

Sygn. akt: KIO/UZP 1933/09

WYROK
z dnia 19 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Sylwester Kuchnio
Członkowie:	Małgorzata Stręciwiłk Emil Kuriata
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 7 grudnia 2009r.

przy udziale konsorcjum firm: **NDI S.A. (lider konsorcjum), ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i **SB Granit S.A. – Skopje, 8 Dmiitrije Cupowski, Skopje, Macedonia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50.**

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

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 -499+800.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 27.11.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Konsorcjum w składzie NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz SB Granit S.A. - Skopje, Macedonia (dalej "Konsorcjum").

PROTEST

W dniu 07.12.2009 r. Dragados S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania wniosła protest wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo iż jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) i została złożona niezgodnie z Pzp;

- art. 23 ust. 2 Pzp oraz art. 104 i art. 106 KC w związku z art. 14 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum - podpisana przez panią Martę Kosacz Sobotkę w oparciu o pełnomocnictwo dalsze udzielone jej przez NDI S.A. z dnia 16.10.2009 r. oraz niedatowane pełnomocnictwo udzielone na rzecz NDI S.A przez NDI S.A. i SB Granit S.A. Skopje, przy którego udzielaniu w imieniu SB Granit S.A. Skopje działał pełnomocnik, tj. pan Marjan Lavczanski, nieuprawniony do udzielenia dalszych pełnomocnictw do działania w imieniu SB Granit S.A. Skopje, została skutecznie złożona i wywiera wiążące skutki prawne w odniesieniu do tych wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego;
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert oraz udzielenie zamówienia wykonawcy (Konsorcjum) wybranemu z naruszeniem ustawy, a nieudzielenie tego zamówienia protestującemu, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym protestujący wniósł o odrzucenie oferty Konsorcjum oraz dokonanie wyboru jego oferty w postępowaniu.

Jako okoliczności uzasadniające zarzuty protestu wskazano, iż ofertę Konsorcjum podpisała osoba nieuprawniona do działania w imieniu podmiotów je tworzących, pani Marta Kosacz Sobotka. Pełnomocnictwo dla niej do działania w imieniu Konsorcjum udzielone zostało przez NDI S.A w dniu 16.10.2009 r. (str. 12 oferty). Natomiast NDI S.A. wywodziło swoje uprawnienie do działania w imieniu całego Konsorcjum jako jego pełnomocnik w rozumieniu art. 23 Pzp z pełnomocnictwa podpisanego wspólnie przez NDI S.A. i SB Granit S.A. -Skopje (pełnomocnictwo niedatowane, str. 15-16 oferty). W imieniu SB Granit S.A. -Skopje pełnomocnictwo to podpisał pan Marjan Lavczanski, który działał w tym przypadku w imieniu i na rzecz spółki jako jej pełnomocnik ustanowiony przez pana Straso Milkovskiego - Prezesa Zarządu i Dyrektora Naczelnego SB Granit S.A. Skopje na podstawie pełnomocnictwa z dnia 06.02.2009 r. (str. 17 i 18 oferty). Tymczasem ww. pełnomocnictwo dla pana Marjana Lavczansklego obejmowało umocowanie do reprezentowania SB Granit S.A., w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, ale nie zawierało prawa do udzielenia dalszych pełnomocnictw. Tym samym p. Lavczanski nie był władny do umocowania NDI S.A. do działania w imieniu S.B. Granit S.A – zgodnie z art. 106 KC pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników (pełnomocników dalszych) tylko wtedy, gdy umocowanie takle wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa, co w opisywanej sytuacji nie ma miejsca. Ponadto

stosownie do art. 104 KC każda jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest nieważna.

Protestujący wskazał również, iż pełnomocnictwo z dnia 06.02.2009 r. było pełnomocnictwem do podejmowania czynności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w Polsce. Ponieważ pełnomocnictwo miało być de facto wykonywane w Polsce, podlega ono prawu polskiemu.

