

Sygn. akt UZP/ZO/0-3603/05

SU + BIF  
2005/12/13  
WYROK

GENERALNA DYREKCJA DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD	
OTRZYMANO NR	1684/5
dnia	12. 12. 2005
SKIEROWANO DO	
pion.....	dnia.....
wydział.....	dnia.....

Zespołu Arbitrów z dnia 2 grudnia 2005

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Marcin Wojciech Sonnenberg**

Arbitrzy: **Danuta Jaskulska**

**Elżbieta Zasadzińska**

Protokolant **Filip Orczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2.12.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Konsorcjum: SCOTT WILSON KIRKPATRICK & Co.Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce,  
EC HARRIS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**

od odrzucenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad,  
Warszawa, ul. Żelazna 59**

protestu z dnia 10 listopada 2005 r.

**orzeka:**

1. *Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty. Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert.*

zg z własności BIF  
13.12.2005

BIF/1684/13.12.05

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 798 zł 59 gr**  
(słownie: **dwa tysiące siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: SCOTT WILSON KIRKPATRICK & Co.Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, EC HARRIS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**

2) dokonać wpłaty kwoty **5 798 zł 59 gr**

(słownie: **pięć tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59**  
na rzecz **Konsorcjum: SCOTT WILSON KIRKPATRICK & Co.Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, EC HARRIS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**

3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**

(słownie: **xxx**)

przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych  
UZZP

4) dokonać zwrotu kwoty **1 875 zł 41 gr**

(słownie: **jeden tysiąc osiemset siedemdziesiąt pięć złotych czterdzieści jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: SCOTT WILSON KIRKPATRICK & Co.Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, EC HARRIS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17.**

3. Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego usługi w zakresie doradztwa technicznego dla wszystkich projektów autostradowych. Ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył Odwołujący konsorcjum firm: SCOTT WILSON KIRKPATRICK & CoLtd Sp. z o. o. Oddział w Polsce oraz EC HARRIS Sp. z o. o. w Warszawie.

Pismem z dnia 10 listopada 2005 r. Odwołujący złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył:

1. podstawową zasadę ustawy Prawo Zamówień Publicznych zwanej dalej w skrócie Pzp wyrażoną w art. 7 – równego traktowania wszystkich wykonawców,
2. art. 89 ust. 8 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny oraz ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej,
3. art. 38 ust. 5 poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz zmianę sposobu oceny ich spełniania;

z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

4. art. 24 ust. 3 poprzez brak przytoczenia podstaw prawnych na podstawie których sformułowane są zarzuty dotyczące braków w złożonych dokumentach, a przede wszystkim brak wyczerpującego przytoczenia wszystkich okoliczności faktycznych, które uniemożliwiały konsorcjum złożenie wyczerpującego protestu,
5. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez podniesienie zarzutów o braku dokumentu poświadczającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 5 poprzez podniesienie zarzutów o braku dokumentów potwierdzających posiadanie wyższego wykształcenia „uznawanego w

*Polsce”, które nie ma odzwierciedlenia zarówno w ogłoszeniu o postępowaniu jak i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

*Odwołujący wniósł o:*

- 1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,*
- 2. dokonanie powtórnego badania oraz oceny złożonych ofert,*
- 3. zobowiązanie Zamawiającego do zażądania uzupełnienia brakujących dokumentów w każdym przypadku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.*

*W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł, że argument Zamawiającego użyty w informacji o odrzuceniu oferty jakoby w składzie konsorcjum występował Wykonawca nie posiadający zdolności prawnej i jako taki nie mogący występować w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest obarczony wadą i w sposób rażąco narusza ustawę o swobodzie działalności gospodarczej oraz art. 65 § 1 kc. Słusznie zauważył Zamawiający, iż oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada zdolności prawnej. Zgodnie z art. 88 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców. A zatem to przedsiębiorca zagraniczny prowadzi działalność na terenie Rzeczypospolitej ale wykonuje ją za pomocą oddziału, zaś działalność ta rozpoczyna się z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców. Oddział działa na rachunek przedsiębiorcy zagranicznego (w imieniu i na jego rzecz) - skutki jego działań będą przypisane przedsiębiorcy zagranicznemu, o ile będą one czyniły zadość zasadom reprezentacji. Podkreślić należy, że do czynności prawnych podejmowanych przez oddział nie jest potrzebne jakiegokolwiek pełnomocnictwo ponieważ umocowanie do ich dokonywania wynika z mocy prawa. W związku z tym każde działanie oddziału należy traktować jako działanie przedsiębiorcy zagranicznego, który ten oddział ustanowił. Wykładnia treści złożonej przez konsorcjum oferty wskazuje, że spełnione zostały wszystkie wymogi związane z działalnością oddziału. Do oferty dołączono dokumenty potwierdzające spełnianie warunków*

udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego – SCOTT WILSON KIRPATRICK&CO LTD z siedzibą w Basingstoke przy ul. Basing View Scott House w Wielkiej Brytanii.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (BZP Nr 191, poz. 45072) oraz w Rozdziale IV ust. 4.11 SIWZ wymagał od Wykonawcy wykazania dysponowania osobami – ekspertami posiadającymi wykształcenie wyższe techniczne. Konsorcjum spełniło ten wymóg – do swojej oferty dołączyło informację i dokumenty potwierdzające fakt dysponowania przez konsorcjum osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Tymczasem Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2005 roku poinformował Odwołującego o niewykazaniu przez Lidera projektu kluczowego eksperta ds. poboru i opłat, eksperta ds. poboru opłat, kluczowego eksperta ds. utrzymania i eksploatacji dróg, eksperta ds. utrzymania i eksploatacji dróg oraz eksperta ds. formułowania roszczeń i strukturyzacji umów PPP posiadania „wyższego wykształcenia uznawanego w Polsce”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób zmienił warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełniania tych warunków, co jest niedopuszczalne.

Ponadto Odwołujący wskazał, że spełnił również określony w ogłoszeniu o zamówieniu (BZP Nr 191, poz. 45072) oraz w Rozdziale IV ust.4.8 SIWZ warunek wykazania się przychodem nie niższym niż 25.000.000 PLN w ostatnim roku obrotowym. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał dołączenia do oferty sprawozdania finansowego, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinię o badanym sprawozdaniu za ostatni rok obrotowy (Wykonawcy nie zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego mieli przedłożyć inne dokumenty określające obroty, zysk, oraz zobowiązania i należności). W przedstawionej przez konsorcjum ofercie dołączone zostały trzy dokumenty potwierdzające spełnienie powyższego warunku tj. sprawozdanie finansowe firmy SCOTT WILSON KIRPATRICK&CO LTD z siedzibą w Basingstoke przy ul. Basing View Scott House w Wielkiej Brytanii, sprawozdanie finansowe firmy EC HARRIS w Warszawie oraz

*sprawozdanie finansowe oddziału firmy SCOTT WILSON KIRPATRICK&CO LTD w Polsce.*

*Odwołujący podkreślił, iż oddział firmy SCOTT WILSON KIRPATRICK&CO LTD w Polsce nie był zobowiązany do poddania swego sprawozdania finansowego badaniu biegłego rewidenta i w związku z tym takiej opinii do dołączonego do oferty konsorcjum sprawozdania finansowego nie dołączył.*

*Uzasadniając interes prawny Odwołujący wskazał, że jego interes prawny doznał uszczerbku w wyniku sprzecznych z prawem działań Zamawiającego. Naruszenie interesu Wykonawcy polega na tym, że w wyniku bezprawnego odrzucenia jego oferty koszty uczestnictwa Odwołującego w postępowaniu zostaną bezpowrotnie utracone. Wykonawca traci w wyniku tego również korzyści, których mógłby się spodziewać w wyniku zawarcia umowy z Zamawiającym. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami prawa to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą stosownie do postanowień SIWZ.*

*Pismem z dnia 14 listopada 2005 r. Zamawiający na podstawie art. 180 ust. 5 Pzp odrzucił przedmiotowy protest jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że protest został złożony w imieniu Wykonawcy – konsorcjum podmiotów, z których jeden będąc oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego nie ma zdolności prawnej i nie może być w związku z tym Wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie posiadając osobowości prawnej nie jest również osobą, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, a tym samym środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp mu nie przysługują. Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreślił, że przyczyną odrzucenia Wykonawcy był fakt, iż oferta złożona przez konsorcjum, którego jednym z członków jest samodzielnie działający oddział przedsiębiorcy zagranicznego jest nieważna (podstawa odrzucenia – art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp), natomiast informacja o uchybieniach w dokumentach załączonych do oferty konsorcjum miała jedynie charakter dodatkowego wyjaśnienia.*

*Pismem z dnia 21 listopada 2005 r. Odwołujący złożył odwołanie od powyższego oddalenia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wniósł o:*

- 1. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 3 listopada 2005 r. odrzucenia oferty Odwołującego,*
- 2. dokonanie powtórnego badania oraz oceny złożonych ofert,*
- 3. zobowiązanie Zamawiającego do zażądania uzupełnienia brakujących dokumentów w każdym przypadku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.*

