

Sygn. akt: KIO 2805/10

KIO 2810/10

WYROK
z dnia 11 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2011 roku w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2011 roku do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o., 43 – 100 Tychy, Ul. Murarska 20 w dniu 30 grudnia 2010 r. (KIO/ 2805/10)

B. Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41 – 800 Zabrze, ul.3 Maja 89 w dniu 30 grudnia 2010 r. (KIO/ 2810/10)

od czynności zamawiającego, którym jest **Kompania Węglowa S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30.**

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o., 43 – 100 Tychy, Ul. Murarska 20 oraz Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41 – 800 Zabrze, ul.3 Maja 89 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez Odwołujących, w tym:

A. koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o., 43 – 100 Tychy, Ul. Murarska 20

B. koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41 – 800 Zabrze, ul.3 Maja 89;

2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Odwołującego - JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o., 43 – 100 Tychy, Ul. Murarska 20 na rzecz Zamawiającego - Kompania Węglowa S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym,

B. kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Odwołującego - Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41 – 800 Zabrze, ul.3 Maja 89 na rzecz Zamawiającego - Kompania Węglowa S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2805/10

Sygn. akt KIO 2810/10

UZASADNIENIE

Zamawiający, Kompania Węglowa S.A., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę kombajnu ścianowego w okresie eksploatacji ściany nr 562 i ściany 563 w pokładzie 325 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK Bolesław - Śmiały.

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

W dniu 21.12.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o. (zwana dalej „Joy”) oraz Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. (dalej „ZMZ S.A.”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zatrzymaniu wadium ww. wykonawców na podstawie art. 46 ust. 4a oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Podstawą faktyczną ww. czynności zamawiającego było nie uzupełnienie na jego wezwanie, przez obu wykonawców, stosownych, tj. aktualnych na dzień składania ofert, zaświadczeń z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzających, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne.

W dniu 30.12.2010 r. Joy wniosła odwołanie (oznaczone w obiegu akt Izby sygnaturą KIO 2810/10) wobec zaniechania, niezwłocznie po unieważnieniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zwrotu wadium wniesionego przez wykonawcę oraz wobec bezpodstawnego zatrzymanie tego wadium, zarzucając przy tym zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 4a ustawy.

Odwołujący wnioskował o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności zatrzymania wadium oraz nakazanie zwrotu wadium wniesionego przez JOY wraz z odsetkami.

W uzasadnieniu odwołania Joy wyjaśniła, iż na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, pismem z dnia 24 listopada 2010 r. została wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu

określonego w pkt. XI ust. 6 SIWZ, tj. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 26.11.2010 r. Joy przedstawiła zamawiającemu zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek. Zamawiający uznał jednak, że JOY nie potwierdziła, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i na tej podstawie w dniu 21.12.2010 r. podjął decyzję o wykluczeniu Spółki z postępowania, zatrzymaniu złożonego przez nią wadium wraz z odsetkami, a także unieważnieniu postępowania przetargowego.

Odwołujący nie kwestionuje faktu istnienia przesłanek do jego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Wskazuje jednakże, że całkowicie natomiast bezpodstawne jest zatrzymanie przezeń wadium. Według odwołującego nieprawdziwe jest także twierdzenie, że nie przedstawił on aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek. Spółka przedłożyła bowiem takie zaświadczenie, jednak zostało ono wystawione po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z

wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Obowiązek zwrotu wadium przez zamawiającego, stosownie do treści art. 46 ust. 4a PZP, nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, nie składa tych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. W takim przypadku zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, chyba że wykonawca udowodni, że niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Z art. 46 ust. 4a Pzp wynika zatem, że zamawiający może zatrzymać wadium wyłącznie wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie zareaguje na jego wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli wykonawca przedłoży dokumenty, ale będą one zawierały błędy, to dyspozycja art. 46 ust. 4a PZP nie znajdzie zastosowania - zamawiający będzie zatem zobowiązany zwrócić wadium wykonawcy. Powyższe zostało potwierdzone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych”, opublikowanej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl. Wskazano w niej m.in., że z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy PZP mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów

(oświadczeń, pełnomocnictw). Art. 46 ust. 4a PZP należy zatem interpretować literalnie. W przepisie tym bowiem mowa jest wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Przepis ten nie wspomina o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami w razie złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw zawierających błędy.