Protestujący podniósł, iż opisanego powyżej rażącego naruszenia prawa nie można w chwili obecnej sanować. Przepisy Pzp nie przewidują możliwości uzupełniania dokumentów, w szczególności pełnomocnictw na etapie badania i oceny ofert. Przewidująca możliwość uzupełniania dokumentów procedura opisana w art. 26 ust. 3 Pzp nie może być w chwili obecnej, w przedmiotowym przypadku, zastosowana. Mechanizm określony w art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje bowiem możliwość uzupełniania dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw składanych na etapie badania zdolności podmiotowej wykonawców do wykonania zamówienia, a więc w przedmiotowym przypadku, czyli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, na etapie badania wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Ponadto wskazać należy, iż przepis art. 26 ust. 3 PZP umożliwia w zakresie sanowania błędów pełnomocnictwa, dołączenie jedynie złożenia dokumentu pełnomocnictwa wolnego od wad. W przedmiotowym przypadku samo złożenie nowego pełnomocnictwa nie jest wystarczające. Oferta Konsorcjum jako czynność jednostronna jest nieważna. Jej ważność zależy zatem od jej potwierdzenia przez mocodawcę, tj. SB Granit S.A. -Skopje. Składania dodatkowych oświadczeń i dokumentów, innych niż dokumenty i oświadczenia opisane w art. 25 ust. 1 Pzp oraz innych niż pełnomocnictwa nie jest dozwolone. Złożenie ewentualnego potwierdzenia w przedmiotowym przypadku nie miałoby zatem podstawy prawnej.

PRZYSTĄPIENIE DO PROTESTU

W dniu 10.12.2009 r. Konsorcjum zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o jego oddalenie.

Przystępujący wskazał na konieczność zastosowania prawa macedońskiego jako właściwego do oceny skuteczności i zakresu umocowania p. Lavczanskiego do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz załączył do przystąpienia oświadczenie podpisane przez p. Mite Mihajlovskiego-prawnika i Prezesa Zarządu spółki Granit, p. Straso Milkovskiego, dowodzące w swej treści, że p. Lavczanski jako upoważniony do reprezentowania spółki jest również uprawniony do udzielania dalszych pełnomocnictw. Ponadto przedłożono oświadczenie podpisane przez ww. osoby zgodnie z którego treścią ww. pełnomocnictwo zostało udzielone bez ograniczeń i jest całkowite, co zgodnie z prawem macedońskim

umocowuje pełnomocnika również do udzielania dalszych pełnomocnictw. Załączono również oświadczenie z dnia 08.12.2009 r. w którym Prezes Zarządu, p. Milkovski potwierdza, że wszelkie czynności dokonane przez p. Lavczanskigo na mocy udzielonego mu pełnomocnictwa z dnia 06.02.2009 r. (w szczególności udzielanie dalszych pełnomocnictw) były podjęte w imieniu i na rzecz spółki i są wobec niej ważne.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 17.12.2009 r. zamawiający protest Dragados w całości oddalił.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w proteście zamawiający podniósł, iż kwestionowane przez protestującego pełnomocnictwo dla Marjana Lavczanskigo (pracownika Granit S.A.) zostało udzielone w dniu 9 lutego 2009 r. w Skopje (Republika Macedonii) przez Pana Straso Milkovskiego pełniącego funkcję Prezesa Rady Zarządu oraz Dyrektora Naczelnego SB Granit SA -Skopje, tj. osobę należycie umocowaną do działania w imieniu tej spółki. Dokument pełnomocnictwa został sporządzony w języku macedońskim, dlatego oceny treści tego pełnomocnictwa Zamawiający dokonał w oparciu o przedstawione przez wykonawcę tłumaczenie sporządzone przez tłumacza przysięgłego języka polskiego i macedońskiego. Zgodnie z treścią ww. dokumentu pełnomocnictwo udzielone Marjanowi Lavczanskiemu zawiera całkowite i nieograniczone pełnomocnictwo do reprezentowania SB Granit SA -Skopje w przetargu na "Budowę autostrady A4 na odcinku Brzesko Wierchosławice". W ocenie zamawiającego z treści tak sformułowanego pełnomocnictwa wynika umocowanie do wykonywania w imieniu SB Granit SA -Skopje wszelkich czynności związanych z ww. postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również umocowanie do ustanowienia pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp.

