

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **J & P – AVAX S.A., ul. Chałubińskiego 8, 00 – 613 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00 – 848 Warszawa** protestu z dnia 13 marca 2009r.

przy udziale **DRAGADOS S.A., ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31 – 272 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża J & P – AVAX S.A., ul. Chałubińskiego 8, 00 – 613 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **J & P – AVAX S.A., ul. Chałubińskiego 8, 00 – 613 Warszawa**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xx
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **J & P – AVAX S.A., ul. Chałubińskiego 8, 00 – 613 Warszawa**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa autostrady A1 Piekary Śląskie (bez węzła) – Maciejów (bez węzła), km 490+427 do km 510+530”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 czerwca 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2008/S 123-164531.

W dniu 13 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania DRAGADOS S.A. i odrzucenia jego oferty, co stanowi naruszenie następujących ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 46 ust. 4a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 k.c., art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 8, art. 91.

W uzasadnieniu Odwołujący się podniósł, iż stosownie do treści pkt 7.2.1. SIWZ, do oferty należy dołączyć, „pełnomocnictwo do podpisania oferty względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych Zamawiającemu w trakcie niniejszego postępowania. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie wskazywać czynności, do wykonania których pełnomocnik jest upoważniony”.

W niniejszym postępowaniu oferta DRAGADOS S.A. została podpisana przez p. Eduardo M. M. Zdaniem Odwołującego się, złożone pełnomocnictwo nie tylko nie wskazuje jednoznacznie na umocowanie p. Eduardo M. M. do podpisania oferty w niniejszym

postępowaniu i załączonych do niej dokumentów, ale w ogóle nie obejmuje swoim zakresem takiego umocowania. W punkcie 1 pełnomocnictwa wskazany jest tryb reprezentacji jako solidarny i niezależny, co budzi uzasadnione wątpliwości, co do konieczności współdziałania z dodatkową osobą w reprezentowaniu DRAGADOS S.A. W punkcie 2.2 pełnomocnictwa, umocowanie p. Eduardo M. M. obejmuje przygotowywanie i przedstawianie propozycji kontraktów, w celu uzyskania "opcji kontraktu". Z zapisu tego wynika zatem, iż umocowanie pełnomocnika obejmuje przygotowywanie i przedstawianie propozycji umów (kontraktów), czego nie można utożsamiać ze składaniem oferty w trybie przewidzianym przez ustawę Pzp. Rola oferenta w postępowaniu o zamówienie publiczne, polega de facto, na podaniu przez wykonawcę w ofercie, istotnych dla zamawiającego i określonych w SIWZ wielkości i parametrów (takich jak w szczególności cena, termin wykonania, okres gwarancji etc.), a nie propozycji umowy (kontraktu). To rolą zamawiającego, pozostaje ustalenie i przedstawienie treści i warunków umowy, zaś rolą oferenta złożenie oferty i to tylko wówczas, jeżeli wyraża zgodę na treść i warunki umowy zaproponowane przez zamawiającego. Ponadto, Odwołujący się zwraca uwagę, iż przedstawianie przez pełnomocnika ww. propozycji kontraktów następuje w celu uzyskania "opcji kontraktu", a zatem uzyskania jedynie możliwości zawarcia rzeczony propozycji kontraktu, a nie powstania obowiązku jego zawarcia. Z istoty bowiem opcji wynika, że uzyskujący opcję - uzyskuje jedynie uprawnienie do skorzystania ze stworzonej możliwości (np. zawarcia umowy), a nie obowiązek wykorzystania tej możliwości. Obowiązek zastosowania się do opcji ciąży na udzielającym opcji (Zamawiającym), a nie na osobie, która opcję tą uzyskuje. Nie stanowi również o upoważnieniu do składania ofert w trybie przewidzianym przez ustawę Pzp, sformułowanie zawarte w pkt. 2.2. pełnomocnictwa, wzmiankujące kwestię podwyższania lub obniżenia przedstawionych pełnomocnikowi ofert. Zapis ten jest kontynuacją celu określonego na początku pkt. 2.2., związanego z pozyskaniem "opcji kontraktu" i możliwością zmiany przedstawionej sobie oferty (opcji). Nawet gdyby przyjąć, iż zapis ten dotyczy obniżania i podwyższania oferty przez pełnomocnika, to zważyć należy, iż nie jest to upoważnienie do podjęcia decyzji o sporządzeniu i wniesieniu oferty, ani też do jej wniesienia i podpisania. Byłoby to upoważnienie jedynie do zmiany jej wysokości.

