

Sygn. akt: **KIO 392/16**
KIO 399/16

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 17 marca 2016 r. przez **K.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KBUD K.Ł., ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** (sygn. akt KIO 392/16);
- B) w dniu 18 marca 2016 r. przez **ERBUD S.A. ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** (sygn. akt KIO 399/16),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wrocław działająca przez Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Januszowicka 15a; 53-135 Wrocław,**

przy udziale

- **ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1; 02-797 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 392/16 - po stronie zamawiającego,
- **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18; 96-100 Skierniewice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 392/16 oraz 399/16 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddała oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania obciąża: **K.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KBUD K.Ł., ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** oraz **ERBUD S.A. ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KBUD K.Ł., ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** oraz

kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 392/16
KIO 399/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław *działająca przez Zarząd Inwestycji Miejskich*, ul. Januszowicka 15 A; 53-135 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa Liceum Ogólnokształcącego Nr V wraz z kompleksem rekreacyjno - sportowym oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. J. Kuronia 14 (dawniej ul. Ślężna 76) we Wrocławiu, w podziale na zadania”*.

Dnia 9 marca 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 392/16

Dnia 17 marca 2016 roku wykonawca K.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KBUD K.Ł., 55-110 Prusice, ul. Henryka Probusa 18 (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem odwołującego, zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, dokonał następujących czynności:

- bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania,
- bezpodstawnie zatrzymał wadium wniesione przez odwołującego,
- bezpodstawnie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MIRBUD.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu dokonania: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zwrotu zatrzymanego wadium, ponownego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż na dzień składania ofert miał przyrzeczone dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. z Bilczy nie tylko w zakresie wskazanym w pozycjach 1 i 2 Wykazu robót załączonego do oferty, ale także w zakresie pozwalającym na wykazanie spełnienia kompletnego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V ppkt 1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Odwołujący podniósł, iż uzyskał ustne zobowiązanie tego podmiotu, że udostępni ww. zasoby. Jedynym problemem odwołującego była fizyczna niemożliwość uzyskania przygotowanego już pisemnego zobowiązania tego podmiotu i poświadczonych za zgodność

z oryginałem listów referencyjnych z powodu urlopu osoby, która miała przy sobie te dokumenty. Odwołujący prosił zamawiającego o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, najpierw o 3 dni, zamawiający odmówił. Potem okazało się, że wystarczy tylko 1 dzień, aby odebrać dokumenty od ww. osoby, wówczas odwołujący poprosił zamawiającego o wydłużenie terminu o 1 dzień. Tym razem zamawiający przemilczał prośbę. Odwołujący do ostatniej chwili oczekiwał na decyzję zamawiającego umożliwiającą mu uzupełnienie żądanych dokumentów. Miał nadzieję, że doczeka się oczekiwanej decyzji. Jedynie na wszelki wypadek odwołujący przygotował inne własne dokumenty, wiedząc, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, i złożył je zamawiającemu w ostatniej minucie pracy zamawiającego, w zasadzie po to, aby ochronić chociaż wadium. Pracownik odwołującego przebywał w siedzibie zamawiającego i czekał na sygnał odwołującego, czy składać, czy nie składać dokumenty, w prawdzie niepotwierdzające spełnienia warunku, ale żądane przez zamawiającego. Odwołujący do godz. 15.30 dnia 7 marca 2016 r. nie doczekał się pozytywnej dla siebie decyzji o wydłużeniu terminu do uzupełnienia dokumentów, więc polecił oczekującemu pracownikowi złożenie u zamawiającego przygotowanych dokumentów. Uczynił to z wielkim żalem, bowiem bardzo zależało mu i nadal zależy mu na pozyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu. Odwołujący następnego dnia dysponował już dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ale termin na uzupełnienie tych dokumentów minął. Odwołujący wskazał, że bardzo boli odwołującego brak pozytywnej decyzji zamawiającego w ww. zakresie. Uważa, że formalizm, jakim pokierował się zamawiający, trzymając się sztywno ustalonego przez siebie terminu, stał się powodem powstania szkody u odwołującego. Odwołujący nie uzyskał zamówienia, które pozwoliłoby mu na prowadzenie działalności z zyskiem. Z powodu formalizmu zamawiającego, szkoda powstała także u samego zamawiającego. Cena oferty wybranego wykonawcy MIRBUD S.A. jest wyższa od ceny oferty odwołującego o 1.846.560,00 zł. A chodziło tylko o 1 dzień. Przecież nie jest nadzwyczajnym działaniem zamawiających wydłużanie terminu do uzupełnienia dokumentów na prośby wykonawców. Wydłużenie terminu nie narusza niczyjego interesu, może natomiast umożliwić wykonawcy, który złożył najlepszą ofertę, uzyskanie zamówienia, a zamawiającemu umożliwić może wykonanie zamówienia po niższej cenie. Szczególnie istotnym celem, dla którego uchwalono ustawę Prawo zamówień publicznych, było obniżenie wydatków publicznych wskutek konkurencyjności składanych ofert. Odwołujący złożył bardzo konkurencyjną ofertę, a z powodu 1 dnia zamawiający wykluczył go z postępowania, zaś sam, wskutek braku pozytywnej własnej decyzji, zapłaci za wykonanie zamówienia więcej o ponad 1,8 mln zł.

Szczególnie godzącym w interes odwołującego jest zatrzymanie przez zamawiającego wadium w kwocie 390.000,00 zł. Odwołujący wykazał się dużą inicjatywą w wypełnieniu

żądania zamawiającego. Dwukrotnie prosił zamawiającego o wydłużenie terminu, jeździł do osoby, która posiadała potrzebne dokumenty, w końcu złożył żądane dokumenty, które co prawda nie potwierdzają spełnienia warunku, ale nie zaniechał uzupełnienia dokumentów.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający nie przedłużając na prośbę odwołującego terminu do uzupełnienia dokumentów naruszył art. 26 ust 3 ustawy Pzp, bowiem to w jego gestii było prawo do wydłużenia terminu, o którym mowa w ww. przepisie ustawy Pzp. Zamawiający wydłużając termin mógł uratować ofertę odwołującego oraz skorzystać z zawartej w tej ofercie niskiej ceny. To właśnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, służy ratowaniu dobrych ofert w sytuacji, gdy nie załączono do oferty dokumentów lub załączono wadliwe. Zamawiający wkluczając przedwcześnie odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaś zatrzymując bezpodstawnie odwołującemu wadium, naruszył art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Pozaprawne działania zamawiającego zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać sklasyfikowana na I miejscu. Zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania i zatrzymał wadium, co uniemożliwiło uzyskanie zamówienia. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty, utraty wadium oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż wśród wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wezwanych do uzupełnienia ofert był również wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu korzystając na podst. art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, z zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, tego samego podmiotu, który użyczyć miał zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia odwołującemu, tj. Firmy Anna - Bud Sp z o.o. Wykonawca ten został wezwany do uzupełnienia oferty o m.in. dokumenty podmiotu użyczającego swoje zasoby, tj. oświadczenie podmiotu udostępniającego o braku podstaw do wykluczenia i wypis z rejestru działalności gospodarczej. Wykonawca ten bez większego trudu uzupełnił te dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, dlatego nieuzupełnienie dokumentów (tego samego podmiotu) przez odwołującego jest niezrozumiałe. W związku z faktem, iż pozostali wykonawcy wezwani do złożenia uzupełnień swoich ofert, złożyli już zamawiającemu te uzupełnienia, mając na uwadze prowadzenie postępowania z zachowaniem równych zasad i uczciwej konkurencji, zamawiający nie

przedłużył odwołującemu terminu na uzupełnienie oferty. Oczekiwanie ze strony wykonawcy, że termin na uzupełnienie dokumentów musi pozwolić wykonawcy na pozyskanie odpowiednich dla niego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest nieuprawnione.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy:

- ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie,
- MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego, w postaci oświadczeń podmiotu trzeciego wraz z poświadczeniami, z uwagi na okoliczność, iż dokumenty te nie dotyczą przedmiotu sporu i zostały złożone jedynie dla zwłoki postępowania (art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp).

