podtrzymał zarzuty podniesione w proteście w zakresie:

1. dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępującego, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został podpisany przez osobę, która nie wykazała, że jest upoważniona do działania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum COVEC;
2. zaniechania wykluczenia Przystępującego, którego oferta została podpisana przez osobę, która nie wykazała, że jest upoważniona do działania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum COVEC;
3. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez zawarcie w ofercie cen niższych aniżeli koszty wykonania danych prac, w tym cen w wysokości 0,00 zł;
4. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego zawierającej rażąco niską cenę, tj. cenę niższą o ponad 51% od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia oraz cenę niższą o ponad 23% od następnej najkorzystniejszej oferty (tj. oferty Odwołującego), mimo, że rzetelna ocena wyjaśnień Przystępującego potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Alternatywnie Odwołujący podniósł, że w przypadku nie uznania zarzutów określonych w pkt 1 i 2 – ze względu na uznanie, że osoba, która podpisała ofertę działała jako podmiot zarządzający – niezasadnym było dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępującego, który nie załączył do wniosku zaświadczenia o niekaralności tej osoby.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący wskazał też na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego, która pomimo wymogu SIWZ (pkt 7.6.1 Instrukcji dla wykonawców – Tom I SIWZ) nie została podpisana przez

osobę upoważniona do jej złożenia, tj. osobę, która podpisując ofertę nie wykazała, że jest pełnomocnikiem, względnie pełnomocnikiem dalszym wszystkich członków Konsorcjum;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia Przystępującego, który posługując się odpisem z KRS dla oddziału w Polsce zawierającym dane sprzeczne ze stanem rzeczywistym, podał nieprawdziwe dane, co do organu upoważnionego do reprezentacji China Overseas Engineering Group Co. Ltd, wskazując, że organem tym jest Dyrektor Oddziału w osobie Pana F., który upoważniony jest do samodzielnej reprezentacji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty nie spełniającej wymogów SIWZ, w sytuacji gdy Przystępujący złożył ofertę bez wycenienia wszystkich elementów rozliczeniowych zawartych w Wykazie Cen z podaniem „adekwatnej wartości” tych elementów, tj. w sytuacji gdy Przystępujący dla poszczególnych elementów podał wartość „0,00”, która w sposób oczywisty nie jest „adekwatna”;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie nakazu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy z oferty Przystępującego wynika, iż oferuje on ceny ryczałtowe za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia poniżej kosztów ich wykonania;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie nakazu równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy Zamawiający odrzucił ofertę innego wykonawcy w postępowaniu z powodu dokonania wyceny oferty niezgodnie z pouczeniem zawartym w SIWZ dotyczącym wypełnienia Wykazu Cen, a jednocześnie dokonał wyboru oferty Przystępującego, która tak samo została sporządzona niezgodnie z pouczeniem zawartym w SIWZ, dotyczącym wypełnienia Wykazu Cen;
- 6) art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 55 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 poprzez brak dokonania oceny wyjaśnień Przystępującego z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w treści ustalonej w zgodzie z art. 55 ust. 1 i ust. 2 wskazanej dyrektywy, w sytuacji gdy