O umocowaniu do złożenia oferty przez pełnomocnika nie decyduje również sformułowanie: "podpisywać dokumenty publiczne lub prywatne potrzebne do pełnego przyznania na rzecz Spółki" (pełnomocnictwo nie określa przyznania czego dotyczy ten zapis). Czym innym jest bowiem złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej (np. oferty), gdy na skutek podpisania pismo staje się dopiero dokumentem prywatnym (wówczas potrzebne jest pełnomocnictwo do złożenia oferty), czym innym zaś podpisanie istniejącego już dokumentu zawierającego oświadczenie innej osoby (wówczas potrzebne jest

pełnomocnictwo do podpisania dokumentów). Zatem, powyższy zapis o umocowaniu, dotyczy potwierdzenia za zgodność istniejących już dokumentów.

Również żadne inne postanowienia, zawarte w przedmiotowym pełnomocnictwie, zdaniem Odwołującego się, nie upoważniają p. Eduardo M. M. do podpisania i wniesienia w imieniu DRAGADOS S.A. oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się podnosi, iż brak umocowania p. Eduardo M. M., do podpisania i złożenia oferty w niniejszym postępowaniu prowadzi do konieczności uznania, iż oferta DRAGADOS S.A. złożona została przez osobę nie upoważnioną do dokonania takiej czynności i tym samym nie wywołuje skutków prawnych. Stosownie bowiem do treści art. 104 k.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, jest nieważna. Tym samym, Zamawiający powinien odrzucić ofertę DRAGADOS S.A., jako sprzeczną z ustawą Pzp i k.c..

Ponadto, pełnomocnictwo złożone przez DRAGADOS S.A., jest sprzeczne z treścią SIWZ, albowiem nie spełnia wymogu jednoznaczności, o którym mowa pkt. 7.2.1. Sformułowania zawarte w całym pełnomocnictwie, są wieloznaczne, nasuwające wiele wątpliwości co do zakresu umocowania, co stanowi niezależną przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty DRAGADOS S.A., w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 24 października 2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 roku - o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), dalej Ustawa. W art. 4 ust. 1 Ustawy stwierdzono, iż do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

W konsekwencji, w opinii Odwołującego się należy przyjąć, iż zmiana powyższa odnosi się również do sprzeczności oferty z ustawą, jako przesłanki odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp), a tym samym do niezachowania warunków zgodności oferty ze zmienioną Ustawą. W związku z tym, iż przesłanką do odrzucenia oferty, jest również niewniesienie wadium, to niezachowanie przesłanek obowiązujących przy wniesieniu wadium, statutowanych przez nową ustawę, również objęte zostało kontrolą ofert, z punktu widzenia ich odrzucenia, na podstawie art. 89 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący się podniósł, iż wadium wniesione przez DRAGADOS S.A. zostało ustanowione w drodze gwarancji bankowej w dniu 27 stycznia 2009 r., a więc 3 miesiące po wejściu w życie ww. zmian do ustawy Pzp. Zmiany ustawy w zakresie wadium obejmowały m. in. wprowadzenie ust. 4a do art. 46 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w