Zgodnie z postanowieniami rozdziału V ust. 1 pkt. 1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, następujących robót budowlanych: minimum dwóch robót budowlanych polegających na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 6.000 m², z niezbędną infrastrukturą, zagospodarowaniem terenu i o wartości robót 20 mln zł każdy, oraz minimum jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej, z halą sportową

o powierzchni użytkowej min 1.000 m². W celu wykazania spełnienia powyższych warunków wykonawca zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdziale V ust. 2 tabela wiersz 12 i 16 s.i.w.z., miał dołączyć do oferty wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednocześnie w przypadku, gdyby wykonawca celem potwierdzenia spełnienia ww. warunków, polegał, stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, musiałby dołączyć do oferty pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z aktualnym odpisem z właściwego rejestru tego podmiotu oraz oświadczeniem podmiotu o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tabela wiersz 16).

Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2016 roku, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów wyznaczając termin uzupełnienia dokumentów na dzień 7 marca 2016 roku. Chodziło między innymi o uzupełnienie Wykazu robót. Odwołujący pismem z dnia 7 marca 2016 roku, poprosił zamawiającego o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów o 3 dni, tj. do 10 marca 2016 roku. Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2016 roku, nie wyraził zgody na wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, utrzymując w mocy termin ustalony w wezwaniu z dnia 1 marca 2016 roku. Odwołujący ponownie następnym pismem z dnia 7 marca 2016 roku, poprosił zamawiającego o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, tym razem o 1 dzień. Zamawiający na to pismo nie odpowiedział. Odwołujący ze złożeniem u zamawiającego pisma wraz z załącznikami (uzupełnianymi dokumentami) czekał do ostatniej chwili (do godz. 15.30).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości popiera stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępujących MIRBUD i ERBUD.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zasadą wynikającą z przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp jest, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków,

o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Tym samym, odwołujący na dzień składania ofert powinien dysponować określonym potencjałem i dokumentami go potwierdzającymi, a nie ustnym zobowiązaniem podmiotu, że udostępni zasoby odwołującemu. Uzupełnienie dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) ma charakter wyjątkowy, w którym ustawodawca pozwala wykonawcom na uzupełnienie dokumentów, na wypadek nie złożenia dokumentu (posiadanego, ale niezłączonego do oferty) lub złożenia dokumentu obciążonego błędami.

Biorąc zaś pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy, stwierdzić należało, że odwołujący na dzień składania ofert wymaganych dokumentów nie posiadał, a miał jedynie ustne przyrzeczenie ich otrzymania. Jednakże stwierdzić należało, że było to jedynie stanowisko odwołującego, nieoparte żadnymi dowodami (w zakresie przyrzeczenia). Dlatego też przedłużenie odwołującemu terminu na uzupełnienie dokumentów oznaczałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak samo musieliby zostać potraktowani wykonawcy, którzy zastosowali się do wezwania zamawiającego i uzupełnili, niektórzy już 4 marca 2016 r., brakujące dokumenty w terminie. Usprawiedliwieniem dla odstąpienia od zasady równego traktowania wykonawców nie może być fakt, że odwołujący złożył najtańszą ofertę. W tym stanie rzeczy w warunkach niniejszego postępowania termin na uzupełnienie dokumentów ustalony przez zamawiającego dla odwołującego był wystarczający. Wykluczenie odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego i zatrzymanie wadium zostało dokonane zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający stosownie do treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium, wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy, odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, nie uzupełnił dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Okolicznością przemawiającą za przyjęciem takiego stanowiska jest albowiem fakt, iż to odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, na dzień składania ofert nie legitymował się dokumentami mającymi potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że oferta została złożona „w trybie przypuszczającym uzyskanie zamówienia”, tzn. że jak się okaże, iż oferta zawiera (może zawierać) najkorzystniejszy bilans kryteriów

oceny ofert, to wtedy nastąpi procedura pozyskiwania dokumentów, oświadczeń, poświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takiego rodzaju zachowanie należy ocenić krytycznie.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, nie posiadając stosownego doświadczenia, na własne ryzyko złożył ofertę, z pełną świadomością braków wynikających z niespełnienia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. Dopiero na wezwanie zamawiającego wszczął procedurę pozyskiwania stosownych dokumentów, która to czynność nie zakończyła się sukcesem, w terminie wymaganym przez zamawiającego, czego negatywnym dla odwołującego skutkiem, było zatrzymanie przez zamawiającego wadium. Dlatego też, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Ponadto, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzuty odwołującego sprowadzają się *de facto* do próby odzyskania wniesionego w postępowaniu wadium. Dowodem na powyższe twierdzenie jest stanowisko zaprezentowane wprost przez odwołującego w treści odwołania, gdzie odwołujący podał, iż *„Jedynie na wszelki wypadek odwołujący przygotował inne własne dokumenty wiedząc, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i złożył je zamawiającemu w ostatniej minucie pracy zamawiającego, w zasadzie po to, aby chronić wadium.”*. Tym samym zarzuty odwołującego, dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uznać należało, za podniesione jedynie dla pozorów, z uwagi na możliwość ewentualnego odrzucenia odwołania bądź uznania przez Izbę braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby odwołującemu zależy tylko i wyłącznie na odzyskaniu wadium.

Izba zwraca uwagę, że konieczność wyczerpania drogi odwoławczej, przed Krajową Izbą Odwoławczą, w celu możliwości zaskarżenia orzeczenia do Sądu Okręgowego, co do okoliczności związanych z zatrzymaniem przez zamawiającego wadium, nie znajduje zastosowania. W powyższym zakresie wypowiedział się bowiem Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 roku, sygn. akt IV CSK 291/13, wyraźnie wskazał, że *„Sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 k.p.c.). Pogląd o dopuszczalności sądowego dochodzenia roszczenia o zwrot wadium bez konieczności czy potrzeby uprzedniego wykorzystywania przez powoda środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. został wyrażony w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego bądź wprost bądź pośrednio - przez nie kwestionowanie faktu przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie zainicjowanej pozwem o zasądzenie równowartości wadium i merytorycznego rozstrzygnięcia sporu przez sądy powszechne (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl., z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, z dnia*

10 maja 2013 r., I CSK 422/12). Pogląd ten jest aktualny także pod rządami znowelizowanych przepisów p.z.p. (por. wyrok z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12, niepubl.), które nie dają podstaw do przyjęcia, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, że w przypadku zatrzymania przez zamawiającego wadium na podstawie 46 ust. 4 a p.z.p. uczestnik postępowania ma obowiązek, pod rygorem odrzuceniu pozwu, uprzedniego wykorzystania drogi odwoławczej przed K.I.O.”.