Dokument pełnomocnictwa z dnia 9 lutego 2009 r. sporządzony został w Macedonii. Pełnomocnictwo zostało sporządzone zgodnie z przepisami prawa macedońskiego. Mocodawcą jest spółka prawa macedońskiego (SB Granit SA -Skopje) mająca siedzibę w Macedonii, a pełnomocnikiem jest pracownik tej spółki. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych do twierdzenia, iż prawem właściwym dla oceny treści tego pełnomocnictwa jest prawo polskie, w szczególności art. 104 KC i art. 106 KC. Wniosku takiego nie można bowiem wywieść z treści przepisów ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. -Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. nr 46, poz. 290 ze zm.),

Ponadto, zdaniem zamawiającego, wyjaśnieniami oraz dokumentami dołączonymi do zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, Konsorcjum w sposób nie budzący wątpliwości potwierdziło, iż według reguł prawa macedońskiego kwestionowane pełnomocnictwo z dnia 6 lutego 2009 r. zawiera umocowanie do udzielania dalszych pełnomocnictw innym osobom.

Zamawiający wskazał również, iż nawet w przypadku uznania, że prawem właściwym dla ww. pełnomocnictwa jest prawo polskie, to do wykładni treści tego pełnomocnictwa powinien mieć w pierwszej kolejności zastosowanie art. 65 § 1 KC, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zamawiający nie zgodził się również z zawartą w proteście wykładnią art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą przepis ten przewiduje możliwość uzupełniania jedynie tych pełnomocnictw, które są składane na etapie badania zdolności podmiotowej wykonawców do wykonania zamówienia, a zatem tylko na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli pełnomocnictw lub złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Z treści tego przepisu nie wynika, zatem wcale, iż w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego nie ma on zastosowania również na etapie badania ofert.

ODWOŁANIE

W dniu 28.12.2009 r. Dragados wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując wnioski oraz zarzuty protestu oraz formułując dwa nowe zarzuty, mianowicie naruszenia:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 PZP polegające na zaniechaniu przy rozstrzygnięciu protestu wykluczenia Konsorcjum z postępowania i uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, mimo, iż Konsorcjum składając oświadczenie co do skuteczności pełnomocnictwa pana Lavczanskigo z dnia 06.02.2009 i wynikającego z niego uprawnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw (w tym przypadku pełnomocnictwa na rzecz NDI S.A.) w świetle prawa macedońskiego złożyło nieprawdziwą informację (oświadczenie) mające wpływ na wynik postępowania;
- art. 87 ust. 1 PZP zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia zakresu uprawnień pana Lavczańskiego wynikających z pełnomocnictwa z dnia 06.02.2009 i poleganie w tym zakresie jedynie na jednostronnym oświadczeniu Konsorcjum;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., iż pełnomocnictwo pana Marjana Lavczanskigo do reprezentowania SB Granit S.A. -Skopje z dnia 06.02.2009, nie zawierało prawa do udzielenia dalszych pełnomocnictw. Zgodnie z zakresem pełnomocnictwa pan Marjan Lavczanski jest upoważniony "bez ograniczeń i całkowicie" do "reprezentowania, podpisywania i wykonywania za i w imieniu SB Granit S.A. Skopje Dokumentacji" w związku