Przystępujący złożył wewnątrznie sprzeczne i ogólnikowe wyjaśnienia bez poparcia ich jakimikolwiek dowodami.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia Przystępującego do złożenia oferty;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wykluczenia Przystępującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że Pan F. przekroczył swoje umocowanie przedstawiając się w podpisanym przez siebie wniosku zarówno jako osoba upoważniona do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale oraz jako organ reprezentujący przedsiębiorcę zagranicznego. Na tę okoliczność przedłożył akta rejestrowe oddziału zagranicznego COVEC w Polsce. Odwołujący podniósł też, że Pan F. nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego jego umocowanie do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących kalkulacji ceny i zaoferowania ceny rażąco niskiej Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego co do charakteru wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu. W odwołaniu zakwestionował on bowiem to, że wynagrodzenie to jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Według niego na powyższe wskazują niektóre klauzule umowne z Warunków Szczególnych Kontraktu, gdzie przewidziano, iż ceny kontraktowe nie będą podlegały waloryzacji, a zrezygnowano z postanowienia, że wynagrodzenie łączne nie podlega zmianom. Podkreślił też, że Zamawiający wyjaśniając SIWZ wskazywał precyzyjnie jak wykonawcy mają wypełnić Wykaz Cen, zatem poszczególne ceny miały dla Zamawiającego znaczenie, a ponadto Zamawiający przewidział możliwość poprawienia omyłek o charakterze rachunkowym w zakresie tej wyceny. Odwołujący wskazał, że niewłaściwa i nieadekwatna wycena poszczególnych pozycji Wykazu Cen będzie stanowiła utrudnienie dla wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności w kontrakcie. Podniósł, że nieadekwatność wyceny niektórych pozycji w Wykazie Cen stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to znaczy jest to sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Co do kwestii oceny wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący wykazywał, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym. Powoływał się na treść przepisów dyrektywy klasycznej co do rażąco niskiej ceny oraz na orzecznictwo ETS. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego nie zostały poparte żadnymi dowodami, wskazując tutaj na ciężar dowodowy, który spoczywa w pierwszym rzędzie na Przystępującym, a drugim na Zamawiającym skoro przyjął te wyjaśnienia.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wskazywał, że Pan F. był upoważniony do działania w imieniu Konsorcjum COVEC na co wskazywały dokumenty załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tego wykonawcy. Podkreślił tutaj zasadę domniemania prawdziwości informacji ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym, której – jego zdaniem – Odwołujący nie podważył.

Podkreślił też, że zarzuty dotyczące dopuszczenia do złożenia oferty przez wykonawcę, który złożył w postępowaniu wnioski o dopuszczenie wzięcia w nim udziału podpisany przez podmiot nieuprawniony, został zgłoszony po terminie.

Zamawiający na potwierdzenie swoich twierdzeń co do właściwego umocowania dla Pana Feng-Ning do reprezentacji Konsorcjum COVEC powołał się na przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wskazał też na bezpodstawność żądania dokumentów o niekaralności w odniesieniu do tej osoby.

W kwestii zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i wyceny niektórych pozycji Wykazu Cen na poziomie 0,00 zł Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie udowodnił stawianych w tym zakresie zarzutów, a ponadto wskazał na cenę ryczałtową w niniejszym postępowaniu, wskazującą na brak obowiązku weryfikowania poszczególnych cen z Wykazu.

## III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w pełnił poparł stanowisko Zamawiającego. Tak na etapie postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i na etapie postępowania odwoławczego, wnosił o oddalenie podnoszonych wobec jego oferty zarzutów.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, uwzględniając również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w proteście, przyłączeniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, oraz w przystąpieniu do odwołania, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, określony przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby określił krąg podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem przedmiotowego odwołania, uznając, że oprócz stron postępowania odwoławczego (Odwołujący i Zamawiający) uczestnikiem postępowania odwoławczego jest również Konsorcjum COVEC, które zgłosiło swoje przystąpienie do tego postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba uznała, że wypełnione zostały wszystkie warunki dla uznania skuteczności tego zgłoszenia, określone w art. 184 ust. 4 ustawy Pzp. Konsorcjum ubiegających się wspólnie o zamówienie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Railway Tunnel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie było uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu poprzedzającego rozpoznawane przez Izbę odwołanie, zgłaszając przystąpienie do tego postępowania w terminie określonym w art. 181 ust. 4 ustawy Pzp (3 dni od daty otrzymania wezwania od Zamawiającego).

Zgłoszenie przystąpienia zostało złożone do Prezesa UZP przed otwarciem posiedzenia Izby w sprawie rozpoznania odwołania, a jego kopia – jak ustalono w toku posiedzenia Izby - została przekazana stronom postępowania odwoławczego. Zgłaszający przystąpienie wykazał również swój interes prawny w przystąpieniu oraz wskazał Zamawiającego jako stronę, do której przystąpił.

Skład orzekający Izby zobowiązany był również w tym zakresie dokonać oceny prawidłowości złożonego przystąpienia pod kątem oceny umocowania osoby podpisującej tak zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego, jak i odwoławczego, tj. Pana Andrzeja O. działającego z upoważnienia F., czy wskazane osoby działały w imieniu wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum ubiegającego się o zamówienie i składającego ofertę w tym postępowaniu.