KIO 399/16

Dnia 18 marca 2016 roku wykonawca ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1; 02 - 797 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MIRBUD S.A.;
- 2) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do dokonania których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na wezwaniu wykonawcy MIRBUD S.A. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do:
 - a) przedłożenia oświadczenia banku (podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności tego wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z. (w szczególności w załączniku nr 3 do s.i.w.z.), sporządzonego i podpisanego najpóźniej na dzień terminu składania ofert, które to oświadczenie banku w swej treści wskazywałoby marżę bankową przewidzianą przez bank do wskazania w Umowie Spłaty Wierzytelności przewidywanej do zawarcia z zamawiającym;
 - b) przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw udzielonych przez bank dla osób podpisujących w imieniu tego banku oświadczenie wskazane w pkt 1.2.a. powyżej, sporządzonych i podpisanych najpóźniej na dzień terminu składania ofert, z których wynikałoby dla tych osób uprawnienie do podpisania w imieniu banku wskazanego powyżej oświadczenia tego banku;
- 3) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do dokonania których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na wezwaniu wykonawcy konsorcjum firm P.W.HARAS A.H. i HARAS Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do:
 - a) przedłożenia oświadczenia banku (podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności tego wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z. (w szczególności w załączniku nr 3 do s.i.w.z.), sporządzonego

i podpisanego najpóźniej na dzień terminu składania ofert, które to oświadczenie banku w swej treści wskazywałoby marżę bankową przewidzianą przez bank do wskazania w Umowie Spłaty Wierzytelności przewidywanej do zawarcia z zamawiającym;

- b) przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw udzielonych przez bank dla osób podpisujących w imieniu tego banku oświadczenie wskazane w pkt 1.3, a powyżej, sporządzonych i podpisanych najpóźniej na dzień terminu składania ofert, z których wynikałoby dla tych osób uprawnienie do podpisania w imieniu banku wskazanego powyżej oświadczenia tego banku.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) w odniesieniu do niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty spółki MIRBUD S.A. - naruszenie art. 91 ust. 1 pkt PZP poprzez wybranie tej oferty, jako najkorzystniejszej pomimo tego, że przedłożone wraz z ofertą dokumenty, a w szczególności oświadczenie Banku Gospodarstwa Krajowego S.A. z dnia 23 lutego 2016 r, nie wykazują wysokości marży bankowej będącej jednym z kryteriów decydujących o wyborze oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i art. 7 ust. 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, co do którego nie było podstaw do wybrania go i jego oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP;
- 2) w odniesieniu do niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do dokonania których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na wezwaniu wykonawcy MIRBUD S.A. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do: (I) przedłożenia oświadczenia banku (podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności tego wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z. (w szczególności w załączniku Nr 3 do s.i.w.z.), sporządzonego i podpisanego najpóźniej na dzień terminu składania ofert, które to oświadczenie banku w swej treści wskazywałoby marżę bankową przewidzianą przez bank do wskazania w Umowie Spłaty Wierzytelności przewidywanej do zawarcia z zamawiającym, (II) przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw udzielonych przez bank dla osób podpisujących w imieniu tego banku oświadczenie wskazane w pkt 1.2.a. powyżej, sporządzonych i podpisanych najpóźniej na dzień terminu składania ofert, z których wynikałoby dla tych osób uprawnienie do podpisania w imieniu banku wskazanego powyżej oświadczenia tego Banku - naruszenie art. 26 ust. 3 w zw.

z art. 25 ust. 1 PZP poprzez niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie dokonania wskazanych powyżej czynności;

- 3) w odniesieniu do niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do dokonania których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na wezwaniu wykonawcy konsorcjum firm P.W.HARAS A.H. i HARAS Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do:
(I) przedłożenia oświadczenia banku (podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności tego wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z. (w szczególności w załączniku nr 3 do s.i.w.z.), sporządzonego i podpisanego najpóźniej na dzień terminu składania ofert, które to oświadczenie banku w swej treści wskazywałoby marżę bankową przewidzianą przez bank do wskazania w Umowie Spłaty Wierzytelności przewidywanej do zawarcia z zamawiającym, (II) przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw udzielonych przez bank dla osób podpisujących w imieniu tego banku oświadczenie wskazane w pkt 1.3.a. powyżej, sporządzonych i podpisanych najpóźniej na dzień terminu składania ofert, z których wynikałoby dla tych osób uprawnienie do podpisania w imieniu banku wskazanego powyżej oświadczenia tego banku - naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 PZP poprzez niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie dokonania wskazanych powyżej czynności.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wezwania wykonawcy MIRBUD S.A. w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów wskazanych w zarzutach przedstawionych powyżej (tj. w pkt III.2. niniejszego odwołania), a w przypadku braku odpowiedzi na wezwanie albo uzupełnienia dokumentów w sposób niepotwierdzający spełnienia przez oferowane usługi/roboty budowlane na dzień terminu składania ofert wymagań określonych przez zamawiającego - nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP (tj. jako oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z.) lub na podstawie innego właściwego przepisu;
- 3) wezwania wykonawcy konsorcjum firm P.W.HARAS A.H. i HARAS Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów wskazanych w zarzutach przedstawionych powyżej (tj. w pkt III.3. odwołania), a w przypadku braku odpowiedzi na wezwanie albo uzupełnienia dokumentów w sposób niepotwierdzający spełnienia przez oferowane usługi/roboty budowlane na dzień terminu składania ofert wymagań określonych przez zamawiającego - nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum

firm P.W.HARAS A.H. i HARAS Sp.
z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP (tj. jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ) lub na podstawie innego właściwego przepisu;

- 4) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt III ppkt 7 s.i.w.z.), do oferty wykonawca zobowiązany był załączyć oświadczenie banku (podpisane przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z. W ppkt 10 tego rozdziału s.i.w.z. zamawiający wskazał, że wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i który zawrze z zamawiającym umowę może zawrzeć umowę wykupu wierzytelności na warunkach wskazanych w ofercie lub na warunkach nie gorszych niż wskazanych w ofercie tego wykonawcy oraz zgodnie z warunkami określonymi w załączniku nr 3 do s.i.w.z. (Istotne Postanowienia Umowy Spłaty Wierzytelności). Załącznik nr 3 do s.i.w.z. określa więc istotne postanowienia umowy, która ma zostać zawarta przez zamawiającego z bankiem wskazanym przez wykonawcę. Wskazany dokument (załącznik nr 3 do s.i.w.z.) nie zawiera w swej treści oznaczonej wysokości marży banku, który zgodnie z założeniami postępowania przetargowego miałby nabywać wierzytelności względem zamawiającego.

Powyższe oznacza, zdaniem odwołującego, że zamawiający w s.i.w.z. wymagał przedłożenia przez wykonawców składających oferty prawidłowo sporządzonej i podpisanej przez bank promesy dokonania określonej czynności bankowej. Wskazać w tym miejscu należy, że pod pojęciem „czynności bankowej” na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. Nr 140, poz. 939 ze zm.) rozumieć należy „*każda czynność prawna, jaka zachodzi między bankiem a klientem*” (tak Komentarz do ustawy Prawo bankowe pod red. G. Sikorskiego, 2015 r.). To zaś oznacza, że czynność bankowa jako konkretna czynność prawna realizowana jest na zasadach i warunkach wynikających z treści zawartej przez strony umowy dotyczącej wykonywania danej czynności bankowej. Taka umowa powinna natomiast określać wszystkie istotne postanowienia dotyczące wykonywania danej czynności bankowej (jako czynności prawnej).