z Postępowaniem. Udzielone pełnomocnictwo ma charakter ogólny. Z treści pełnomocnictwa wynika, że pan Marjan Lavczanski jest uprawniony do m.in. podpisywania ofert oraz składania oświadczeń woli związanych z ubieganiem się przez spółkę o udzielenie zamówienia publicznego. Treść pełnomocnictwa nie wskazuje jednak na uprawnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw i umocowania dalszych pełnomocników do reprezentowania spółki SB Granit S.A. -Skopje w wyżej wymienionym zakresie. Treść pełnomocnictwa nie wskazuje także na możliwość działania SB Granit S.A. Skopje w konsorcjum z innym wykonawcą (NDI S.A.) w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Wspólny udział kilku wykonawców w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się - z mocy prawa - z przejściem dodatkowej, solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego także za działania innego wykonawcy. Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa prywatnego pełnomocnictwo jest stosunkiem prawnym opartym na zaufaniu do osoby upoważnionej. Dlatego umocowanie do przekazania uprawnień na osoby nie wymienione w pełnomocnictwie winno wynikać wprost z treści pełnomocnictwa a nie może być domniemywane z postanowień o charakterze ogólnym. Gdy polski ustawodawca chciał, aby pełnomocnictwo obejmowało jednocześnie prawo do substytucji wyraźnie to wskazywał w przepisach prawa (zob. art. 91 Kodeksu postępowania cywilnego). Teza ta podlega dodatkowemu wzmocnieniu, jeśli skutek działania umocowanego pełnomocnika nie tylko ma dojść do przekazania danych mu upoważnień na osobę trzecią, ale - jak ma to miejsce w przedmiotowym przypadku - skutek przekazanego upoważnienia mocodawca (w tym przypadku SB Granit S.A. Skopje) może zostać przez tą osobę trzecią (w tym przypadku NDI S.A.) obciążony dodatkową odpowiedzialnością, wynikającą tylko i wyłącznie z działań tej osoby, związanych ze wspólnym ubieganiem się przez NDI S.A i SB Granit S.A Skopje o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, opierając się tylko na ogólnych zasadach dotyczących stosunku pełnomocnictwa, a zwłaszcza stosunku pełnomocnictwa w rozumieniu art. 23 ust 2 Pzp, nie sposób uznać, aby tylko ze sformułowania "udzielenia upoważnienia całkowitego i bez ograniczeń" wywodzić można było także uprawnienie do ustanowienia przez pana Lavczanskiego firmy NDI S.A pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 Pzp.

Za całkowicie bezpodstawne należy także uznać twierdzenia Zamawiającego jakoby w świetle prawa macedońskiego kwestionowane pełnomocnictwo z dnia 06.02.2009 zawierało umocowanie do udzielenia dalszych pełnomocnictw innym osobom. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedmiotowe pełnomocnictwo nie zawiera upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw, na co w sposób jednoznaczny mają, według odwołującego, wskazywać dołączone do odwołania opinie prawne sporządzone przez niezależnych ekspertów (adwokatów) z czołowych macedońskich kancelarii prawniczych:

- (i) opinia prawna Polenak Law Firm wraz z tłumaczeniem przysięgłym;
- (ii) opinia prawna MENS LEGIS CAKMAKOVA Advocates wraz z tłumaczeniem przysięgłym;
- (iii) wyciąg z rankingu firm prawniczych wraz z tłumaczeniem potwierdzający pozycję obu kancelarii prawniczych na rynku usług prawniczych w Macedonii wraz z tłumaczeniem.

Oferta Konsorcjum jako czynność jednostronna jest nieważna. Jej ważność zależy zatem od jej potwierdzenia przez mocodawcę, tj. SB Granit S.A. -Skopje. Potwierdzenie czynności nie jest zaś dokumentem i oświadczeniem opisanym w art. 25 ust. 1 PZP, tym bardziej nie jest nowym pełnomocnictwem. Potwierdzenie czynności dokonanej przez "fałszywego pełnomocnika" w takim przypadku jest odrębną czynnością prawną od udzielenia pełnomocnictwa. Ponieważ do przyłączenia się do protestu dołączono potwierdzenie oferty, można założyć, że inny dokument pełnomocnictwa obowiązujący jeszcze w dniu upływu terminu na składanie ofert, na chwilę obecną nie istnieje. Skoro zaś inne, prawidłowe pełnomocnictwo nie istnieje, a następcze potwierdzenie oferty złożonej przez "fałszywego pełnomocnika" w trybie art. 26 ust. 3 PZP - jak wykazano - nie jest dopuszczalne, oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu.

Ponadto ze względu na zapewnienie równego traktowania wszystkich wykonawców kwestia możliwości potwierdzania ofert oraz sama procedura potwierdzania, o ile Zamawiający uzna to za stosowne, winna być z góry przewidziana w SIWZ, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Złożenie potwierdzenia oferty w przedmiotowym przypadku nie może być także dokonane w trybie art. 87 ust. 1 PZP. Potwierdzenie oferty nie może być uznane za wyjaśnianie wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 PZP, gdyż nie polega na wyjaśnianiu niejasnych lecz istniejących już oświadczeń woli (oferty) ale zawiera odrębne, złożone w szczególnym celu oświadczenie woli mające charakter czynności prawnej, nakierowanej na sanowanie wadliwie złożonej oferty.

