

WYROK
z dnia 11 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37 A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); „DROGBUD” Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., ul. 1-go Maja 42, 38-100 Strzyżów; Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o., Rudna Mała 17A, 36-060 Głogów Małopolski; Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów (adres do korespondencji: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. ślezańska 59** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Radko Sp. z o.o., ul. Krakowska 16, 32-641 Przeciszów (lider konsorcjum); Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa; Punj Lloyd Ltd., 17-18 Nehru Place, New Delhi 10019 Indie (adres do korespondencji: Radko Sp. z o.o., ul. Krakowska 16, 32-641 Przeciszów)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala **odwołanie**,

1

2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: **POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37 A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); „DROGBUD” Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., ul. 1-go Maja 42, 38-100 Strzyżów; Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o., Rudna Mała 17A, 36-060 Głogów Małopolski; Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów (adres do korespondencji: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów)** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37 A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); Budowy Dróg Sp. z o.o., „DROGBUD” Podkarpacki**

Holding

ul. 1-go Maja 42, 38-100 Strzyżów; Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o., Rudna Mała 17A, 36-060 Głogów Małopolski; Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów (adres do korespondencji: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów),

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez konsorcjum firm: **POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37 A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); „DROGBUD” Podkarpacki Holding**

Budowy Dróg Sp. z o.o., ul. 1-go Maja 42, 38-100 Strzyżów; Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o., Rudna Mała 17A, 36-060 Głogów Małopolski; Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów (adres do korespondencji: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów) na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Ślaska 59 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2

- 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 **konsorcjum firm: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37 A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); „DROGBUD” Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., ul. 1-go Maja 42, 38-100 Strzyżów; Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o., Rudna Mała 17A, 36-060 Głogów Małopolski; Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów (adres do korespondencji: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów).**

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę Autostrady A-4, odcinek węzeł Rzeszów Zachód – węzeł Rzeszów Centralny oraz drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Świlcza”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 2 maja 2009 r., nr 2009/S 84-120863.

W dniu 15 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: POLDIM S.A. z siedzibą w Tarnowie (lider konsorcjum), „DROGBUD” Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. z siedzibą w Strzyżowie, Podkarpackie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROGBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie małopolskim, Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. z siedzibą w Skoczowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty konsorcjum firm: Radko Sp. z o.o. z siedzibą w Przeciszowie (lider konsorcjum), Autostrada Wschodnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Punj Lloyd Ltd. z siedzibą w Indiach, zwanego dalej „konsorcjum Radko”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na nieuprawnione dokonanie określonych czynności oraz zaniechanie dokonania innych przez Zamawiającego, tj.:

1. zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Radko,

3

2. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Radko jako złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu oraz jako oferty nieważnej,
 3. bezprawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum Radko jako najkorzystniejszej,
 4. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- zaruszając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4, art. 45 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 k.c. oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonanie czynności wykluczenia konsorcjum Radko z postępowania,
3. dokonanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum Radko,
4. dokonanie ponownego badania ofert,
5. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in.,

iż:

- substytucyjny pełnomocnik firmy Punj Lloyd Ltd Pan Dinesh T. posiadał jedynie uprawnienie do przekazywania dalszych pełnomocnictw w zakresie określonym w pełnomocnictwie podstawowym (ogólnym) Pana V. K. K. Pełnomocnik substytucyjny Pan Dinesh T. nie posiadał uprawnień wykonawczych, a mógł być jedynie swoistego rodzaju przekaźnikiem pełnomocnictwa ogólnego w pełnym lub ograniczonym zakresie. Z treści pełnomocnictwa substytucyjnego wynika, iż Pan Dinesh T. nie posiada uprawnień do złożenia oferty, czy też podpisywania umów. W związku z tym, na gruncie prawa polskiego nie posiadał uprawnienia do udzielania upoważnienia firmie Radko Sp. z o.o. do podpisania i złożenia oferty w imieniu firmy Punj Lloyd Ltd i do podpisania umowy z Zamawiającym w imieniu firmy Punj Lloyd Ltd w przypadku wyboru oferty konsorcjum Radko jako najkorzystniejszej;
- konsorcjum Radko do swojej oferty załączyło wadliwy dokument, tj. „Gwarancję zapłaty wadium nr 28/2009”, podkreślając iż zawarte w niej postanowienia nie dają pewności zaspokojenia roszczeń Zamawiającego na wypadek wystąpienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż zawarta w treści gwarancji klauzula „Gwarancja wygasa całkowicie i automatycznie w przypadku: b) zwolnienia banku ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji przed upływem terminu ważności” otwiera drogę do wyłączenia odpowiedzialności gwaranta wynikającej z pozostałej treści gwarancji wadliwej jeszcze przed upływem terminu jej obowiązywania, wskazując iż zwolnienia ze wszystkich zobowiązań przed upływem terminu ważności może dokonać zarówno

4

Zamawiający, jak i lider konsorcjum Radko Sp. z o.o. jako zleceniodawca umowy gwarancyjnej.