art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W spornej gwarancji bankowej, brak zobowiązania banku do zapłaty wadium, w sytuacji wystąpienia wskazanych okoliczności. Stanowisko co do obowiązku powołania w gwarancji wadialnej wszelkich okoliczności, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium jest powszechnie akceptowane. Podnosi się, iż brak wprowadzenia stosownych zapisów do gwarancji decyduje o jej wadliwości i w konsekwencji o tym, że nie można mówić o skutecznym wniesieniu wadium. Rodzi to obowiązek wykluczenia oferenta z postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o : unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie DRAGADOS S.A. z postępowania i odrzucenie jego oferty, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 18 marca 2009 r. DRAGADOS S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący podnosi, iż sporne pełnomocnictwo zostało udzielone skutecznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji DRAGADOS SA. i upoważnia p. Eduardo M. M. do reprezentowania spółki wobec jakichkolwiek osób, instytucji zarówno prywatnych, jak i jednostek z zakresu administracji państwowej (pkt 2.1 pełnomocnictwa) we wszystkich krajach świata, z wyjątkiem Królestwa Hiszpanii. Pełnomocnictwo upoważnia także do zawierania umów dotyczących przedmiotu działania spółki (w tym prowadzenia robót budowlanych) z osobami prywatnymi, jak i z jednostkami administracji państwowej, zarówno z zakresu administracji terytorialnej, jak i administracji centralnej (pkt 2.4 pełnomocnictwa), również we wszystkich krajach świata, z wyjątkiem Królestwa Hiszpanii. Podnoszone w tym zakresie wątpliwości, jakoby pełnomocnik był uprawniony do podejmowania czynności związanych jedynie z uzyskaniem "opcji kontraktu", rozumianej jako uzyskanie tylko możliwości zawarcia umowy, a nie zawarcia samej umowy, są w świetle pkt 2.1 i 2.4 pełnomocnictwa bezzasadne.

Niezależnie od powyższego prawo do przygotowywania i przedstawienia ofert zawarte jest wprost w treści pełnomocnictwa. Opisane w pkt 2.2 pełnomocnictwa umocowanie p. Eduardo M. M. do przygotowywania i przedstawiania propozycji kontraktów publicznych, można i należy utożsamiać także ze składaniem ofert w ramach procedur związanych z udzieleniem zamówienia publicznego. Pojęcie "przedstawienie propozycji" odpowiada pod względem językowym, co do swej istoty, pojęciu "przedstawianie ofert", Językowe rozumienie słowa "propozycja" jest także zbieżne z rozumieniem pojęcia "oferta", przyjętym w piśmiennictwie prawniczym. Za uznaniem, iż pod pojęciem "propozycja" należy rozumieć "ofertę" przemawia także kontekst, w jakim to pojęcie zostało użyte w treści pełnomocnictwa. Ponadto, w pkt 2.2 przedmiotowego pełnomocnictwa, jest mowa o prawie

do podpisywania dokumentów potrzebnych do pełnego przyznania na rzecz spółki upoważniającej zamówień, prawo do osobistego uczestnictwa w przetargach, prawo do modyfikowania złożonych ofert ("podwyższanie i obniżanie przedstawionych ofert"). Pkt 2.2. odnosi się także do podejmowania czynności w ramach konkretnych trybów udzielania zamówień publicznych. Ponadto Przystępujący wskazuje, iż zarówno mocodawcą, jak i pełnomocnikiem, są osoby mające swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania w Hiszpanii. Stosunek pełnomocnictwa wiążący obydwie podmioty wynika zatem z dokumentu oryginalnego sporządzonego w Hiszpanii, w języku hiszpańskim, przed notariuszem pełniącym funkcję zawodu zaufania publicznego i w najbardziej solennej formie aktu notarialnego. Tym samym -zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego prywatnego -to według prawa hiszpańskiego ostatecznie należy rozstrzygać zakres uprawnień objętych pełnomocnictwem. W dokumencie oryginalnym, dołączonym do oferty, w pkt 2.2. pełnomocnictwa użyto pojęcia "proposicion", które w świetle Słownika uniwersalnego hiszpańsko-polski (Wydawnictwo HaraldG; autorzy: Abel A. Murcia Soriano, Katarzyna Mołóńiewicz) oznacza "propozycję, ofertę. Z treści pełnomocnictwa wynika również, iż ma ono być używane na terytorium wszystkich krajów z wyjątkiem Hiszpanii, a czynności podejmowane w wykonaniu pełnomocnictwa mają odpowiadać czynnościom wymienionym w treści hiszpańskiej wersji pełnomocnictwa. Wolą mocodawcy była zatem dopasowanie uprawnień pełnomocnika do różnych systemów i instytucji prawnych obowiązujących w krajach, w których pełnomocnictwo ma być wykorzystywane. Przy czym uprawnienia te mają być tak szeroko i tak dalece interpretowane, aby cel określony w pełnomocnictwie był zrealizowany.