Dokonując tej oceny Izba ustaliła, że Pan F. był upoważniony do działania w imieniu China Overseas Engineering Group Co. Ltd, pełnomocnika Konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, która to firma działa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez swój oddział w Polsce, tj. China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie.

Z dokumentów rejestrowych załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum COVEC, wynika, że firmy wchodzące w skład tego Konsorcjum mają uprawnienie do działania w obrocie prawnym według porządków prawnych państw, w których ich działalność gospodarcza jest zarejestrowana, co nie było zresztą kwestionowane przez Odwołującego.

Bezsprzeczną okolicznością w sprawie jest również to, że pełnomocnikiem tego Konsorcjum, ustanowionym w związku z brzmieniem art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, jest firma China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, dla której zakres udzielonego pełnomocnictwa obejmował również umocowanie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Uwzględniając powyższe uprawionym do reprezentacji tej firmy – zgodnie z dokumentem „Zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej” - jest Pan Fang Y.. Na terenie Rzeczypospolitej Polskiej firma ta – zgodnie z odpisem KRS nr 0000282967 z dnia 4 kwietnia 2009 r., załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - prowadzi działalność gospodarczą przez oddział zagranicznego przedsiębiorcy, tj. China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie.

Prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 2 lipca 2009 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 155, poz. 1095 ze zm.), możliwe jest przez utworzenie oddziału tego zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce. Oddział ten nie posiada odrębnej osobowości prawnej i korzysta z podmiotowości przedsiębiorcy zagranicznego. Zgodnie bowiem z art. 5 pkt 4 wskazanej ustawy oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego jest wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę zagranicznego poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy stanowi zatem jedynie formę organizacyjno – prawną, w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swoją działalność na terenie Polski. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy działa zatem w ramach podmiotu zagranicznego, w jego imieniu i na jego rzecz.

Z mocy przepisów prawa wynikają również odrębne zasady reprezentacji podmiotu zagranicznego działającego na terytorium RP w formie organizacyjnej swojego oddziału. Oddział taki – zgodnie z wpisem w KRS w dziale II, rubryka 1 – winien wskazać organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy. W tej rubryce dla China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce wskazano pana F. jako dyrektora oddziału, upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Jednocześnie też w rubryce 4 działu II KRS dla takiego oddziału istnieje obowiązek ujawnienia osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale. Ten szczególny obowiązek wynika z art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W tym zakresie co do China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Sp. z o.o. Oddział w Polsce wskazano także pana F.

Uwzględniając powyższe Pan F. był upoważniony do działania w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego tak jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy, jak i w szczególnej formie reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego, tj. jako osoba reprezentująca zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale, czyli na terenie Polski. W obydwu przypadkach nie mamy do czynienia z działaniem takiej osoby w charakterze pełnomocnika. Jest to bowiem swoistego rodzaju szczególna reprezentacja przedsiębiorcy zagranicznego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności w oddziale w Polsce. Jeśli więc wykonawca zagraniczny ubiega się o udzielenie zamówienia na terenie działalności swojego prawnie zarejestrowanego oddziału (w Polsce) ma prawo, aby osoba wskazana do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale, jak również osoba wskazana jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy, również składała w jego imieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofertę, a tym samym również zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, czy też miała umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa w tym zakresie dla innego podmiotu, czy osoby. Podobne stanowisko prezentowane jest w tej kwestii również przez doktrynę (W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa, 2003, s. 154 oraz M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster *Komentarz*, Lex/el. 2005).

Reasumując zatem Pan F. był upoważniony do działania na rzecz China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, tj. przedsiębiorcy zagranicznego jako jego przedstawiciel. W związku z tym, że pełnomocnictwo dla China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa od pozostałych członków Konsorcjum COVEC ubiegającego się o zamówienie upoważniało do udzielania dalszych pełnomocnictw Pan F. działający w imieniu tej firmy

miał również umocowanie ab udzielić Panu Andrzejowi O. – radcy prawnemu dalszego pełnomocnictwa w celu złożenia przez niego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wskazane osoby działały w imieniu i na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie i składającego ofertę w niniejszym postępowaniu, tj. konsorcjum COVEC w sposób pełnoprawny (Pan F. działał w ramach reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce, który został pełnoprawnie ustanowiony pełnomocnikiem konsorcjum z prawem do udzielenia dalszych pełnomocnictw i Pan Andrzej O. działał jako pełnomocnik ustanowiony przez przedsiębiorcę zagranicznego – lidera konsorcjum, który miał umocowanie do udzielania dalszych pełnomocnictw - działającego poprzez swojego reprezentanta w Polsce – Pana F.).