Co więcej, jeśli przyjąć rozumowanie Zamawiającego co do właściwości prawa macedońskiego, to także według prawa macedońskiego należałoby oceniać skuteczność dokonanego potwierdzenia a nawet samą okoliczność potwierdzenia czynności dokonanych przez "fałszywego pełnomocnika". W tym zakresie Zamawiający nie prowadził żadnej analizy.

Należy także wskazać, iż w świetle zasad ogólnych (art. 104 KC) oraz przepisów PZP (art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 PZP) potwierdzenie oferty wymaga zgody Zamawiającego, a składanie uzupełnionych pełnomocnictw oraz wyjaśnień co do treści oferty, uprzedniego wezwania Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku zarówno zgoda na potwierdzenie oferty jak i wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa lub wyjaśnienia wątpliwości związanych z ofertą nie zostały dokonane.

W dniu 13.01.2010 r. Konsorcjum zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego załączając na poparcie swojego stanowiska w przedmiocie oceny uprawnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw przez p. Lavczanskiego na gruncie prawa macedońskiego trzy opinie prawne sporządzone przez tamtejszych prawników wraz z tłumaczeniami przysięgłymi.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Do oferty Konsorcjum załączono pełnomocnictwo SB Granit S.A. – Skopje z dnia 06.02.2009 r. adresowane do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, udzielone przez Prezesa i Direktora (pisownia oryginalna) Spółki, p. Straso Milkovskiego, według którego p. Milkovski z danym upoważnieniami daje upoważnienie bez ograniczeń i całkowite pełnomocnictwo dla Marjan Lavczanski d.i.a. Kierownik Oddziału do niskiej budowy i hydro budowy Oddział przygotowawczy i marketingowy z prawem do reprezentowania, podpisywania i wykonywania za i w imieniu SB Granit S.A. Dokumentacji w związku z Przetargiem II na budowę autostrady A4 na odcinku Brzesko-Wierzchosławice, przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego.

W materiale dowodowym ocenianym w niniejszej sprawie znalazły się opinie prawne wraz z tłumaczeniami przedłożone przez odwołującego:

- Polanek Law Firm z dnia 15.12.2009 r. wraz z uzupełnieniem z dnia 13.01.2009 r.
- MENS LEGIS CAKMAKOVA Advocates z dnia 23.12.2009 r. wraz z uzupełnieniem z dnia 14.01.2009r ;

oraz przez przystępującego:

- opinia z dnia. 06.01.2009 r. p. Mite Mihajlovskiego – adwokata,
- opinia z dnia. 07.01.2009 r. p Johana Mitrinovskiego – adwokata,
- opinia a dnia 08.01 p. Sterjo Zikov – adwokata

oraz przedłożony przez przystępującego wyciąg z Ustawy o stosunkach zobowiązań, Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii nr 18 z 5 marca 2001 r.