Za bezpodstawne należy uznać, zdaniem Przystępującego, zarzuty zgłoszone wobec treści gwarancji wadialnej. Zgodnie z przepisami przejściowymi (art. 4 ust. 1 Ustawy), do postępowań o udzielenie zamówień wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, należy stosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji Istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. W świetle przywołanych przepisów intertemporalnych jest oczywistym, iż do katalogu instytucji, do których należy stosować przepisy znowelizowane, nie wchodzi przepisy dotyczące wadium.

Postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, w konsekwencji przepis art, 46 ust. 4a ustawy Pzp, wprowadzający dodatkową przesłankę uprawniającą Zamawiającego do zatrzymania wadium, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do gwarancji składanych w niniejszym postępowaniu. Ponadto, gwarancja wadialna zgodna jest także z postanowieniami SIWZ. W myśl bowiem pkt 10.6 SIWZ

wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, utraci wadium jedynie w przypadkach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 23 marca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisem pkt 2.1 i 2.4 pełnomocnictwa, p. Eduardo M. M. posiada umocowanie do reprezentowania DRAGADOS S.A. wobec jakichkolwiek osób, instytucji, zarówno prywatnych, jak i jednostek z zakresu administracji państwowej we wszystkich krajach świata, z wyjątkiem Królestwa Hiszpanii. Pełnomocnictwo upoważnia także do zawierania umów dotyczących przedmiotu działania spółki (w tym prowadzenia robót budowlanych) z osobami prywatnymi, jak i z jednostkami administracji państwowej, zarówno z zakresu administracji terytorialnej, jak i administracji centralnej.

Natomiast w pkt 2.2. pełnomocnictwa wyraźnie zawarte jest umocowanie p. Eduardo M. M. do przygotowywania i przedstawiania propozycji kontraktów publicznych, co można i należy utożsamiać także ze składaniem ofert w ramach procedur związanych z udzieleniem zamówienia publicznego. Pojęcie "przedstawienie propozycji" odpowiada pod względem językowym, co do swej istoty, pojęciu "przedstawianie ofert".

Zamawiający opierając się na przetłumaczonym tekście pełnomocnictwa ustalił, iż z treści pkt 2.2. pełnomocnictwa wynika jednoznaczne uprawnienie p. Eduardo M. M. do składania oferty w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. W treści tego postanowienia jest mowa bowiem o prawie do podpisywania dokumentów potrzebnych do pełnego przyznania na rzecz spółki upoważniającej (czyli DRAGADOS S.A.) zamówień, prawo do osobistego uczestnictwa w przetargach, prawo do modyfikowania złożonych ofert ("podwyższanie i obniżanie przedstawionych ofert").

Ponieważ pełnomocnictwo zostało udzielone skutecznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji DRAGADOS S.A. i fakt ten potwierdza notariusz sporządzający dokument pełnomocnictwa, Zamawiający uważa przedmiotowy zarzut Odwołującego się za bezzasadny.

Również zarzut co do treści gwarancji wadialnej dołączonej do oferty DRAGADOS S.A. należy uznać za bezpodstawny. Kwestionowanie, iż w treści gwarancji nie przedstawiono okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest niezasadne. Postępowanie zostało bowiem wszczęte w czerwcu 2008 r., a więc przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp. Art. 46 ust 4a ustawy Pzp został wprowadzony Ustawą. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008 r.. Zgodnie z przepisami przejściowymi (art. 4 ust. 1 Ustawy) do postępowań o udzielenie zamówień, wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, należy stosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które

stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. W świetle przywołanych przepisów intertemporalnych jest oczywistym, iż do katalogu instytucji, do których należy stosować przepisy znowelizowane, nie wchodzi przepisy dotyczące wadium, objęte art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Powyższe jest spójne z innymi znowelizowanymi przepisami. Sankcja opisana w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest związana z instytucją uzupełniania dokumentów opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro znowelizowany art. 26 ust 3 ustawy Pzp ma być stosowany w odniesieniu do postępowań wszczętych po dniu 24 października 2008 r., to nowy przepis art. 46 ust 4a ustawy Pzp, wprowadzający sankcję zatrzymania wadium, w sytuacji niedopełnienia obowiązków wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien także dotyczyć postępowań wszczętych po tym dniu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i w dniu 2009 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Istotą sporu w zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa jest jego zakres. Przedmiotem badania jest treść pełnomocnictwa udzielonego p. Eduardo M. M., w dniu 20 października 2006 r. w Hiszpanii, do dokonywania czynności w nim wymienionych, we wszystkich krajach świata, z wyjątkiem Królestwa Hiszpanii. Z treści analizowanego pełnomocnictwa wprost nie wynika uprawnienie do podpisania oferty i dokumentów dołączanych do oferty (brak przedmiotowego sformułowania), niemniej jednak nie sposób pominąć postanowień zawartych w pkt 2.2 spornego pełnomocnictwa, w którym mowa o przygotowaniu i przedstawianiu propozycji kontraktów publicznych, jak i prywatnych, w celu uzyskania opcji kontraktu, w jakikolwiek sposób i w jakimkolwiek trybie przetargu. Ponadto zawarte jest tam upoważnienie do uczestniczenia osobiście w przetargach, podwyższania lub obniżania przedstawionych ofert oraz uczestniczenia w aktach przyznania zamówień i uprawnienie do podpisywania dokumentów potrzebnych do pełnego przyznania tychże zamówień na rzecz spółki upelnomocniającej. Wolą mocodawcy jest również, aby przyznać uprawnienia tak szerokie i wystarczające, aby p. Eduardo M. M. mógł wykonywać na całym świecie (z wyjątkiem Hiszpanii) wskazane czynności (str. 2-3 pełnomocnictwa). Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że dla ustalenia rzeczywistej woli reprezentowanego będą miały zastosowanie reguły interpretacyjne zawarte w art. 65 § 1 k.c., co oznacza, że przesądzającego znaczenia nie można przypisywać semantycznemu brzmieniu oświadczenia.

W tym miejscu należy zauważyć, iż ocena pełnomocnictwa i ustalenie jego treści następuje w oparciu o przepisy prawa polskiego, gdyż opierając się na treści przepisu art. 25 i następnych ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo międzynarodowe prywatne (Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.) (per analogiam) oraz poglądach wyrażonych w piśmiennictwie (J. Pazdan: „Pełnomocnictwo w prawie międzynarodowym prywatnym”) w przypadku braku wyboru prawa, pełnomocnictwo podlega prawu miejsca działania pełnomocnika, tj. prawu miejsca, w którym pełnomocnik faktycznie wypełnił swoją misję.

Wracając do wykładni oświadczenia woli należy stwierdzić, że proces wykładni prowadzony jest w celu ustalenia znaczenia złożonego oświadczenia, a w rezultacie poznanie skutków prawnych, jakie wywołuje.