Skład orzekający Izby uwzględniając również przepis art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp uznał, że zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczące dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu podpisany przez osobę nieuprawnioną, zostały podniesione z uchybieniem ustawowych terminów, wynikających z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. O tym, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w imieniu Przystępującego został podpisany przez Pana F. i że tę okoliczność Zamawiający uznał za prawidłową, nie skutkującą wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, wykonawcy wiedzieli już w dniu 18 czerwca 2009 r., w której to dacie Zamawiający udostępnił wnioski do wglądu wykonawców. Od tego to momentu należało rozpocząć odliczanie terminu na oprotestowanie tego zaniechania Zamawiającego i ewentualnie złożenie odwołania od rozstrzygnięcia takiego protestu.

Niemniej jednak Izba uznała, że zarzut dotyczący złożenia oferty w imieniu wykonawcy Konsorcjum COVEC przez osobę nieuprawnioną i zaniechania odrzucenia w tym zakresie oferty tego wykonawcy podlega formalnemu rozpoznaniu. Mamy w tym przypadku bowiem do czynienia z odrębną czynnością Zamawiającego (ocena ofert, a nie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i zaniechaniem dokonania przez niego przy okazji wykonywania tej czynności – odrzucenia oferty Konsorcjum COVEC. Tym samym zatem z formalnoprawnego punktu widzenia zarzut ten podlegała rozpoznaniu. Niezależnie jednak od tego Izba uznała ten zarzut za niezasadny, stwierdzając, że Pan F., podpisujący ofertę w imieniu Konsorcjum COVEC, był upoważniony do działania w imieniu i na rzecz tego Konsorcjum. Izba podtrzymuje w pełni swoją argumentację w tym zakresie zawartą powyżej w uzasadnianiu niniejszego orzeczenia, co do dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika Konsorcjum COVEC.

Co najwyżej w tym przedmiocie dodatkowo należy wskazać, że argumentacja Odwołującego, co do oceny zakresu pełnomocnictwa dla Pana Feng–Ning w sprawie rejestracji oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce nie była przekonująca dla składu orzekającego Izby.

Po pierwsze, wskazać należy na to, że przepisy ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.) wskazują na zasadę domniemania prawdziwości danych wpisanych do KRS (art. 17 ust. 1 tej ustawy), które to domniemanie nie zostało w żaden sposób obalone przez Odwołującego. Przyjmując nawet, że istotne znaczenie w tym zakresie ma przywoływane przez Odwołującego pełnomocnictwo do zarejestrowania oddziału zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce, udzielone Panu F. przez China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, stwierdzić należałoby, że w zakresie tego pełnomocnictwa mieściło się umocowanie do wykonywania wszelkiej działalności spółki obejmującej rejestrację w Polsce oddziału, a także ponoszenia odpowiedzialności za całość działalności spółki i rozwój jej rynku w Polsce, a tym samym również umocowanie dla Pana F. do występowania jednoosobowo w imieniu zagranicznego przedsiębiorcy podejmującego działalność gospodarczą na terytorium Polski.

Po drugie, Izba zwraca również uwagę, że dla osoby wykazywanej jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy oraz jako osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale przepisy ustawy Pzp (art. 24 ust. 1 pkt 4-8) nie przewidują obowiązku przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu potwierdzającego niekaralność takiej osoby. Osoba ta nie jest członkiem zarządu osoby prawnej (China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa), według dokumentu rejestrowego prawa Chińskiej Republiki Ludowej. Osoba upoważniona do reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale – jak wskazano powyżej – jest swego rodzaju reprezentacją przedsiębiorcy zagranicznego działającego na terytorium RP w szczególnej formie - oddziału. Nie jest to jednak osoba wchodząca w skład organu zarządzającego podmiotu zagranicznego, który został określony m.in. w umowie spółki China Overseas Engineering Group Co. Ltd.