Kompletnych aktów prawnych oraz jakichkolwiek orzeczeń macedońskich organów stosujących prawo uczestnicy postępowania nie przedstawili.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba przyjęła odwołanie do rozpoznania i stwierdziła, że nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt, iż wbrew supozycjom zamawiającego, odwołujący wniósł protest zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy, tj. w terminie liczonym od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż początek biegu terminu na oprotestowanie zaproszenie do składania ofert wykonawcy, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie powinien być rozpatrzony i wywierać skutków prawnych ze względu na jego podpisanie przez osobę nieupoważnioną, nie jest tożsamy z terminami na wnoszenie protestu dotyczącego wad w reprezentacji wykonawcy przy podpisywaniu oferty, czyli kwestionowania niezgodnego z prawem zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp. Przychylając się do twierdzenia, iż terminy na wnoszenie protestów warunkowane są przez wystąpienie danych okoliczności (art. 180 ust. 2 Pzp), a nie samego dokonanie czynności (zaniechań czynności), których protesty dotyczą, wskazać należy na konieczność każdorazowego właściwego ustalenia i nazwania „okoliczności stanowiących podstawę wniesienia” danego protestu. Dana czynność czy zaniechanie zamawiającego jest zawsze zdarzeniem warunkującym powstanie takich okoliczności, tzn. bez jej dokonania lub bezprawnego zaniechania okoliczności uzasadniające wniesienie protestu nie występują i wystąpić nie mogą, a tym samym związany z nimi początek biegu terminu na wniesienie protestu. W przedmiotowym przypadku okolicznościami stanowiącymi podstawę wniesienia protestu nie jest fakt posługiwania się przez wykonawcę niewłaściwym pełnomocnictwem czy występowanie wcześniejszych skutków prawnych związanych z jego przedłożeniem (zaproszenie do składania ofert pomimo niewłaściwie podpisanego wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym), ale jest taką okolicznością zaniechanie odrzucenia oferty podpisanej przez osoby nieuprawnione. Ewentualnie nieprawidłowe podpisanie wniosku i zaproszenie na jego podstawie do składania ofert jest odrębną okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odrębnego protestu niż nieprawidłowe podpisanie oferty i zaniechanie jej odrzucenia – nawet przez te same osoby, w ten sam sposób umocowane do reprezentowania wykonawcy, których umocowanie było jawne od chwili złożenia wniosku. O zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy pomimo (podnoszonego przez odwołującego) podpisania jej przez osoby nieuprawnione protestujący dowiedział się z chwilą otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty. Tym samym protest wykonawcy w tym zakresie należało uznać za wniesiony w terminie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż związana dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Tym samym poza zakresem orzekania pozostawiono zarzuty naruszenia art. 24 i 87 Pzp, jako nie podniesione w proteście.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska zamawiającego w przedmiocie konieczności pozostawienia poza zakresem orzekania kwestii związanych z zastosowaniem prawa macedońskiego do oceny prawidłowości pełnomocnictwa p. Lavczanskigo, z uwagi na brak tego typu zarzutu odniesionego do treści pełnomocnictwa. Według zamawiającego fakt, iż w proteście kwestionowano jedynie możliwość udzielania substytucji w oparciu o taką treść pełnomocnictwa jedynie na gruncie prawa polskiego ma przesądzać o braku zarzutów dotyczących braku prawa do udzielania substytucji na gruncie prawa macedońskiego.

Zamawiający w tym zakresie błędnie pojmuje i rekonstruuje pojęcie zarzutu używane m.in. w art. 180 ust. 7 i art. 191 ust. 3 Pzp. Zarzutem jest całokształt konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających twierdzenie nt. wadliwości danych czynności zamawiającego, a nie tylko wskazanie adekwatnych przepisów. Nawet brak lub błędne wskazanie podstawy prawnej zarzutu nie wyklucza jego oceny i rozpatrzenia.

Odwołujący wyraźnie w proteście kwestionował prawidłowość ciągu pełnomocnictw udzielonych w oparciu o tak sformułowane pełnomocnictwo p. Lavczanskigo, wskazując na brak tam zawartej możliwości substytucji. Powyższe wywodził i oceniał pierwotnie jedynie w odniesieniu do regulacji KC, jednakże po zapoznaniu się z argumentacją i stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w rozstrzygnięciu protestu, które legło u podstaw jego oddalenia, wskazał i podniósł, iż jego zarzuty zachowują aktualność również w świetle i odniesieniu do prawa macedońskiego. Powyższe traktować należy jako rozszerzenie argumentacji protestu, a nie sformułowanie i postawienie nowych, nieobjętych protestem zarzutów w stosunku do oferty wybranej i czynności zamawiającego.