Sens oświadczeń woli ujawnionych w postaci pisemnej, ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu (uchwała SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 431/04). Zawarte w art. 65 k.c. zasady tłumaczenia oświadczeń woli wymagają uwzględnienia całego złożonego oświadczenia woli, a nie tylko wybranego dowolnie fragmentu (wyrok SN z dnia 26 sierpnia 1994 r., I CKN 100/94). Podstawową rolę w procesie wykładni takich oświadczeń woli odgrywają językowe reguły znaczeniowe. Tekst dokumentu interpretowany według tych reguł stanowi podstawę do przypisania mu sensu zgodnego z zasadami składniowymi i znaczeniowymi języka, w którym został sporządzony (wyrok SN z dnia 22 marca 2006 r., III CSK 30/06). Wykładni poszczególnych wyrażen zawartych w dokumencie dokonuje się także z uwzględnieniem kontekstu, w jakim on występuje. Należy zwrócić również uwagę na związki treściowe występujące pomiędzy różnymi postanowieniami zawartymi w tłumaczonym tekście – tak, aby miały spójną i rozsądną treść. Jeśli strony posługują się słowem, którego znaczenie jest określone w ustawie, wówczas w braku odmiennych wskazówek wynikających z oświadczenia woli lub okoliczności, należy przyjąć, że miały one na względzie to właśnie znaczenie. W procesie wykładni oświadczeń woli wyrażonych na piśmie, należy ponadto uwzględniać paralingwistyczne środki wyrazu (np. układ przestrzenny poszczególnych słów, zwrotów, zdań czy większych fragmentów, stosowanie różnych czcionek). Nie tylko bowiem wyartykułowane na piśmie sformułowania, lecz także systematyka i struktura dokumentu, stanowią istotne elementy wyjaśniające wolę stron (wyrok SN z dnia 28 lutego 2006 r., III CSK 149/05). Należy dodać, że stosowanie tych wszystkich zasad wykładni oświadczenia woli wyrażonego na piśmie nie może zmierzać do ustalenia treści wcale nimi nie objętych, bądź sprzecznych z ich literalnym brzmieniem (wyrok SN z dnia 29 października 2004 r., III CK 468/03). Tekst dokumentu nie stanowi oczywiście wyłącznej podstawy wykładni wyrażonego w nim oświadczenia woli. Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało złożone (tzw. kontekst sytuacyjny). Okoliczności te mają doniosłość dla

zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., przy wykładni oświadczeń woli powinny być brane pod uwagę również zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego się, p. Eduardo M. M. posiada uprawnienie do dokonywania czynności wymienionych w pkt 2.1 samodzielnie. Świadczy o tym struktura pełnomocnictwa, gdzie w sposób wyraźny dokonano podziału na czynności, których wskazany pełnomocnik może dokonywać samodzielnie i te, które dla ich skuteczności wymagają współdziałania z innym pełnomocnikiem Spółki. Wyrazem tego podziału jest również układ jednostek redakcyjnych pełnomocnictwa. Pkt 1 obejmuje katalog czynności dokonywanych, jak to określono w trybie solidarnym i niezależnym, z wyjątkiem przyjmowania zapłat gotówkowych i czeków na okaziciela, zaś w pkt 2 wymieniono te czynności, których należy dokonywać w trybie solidarnym, razem z innym pełnomocnikiem Spółki, posiadającym takie same uprawnienia.

Nie ulega również wątpliwości, że szeroko w treści pełnomocnictwa został określony krąg podmiotów, wobec których p. Eduardo M. M. może dokonywać czynności objętych treścią pełnomocnictwa. W pkt 2.1 wskazano, że chodzi o reprezentowanie Spółki wobec jakichkolwiek osób, instytucji i organizmów, zarówno prywatnych, jak i administracji państwowej oraz innych administracji terytorialnych, tak federalnych, regionalnych, prowincjonalnych, gminnych, jak i innych jednostek lokalnych, w tym wobec organów prawodawczych i sądowniczych, wszelkiego typu szczebla i właściwości, a także Jednostek Zarządzających i Zakładów Ubezpieczeń Społecznych. Zatem, z całą stanowczością stwierdzić należy, iż Zamawiający mieści się w kręgu tak określonych podmiotów, co w konsekwencji powoduje, że p. Eduardo M. M. przysługuje uprawnienie do skutecznego złożenia oświadczenia woli i dokonywania czynności wobec Zamawiającego.

W tym miejscu pojawia się zatem pytanie, czy treścią pełnomocnictwa objęte jest również, w aspekcie przedmiotowym, uprawnienie do złożenia oferty, jak i załączonych do niej dokumentów. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie przygotowywania i przedstawiania propozycji kontraktów publicznych, nawet w celu uzyskania opcji kontraktu, mieszczą się sporne czynności. Twierdzenie powyższe należy wywodzić zarówno z treści pełnomocnictwa, jak i kontekstu sytuacyjnego jego udzielenia. Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia kilka okoliczności. Przygotowanie i przedstawienie propozycji kontraktu publicznego na gruncie prawa polskiego nie może oznaczać niczego innego, jak uprawnienia do sporządzenia oferty. Wykonawca bowiem nie przygotowuje propozycji umowy, ale oświadcza wolę jej zawarcia, wskazując istotne postanowienia umowy. Mocodawca, przyznając uprawnienie dotyczące kontraktów publicznych, odwołał się do różnych trybów udzielania zamówień, co rodzi konieczność takiego tłumaczenia