Po trzecie, Izba odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego podpisania oferty Konsorcjum COVEC stwierdziła, że nie można również w tym zakresie mówić o jakiegokolwiek sprzeczności z treścią SIWZ. Ewentualną podstawę do odrzucenia oferty nieprawidłowo podpisanej i złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi bowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który również – z racji przyjęcia, że oferta została podpisana prawidłowo – nie znajdzie w tym zakresie zastosowania.

Skład orzekający Izby formalnie nie rozpatrzył też zarzutu związanego z podaniem nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum COVEC, co do uprawnienia dla Pana F. do działania w imieniu przedsiębiorcy z Chińskiej Republiki Ludowej, biorąc pod uwagę przesłankę wynikającą z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut ten formalnie nie był bowiem podnoszony przez Odwołującego na etapie protestu, zatem stosownie do art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie podlega rozpoznaniu.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z SIWZ przez podanie wyceny niektórych pozycji w zakresie Wykazu Cen w sposób sprzeczny z SIWZ, jak również odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, jak również w tym kontekście niewłaściwą oceną przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego co do rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby uznał w tym zakresie przede wszystkim, że podnoszone zarzuty nie zostały udowodnione przez Odwołującego, a to na nim – zgodnie z art. 6 kc - spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi on określone skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty konkurenta.

Co do ceny rażąco niskiej podkreślić należy, że Odwołujący opiera się wyłącznie na gołosłownym twierdzeniu, że oferta Przystępującego jest rażąco niska, ponieważ odbiega cenowo o określoną wartość procentową, tak od wartości przedmiotu zamówienia, jak i innych ofert złożonych w postępowaniu.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego na początku roku 2009 (23 marca 2009 r.) wynosiła 2 315 004 180,00 zł netto, co stanowi kwotę ok. 2 824 305 099 zł brutto, przy uwzględnieniu również wartości robót uzupełniających. Wartość oferty Przystępującego opiewa natomiast na kwotę 754 588 186,71 zł brutto, zaś oferta Odwołującego na kwotę 990 862 462,33 zł brutto. Uwzględniając powyższe, zważywszy na charakter przedmiotu zamówienia (roboty budowlane wykonywane na podstawie projektu opracowanego przez wykonawcę wyłonionego w toku niniejszego postępowania, tzw.: „zaprojektuj i wybuduj”) i jego skomplikowanie możliwe jest przyjęcie za uzasadnione wskazanych rozbieżności w cenach ofertowych. Odwołujący jednak w żaden sposób nie wykazał, że rozbieżności te i określenie przez Przystępującego ceny ofertowej na określonym poziomie, czynią tę cenę nierealną,

czyli taką, za którą – bez ponoszenia strat ze strony wykonawcy - nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Co do odniesienia ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych – biorąc pod uwagę moment składania ofert przetargowych – cen rynkowych. Na powyższe rozbieżności mogą mieć wpływ: charakter zamówienia (jak w niniejszym przypadku), jak również okoliczności rynkowe (zmiany cen na materiały i usługi budowlane, kryzys gospodarczy), co w niniejszym przypadku również miało miejsce, na co wykazywał w toku rozprawy Zamawiający, czemu w żaden sposób nie zaprzeczył Odwołujący. Zamawiający podniósł bowiem, że powyższe czynniki mają znaczenie dla niebagatelnego obniżenia na obecnym etapie postępowania wartości kosztorysowej zamówienia (kosztorys inwestorski). Zwrócić ponadto należy uwagę, że wartość szacunkowa zamówienia ustalana – jak podniesiono – przed wszczęciem postępowania – ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń Zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wartość zamówienia powyżej progów UE, czy poniżej; ustalenie odpowiednich terminów na składanie ofert, terminu zwiania ofertą, publikacji ogłoszenia o zamówieniu itp.). Nie mogą one zaś stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niską. Nie bez znaczenia jest również w tym przypadku okoliczność ujęcia przez Zamawiającego w ramach wartości szacunkowej zamówienia wartości robót uzupełniających (co jest zgodne z treścią art. 32 ust. 3 ustawy Pzp), które to roboty stanowią przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrębnego wynagrodzenia umownego, zatem nie wchodzą w wartościowy zakres aktualnej ceny ofertowej.