Odnosząc powyższe ustalenia do pojęcia „promesy bankowej”, odwołujący podkreślił, że pod pojęciem promesy bankowej rozumieć należy dokument, w którym zawarte jest złożone w sposób wiążący przez bank przyrzeczenie (oświadczenie), że bank ten dokona określonej czynności bankowej w przypadku spełnienia określonych w promesie przesłanek i warunków. Z uwagi na to, że czynność bankowa jest jednocześnie czynnością prawną, treść promesy powinna zatem odnosić się do istotnych warunków tej czynności prawnej. Tylko bowiem w takiej sytuacji dany dokument pozwala wywodzić przyrzeczenie banku co do

dokonania określonej czynności bankowej i warunki dokonania tej czynności bankowej. Brak zawarcia w treści promesy istotnych warunków czynności bankowej objętej daną promesą (tj. przyrzeczeniem banku) w istocie pozbawia dany dokument jakiegokolwiek wartości i tym samym dyskwalifikuje dany dokument, jako promesę a także sprawia, że dokument ten jest oświadczeniem banku pozbawionym jakiegokolwiek istotnej wartości, a w konsekwencji całkowicie nieprzydatnym. Podkreślenia przy tym wymaga, że promesa dokonania określonej czynności bankowej jest warta tyle, ile jej treść. W sytuacji, gdy treść promesy jest bardzo ogólna i nie pozwala wywodzić z niej istotnych warunków czynności bankowej, dokument taki pozbawiony jest w istocie przymiotu promesy i nie zobowiązuje banku do dokonania określonej czynności w przyszłości.

W ocenie odwołującego, odniesienie powyższych ustaleń do niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że w przedłożonej wraz z ofertą promesie (oświadczeniu wymaganym przez zamawiającego) znaleźć się powinny takie dane, jak m.in. wysokość marży bankowej (wartość niezbędna do dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej), czy termin związania przez bank treścią promesy (pozwala ocenić, czy zawarcie umów objętych promesą odpowiada treści s.i.w.z.).

Odwołujący wskazał, że spółka MIRBUD S.A. przedłożyła jedynie lakoniczny w swej treści dokument z dnia 23 lutego 2016 r. oznaczony jako „Oświadczenie banku”, który w istocie nie zawiera żadnych istotnych postanowień czynności bankowych przewidywanych do wykonania w niniejszej sprawie przez bank. W szczególności wskazany dokument nie zawiera wysokości marży naliczanej przez bank. Dokument ten w swej treści zawiera w zasadzie jedynie lakoniczne stwierdzenie, że *„Bank Gospodarstwa Krajowego zobowiązuje się do wykupienia wierzytelności Wykonawcy przysługującej mu wobec Zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ”*. Takie oświadczenie jest zdaniem odwołującego, jednak niewystarczające i w zasadzie bezwartościowe w kontekście niniejszego postępowania przetargowego. W tym postępowaniu przetargowym s.i.w.z. nie określa bowiem w ogóle m.in. wysokości marży bankowej będącej jedną z kluczowych wartości dla oceny ofert w niniejszej sprawie. Załącznik nr 3 do s.i.w.z. (*„Istotne postanowienia Umowy Spłaty Wierzytelności zawartej pomiędzy Zamawiającym a Bankiem w zakresie wykupu wierzytelności”*) zawiera bowiem w postanowieniach odnoszących się do wysokości marży bankowej jedynie puste miejsca. W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że ze wskazanego oświadczenia (promesy) w jakikolwiek sposób wynika wysokość marży bankowej. Jedynym dokumentem, z którego wynika wysokość marży bankowej dotyczącej potencjalnie oferty składanej przez MIRBUD S.A., jest formularz oferty złożonej przez tego wykonawcę. Tyle tylko, że podmiotem składającym oświadczenie o wysokości marży banku powinien być, zdaniem odwołującego, bezwzględnie podmiot, który taką marżę ustanawia, a nie osoba trzecia względem tego podmiotu. „Oświadczenie banku” z dnia 23

lutego 2016 r. nie zawiera żadnego wskazania w zakresie marży banku. Oświadczenie złożone przez MIRBUD S.A. w zakresie wysokości marży banku w formularzu oferty nie zostało w żaden sposób ani podpisane, ani parafowane ani też potwierdzone przez umocowanych do tego przedstawicieli banku. Tymczasem, zgodnie z art. 110 ustawy Prawo bankowe, to bank określa wysokość opłat i prowizji z tytułu wykonywanych czynności bankowych i innych czynności (a nie osoby trzecie względem banku). Mając na uwadze, że bank może stosować także inne postacie wynagrodzenia (np. oprocentowanie) - tak *M. Bączyk, w: E. Fojcik- Mastalska (red.), Prawo bankowe, s. 474*, - wysokość wynagrodzenia odsetkowego w postaci marży, bezwzględnie powinien określić bank, a nie wykonawca.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że przedstawione w niniejszej sprawie pełnomocnictwa udzielone przez Bank Gospodarstwa Krajowego nie uprawniały osób wskazanych w tych pełnomocnictwach do podpisania dokumentu odpowiadającego treści dla oczekiwanej przez zamawiającego treści przedkładanego oświadczenia banku. Wskazane pełnomocnictwa mają charakter pełnomocnictw szczegółowych, a zatem uprawniają, co do zasady, do dokonywania jedynie tych czynności, które zostały w nich konkretnie wskazane. Nie jest zatem na podstawie tych pełnomocnictw możliwe dokonywanie czynności innych niż czynności jednoznacznie w tych pełnomocnictwach wskazane. W konsekwencji tego na podstawie tych pełnomocnictw nie jest możliwe składanie jakichkolwiek oświadczeń, co do umów charakterem i przedmiotem odpowiadających dla Umowy Spłaty Wierzytelności mającej być docelowo zawartą pomiędzy zamawiającym i bankiem. Odwołujący podkreślił, że oświadczenie składane przez bank, niezależnie od odniesienia się do umowy wykupu wierzytelności, poprzez odwołanie się do treści s.i.w.z. (a tym samym i załącznika Nr 3 do s.i.w.z.). w istocie zawierało też oświadczenie, co do części warunków, na jakich zawarta miała być Umowa Spłaty Wierzytelności (tj. tych warunków tej Umowy, które dają się jednoznacznie wyinterpretować z treści załącznika Nr 3 do s.i.w.z.). Tymczasem pełnomocnictwa udzielone przez Bank Gospodarstwa Krajowego dla jego przedstawicieli nie uprawniają tych przedstawicieli do składania jakichkolwiek oświadczeń co do umów o przedmiocie odpowiadającym Umowie Spłaty Wierzytelności. Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, że umowa o charakterze Umowy Spłaty Wierzytelności nie jest czynnością bankową w ścisłym tego słowa znaczeniu w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. Nie jest zatem uprawnione we wskazanej kwestii jakiejkolwiek domniemywanie czy rozszerzająca interpretacja udzielonego pełnomocnictwa.