Powyższe potwierdza również bogate w tym zakresie orzecznictwo KIO, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zamawiający nie jest uprawniony do zatrzymania wadium, gdy wykonawca przedłoży w następstwie skierowanego do niego wezwania dokumenty zawierające błędy. Tytułem przykładu można tu wskazać:

- wyrok KIO z 31 marca 2010 r.. sygn. akt KIO/UZP 309/10: *Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle (uwzględniając obiektywne udowodnione przyczyny nie leżące po stronie wykonawcy) nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, że taki dokument może - w ocenie zamawiającego - nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych;*
- wyrok KIO z 14 lipca 2010 r.. sygn. akt KIO/UZP 1311/10: KIO/UZP 1312/10: KIO/UZP 1313/10: *Zamawiający nie ma prawa zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu. Utratą wadium sankcjonowana jest wyłącznie bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.;*
- wyrok KIO z 26 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1749 /09: *Przepis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcją wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Ten charakter omawianej normy prawnej nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje zatem ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych;*
- wyrok KIO z 21 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 590/09: *Literalne brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącza prawo zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku złożenia dokumentu wynikającego z art. 25 ust. 1 ustawy na wezwanie zamawiającego, pomimo iż może on nie potwierdzać spełniania*

warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma prawo zatrzymać wadium jedynie w przypadku nie złożenia dokumentu na wezwanie zamawiającego;

- wyrok KIO z 27 kwietnia 2009 r.. sygn. akt KIO/UZP 488/09: *Nie można rozszerzająco*

uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument zawierający błąd. W przypadku złożenia błędnego dokumentu na wezwanie do uzupełnienia wykonawca (choć nieskutecznie) wykazuje wolę kontynuowania swego udziału w postępowaniu i zamiar zawarcia umowy i dlatego nie powinien być podwójnie karany z jednej strony wykluczeniem z postępowania, a z drugiej zatrzymaniem wadium. Dopiero zaniechanie złożenia dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw mimo wezwania wskazuje na wolę wycofania się z postępowania, już po upływie terminu składania ofert, a więc w sytuacji, kiedy zamawiający ma prawo oczekiwać, że dojdzie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Takie zachowanie wykonawcy jest naganne i sprzeczne z celem postępowania o zamówienie publiczne i uzasadnia nałożenie dodatkowej sankcji zatrzymania wadium.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym, JOY zastosowała się do skierowanego do niej wezwania zamawiającego i przedstawiła wymagane zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek. Fakt, że zaświadczenie zostało opatrzone nieprawidłową datą, nie może wpływać na zatrzymanie wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a, gdyż nie spełnione zostały wynikające z tego przepisu przesłanki.

W dniu 30.12.2010 r. ZZM S.A. wniosła odwołanie (oznaczone w obiegu akt Izby sygnaturą KIO 2810/10) od czynności zatrzymania wniesionego przez nią wadium, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp, wnosząc o nakazanie zamawiającemu zwrotu bezprawnie zatrzymanego wadium.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w treści siwz zamawiający określił warunki ubiegania się o zamówienie, m.in. zgodnie z pkt XI.6 siwz wymagano złożenia zaświadczenia właściwego oddziału ZUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 02.11.2010 r. Odwołujący składając ofertę błędnie załączył do niej zaświadczenie z Oddziału ZUS w Zabrze wystawione w dniu 25.06.2010 r. Zamawiający pismem z dnia 24.11.2010 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o prawidłowe zaświadczenie z ZUS. W odpowiedzi na ww. wezwanie, odwołujący omyłkowo złożył zaświadczenie wystawione w dniu 18.11.2010 r.