Podobnie skład orzekający Izby stwierdził, że również czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie ceny ustalonej na rażąco niskim poziomie oraz wyceny niektórych pozycji z dokumentu wymaganego przez Zamawiającego, tj. Wykazu Cen na poziomie: 0,00 zł nie został udowodniony przez Odwołującego. Odwołujący nie wykazał nawet na czym miałyby polegać ten czyn, nie przywołując w tym zakresie uzasadnienia co wskazanej podstawy prawnej wynikającej z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), tj. art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Nie wykazano, aby łączna cena ofertowa stanowiła cenę dumpingową, jak też, aby wyceny niektórych pozycji w wysokości 0,00 zł świadczyły przykładowo o eliminacji z danego rynku (krajowego, rynku robót budowlanych, rynku zamówień publicznych itd.) Odwołującego, występującego jako przedsiębiorca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do wyceny poszczególnych pozycji na poziomie 0,00 zł (Odwołujący wykazywał, że było ich 30) Izba nie stwierdziła w tym zakresie żadnego naruszenia - ani czynu nieuczciwej konkurencji, ani rażąco niskiej ceny, jak również nie stwierdziła, aby ten sposób wyceny stanowił o niegodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Zamawiający w SIWZ biorąc pod uwagę opracowany dla niniejszego zadania Program funkcjonalno – użytkowy dokonał wycen poszczególnych opisanych przez niego w tym dokumencie pozycji odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Opisy te były krótkie – jak wskazał sam Zamawiający w tomie IV SIWZ „Wycenione Wykazy” – są one podane tylko dla celów identyfikacyjnych. Zamawiający wprost określił, że poszczególne ceny w tym wykazie mają charakter cen ryczałtowych i taki też charakter ma łączna cena za wykonanie całości zadania. Wykonawcy – zgodnie z wymogiem SIWZ - mieli dokonać wyceny tych pozycji w swoich ofertach.

Skład orzekający Izby ustalił, że Przystępujący, dokonując tej wyceny w pozycjach określonych mianem „Inne roboty” wskazał wartość 0,00 zł. Skład Izby przyjął za miarodajne w tym zakresie wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w toku rozprawy, a także w rozstrzygnięciu protestu, że pozycje te mogły być wycenione, ale z SIWZ nie wynikał bezwzględny obowiązek ich wyceny. Ponadto Zamawiający przewidział te pozycje w Wykazie Cen w związku z tym, że przedmiot zamówienia stanowią zarówno usługi projektowe, jak i wykonawstwo robót, które będzie odbywać się w oparciu o projekt przygotowany przez wykonawcę wyłonionego w toku tego postępowania zarówno do usług projektowych, jak i wykonywanych na ich podstawie robót budowlanych. Dlatego też Zamawiający, dając pewną swobodę w tym zakresie wykonawcom, wprowadził dodatkową pozycję („Inne roboty”), która mogła być fakultatywnie wypełniona przez nich w sytuacji, gdyby w uproszczonym przez Zamawiającego Wykazie Cen jakieś szczególne elementy (pozycje prac) nie były wyodrębnione, a – w ocenie wykonawcy – konieczne były do tego szczególnego wyodrębnienia.

Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, że Wykaz Cen w niniejszym postępowaniu nie stanowił kosztorysu ofertowego, na podstawie którego miałyby być rozliczane wynagrodzenie z tytułu wykonania robót budowlanych. Pewna forma tzw. kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu powstanie dopiero w toku realizacji niniejszego zamówienia, a jej autorem będzie wybrany w przedmiotowym postępowaniu wykonawca. Wykonawca ten bowiem na podstawie sporządzonej przez siebie dokumentacji projektowej przygotuje dokument określony jako Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych, na podstawie którego będzie możliwie rozliczenie częściowe robót zgodnie z przyjętym harmonogramem.