Ponadto pełnomocnictwa udzielone przez Bank Gospodarstwa Krajowego dla jego przedstawicieli w zakresie wydawania promes dla podmiotów takich jak spółki kapitałowe ustanawiają limit kwoty 30.000.000,00 zł. Tymczasem Umowa Wykupu Wierzytelności

zawierana przez bank z MIRBUD S.A. dotyczyłaby kwoty wynikającej z oferty MIRBUD S.A.. tj. kwoty wyższej niż 30.000.000.00 zł.

Wskazane powyżej okoliczności, zdaniem odwołującego, prowadzą do wniosku, że zamawiający w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez MIRBUD S.A. powinien był podjąć stosowne czynności wynikające z art. 26 ust. 3 PZP, wskazane zgodnie z wnioskami zawartymi na wstępie odwołania. Bez przeprowadzenia tych czynności oferta wskazanej Spółki nie kwalifikowała się do wybrania jej, jako najkorzystniejszej. Negatywny skutek przeprowadzenia wskazanych czynności oznaczałby natomiast konieczność odrzucenia wskazanej oferty.

Co do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez konsorcjum firm P.W.HARAS A.H. i HARAS Sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum Haras”), odwołujący podniósł, co następuje.

Przedstawione powyżej zarzuty i rozważania dotyczące oferty MIRBUD S.A., przedłożonego przez tę spółkę oświadczenia banku oraz przedłożonych pełnomocnictw w istotnej części zachowują aktualność i odnoszą się również do oferty złożonej przez konsorcjum Haras. W szczególności złożona przez wykonawcę „Promesa wykupu wierzytelności” z dnia 24 lutego 2016 r. również nie wskazuje żadnych istotnych warunków czynności bankowej, której miałyby dotyczyć, w tym m.in. marży banku kluczowej dla oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, czy terminu związania banku treścią promesy. Za takie wskazanie nie może być bowiem traktowane lakoniczne i ogólne odniesienie się w treści tego dokumentu do oferty złożonej przez wymienione konsorcjum. Promesa sporządzona została przed dniem sporządzenia i złożenia oferty przez konsorcjum Haras, która sporządzoną została w dniu 25 lutego 2016 r. Wskazana promesa, zgodnie z jej treścią, odnosi się natomiast do oferty złożonej w dniu sporządzenia i podpisania wskazanej Promesy (tj. w dniu 24 lutego 2016 r.). Skoro zaś na dzień 24 lutego 2016 r. nie była złożona oferta konsorcjum Haras (oferta ta została sporządzona i złożona później), to nie można treści wskazanej promesy odnieść do tej oferty. Ponadto podkreślenia wymaga, iż składać oświadczenie o wysokości marży może wyłącznie bank, który te marże ustanawia, a nie wykonawca będący w stosunku do tego banku osoba trzecia. Oświadczenie takiego wykonawcy w zakresie marży nie stanowi dla zamawiającego żadnej gwarancji podpisania z bankiem umowy na warunkach zadeklarowanych jedynie przez wykonawcę. Zgodnie z art. 110 ustawy Prawo bankowe, jedynie bank jest uprawniony do wskazywania wysokości wynagrodzenia odsetkowego w postaci marży.

Wskazana powyżej promesa przedłożona przez konsorcjum Haras została podpisana w imieniu PKO BP S.A. przez Panów S.C. i M.P. Tymczasem przedłożone pełnomocnictwa udzielone dla wskazanych osób mają charakter pełnomocnictw ogólnych, co oznacza, że nie mogą być one podstawą do składania jakichkolwiek oświadczeń, co do umów o charakterze odpowiadającym Umowie Spłaty Wierzytelności przewidywanej do zawarcia pomiędzy

bankiem i zamawiającym. Uprawnienie do składania oświadczeń woli mających na celu zawarcie Umowy Spłaty Wierzytelności czy też Umowy Wykupu Wierzytelności, powinno jednoznacznie wynikać z treści pełnomocnictwa, a podstawą dokonywania tego rodzaju czynności nie może być pełnomocnictwo ogólne. Pełnomocnictwo ogólne zgodnie z art. 98 KC obejmuje umocowanie do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Doktryna przyjmuje, że czynnością zwykłego zarządu jest każda czynność mieszcząca się w ramach zwykłej, bieżącej działalności mocodawcy. Zaciąganie w imieniu i na rzecz mocodawcy długoterminowych zobowiązań o znacznej wartości i niosących ryzyko dla mocodawcy, nie mieści się w kategoriach zwykłego, bieżącego zarządu. Tymczasem zgodnie z treścią pkt I pełnomocnictwa udzielonego przez PKO BP S.A. Panu S.C., pełnomocnik jest upoważniony do dokonywania czynności prawnych związanych z działalnością PKO Banku Polskiego S.A. Południowo- Zachodniego Regionalnego Oddziału Korporacyjnego we Wrocławiu łącznie z drugą upoważnioną osobą w zakresie składania oświadczeń woli w związku z czynnościami wykonywanymi przez ten Oddział. W tym zakresie wskazane pełnomocnictwo ma więc charakter ogólny. Pełnomocnictwo nie przewiduje w pkt I poszczególnych czynności, czy też rodzaju tych czynności, do których uprawniony jest mocodawca, a z treści tego dokumentu wprost wynika, że pełnomocnik jest upoważniony do wszystkich czynności związanych z działalnością oddziału. W świetle art. 98 KC mocodawca nie korzysta z pełnej swobody w odniesieniu do kształtowania zakresu udzielanego pełnomocnictwa. Na gruncie tego przepisu za niedopuszczalne uznać należy udzielenie pełnomocnictwa do dokonywania wszelkich czynności prawnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. I ACa 705/13). Z kolei zgodnie z innym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 lipca 2014 r. (sygn. VI ACa 1622/13) - *„w świetle przepisu art. 98 KC mocodawca nie korzysta z pełnej swobody w odniesieniu do kształtowania zakresu udzielonego pełnomocnictwa. Na gruncie tegoż przepisu za niedopuszczalne należy uznać udzielenie pełnomocnictwa do dokonywania wszelkich czynności prawnych, gdyż pełnomocnictwo takie stwarzałoby zbyt duże zagrożenie dla mocodawcy, stąd każde pełnomocnictwo musi mieć określony zakres umocowania. Czynność prawna polegająca na udzieleniu takiego pełnomocnictwa uznaje się w doktrynie za sprzeczną z ustawą i jako taką nieważną (art. 58 § 1 KC). Osobę działającą w imieniu mocodawcy na podstawie takiego pełnomocnictwa należy uznać za działającą bez umocowania, co oznacza konieczność zastosowania przepisów art. 103 KC”*. Udzielenie promesy w imieniu banku, a zatem dokonanie jednostronnej czynności prawnej przez osobę działającą bez umocowania w tym zakresie, w świetle art. 104 kc uznać należy za czynność nieważną. W konsekwencji zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty, do której zostało dołączone nieważne oświadczenie, tj. oświadczenie podpisane w imieniu banku przez osoby nieumocowane należycie do składania tego rodzaju oświadczeń woli.