*Odwołujący podtrzymał i ponowił zarzuty zawarte w proteście. Nadto podkreślił, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego zawsze korzysta z jego podmiotowości prawnej. Tym samym ilekroć jedną ze stron konsorcjum będzie oddział przedsiębiorcy zagranicznego lub będzie on samodzielnie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego należy zawsze domniemywać, że działa on w imieniu przedsiębiorcy macierzystego.*

*Zespół Arbitrów po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie oraz po wysłuchaniu stron ustalił i zważył co następuje:*

*Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.*

*W pierwszej kolejności Zespół Arbitrów rozstrzygnął w przedmiocie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, określonych w art. 187 ust. 4 Pzp. W toku posiedzenia Zespół Arbitrów ustalił, że zarówno protest jak i odwołanie zostały wniesione w ustawowym terminie. Zespół Arbitrów ustalił również, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia protestu, a następnie odwołania. Jak słusznie podniesiono w proteście i odwołaniu interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty czym został on pozbawiony możliwości ubiegania się w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.*

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2004 r., Nr 173, 1807) dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą tworzyć oddziały na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W myśl art. 5 pkt 4 cytowanej ustawy oddział to wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Z kolei art. 86 tejże ustawy stanowi, iż przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział może wykonywać działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego. Wreszcie zgodnie z art. 88 cytowanej ustawy przedsiębiorca zagraniczny może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców.

Zdaniem Zespołu Arbitrów przytoczone powyżej przepisy jednoznacznie wskazują, iż ustanowienie oddziału jest formą wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawodawca przyznał bowiem przedsiębiorcom zagranicznym prawo do prowadzenia działalności gospodarczej w ramach oddziału, który jest wyodrębniony organizacyjnie i gospodarczo. W odróżnieniu od instytucji przedstawicielstwa (art. 93 i następne ustawy o swobodzie działalności gospodarczej) oddział działa w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego. Tym samym czynności prawne podejmowane przez oddział, który został wpisany do rejestru zgodnie z obowiązującymi przepisami są dokonywane w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego. Powyższe nie oznacza, że oddział posiada zdolność prawną, tzn. może być podmiotem praw i obowiązków. Jak słusznie wskazano w opinii UZP, na która powoływał się Zamawiający, wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest nie oddział, lecz sam przedsiębiorca zagraniczny, który działa poprzez ów oddział. W konsekwencji



dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu składane w ofertach powinny dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego.

W świetle powyższego należy przyjąć, że oferta Odwołującego została złożona przez konsorcjum firm: SCOTT WILSON KIRKPATRIC & CoLtd. z siedzibą w Wielkiej Brytanii (jako przedsiębiorca zagraniczny), działającego poprzez swój oddział w Polsce oraz EC HARRIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego fakt, że w imieniu pierwszego wykonawcy ofertę podpisał prokurent Pan Tomasz Krawczyk nie oznacza, że oddział złożył ofertę samodzielnie. Z odpisu z KRS dotyczącego oddziału w Polsce SCOTT WILSON KIRKPATRIC & CoLtd. z siedzibą w Wielkiej Brytanii znajdującego się w ofercie Konsorcjum na str. 6-10 wynika, że uprawnionym do składania oświadczeń woli w imieniu SCOTT WILSON KIRKPATRIC & CoLtd. z siedzibą w Wielkiej Brytanii, jako prokurent, jest Pan Tomasz Krawczyk (prokura jednoosobowa). Z art. 109<sup>1</sup> Kc wynika z kolei, że prokurenta może ustanowić jedynie przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców, a zatem w tym przypadku SCOTT WILSON KIRKPATRIC & CoLtd. z siedzibą w Wielkiej Brytanii (jako przedsiębiorca zagraniczny), działający poprzez swój oddział w Polsce. Natomiast sam oddział nie może ustanowić prokurenta.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

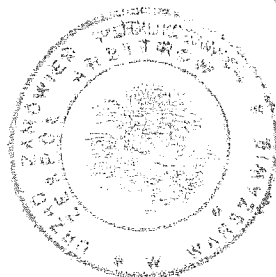
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z treścią art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zespół Arbitrów przyznał pełnomocnikowi Odwołującego koszty zastępstwa prawnego w kwocie 3 000 złotych na podstawie § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 marca 2004r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. z 2004r. Nr 49, poz. 468).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w ..... *Warszawa* .....<sup>1</sup>

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: ..... *M. Kuczyński* .....

Arbitrzy: ..... *Jas* .....

..... *Jas* .....



<sup>1</sup> Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.