sformułowania „przedstawianie propozycji kontraktów”, jakiego wymaga prawo danego państwa. Istotne jest bowiem, iż reprezentacja mocodawcy obejmuje wszystkie kraje świata, z wyjątkiem Królestwa Hiszpanii. Zatem, treść pełnomocnictwa należy interpretować w taki sposób, aby uwzględnić intencję mocodawcy w warunkach systemu prawnego danego kraju. Czynienie zarzutu, iż w treści pełnomocnictwa wprost nie wymieniono upoważnienia do dokonywania spornych czynności, nie świadczy jeszcze o braku takiego umocowania. Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego się, w istocie prowadziłoby do odczytywania woli mocodawcy jedynie w oparciu o literalne brzmienie pełnomocnictwa, co przeczy generalnej zasadzie wyrażonej w art. 65 k.c. i nie jest uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy. Nie sposób zignorować fakt, że pełnomocnictwo zostało sporządzone na gruncie innego, niż polski systemu prawnego, jednakże w celu posługiwania się nim w polskim obrocie prawnym, ponadto, zostało sporządzone w obcym języku. Odwołanie się jedynie do znaczenia wyrazów, czy też użytych sformułowań, w celu interpretowania woli mocodawcy prowadziłoby, w niniejszym stanie faktycznym, do wyeliminowania części przyznanych pełnomocnikowi uprawnień. Ustawa Pzp, nie dopuszcza bowiem możliwości przygotowywania propozycji umów o zamówienie publiczne. Z pewnością zaś, wolą mocodawcy nie było udzielanie uprawnień fikcyjnych, bezprzedmiotowych.

Wobec powyższego, zarzuty sformułowane na kanwie przedmiotowego pełnomocnictwa należy uznać za bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego gwarancji wadium, rozstrzygające znaczenie ma treść przepisów intertemporalnych, a zwłaszcza przepisu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. W niniejszym stanie faktycznym, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w czerwcu 2008 r., we wrześniu dokonano nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r., zaś wadium zostało wniesione w styczniu 2009 r. Na tym tle powstał spór, w istocie co do katalogu przesłanek zatrzymania wadium. Zdaniem Odwołującego się, skoro do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem m.in. przesłanek odrzucenia oferty, to skoro zgodnie z przepisem art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą, oznacza to niezgodność ze znowelizowaną ustawą Pzp, zaś o niezgodności przesądza chociażby fakt niewniesienia wadium. Nie może być bowiem mowy o wniesieniu wadium w sytuacji, w której prawo zatrzymania wadium przysługuje jedynie w okolicznościach wymienionych w art. 45 ust. 5 ustawy Pzp, z pominięciem art. 45 ust. 4a (dodanego w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela przedstawionego stanowiska. Rozwiązanie zaistniałego problemu wymaga odwołania się do przepisów przejściowych, które regulują kwestię właściwości przepisów, a precyzyjniej, która norma (nowa czy stara) znajduje