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo konsorcjum Radko otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 28 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Radko przystąpiło do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma Odwołującemu.

Pismem z dnia 1 lutego 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie)

Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc:

- w zakresie pełnomocnictwa, iż Pan V.K.K. posiadający pełnomocnictwo ogólne powołuje Pana Dinesha T. na swojego faktycznego i prawnego pełnomocnika i w związku z tym nadaje mu ograniczone pełnomocnictwo do działania w imieniu spółki w zakresie udzielania pełnomocnictw dla wszelkich pracowników i innych osób w przedmiocie praw wymienionych w pkt 1-17 pełnomocnictwa Pana V.K.K. Z tego zaś pełnomocnictwa wynika, iż Pan V.K.K. ma prawo reprezentować spółkę w związku z działalnością gospodarczą, w tym jest podmiotem uprawnionym do reprezentowania ich w postępowaniu, a co oznacza, iż Pan Dinesh T. był podmiotem upoważnionym do udzielenia dalszego pełnomocnictwa do reprezentowania spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego osobie prawnej – spółce Radko,
- w zakresie prawidłowości gwarancji, iż nie zna treści umowy zlecenia zawartej pomiędzy zleceniodawcą a Bankiem i znać jej nie musi. Znaczenie ma dla niego prawidłowość wniesienia wadium, a więc zgodność udzielonej gwarancji z obowiązującymi przepisami prawa i w konsekwencji należyłym zabezpieczeniem interesu Zamawiającego, przy czym bez ingerencji w stosunki prawne podmiotów trzecich, wskazując na brak konieczności wskazywania każdorazowo beneficjenta jako strony uprawnionej do konkretnej czynności wynikającej z udzielonej gwarancji bankowej, w przypadku, kiedy z gwarancji w sposób jednoznaczny wynika, iż beneficjentem jest zamawiający.

Pismem z dnia 8 lutego 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia

protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 12 lutego 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 8 lutego 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 8 lutego 2010 r.), podtrzymując, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

W dniu 26 lutego 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Radko przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

5

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Nadto Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej za najkorzystniejszą, oraz faktu, iż oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Pozytywny wynik postępowania odwoławczego oznaczałby bowiem dla Odwołującego ponowne badanie i ocenę ofert, a tym samym szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący miał interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1, dotyczący nieprawidłowości udzielonego pełnomocnictwa, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Radko w załączeniu do oferty złożyło:

- pełnomocnictwo z dnia 23 listopada 2009 r. (s. 242-244 oferty), w którym Punj Lloyd Ltd., w imieniu której działał Pan Dinesh T., ustanowiła pełnomocnikiem spółki Punj Lloyd Ltd. Radko Sp. z o.o., wskazując „w szczególności (...)” do dokonania jakich czynności Radko Sp. z o.o. jest umocowana,
- pełnomocnictwo szczególne z dnia 22 września 2006 r. (s. 247-248 oferty),
- pełnomocnictwo ogólne z dnia 22 września 2006 r. (s. 253-256 oferty).

W pełnomocnictwie ogólnym z dnia 22 września 2006 r., na podstawie którego spółka Punj Lloyd Ltd. ustanowiła Pana V.K. K. swoim pełnomocnikiem, wskazano, że „(...) Spółka niniejszym ustanawia, nominuje i powołuje ww. Pana V.K. K. (...) na swojego faktycznego i prawnego pełnomocnika, nadając mu pełne ogólne prawa i uprawnienia do działania na rzecz i w imieniu Spółki, w szczególności do zarządzania Spółką i prowadzenia jej spraw.