Dodatkowe wątpliwości, co do wskazanych powyżej okoliczności budzi to, że pełnomocnictwa dla M.P. udzielił m.in. S.C. Promesę wykupu wierzytelności z dnia 24 lutego 2016 r. przedłożoną przez konsorcjum Haras podpisali natomiast wskazani panowie wspólnie. Takie działanie budzi wątpliwości, albowiem oznacza, że na potrzeby podpisania wskazanej promesy M.P. w istocie działał w granicach pełnomocnictwa udzielonego przez PKO BP S.A. p. S.C. W tych okolicznościach czystą fikcją i teorią jest to, jakoby S.C. wskazaną Promesę podpisał z drugą uprawnioną osobą, skoro tą drugą osobą była osoba, której on sam udzielił pełnomocnictwa.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przedmiotem jego działalności jest wykonywanie robót budowlanych, złożył w niniejszym postępowaniu przetargowym ważną ofertę, która nie została odrzucona przez zamawiającego, a jednocześnie nie została wybrana przez zamawiającego, jako najkorzystniejsza. Oferta odwołującego nie została wybrana, jako najkorzystniejsza w rezultacie m.in. tego, że zamawiający nie dokonał wobec ofert złożonych przez wykonawców: (1) MIRBUD S.A. i (2) konsorcjum Haras, czynności wynikających z art. 26 ust. 3 PZP, a mimo tego jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę MIRBUD S.A. To oznacza, iż odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i rozstrzygnięciu tego odwołania w sposób odpowiadający treści postawionych zarzutów, albowiem umożliwi to odwołującemu uzyskanie w postępowaniu przetargowym rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy, w tym m.in. do wniesienia odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż odwołujący ma rację, jednakże tylko co do samej sugestii zawartej na początku jego stanowiska, że oświadczenie banku przedstawione przez spółkę MIRBUD S.A. można oceniać jedynie pod kątem jego zgodności z treścią s.i.w.z. Jednakże, pomimo prawidłowości takiego właśnie założenia przedstawione w odwołaniu argumenty w istocie jednak nie zmierzają do oceny oświadczenia Banku Gospodarstwa Krajowego pod takim kątem, w szczególności odwołujący pomija w uzasadnieniu zarzutów treść pkt 7 rozdziału III SIWZ, zgodnie z którym „*Do oferty Wykonawca załączy oświadczenie banku (podpisane przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności Wykonawcy przysługującej mu wobec Zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ*”.

Odwołujący w istocie nie dokonuje interpretacji ww. postanowienia s.i.w.z., aby dokonać na tej podstawie oceny zgodności oświadczenia Banku Gospodarstwa Krajowego z dnia

23.02.2016r., lecz uzasadnia swoje stanowisko, co do niezgodności ww. oświadczenia banku poprzez analizę przepisów prawa bankowego w zakresie czynności bankowych oraz wymogów prawa cywilnego w zakresie składania wiążących oświadczeń woli. Zamawiający wskazał, że rygorystyczne stanowisko odwołującego, iż jedynie przedstawienie dokumentu promesy bankowej spełnia warunek postawiony przez zamawiającego w pkt 7 rozdz. III s.i.w.z. jest oparte o przesłanki, które same w sobie są niedookreślone, bowiem promesa bankowa nie została określona przez przepisy prawa bankowego, a jedynie wynika z dość różnorodnej praktyki bankowej, a jednocześnie sam w dalszej części odwołania (w odniesieniu do pełnomocnictw przedstawicieli banku) wskazuje, iż umowa mająca być zawarta przez bank z zamawiającym nie jest w ścisłym znaczeniu czynnością bankową.

W świetle przedstawionego w odwołaniu uzasadnienia zamawiający uznał, że stanowisko odwołującego w zakresie koniecznej treści oświadczenia banku, czy też wręcz wymogu przedłożenia przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu promesy bankowej opiera się na założeniu, że oświadczenie banku musi mieć wiążący charakter dla banku, w przypadku przyjęcia przez zamawiającego oferty, z którą go złożono. Takie założenie jest błędne tak w świetle treści s.i.w.z. jak i przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy przede wszystkim wskazać, że bank składający oświadczenie o treści wskazanej przez s.i.w.z. nie jest uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne, natomiast taki wiążący charakter jest w prawie zamówień publicznych zarezerwowany dla oferty wykonawcy, na podstawie której zawierana jest później umowa o zamówienie publiczne - art. 140 ustawy Pzp. To właśnie wykonawca, a nie bank jest zobowiązany wobec zamawiającego do zawarcia umowy i do wykonania zamówienia publicznego. Odwołujący pomija fakt, że dokumenty przetargowe s.i.w.z., wzór umowy o zamówienie publiczne oraz formularz oferty w sposób dostateczny wskazywały na odpowiedzialność wobec zamawiającego za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym zapewnienia jego finansowania poprzez wykup wierzytelności i rozłożenie na raty przy wykorzystaniu instrumentu finansowego, który na chwilę obecną jest już standardowym produktem bankowym. Dlatego też właśnie w formularzu oferty złożonej przez wykonawców, w tym także MIRBUD S.A. przyjęty został rygor w postaci uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca nie zapewnił finansowania na takich warunkach jakie zostały przedstawione przez niego w ofercie złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zdaniem zamawiającego, w przypadku przyjęcia stanowiska reprezentowanego przez odwołującego o tak daleko idących wymogach co do wiążącego charakteru oświadczenia banku to nie sposób zauważyć, iż promesa bankowa, w świetle jej definicji prezentowanej w odwołaniu nie spełniałaby takich wymogów, gdyż dokonanie czynności bankowej jest w niej uzależniane od spełnienia warunków w zawartych w promesie. Nawet w promesie bankowej przedstawionej przez Odwołującego został zawarty dodatkowy (ponad warunki

spląty określone w s.i.w.z.) wymóg przedstawienia przez Dłużnika (zamawiającego) dodatkowych dokumentów potwierdzających bezsporność wierzytelności (str. 69 Oferty ERBUD S.A.). Na marginesie jedynie należy wspomnieć, iż nawet wobec oświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale (technicznym, finansowym) wykonawca będzie polegał prawo zamówień publicznych, nie formułuje tak rygorystycznych wymogów jak wskazane przez odwołującego. Natomiast powołany przez odwołującego art. 110 prawa bankowego nie stoi na przeszkodzie informowania przez wykonawcę o stawce marży ustalonej przez współpracujący z nim bank, jeżeli to właśnie wykonawca był odpowiedzialny za zapewnienie finansowania.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie niewłaściwego umocowania przedstawicieli Banku Gospodarstwa Krajowego zamawiający wskazał, iż Oświadczenie Banku zostało podpisane w imieniu Banku Gospodarstwa Krajowego Oddział we Wrocławiu przez Dyrektora Oddziału we Wrocławiu T.C. oraz Eksperta Oddziału we Wrocławiu M.K.

Do oferty załączono: pełnomocnictwo Nr 488/2014 udzielone w dniu 28.08.2014 r. Panu M.K., które jak określono w jego treści jest pełnomocnictwem rodzajowym. Jak zarzucił odwołujący, przedmiotowe pełnomocnictwo w zakresie wydawania promes dla podmiotów takich jak spółki kapitałowe ustanawia limit kwoty 30.000.000,00 zł., tymczasem umowa wykupu wierzytelności dotyczyłaby kwoty wynikającej z oferty MIRBUD S.A., tj. kwoty wyższej niż 30.000.000,00 zł.