Bezsprzecznie w niniejszym postępowaniu mamy też do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym zamówienia, co wyraźnie wynika z postanowień SIWZ oraz projektu umowy. Okoliczność tę zresztą przyznał - pomimo uprzedniego stanowiska w proteście i odwołaniu – również Odwołujący w toku rozprawy. Powyższe zatem ma decydujące znaczenie dla oceny dokonanych w Wykazie Cen wycen przez Przystępującego, wskazujących na pewną dowolność dopuszczoną przez samego Zamawiającego. Podkreślić należy, że w związku z charakterem wynagrodzenia przyjętego w niniejszym postępowaniu (ryczałt) brak wyceny przez wykonawcę jakiegoś elementu w Wykazie Cen nie będzie skutkowało niewykonaniem danych prac przez niego w ramach ceny ryczałtowej, a tym bardziej brak wyceny niedookreślonej pozycji „Inne roboty”.

Odnosząc się do zarzutów i stanowiska Odwołującego w kwestii braku dokonania przez Zamawiającego oceny wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego co do ceny ofertowej w oparciu o kryteria określone w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ze skutkami wynikającymi z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała je za bezpodstawne.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli Zamawiający ma przypuszczenie, że jakaś cena ofertowa może stanowić cenę ustaloną w sposób nieuprawniony na niższym poziomie, czyli tzw. cenę rażąco niską, ma obowiązek zażądać od wykonawcy oferującego taką cenę stosownych wyjaśnień. Wyjaśnień takich Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał od Przystępującego w piśmie z dnia 17 sierpnia 2009 r. (znak: GDDKiA-DRI-I-AK-4441-XIX-A2\_S-K/R/2/57/09). Izba zwraca uwagę, że skorzystanie z tego przepisu przez Zamawiającego stwarza swego rodzaju domniemanie ceny rażąco niskiej, które podlega obaleniu przez wykonawcę, do którego takie wezwanie jest skierowane. W przedmiotowej sprawie Przystępujący w piśmie z dnia 19 sierpnia 2009 r. udzielił Zamawiającemu takich wyjaśnień, wskazując m.in. na:

- a) przyjęty przez niego skondensowany mechanizm zakupów z odpowiednim wyprzedzeniem pozwalający uniknąć wahań cen dla materiałów budowlanych na wykonanie budowy kilku odcinków autostrady A2 oraz niskie ceny tych materiałów z uwagi na kryzys gospodarczy;
- b) całkowite sfinansowanie przedsięwzięcia ze środków własnych konsorcjum bez konieczności zaciągania w tym zakresie kredytów, które podnoszą koszt przedsięwzięcia;
- c) ograniczenie wszelkich kosztów administracyjnych poprzez odpowiednią organizację pracy i procesu realizacji przedsięwzięcia, biorąc pod uwagę również doświadczenie uzyskane w tym zakresie w związku z wykonywaniem szeregu zamówień w Chińskiej Republice Ludowej związanych z organizacją olimpiady w 2008 r.;



- d) zminimalizowanie ryzyka zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania prac poprzez organizację zakupów materiałów budowlanych i bezpośrednie finansowanie zamówienia przez samo Konsorcjum;
- e) wykorzystanie do realizacji zamówienia rezerw sprzętu będącego w dyspozycji członków Konsorcjum z Chińskiej Republiki Ludowej pod warunkiem zgodności tego sprzętu z normami i regulacjami prawnymi w Polsce;
- f) obniżenie kosztów osobowych przedsięwzięcia, jeśli chodzi o skorzystanie z ekspertów, specjalistów, techników i regularnej siły roboczej pochodzących z Chin, gdzie koszty wynagrodzeń tych pracowników oraz oczekiwania płacowe zwłaszcza kadry zarządzającej są niższe niż przyjęte w standardach UE;
- g) doświadczenie członków Konsorcjum uzyskane przy budowanie autostrad w Chińskiej Republice Ludowej, gdzie koszt budowy 1 km autostrady jest znacznie niższy niż w Polsce oraz unikatowe metody organizacji prac budowlanych oraz techniczne know-how;
- h) możliwość wykonywania prac na dwóch odcinkach autostrady A2 – przyjęcie założenia, że Przystępujący wygra postępowania na oba odcinki autostrady miało wpływ na sposób kalkulacji ceny ofertowej;
- i) z uwagi na kryzys gospodarczy Konsorcjum przyjęło, że marża uzyskana z tytułu realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia będzie na niskim poziomie w stosunku do zwyczajowych marż dotychczas uzyskiwanych w podobnych zamówieniach.