6

Bez uszczerbku dla powyższego zapisu o pełnych ogólnych prawach i uprawnieniach, niektóre z praw, które Spółka zamierza nadać rzeczonemu Pełnomocnikowi, zostaną poniżej wymienione, a Pełnomocnik będzie mieć pełne ogólne prawa i uprawnienia do działania na rzecz i w imieniu Spółki, w tym: 1 (...) 17. Prawo do przenoszenia wszelkich, niektórych lub wszystkich praw/uprawnień, nadanych Pełnomocnikowi zgodnie z niniejszym dokumentem, na dowolnego pracownika Spółki lub na inną osobę („Wyznaczona Osoba”) oraz prawo do upoważniania takiej Wyznaczonej Osoby do dalszego przenoszenia wszelkich, niektórych lub wszystkich praw, nadanych Wyznaczonej Osobie, na dowolnego pracownika Spółki lub na inną osobę (Dalsza Wyznaczona Osoba”), wraz z upoważnieniem Wyznaczonej osoby do odwołania lub zawieszenia w dowolnym czasie prawa, przeniesionych na dalszą osobę wyznaczoną, PO WARUNKIEM, ŹE SPÓŁKA LUB PEŁNOMOCNIK ZAWSZE będzie miał prawo do odwołania (...) co należy zawrzeć w każdym dokumencie przeniesienia praw (...).”

W niniejszym stanie faktycznym zakres przedmiotowego pełnomocnictwa nie jest kwestionowany. Pan V.K. K., co jest bezspornym, jest podmiotem uprawnionym do reprezentowania spółki Punj Lloyd Ltd. w związku z prowadzoną przez spółkę działalnością gospodarczą, w tym do „składania oświadczeń (...), realizowania ofert przetargowych, zamówień, kontraktów, umów (...)”, a więc także ma prawo do reprezentowania spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak to właśnie treść przedmiotowego pełnomocnictwa determinuje prawidłowość pełnomocnictwa szczególnego udzielonego w dniu 22 września 2006 r. przez Pana V.K. K. Panu Dinesh T. Z treści „pełnomocnictwa szczególnego” wynika bowiem, iż „Spółka za pośrednictwem swojego ustanowionego Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego Pana V.K. K. niniejszym ustanawia, nominuje i powołuje ww. Pana Dinesha T. (...) na swojego faktycznego i prawnego pełnomocnika, nadając mu Ograniczone Pełnomocnictwo do działania na rzecz i w imieniu Spółki w następującym zakresie: Prawo do podpisywania i sporządzania pełnomocnictw dla wszelkich pracowników Spółki lub innych osób mających zastępować Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego, do działania na rzecz i w imieniu Spółki lub na rzecz i w imieniu Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego w zakresie wszelkich, niektórych lub wszystkich praw, wymienionych w punktach od 1 do 17 Pełnomocnictwa Ogólnego z dnia 22 września 2006 roku, sporządzonego dla Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego (...).”

Niewątpliwym więc jest, co bezspornie wynika z treści przywołanego wyżej pełnomocnictwa szczególnego, iż spółka, działająca poprzez Pana V.K. K. powołała Pana Dinesh T. „na swojego faktycznego i prawnego pełnomocnika”, a także, iż nadała mu ograniczone prawo do działania w imieniu spółki w określonym zakresie (udzielania pełnomocnictw dla wszelkich pracowników i innych osób), przy czym powyższe miało następować w zakresie praw wymienionych w punktach od 1 do 17. Tak więc Pan Dinesh T. był umocowany do udzielenia pełnomocnictwa także „innej osobie”, a więc również

7

podmiotowi pochodzącemu spoza grona „pracowników spółki”. Pojęcie „innej osoby” – zdaniem Izby - należałoby odnieść do osoby prawnej lub fizycznej (nie będącej pracownikiem spółki), a więc, w tym przypadku do Radko Sp. z o.o. Skoro więc Pan Dinesh T. był umocowany do udzielania pełnomocnictw w imieniu spółki, mógł w jej imieniu udzielić pełnomocnictwa Radko Sp. z o.o. Niezależnie od prawa do udzielania pełnomocnictw Pan Dinesh T. miał prawo umocowania tej „innej osoby”, działając w imieniu Punj Lloyd Ltd., w zakresie wynikającym z punktów od 1 do 17 pełnomocnictwa Pana V.K. K.