W ocenie odwołującego zatrzymanie wadium wadium w takim stanie faktycznym jest bezzasadne. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający nie wystąpił do odwołującego przed zatrzymaniem wadium o wyjaśnienie przyczyn złożenia błędnego zaświadczenia z oddziału ZUS wystawionego po terminie składania ofert, co jest obowiązkiem zamawiającego – jak wskazuje przepis art. 46 ust. 4a Pzp zatrzymanie wadium jest możliwe tylko w wypadku nieudowodnienia, że nie złożenie dokumentu wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Ponadto zamawiający nie był w ogóle uprawniony do zatrzymania wadium, skoro odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił dokument, który jednak nie potwierdzał spełniania warunków ubiegania się o zamówienie. Zatrzymanie wadium w trybie art. 46 ust. 4a Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów. W sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił dokument, lecz uzupełniony dokument w dalszym ciągu nie potwierdza spełniania warunku np. ubiegania się o zamówienie, zamawiający jest uprawniony jedynie do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, jednak bez prawa do zatrzymywania wadium w trybie art. 46 ust. 4a Pzp. Na poparcie tego typu interpretacji ZZM S.A. powołała szereg wyroków Izby powoływanych już w referowanym uprzednio odwołaniu KIO 1805/10, a także wskazała na wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08, w którym Izba stwierdziła, iż „w art. 46 ust. 4a p.z.p. chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także o brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a p.z.p. doprowadziłoby bowiem do sytuacji

tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami", Interpretacja ta znalazła także potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 9 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 220/09), a także w piśmiennictwie tak m.in. Justyna Olszewska w komentarzu problemowym „Praktyczne aspekty zatrzymania wadium przez zamawiającego” (publ. Lex 104612).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie są sporne. Przywoływane w zawiadomieniu o wyniku przetargu i w odwołaniach okoliczności faktyczne dotyczące dokumentów złożonych przez odwołujących wraz z ich ofertami oraz uzupełnianych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, które zostały zreferowane powyżej, odpowiadają rzeczywistemu stanowi faktycznemu sprawy.

Termin otwarcia ofert w postępowaniu przypadł na dzień 02.11.2010 r.

Do zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o. - cena 5 398 500 zł

Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. - cena 5 369 708 zł.

Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. - cena 5 744 004 zł

Obaj odwołujący nie załączyli do swoich ofert aktualnych, tj. wystawionych nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert, zaświadczeń z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wymaganych w pkt XI.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez zamawiającego do ich uzupełnienia odwołujący przedłożyli: Joy zaświadczenie ZUS z dnia 23.11.2010 r. i ZZM S.A. zaświadczenie ZUS z dnia 18.11.2010 r.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba zaznacza, iż nie rozstrzygała kwestii ewentualnej zmowy cenowej obu odwołujących z trzecim wykonawcą składającym swoją ofertę w niniejszym postępowaniu – zamawiający nie odrzucił ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z tego typu

czynem nieuczciwej konkurencji. Tym samym tego typu podstawa odrzucenia nie była przedmiotem zarzutów w niniejszych odwołań oraz nie jest objęta zakresem orzekania Izby (art. 192 ust. 7 Pzp).

Zamawiający w sposób adekwatny do art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 Pzp oraz § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), wymagał w siwz przedłożenia stosownych zaświadczeń potwierdzających brak w zaległościach ubezpieczeniowych wystawionych nie wcześniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert. Niespornym pozostaje fakt, iż zaświadczeń tego typu (wystawionych w ww. terminie) Joy i ZZM S.A. nie przedłożyli, tym samym zamawiający prawidłowo wezwał odwołujących do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożą takie oświadczenia i dokumenty, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

W zdaniu drugim powołanego przepisu wymaga się aby złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Tymczasem obaj ww. wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego uzupełnili zaświadczenia z właściwych oddziałów ZUS wystawione już po dacie składania ofert, z których treści nie wynikały informacje pozwalające przesądzić, iż wykonawcy spełniali warunki udziału w postępowaniu (nie podlegali wykluczeniu z postępowania w związku z zaleganiem w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne) na dzień składania ofert.

Stosownie do dyspozycji art. 46 ust. 4a 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.

Skład orzekający lbz stoi na stanowisku, iż w świetle ww. regulacji ustawowych, nie sposób w oderwaniu od stanu faktycznego i specyficznych okoliczności konkretnej sprawy, doktrynalnie przesądzić o sposobie zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp oraz generalnie określić sposób czy zakres stosownych uzupełnień (ich wad), które warunkują zatrzymanie wadium wniesionego przez wezwanego wykonawcę. Ocenę danego przypadku należy przeprowadzić z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, a także mając na uwadze zapewnienie