zastosowanie do stosunków pranych powstałych przed uchycieniem wcześniejszej normy, a trwających nadal, pod obowiazywaniem nowej. W polskim systemie prawnym nie ma jednolitej regulacji (w formie jednego aktu normatywnego) prawa miêdzyczasowego. Nie ulega wãtpliwoœci, że w tym wzglêdzie naleŹy zastosowaç przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 wrzeœnia 2008 r., zgodnie z którym do postêpowañ o udzielenie zamówienia i konkursów wszczêtych przed dniem wejœcia w Źycie niniejszej ustawy stosuje siê przepisy dotychczasowe, z wyjàtkiem przepisów dotyczãcych zmiany ogłoszeñ, zmiany treœci specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesãnek odrzucenia oferty, które stosuje siê w brzmieniu nadanym niniejszã ustawã. Ustawodawca przyjàł wiêc zasadê, iŹ do postêpowañ wszczêtych przed dniem wejœcia w Źycie znowelizowanej ustawy stosuje siê przepisy dotychczasowe, chyba że dotyczy do zmiany ogłoszenia i treœci SIWZ, a takŹe poprawienia omyłek i przesãnek odrzucenia oferty. Katalog okolicznoœci, w których stosuje siê znowelizowane przepisy został wiêc œciœle okreœlony i jest zamkniêty. Stanowi wyjàtek od generalnej zasady stosowania przepisów dotychczasowych, dlatego z całą pewnoœciã nie moŹe byç interpretowany w sposób rozszerzajãcy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, powoływany przepis nie budzi Źadnych wãtpliwoœci, stãd naleŹy przyjàç, iŹ do postêpowañ wszczêtych przed dniem wejœcia w Źycie znowelizowanej ustawy stosuje siê przesãnki odrzucenia oferty, w brzmieniu po nowelizacji. I co wymaga podkreœlenia, chodzi jedynie o katalog okolicznoœci wymienionych w przepisie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie stanowiska, iŹ zaistnienie przesãnki odrzucenia oferty z powodu jej niezgodnoœci z ustawã powinno byç oceniane w œwietle znowelizowanej ustawy, a wiêc naleŹy badaç niezgodnoœç ze znowelizowanã ustawã, nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Po pierwsze, nie przemawia za tym wykładnia gramatyczna analizowanego przepisu przejœciowego. Ustawodawca wyraŹnie uzaleŹnił stosowanie znowelizowanej ustawy od daty wszczêcia postêpowania, a nie od daty dokonania czynnoœci. Stãd teŹ fakt, iŹ wadium zostało wniesione w styczniu 2009 r. pozostaje bez wpływu na kwestiê stosowania przepisów. Wskazany przepis intertemporalny rozstrzyga bowiem o wlaœciwoœci prawa w aspekcie czasowym, stanowiãc że rozstrzygajãcy jest moment wszczêcia postêpowania. Po drugie, w analizowanym przepisie okreœlony jest zamkniêty katalog okolicznoœci, w odniesieniu do których naleŹy stosowaç przepisy znowelizowanej ustawy. Jeœli ustawodawca zwiera w nim przesãnki odrzucenia ofert, to nie ulega wãtpliwoœci, że nowe przepisy naleŹy stosowaç, majãc na uwadze znowelizowany katalog przesãnek, skutkujãcych odrzuceniem oferty. Na marginesie naleŹy zwróciç uwagê, że niewniesienie wadium stanowi podstawê do wykluczenia wykonawcy z postêpowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zaœ ofertê takiego wykonawcy uznaje siê z mocy prawa za odrzuconã na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie jedynie w

sytuacji, w której wykonawca wykluczony z postępowania lub niezaproszony do składania ofert, składa ofertę.

Wskazany przepis przejściowy w ogóle nie odnosi się do instytucji wadium, czy też ewentualnie wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem należy przyjąć, na podstawie ogólnej reguły w nim zawartej, iż do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie znowelizowanej ustawy należy stosować przepisy dotychczasowe. Za prawidłową należy więc uznać gwarancję wadialną Przystępującego, który zabezpieczył roszczenia Zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym właściwe było postanowienie zawarte w SIWZ, które prawo zatrzymania wadium wiąże ze wskazanymi okolicznościami.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przy formułowaniu analizowanych przepisów przejściowych trudno odmówić ustawodawcy racjonalności. Ustawodawca dopuścił bowiem możliwość zastosowania do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie znowelizowanej ustawy przepisów względniejszych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty został ograniczony w szczególności do sytuacji, w której wykonawca we wskazanym terminie nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Konsekwentnie, skoro ustawodawca dopuścił możliwość odrzucenia oferty jedynie w przypadku braku zgody na jej poprawienie, to tym bardziej dopuścił możliwość poprawiania omyłek w ofercie zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem przepisu regulującego przedmiotową materię (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższe jednoznacznie wskazuje, że katalog okoliczności, do których znajdują zastosowanie znowelizowane przepisy został wskazany w sposób wyraźny, zamknięty i celowy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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.). Wniosek Zamawiającego w przedmiocie przyznania kosztów zastępstwa prawnego nie został uwzględniony, z uwagi na brak przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*