Argument Odwołującego jakoby sformułowanie „mających zastępować posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego” wskazuje na to, iż pełnomocnictwo Pana Dinesh T. obejmuje jedynie uprawnienie do udzielania i odwoływania pełnomocnictw nie może się ostać. Interpretacji pełnomocnictwa należy bowiem dokonywać w oparciu o pełną jego treść, a nie w oparciu jedno wyrwane z kontekstu zdanie. Z analizy treści tego pełnomocnictwa wynika, jak już wyżej podkreślono, iż Pan Dinesh T. ma prawo do udzielania i odwoływania pełnomocnictw, jak również prawo do działania w imieniu spółki (przenoszenia poprzez tak udzielone pełnomocnictwo określonych praw). Ustanowienie pełnomocnictwa bez możliwości przeniesienia określonych praw (z zakresu wskazanego w pełnomocnictwie) pozbawione byłoby racji bytu. Pełnomocnik musi bowiem wiedzieć do jakich czynności, wskazanych chociażby ogólnie jest umocowany. Z treści pełnomocnictwa Pana Dinesh T. bezspornie wynika jakie prawa może on przenieść na tę „inną osobę”. Skoro może przenieść prawa w zakresie punktów od 1 do 17, wyspecyfikowanych w pełnomocnictwie Pana V.K. K., pełnomocnictwo udzielone przez niego Radko Sp. z o.o. jest prawidłowe.

Natomiast brak wskazania w pełnomocnictwie udzielonym Radko Sp. z o.o. przez Pana Dinesh T., działającego w imieniu spółki Punj Lloyd Ltd., prawa do odwołania lub zawieszenia takiego pełnomocnictwa - jak słusznie podniósł Zamawiający – nie stanowi okoliczności świadczącej o jego nieprawidłowości. Mocodawca, zgodnie z przepisami k.c., ma bowiem prawo do odwołania pełnomocnictwa w każdym momencie trwania tego stosunku prawnego, a jego dopuszczalność nie zależy od zaistnienia jakichkolwiek przyczyn. Dla odwołania pełnomocnictwa przepisy k.c. nie wymagają formy szczególnej, a więc może ono być złożone w formie dowolnej, chyba że przepis szczególny lub umowa dla odwołania pełnomocnictwa wymagają zachowania pod rygorem nieważności formy szczególnej. W treści pełnomocnictwa udzielonego Panu V.K. K. w punkcie 17 zawarto jedynie klauzulę umożliwiającą jego odwołanie, jednocześnie dla tej czynności nie zastrzegając zachowania

określonej formy pod rygorem nieważności.

Tym samym nie można uznać, iż brak wskazanej klauzuli przesądza o nieprawidłowości udzielonego pełnomocnictwa.

8

Zarzut 2, dotyczący nieprawidłowości w treści gwarancji bankowej, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Radko w załączeniu do oferty złożyło „Gwarancję zapłaty wadium nr 28/2009” (s. 237-239 oferty), w treści której znajduje się m.in. zapis „gwarancja wygasa całkowicie i automatycznie w przypadku (...) c) zwolnienia Banku ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji przed upływem terminu jej ważności”, kwestionowany następnie przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż gwarancja bankowa funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako zabezpieczenie wiarytelności, a jej wystawienie związane jest z zawarciem lub zamiarem zawarcia umowy pomiędzy zleceniodawcą wystawienia gwarancji, w tym przypadku konsorcjum Radko i uprawnionym z gwarancji (beneficjentem), w tym przypadku z Zamawiającym. To beneficjent określa istotne postanowienia gwarancji, która ma być wystawiona. Natomiast zleceniodawca wystawienia gwarancji zawiera umowę z bankiem, który zobowiązuje się do wystawienia gwarancji o treści odpowiadającej wymaganiom beneficjenta, a zleceniodawca zobowiązuje się zwrócić sumę gwarancyjną w razie jej zapłacenia przez bank. Oznacza to, iż umowa zlecenia wystawienia gwarancji jest równoznaczna w sensie ekonomicznym z udzieleniem zleceniodawcy kredytu.