realizacji celu regulacji dotyczących zatrzymywania wadium w przypadku opisanym w art. 46 ust. 4a Pzp, który najogólniej można określić jako dyscyplinowanie wykonawców do odpowiedzialnej i uczciwej partycypacji w przetargach publicznych, a także jednoczesną ochronę wykonawców w dobrej wierze składających swoje oferty przed niejasnymi postanowieniami siwz i nadmiernym „fiskalizmem” zamawiających w tym zakresie. Na gruncie abstrakcyjnej i oderwanej od rzeczywistości danej sprawy interpretacji przepisu trudno jest określić jakiego typu dokumenty należy uznać za uzupełnione/nieuzupełnione w sposób odpowiadający hipotezie art. 46 ust. 4a ustawy. Należy w szczególności unikać popadania w obustronne skrajności przekreślające sens i cel przepisu – np. z jednej strony przyjmowanie, iż formalnie przeprowadzone, uzupełnienie jakichkolwiek dokumentów przesądza o niemożliwości zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu (a *contrario*: tylko „fizyczny” brak uzupełnienia uprawnia do zatrzymania wadium), a z drugiej strony przyjęcie stanowiska, że tylko w pełni odpowiadające, w tym również materialnym, wymaganiom zamawiającego w przedmiocie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, uzupełnienie dokumentów zapobiega zatrzymaniu wadium. Zwłaszcza generalna kategoria „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, które mogą przesądzić o braku zatrzymania wadium, pozwala na znaczny margines ocennej przy określeniu zastosowania przepisu, czyli przeprowadzenia subsumpcji rzeczywistości do zrekonstruowanej normy prawnej. Ocena konkretnych okoliczności sprawy warunkowała więc będzie np. uznanie wystąpienia przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy uniemożliwiających uzupełnienie dokumentów w pełni odpowiadających wymaganiom zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, lbz potwierdza, że przeprowadzone przez zamawiającego zatrzymanie wadium wniesionych przez odwołujących było w pełni uzasadnione w okolicznościach faktycznych danej sprawy, tj. odpowiadało hipotezie oraz dyspozycji ww. przepisu.

Wymagane w siwz oraz żądane w ramach uzupełnienia dokumenty były standardowymi dokumentami od lat masowo żądanymi i przedkładanymi w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zaświadczenia wystawiane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie są dokumentami szczególnie skomplikowanymi, których zakres i znaczenie może prowadzić do kontrowersji w przedmiocie oceny okoliczności, do których się odnoszą. Powoływane wyżej przepisy określają również wymagane daty ich wystawienia. Dla odwołujących, profesjonalnych podmiotów gospodarczych aktywnie partycypujących w rynku zamówień publicznych nie mogło stanowić żadnej trudności ich odpowiednie pozyskanie i przedłożenie zamawiającemu. Ponadto za udowodnioną i przyznaną lbz uznała okoliczność przedstawioną przez zamawiającego, iż obaj odwołujący dysponowali i posługiwali się zaświadczeniami wystawionymi na datę składania ofert i nie wcześniej niż na trzy miesiące przed tą datą, których jednakże nie przedłożyli w ramach niniejszego postępowania: Joy z

dnia 27.08.2010 oraz ZZM S.A. z dnia 02.11.2010 (na podstawie okazanych ofert składanych w innych postępowaniach)

Z łatwością więc obaj odwołujący mogli przedstawić zamawiającemu w ramach uzupełnienia stosowne, a więc wymagane przez zamawiającego w kształcie określonym postanowieniami siwz i przepisami prawa, zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Ewidentnie więc nie uzupełnili dokumentów, których przedłożenie w sposób prawidłowy było możliwe. Nie sposób więc przypisać zastanej sytuacji jakichkolwiek okoliczności uniemożliwiających czy utrudniających wykonawcom pełne zastosowanie się do żądań zamawiającego, a więc okoliczności nieleżących po stronie wykonawcy. W najlepszym wypadku odwołujący nie uzupełnili prawidłowych dokumentów na skutek rażącego niedbalstwa, w najgorszym działając świadomie z motywem zмовy cenowej prowadzącej do wyboru w postępowaniu oferty najdroższej.

Odnosnie zarzucanego naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy, Izba na marginesie wskazuje, iż jakkolwiek zatrzymanie wadium, co znajduje potwierdzenie w przywoływanym w odwołaniach postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 07.05.2010 r. sygn. akt. V CSK 456/09, należy uznać za czynność w postępowania, to co do zasady czynność taka, sama w sobie, nie będzie miała wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty (art. 192 ust. 2 Pzp).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....