Biorąc pod uwagę wskazane wyjaśnienia Zamawiający uznał, że są one wystarczające dla przyjęcia, że cena Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Oceny tej Zamawiający dokonał w oparciu o wytyczne określone w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Izba oceniając zakres treściowy udzielonych wyjaśnień stwierdziła, że odnoszą się one do obiektywnych czynników mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej dla tego konkretnego wykonawcy, których jedynie przykładowy katalog określa ust. 2 art. 90 ustawy Pzp. Odwołujący tak naprawdę nie kwestionował treści udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień i argumentów, które tam zostały podniesione, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych kontrdowodów, zatem brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum COVEC nie mogło skorzystać ze szczególnej dla niego sytuacji i skalkulować ceny ofertowej na nieco niższym poziomie, co jeszcze – jak wskazano powyżej – nie świadczy o cenie nierealnej.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie dokonał w ogóle oceny udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, z czym Izba zgodzić się nie może. Stwierdzić bowiem należy, że przepisy ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, w tym przede wszystkim rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie

protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154), nie nakładają na Zamawiającego jakiegось szczególnego obowiązku dokumentowania dokonywanej czynności wyjaśnień przeprowadzanych na podstawie art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Z przepisów tych wynika jedynie konieczność skierowania w tym zakresie pisemnego wezwania do wykonawcy oraz udzielenia takich wyjaśnień przez wykonawcę, co w tym przypadku miało miejsce. Dodatkowo ze sporządzanego przez Zamawiającego - niezależnie od wymogów przepisów prawa w tym zakresie - Raportu nr 2 z posiedzenia Komisji Przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonego Izbie na rozprawie, wynika, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny były podstawą oceny dokonanej przez komisję przetargową.

Tym samym Izba uznała, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące ceny rażąco niskiej nie dawały Zamawiającemu podstaw do odrzucenia tej oferty i obalały domniemanie ceny rażąco niskiej przyjęte przez Zamawiającego przez skierowane wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Tak więc zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej, popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności oferty z treścią SIWZ nie znalazły – w ocenie Izby – potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. W tym zakresie nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Bezpodstawne, w ocenie Izby, było również przywoływanie przez Odwołującego naruszenia przepisów dyrektywy UE 2004/18/WE co do postępowania w sprawie ceny rażąco niskiej. Izba uznała, że wystarczające w tym zakresie jest przywoływanie przepisów ustawy Pzp dotyczących postępowania z rażąco niską ceną, ponieważ przepisy te zostały prawidłowo implementowane przez polską ustawę Pzp.

Powyższe ustalenia Izba podjęła na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj. dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłanej w kopii do akt sprawy odwoławczej i przedłożonej w oryginale na rozprawie, w tym w szczególności:

1. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Przystępującego;
2. oferty złożonej przez Przystępującego;
3. SIWZ;
4. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami;
5. Raportu nr 2 z prac komisji przetargowej;

6. akt rejestrowych China Overseas Engineering Group Co. Ltd (Covec) Oddział w Polsce (KRS 282967);
7. pism Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2009 r. (znak: GDDKiA-DRI-I-AK-4441-XIX-A2\_S-K/R/2/57/09) i Przystępującego z dnia 19 sierpnia 2009 r. w sprawie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej

oraz - traktując te dokumenty jako prywatne opinie wyrażone w sprawie:

1. opinii prawnej z dnia 15 września 2009 r. sporządzonej przez Prof. dr hab. Aurelię N.;
2. opinii WACETOB Sp. z o.o. z dnia 11 września 2009 r. (znak 78/K/2/09), opracowanej przez mgr inż. Andrzeja W.;
3. opinii prawnej z dnia 10 września 2009 r., sporządzonej przez kancelarię prawną J.P. Jerzy Pieróg;
4. opinii z dnia 11 września 2009 r. Scott Wilson Sp. z o.o. w sprawie postanowień SIWZ w zakresie ceny oferty i sposobu rozliczania kontraktu w sprawie niniejszego postępowania, opracowanej w zespole: Damian L., Włodzimierz K. i Bartosz K.;
5. zestawienia cen ofert z najniższą ceną ważniejszych postępowań przetargowych 2009 r., realizowanych przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. b oraz ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 ze zm.).

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....