Tak więc – jak słusznie podniósł Zamawiający – w takiej sytuacji powstaje charakterystyczny układ trzech wzajemnie ze sobą powiązanych stosunków prawnych, tj. stosunek prawny pomiędzy zleceniodawcą a beneficjentem określany mianem stosunku podstawowego, stosunek pomiędzy zleceniodawcą a bankiem - mianem stosunku zlecenia wystawienia, czy też udzielenia gwarancji oraz stosunek pomiędzy bankiem a beneficjentem określany mianem stosunku prawnego gwarancji bankowej. Istotnym dla przedmiotowego stanu faktycznego, a więc okolicznością pozostającą i mogącą pozostawać w sferze zainteresowań Zamawiającego jako beneficjenta gwarancji, jest jedynie gwarancja bankowa, a więc stosunek prawny powstały pomiędzy bankiem a Zamawiającym będącym jej beneficjentem. Zamawiający nie może bowiem ingerować w relacje zleceniodawcy wystawienia gwarancji a banku będącego jego wystawcą. Zamawiający (beneficjent) otrzymuje bowiem gwarancję (na skutek wniesienia wadium w tej właśnie postaci) w ściśle określonym celu, celu zabezpieczenia jego interesów w przypadku wystąpienia okoliczności enumeratywnie wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja bankowa – zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 21 listopada 1997 r., Nr 140, poz. 939 z późn. zm.) stanowi bowiem zobowiązanie do zapłaty sumy pieniężnej w razie spełnienia określonych warunków zapłaty. Treść przedmiotowej gwarancji determinowana jest więc treścią obowiązujących w tym zakresie przepisów, a przede wszystkim przepisów ustawy Pzp, dotyczących wadium.

9

Niewątpliwym jest, iż w treści kwestionowanej gwarancji, w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości, jako jej beneficjenta wskazano Zamawiającego, a więc „Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie”, na którego to pierwsze i pisemne żądanie bank (gwarant) zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić beneficjentowi kwotę w wysokości wskazanej w gwarancji. W treści przedmiotowej gwarancji wskazano także okoliczności, na skutek zaistnienia których gwarancja wygasa całkowicie i automatycznie. W ocenie Izby są to okoliczności odnoszące się wyłącznie do stosunku prawnego łączącego bank (gwaranta) z Zamawiającym (beneficjentem gwarancji). Nie można bowiem kwestionowanego przez Odwołującego punktu „c)” dotyczącego wygaśnięcia gwarancji odczytywać oddzielnie, a więc w oderwaniu od treści nie tylko całej gwarancji, ale i wszystkich okoliczności (punktów „a” do „d”) wskazanych jako skutkujących jej wygaśnięciem. Okoliczności te mogą być bowiem jedynie następstwem określonych działań Zamawiającego (beneficjenta gwarancji). Tak więc „zwolnienie Banku ze wszystkich

zobowiązań przewidzianych w gwarancji przed upływem terminu jej ważności” może nastąpić wyłącznie w wyniku działania Zamawiającego (beneficjenta gwarancji). Niemożliwym jest bowiem, a co wynika nie tylko z treści przedmiotowej gwarancji, ale i jej istoty, w tym stosunku prawnego łączącego Bank (gwaranta) z Zamawiającym (beneficjentem) ingerowanie w wynikające z niej zobowiązanie, oczywiście w okresie jej ważności, przez osobę trzecią (zlecniodawcę gwarancji – konsorcjum Radko). Czynności w niej wyspecyfikowanych, związanych z jej wygaśnięciem, w tym zwolnienia z ciążących na banku zobowiązań może dokonać jedynie jej beneficjent (Zamawiający). Niemożliwym jest więc dokonanie ich przez zlecniodawcę gwarancji. Twierdzenia Odwołującego jakoby kwestionowany zapis był otwarty, co rodzi wątpliwości interpretacyjne są zatem nieuzasadnione.

Skoro bowiem gwarancja bankowa jest umową zawieraną pomiędzy bankiem (gwarantem) a uprawnionym z gwarancji (beneficjentem) to wystąpienie określonych w niej okoliczności skutkujących wygaśnięciem gwarancji jest związane z czynnościami podjętymi wyłącznie przez beneficjenta gwarancji, gdyż – jak słusznie podniósł Przystępujący – „zwolnienie z długu i wygaśnięcie zobowiązania jest wyłącznie możliwe, gdy dokonuje tego wierzyciel” (art. 508 k.c.).

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego nieprawidłowego umocowania Radko Sp. z o.o. do działania w imieniu konsorcjum, gdyż zarzut ten nie został podniesiony na etapie protestu, a Izba - zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. W proteście Odwołujący jedynie kwestionował zakres umocowania Pana Dinesh T., działającego w imieniu Punj Lloyd Ltd. Tak więc brak

10

umocowania do działania, nie tylko w imieniu Punj Lloyd Ltd., ale i Autostrada Wschodnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie może być potraktowany jako nowy argument, gdyż w istocie stanowi nowy wcześniej nie podnoszony zarzut.

Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114), gdyż nie jest organem uprawnionym do orzekania w tym zakresie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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**.

11

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

12