Rozpatrując zarzut protestu związany z brakiem umocowania p. Lavczanskigo do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu swojego mocodawcy, Izba stwierdza, iż właściwym prawem według którego należy oceniać zakres umocowania pełnomocnika spółki Granit jest w tym przypadku prawo ojczyście mandanta, jak i mandatariusza, tj. prawo macedońskie. Wystawca pełnomocnictwo (spółka macedońskiego prawa handlowego), jak i pełnomocnik (obywatel Macedonii i pracownik spółki) podlegają temu prawu. Pełnomocnictwo zostało wystawione w miejscu gdzie znajduje się siedziba spółki (miasto Skopje) w obowiązującym w Macedonii języku urzędowym i dopiero przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego. Chociaż w ustawie Prawo prywatne

międzynarodowe brak jest bezpośrednich norm regulujących tego typu sytuację, tj. wskazujących jakie prawo należy w takiej sytuacji uznać za właściwe, nie ulega wątpliwości, iż prawem według, którego strony stosunku pełnomocnictwa będą oceniać jego znaczenie oraz np. dochodzić rachunku z prowadzonych spraw, będzie ich prawo ojczyście. Wykorzystując analogię można tu wskazać normę art. 9 § 3 Prawa prywatnego międzynarodowego, która stanowi, iż w przypadku gdy osoba prawna lub fizyczna dokonywa czynności prawnej w zakresie swego przedsiębiorstwa, jej zdolność podlega prawu państwa, w którym znajduje się siedziba tego przedsiębiorstwa.

Na gruncie doktryny polskiego Prawa prywatnego międzynarodowego stwierdzić można, iż prawo macedońskie jest w tym przypadku prawem się narzucającym. Ocena stosunku pełnomocnictwa łączącego dwóch obywateli Macedonii według obcego im porządku prawnego byłaby zaś *de facto* narzucaniem jego odmiennej treści i znaczenia prawnego, niż nadali mu w miejscu jego udzielenia wystawca i pełnomocnik.

Oceniając kwestię umocowania p. Lavczanskiego do ustanowienia pełnomocnikiem Konsorcjum, spółki NDI w świetle wskazanego jako właściwe prawa Macedonii Izba wzięła pod uwagę zasadę orzekania, iż prawo obce należy stosować jako prawo, a nie jako fakt i związany z tym postulat ustalenia jego treści i znaczenia. Jednakże w związku z obcym charakterem regulacji, Izba wskazuje również na ograniczoną możliwość zastosowania i realizacji zasady *iura novit curia*. Ponadto postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Natomiast art. 190 ust. 2 stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 KC Izba nie uznała za udowodnioną przez odwołującego tezę, iż w świetle prawa Republiki Macedonii p. Marjan Lavczanski nie był uprawniony do umocowania dalszych pełnomocników spółki Granit, którzy działaliby w jej imieniu i na jej rzecz, również jako pełnomocnicy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia solidarnie zobowiązani do jego realizacji.

Oceniając opinie prawne przedłożone przez odwołującego i przystępującego wskazać należy, iż one właściwie równorzędnymi stanowiskami, które jako takie stawiają twierdzenia i tezy wzajemnie sprzeczne i wykluczające się.

Zarówno odwołujący, jak i przystępujący czy zamawiający nie przedstawili treści całych macedońskich aktów prawnych kompleksowo regulujących dane zagadnienie, czy też nie przedstawili, ani nawet nie powołali się na jakiegokolwiek orzeczenia macedońskiego wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie. Poprzestali jedynie na przedłożeniu przeciwstawnych

oświadczeń prawników, którzy sami wynajęli i opłacili dla wydania opinii w ich sprawie. Nie przesądzając, że którykolwiek z prawników macedońskich przedstawił opinię niezgodną z zasadami etyki wykonywania zawodu obowiązującymi w Macedonii oraz przede wszystkim zgodną z normami prawnymi obowiązującymi w tym kraju, Izba wskazuje jedynie na niemożliwość ustalenia stopnia rzetelności poszczególnych opinii, w szczególności przy zastrzeżeniach, brakach i niejasnościach w ich treści, związanych również z nieprecyzyjnym tłumaczeniem poszczególnych przepisów (vide: tłumaczenie art. 78 punkt 1 ustawy o zobowiązaniach w pierwotnej opinii Polenak Law Firm, z którego wynika, iż przedstawiciel nie może przenieść swojego upoważnienia na inną osobę, jeżeli nie pozwala na to prawo lub inna osoba, gdy z dalszej części opinii wynika, iż zachodzi sytuacja odwrotna i teza przeciwna).