Zdaniem zamawiającego, powyższy zarzut jest całkowicie chybiony, bowiem opiera się na niewłaściwej interpretacji pkt 2 pełnomocnictwa polegającej prawdopodobnie na przyjęciu, że wskazany limit kwotowy dotyczy w całości ppkt od 1 do 7, a zatem także ppkt 6 umocowującego do wydawania promes. Prawidłowa wykładnia pełnomocnictwa winna natomiast prowadzić do wniosku, że limit ten dotyczy wyłącznie potwierdzania czeków (ppkt 7), o czym świadczy ewidentny przeskok kursora powodujący przeniesienie zapisu o limicie do nowego akapitu, co zarówno wynika z treści tego pełnomocnictwa, jak i wprost potwierdza układ drugiej strony pełnomocnictwa tożsamego w swej treści dla drugiego pełnomocnika, tj. Pana T.C., gdzie został zachowany prawidłowy układ akapitów. Należy także wskazać, iż sama treść zapisu dotyczącego wprowadzonego limitu nie odnosi się do innych poprzedzających punktów, ani też nie wskazuje, że odnosi się do wszystkich zawartych powyżej czynności.

Zamawiający, odnosząc się do drugiej części zarzutu odwołującego, a mianowicie, że pełnomocnictwo nie uprawnia do składania jakichkolwiek oświadczeń, co do umów o przedmiocie odpowiadającym Umowie Spląty Wierzytelności, która to umowa, w ocenie odwołującego, nadto nie jest czynnością bankową w ścisłym tego słowa znaczeniu, zamawiający wskazał na dowolny, a tym samym niedopuszczalny, sposób interpretacji pełnomocnictwa, jaki odwołujący prezentuje. Z jednej bowiem strony wymagane przez

zamawiającego oświadczenie banku o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności, odwołujący utożsamia z czynnością bankową i wskazuje na konieczność wystawienia promesy bankowej po to tylko, by wskazać, skądinąd błędnie, że pełnomocnictwo nie umocowuje do udzielania promes w przypadku przekroczenia limitu 30.000.000,00 zł, z drugiej natomiast strony opiera się na literalnej nazwie Umowy Spłaty Wierzytelności po to tylko, by wskazać, że taki rodzaj umów nie został wymieniony wprost w treści pełnomocnictwa. Tymczasem, dla zamawiającego jest oczywistym, że skoro pełnomocnictwo umocowuje do zawierania umów kredytowych oraz pożyczek (ppkt 2), to nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że pełnomocnictwo uprawnia do składania „oświadczeń co do umów o przedmiocie odpowiadającym Umowie Spłaty Wierzytelności”. Zamawiający wskazał, iż ustalanie zasad spłaty z dłużnikiem będącym jednostką samorządu terytorialnego wykupywanych przez bank wierzytelności jest, jak wynika z istniejącej praktyki banków, częścią produktu określanego mianem „wykup wierzytelności”. Jednocześnie należy wskazać, iż takie ustalanie zasad spłaty, w szczególności wydłużanie tego terminu i rozkładanie spłaty należności na raty jest określane w obrocie jako kredyt kupiecki. Niewątpliwie ustalanie zasad spłaty wierzytelności w ratach na wydłużony termin oprocentowane stawkami stosowanymi przez bank ma charakter pożyczki, wobec czego należy wskazać, iż mieści się w zakresie umocowania osób, które podpisały Oświadczenie Banku w imieniu Banku Gospodarstwa Krajowego.

W zakresie zarzutów formułowanych przez odwołującego wobec dokumentów złożonych w postępowaniu o zamówienie publiczne przez konsorcjum Haras, zamawiający wskazał, iż nie są one zasadne. Zarzut dotyczący odniesienia się przez Bank PKO Bank Polski S.A. w swoim oświadczeniu do innej oferty wykonawcy (wcześniejszej) niż ta złożona przez wykonawcę jest nadinterpretacją treści oświadczenia i pomija okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone. Odwołujący zarzucił, że pełnomocnictwo udzielone Panu S.C. oraz pełnomocnictwo udzielone Pamu M.P., jako pełnomocnictwa ogólne, uprawniające do dokonywania czynności zwykłego zarządu, nie umocowują do składania oświadczeń woli mających na celu zawarcie Umowy Spłaty Wierzytelności czy też Umowy Wykupu Wierzytelności. W świetle postawionego zarzutu, zamawiający podkreślił, iż w doktrynie oraz w orzecznictwie zostało jednoznacznie przesądzone, że o tym czy dane czynności należą do zwykłego zarządu, czy ten zwykły zarząd przekraczają, decydują konkretne okoliczności danej sprawy. W niniejszej sprawie, przedmiotem oceny przez zamawiającego było pełnomocnictwo udzielone przez bank, a zatem jego wykładnia winna uwzględniać charakter czynności zwykle przez bank podejmowanych, a nie czynności jakie są podejmowane przez przedsiębiorców w ogólności. Dla banków zaciąganie długoterminowych zobowiązań o znacznej wartości nie wykracza poza normalną działalność bankową. PKO Bank Polski ma wyodrębnioną strukturę w postaci oddziału korporacyjnego we Wrocławiu, na co wprost

wskazuje treść udzielonego pełnomocnictwa, uprawniającego do składania oświadczeń woli w związku z czynnościami wykonywanymi przez PKO, Bank Polski S.A. Południowo - Zachodni Regionalny Oddział Korporacyjny we Wrocławiu, a ogólna wiedza w zakresie działalności banków wskazuje natomiast, iż departamenty korporacyjne są nakierowane na oferowanie usług bankowych większym przedsiębiorcom i innym podmiotom, które korzystają z produktów bankowych o znacznej wartości, dlatego uzasadnionym jest uznanie, iż w zakresie czynności zwykłego zarządu będzie mieściło się udzielanie pożyczek, kredytów lub oferowanie innych produktów bankowych o znacznej wartości. Oczywistym jest także, że nawet dłuższy okres zaciągania w tym zakresie zobowiązań przez bank będzie mieścił się w zakresie jego normalnej działalności, a więc i zwykłego zarządu. Należy także mieć na uwadze, iż banki ustalają regulaminy czy też polityki w zakresie oferowanych produktów bankowych, dlatego też każde pełnomocnictwo udzielane pracownikom banku znajduje ograniczenie, czy też jest konkretyzowane poprzez takie dokumenty i praktykę funkcjonującą w banku (np. komitety kredytowe). Pełnomocnictwo dla pana S.C. nie zawiera żadnego ograniczenia kwotowego. Ograniczenie do 50.000.000,- zł. zawiera natomiast pełnomocnictwo dla pana M.P. W związku z powyższym, należy uznać, że pierwsze pełnomocnictwo umocowuje do składania oświadczeń woli co najmniej do kwoty 50.000.000 zł. Odnosząc się natomiast do zarzutu, iż pan S.C. działał z osobą, którą sam umocował, należy wskazać, iż pan S.C. był uprawniony do udzielania dalszych pełnomocnictw, a ponadto udzielił go panu M.P. z inną uprawnioną osobą, nie można więc uznać, iż takie pełnomocnictwo zostało udzielone w sposób niewłaściwy, w szczególności, że jest nieważne.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości popiera stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego MIRBUD.

1. Co do zarzutów dotyczących oferty Mirbud S.A.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany będzie do zbycia wierzytelności przysługującej mu wobec Zamawiającego z tytułu zapłaty za realizację przedmiotu zamówienia - w oparciu o faktury wystawione za zakończone elementy robót zgodnie z umową oraz fakturą końcową, wystawioną po odbiorze końcowym przedmiotu zamówienia – wskazanemu w ofercie Wykonawcy Bankowi. Do oferty Wykonawca załączy oświadczenie banku (podpisane przez upoważnionych przedstawicieli banku) o zobowiązaniu do wykupienia wierzytelności Wykonawcy przysługującej mu wobec Zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ.”.