Również sama treść pełnomocnictwa i jego charakter, jest trudny do ustalenia na podstawie samej jego treści, która używając (w tłumaczeniu) sformułowań i związków frazeologicznych rzadko występujących w języku polskim, zwłaszcza prawniczym, pozostawia dużą dowolność interpretacyjną co do ustalenia czy jest to pełnomocnictwo ogólne czy szczególne. Zwłaszcza gdy sam odwołujący, jak wynika z treści odwołania czy załączanych doń opinii ma problemy z zajęciem jednoznacznego stanowiska w tej sprawie. W związku z powyższym przy jego interpretacji wypadało się oprzeć na wykładni, którą dokonał sam wystawca pełnomocnictwa, który jednoznacznie oświadczył, iż pełnomocnictwo to zawierało upoważnienie dla wystawiania dalszych pełnomocnictw, a wszelkie działania jej pełnomocnika uznaje za skuteczne i ważne oraz jest nimi związany.

Tym samym za niepotwierdzony uznano zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako podpisanej przez osobę, w opinii odwołującego, nieuprawnioną do działania w jego imieniu.

Na marginesie takiego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż nawet w przypadku podzielenia zarzutu odwołującego, co do wad umocowania pełnomocników wykonawcy, niemożliwe byłoby nakazanie postulowanego przez odwołującego odrzucenia oferty wybranej bez uprzedniego nakazania zamawiającemu wykonania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy.

Niezrozumiałe jest stanowisko odwołującego w przedmiocie ograniczenia obowiązku uzupełniania pełnomocnictw w przetargu ograniczonym jedynie do etapu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – ww. przepis takiego rozróżnienia nie czyni. Przeciwnie, norma tam zawarta wyraźnie obliguje do wezwania w każdej sytuacji gdy pełnomocnictwa nie przedłożono, albo pełnomocnictwo przedłożone jest wadliwe (mogą to być sytuacje zbyt wąskiego umocowania, przekroczenia uprawnień... etc..).

W świetle powyższego oraz dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp stwierdzić można, iż ustawodawca bezwzględnie wymaga aby dokumenty potwierdzające umocowanie do podpisania oferty znalazły się w dokumentacji postępowania i daje wykonawcom możliwość poprawienia błędów i przeoczeń w tym zakresie.

Z uwagi na materialnoprawny charakter pełnomocnictwa, nie może ono zawierać umocowania do działania dla pełnomocnika „wstecz”, tzn. upoważnić go do dokonania czynności przeszłych (tego typu konwalidacji służy wskazywana przez zamawiającego instytucja potwierdzania czynności *falsus procurator* przewidziana w art. 103 i 104 KC, której stosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego budzi jednak liczne kontrowersje). Tym samym konieczne staje się przedstawienie w ramach uzupełnienia oferty innego pełnomocnictwa opatrzonego datą sprzed czynności, do której pełnomocnictwo umocowywało. Oddzielnym problemem pozostaje praktyka wykonawców w tym zakresie, dopuszczających się często antydatowania uzupełnianych pełnomocnictw (nie tylko w celu uzyskania zamówienia, ale również w celu zapobieżenia utraty wadium). Nie posiadając stosownego pełnomocnictwa w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia sporządzają takowe i przedkładają jako obowiązujące w dacie, np. składania ofert. W takich sytuacjach trudno jednak założyć, iż takiego pełnomocnictwa wykonawca nie wystawił, a oferta w rzeczywistości podpisana została przez osobę nieuprawnioną. Fakt, czy też możliwość dysponowania i posługiwania się przez pełnomocnika kilkoma różnymi pełnomocnictwami jest jak najbardziej prawdopodobny, natomiast antydatowanie pełnomocnictwa w przypadku solidarnego działania wystawcy i odbiorcy jest w praktyce bardzo trudne do udowodnienia. W tym kontekście na zwykłych poszlakach oparte jest twierdzenie, iż przystępujący z pewnością nie dysponuje innym pełnomocnictwem, skoro go jeszcze nie przedstawił tylko potwierdzał swoją ofertę.

Reasumując, nie jest wykluczone, iż zamawiający w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, mógłby w przedmiotowym postępowaniu takie pełnomocnictwo uzyskać.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:

.....

.....