Przystępujący Mirbud S.A. do swojej oferty załączył „Oświadczenie banku” złożone przez Dyrektora Oddziału we Wrocławiu oraz Eksperta Oddziału we Wrocławiu Banku Gospodarstwa Krajowego Oddział we Wrocławiu z dnia 23 lutego 2016 roku, w którym BGK zobowiązał się do wykupienia wierzytelności Wykonawcy przysługującej mu wobec zamawiającego na warunkach określonych w s.i.w.z.

Jak wynika zatem wprost ze złożonego oświadczenia, odpowiada ono swoją treścią wymogowi postawionemu przez zamawiającego w s.i.w.z. Niezasadne jest zatem kreowanie przez odwołującego interpretacji rozszerzającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która w swoim brzmieniu odnosi się tylko i wyłącznie do obowiązku złożenia oświadczenia przez bank. W żadnym miejscu s.i.w.z. zamawiający nie żądał bowiem składania odpowiedniej promesy bankowej o określonej treści, co próbuje wywieść odwołujący w treści przedmiotowego odwołania. Bank składając bowiem oświadczenie o wskazanej wyżej treści w sposób jednoznaczny i bezpośredni odwołał się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej dla danego zamówienia, przez danego zamawiającego, co oznacza, że cała jej treść była bankowi znana i akceptował jej wszystkie postanowienia.

Również za niezasadną, Izba uznała argumentację odwołującego, co do obowiązku przedstawienia we wskazanym wyżej oświadczeniu wysokości marży bankowej. Żadne postanowienie s.i.w.z. na taki obowiązek nie wskazuje. Zamawiający w s.i.w.z. (w treści formularza oferty) zobowiązał jedynie wykonawcę do podania marży banku, która zgodnie

z rozdziałem XII ust. 1 s.i.w.z. - Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert – stanowiła jedno z dwóch kryteriów oceny ofert o randze 2 %.

Dlatego też zarzut odwołującego w tym zakresie uznać należało za bezpodstawny.

Co do zarzutu dotyczącego pełnomocnictw, wskazać należy, że przystępujący do swojej oferty załączył dwa pełnomocnictwa dla osób podpisujących ww. oświadczenie banku. Izba stwierdziła, że z obydwu pełnomocnictw (pełnomocnictw rodzajowych) jasno wynika, że osoby były uprawnione do składania oświadczeń w imieniu BGK, w tym w zakresie praw i obowiązków majątkowych, łącznie z innym pełnomocnikiem, w ramach wykonywania przez Bank czynności bankowych oraz czynności związanych z realizowaniem zadań wskazanych w § 6 i § 7 Statutu, w następującym zakresie (ust. 2 pkt 5 pełnomocnictw): zawierania, zmiany i rozwiązywania umów leasingu, factoringu, forfaitingu oraz wykupu wierzytelności.

Jednocześnie z treści tego samego ustępu nr 2 pełnomocnictw załączonych do oferty przystępującego, wynika, że limit jaki obowiązuje pełnomocników w zakresie oświadczeń składanych dla jednostek samorządu terytorialnego wynosi do 70 milionów złotych. Wskazać zatem należy, że odwołujący błędnie klasyfikuje oświadczenie przyporządkowując je do innych podmiotów, dla których limit został ustawiony do 30 milionów złotych. Bezsprzecznie bowiem, oświadczenie banku składane było dla zamawiającego, którym jest Gmina Wrocław, która z kolei jest jednostką samorządu terytorialnego, zatem limit, jaki obowiązuje w tym względzie pełnomocników wynosi 70 milionów złotych.

Nie mogą również ująć uwadze Izby wnioski płynące z dowodu przedstawionego przez przystępującego Mirbud, tj. z oświadczenia BGK złożonego przez dwóch wiceprezesów zarządu, które co prawda jest dokumentem prywatnym, jednakże stanowi niejako wykładnię autentyczną oświadczenia z dnia 23 lutego 2016 roku złożonego wraz z ofertą przystępującego Mirbud oraz treści udzielonych pełnomocnictw.

Z treści złożonego przez przystępującego dokumentu bezsprzecznie wynika, jak należało odczytywać zarówno oświadczenie banku z 23.2.2016 roku, jak też zakres udzielonych pełnomocnictw. Odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył. Tym samym w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo zinterpretował treść oświadczenia banku z 23.2.2016 r. oraz treść pełnomocnictw załączonych do tego oświadczenia, a złożonych wraz z ofertą przystępującego Mirbud, co z kolei prowadzi do wniosku o bezzasadności zarzutów stawianych przez odwołującego względem oferty przystępującego Mirbud.

2. Co do zarzutów dotyczących konsorcjum Haras.

Odnosnie zarzutów dotyczących treści oświadczenia banku, Izba w całości podtrzymuje i popiera stanowisko prezentowane, jak w odniesieniu do przystępującego Mirbud.

Za niezasadne Izba uznaje zarzuty odnoszące się do terminów wystawienia promesy wykupu wierzytelności z terminem sporządzenia oferty. Prawdą jest, że oferta konsorcjum Haras została opatrzona datą 25 lutego 2016 roku, a Promesa wykupu wierzytelności 24 lutego 2016 roku. Jednakże z powodu tego faktu nie sposób wywodzić negatywnych skutków prawnych dla przystępującego. Zdaniem Izby, zarzut dotyczący odniesienia się przez Bank PKO Bank Polski S.A. w swoim oświadczeniu, jakoby do innej oferty wykonawcy (wcześniejszej) niż ta złożona przez przystępującego konsorcjum Haras, jest nadinterpretacją treści oświadczenia i pomija okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone. Należy wskazać, iż zgodnie z zasadami interpretacji oświadczeń woli bada się je w świetle okoliczności, w jakich zostało złożone. W tym przypadku oczywistym jest, że bank przekazując oświadczenie konsorcjum Haras spodziewał się, że zostanie ono dołączone do oferty tego wykonawcy, tak więc nie ulega żadnym wątpliwościom, iż odnosił się w treści swojego oświadczenia do oferty wykonawcy faktycznie złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne. Rozbieżność dat, w tym konkretnym przypadku, nie ma żadnego istotnie merytorycznego znaczenia.

Co do zarzutów dotyczących pełnomocnictwa, stwierdzić należało, że odwołujący nie udowodnił stawianych w odwołaniu zarzutów. Po pierwsze odwołujący nie wskazał, na jakiej podstawie twierdził, że pełnomocnictwa posiadane przez osoby podpisujące Promesę są pełnomocnictwami ogólnymi niepozwalającymi pełnomocnikom na składanie oświadczeń w imieniu banku, co do możliwości wykupu wierzytelności. Po drugie odwołujący jedynie poszlakowo wywodzi, że jeden z pełnomocników ustanawiając wspólnie w drugim umocowanym pełnomocnikiem, pełnomocnika dalszego, działał fikcyjnie. Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Skoro bowiem jeden z pełnomocników posiadał uprawnienie do ustanawiania dalszych pełnomocników działając wspólnie z innym umocowanym pełnomocnikiem, to nie sposób z czynności wykonanych zgodnie z zakresem pełnomocnictwa wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Jako, że nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów, biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: