

**Sygn. akt KIO/1990/10**

**WYROK**

**z dnia 27 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **24 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ARCADIS Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** od czynności zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9.**

przy udziale konsorcjum firm: **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182, Egis Router – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, 02-670, ul. Puławska 182 w imieniu Egis Router – Scetauroute S.A., 11, avenue du Centre Saint-Quentin-Yvelines, 78 286 Guyancourt Cedet, Francja** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty i**

**zatrzymania wadium oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego**

**2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ARCADIS Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9** na rzecz **ARCADIS Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie składu:**

.....

.....

### **UZASADNIENIE**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Roosvelta 9 90-056 w Łodzi zwany dalej zamawiającym, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie dokumentacji projektowej dla potrzeb uzyskania decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach dla drogi ekspresowej S12 na odcinku Piotrków Tryb. (AI) - Opoczno (gr. woj. mazowieckiego) oraz drogi ekspresowej S74 na odcinku Sulejów (S12) - gr. woj. Świętokrzyskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 115:174288 w dniu 16/06/2010. W postępowaniu zostało złożonych 11 ofert. Kryterium oceny ofert była - cena – 100%.

W dniu 13 września zamawiający dokonał rostrzygnięcia przedmiotowego przetargu o czym poinformował drogą faksową wykonawców. Od decyzji zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wpływ w dniu wniósł Arcadis sp. z o.o. ul. Puławska 182 02-670 Warszawa, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a i art. 91 ust. 1, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawowymi zarzutami jest bezprawne zdaniem odwołującego wykluczenie go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w oparciu o przepis art. 24 ust.4 ustawy pzp.oraz zatrzymanie wadium w wysokości 160 tysięcy złotych.

Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert..

W oparciu o informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, otrzymanej przez odwołującego w dniu 13 września 2010 r. odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazano, że: *„Zamawiający, pismem z dnia 11.08.2010 r., wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału kadrowego.”*

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienie wyczerpujące wątpliwość zamawiającego. Wyjaśnienie to zostało złożone w formie zdaniem odwołującego - akceptowalnej przez zamawiającego, tj. w formie faksu (taka forma została przewidziana w wezwaniu z 11 sierpnia b.r.). Ponadto, w punkcie 17.1. SIWZ Zamawiający wprowadził regulację także dopuszczającą faks, jako formę porozumiewania się z wykonawcami. Ponadto odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - nie musiał dokonywać uzupełnienia dokumentów (tj. składać nowej tabeli pt. *Potencjał kadrowy*), ponieważ złożył taki dokument wraz z ofertą. Ponadto, dokument ten nie był wadliwy; zawierał wymagane informacje o 10 osobach przewidzianych na stanowiska określone przez zamawiającego wraz z informacją o ich kwalifikacjach zawodowych, wykształceniu, doświadczeniu i zakresie powierzonych im czynności (zgodnie z wymogiem pkt. 7.2.3 SIWZ. Podniósł, że kolumna numer 3 w ww. tabeli z oferty zawierała treść dotyczącą czasookresu zdobycia doświadczenia przez osoby wymienione w wezwaniu, a nadto w załączniku oferty była informacja że w tym czasookresie wymienione w kolumnie numer 5 zadania były wykonane w okresie wymaganym przez zamawiającego.

Wskazał, że wszystkie zatem informacje niezbędne do dokonania oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem kadrowym przez Odwołującego znajdowały się w dokumencie złożonym wraz z ofertą. Zarówno treść, jak i forma przedmiotowego dokumentu były zgodne z SIWZ. Także treść i forma udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień czyniła zadość wymaganiom SIWZ i ustawy Pzp. Złożone wyjaśnienia służyły usunięciu wątpliwości, które Zamawiający powziął, pomimo klarownej treści dokumentu zawierającego wykaz osób. Osoby, które zostały przez Odwołującego przedstawione w tabeli dotyczącej potencjału kadrowego (p. Tomasz B i p. Waldemar P) spełniały każde z wymagań postawionych przez Zamawiającego i nie było potrzeby zastępowania tych osób przez inne, nie było też potrzeby uzupełniania posiadanego przez te osoby doświadczenia o dodatkowe zadania. Złożona wraz z ofertą tabela pt. *Potencjał kadrowy* nie była wadliwa. Powyższe zdaniem odwołującego dowodzi, iż nie zaistniała konieczność uzupełnienia dokumentu pt. *Potencjał kadrowy*, a złożenie wyjaśnień dotyczących tegoż dokumentu rozwiewało wszelkie ewentualne wątpliwości. Dodatkowo, z treści wezwania Zamawiającego wynika, iż dopuścił on możliwość udzielenia odpowiedzi na swoje wezwanie w formie wyjaśnienia.

Odnośnie zatrzymania wadium odwołujący uznał to za niedopuszczalną czynność odwołującego, gdyż złożona oferta była prawidłowa, nie zawierała braków, nie podlegała odrzuceniu w oparciu o przepis art.89 ustawy, a jej odrzucenie było tylko skutkiem wykluczenia wykonawcy. Uznać należy, iż Zamawiający nadinterpretował swoje uprawnienia w sposób, który powoduje naruszenie uczciwej konkurencji wśród wykonawców i odstrasza od udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto

Wskazał, że zamawiający w sposób dwuznaczny sformułował swoje wezwanie z dnia 11 sierpnia 2010 r. i nie powinien on ujemnymi skutkami takiego działania obarczać Odwołującego.

Przystępujący w sprawie, konsorcjum firm **EGIS Poland Sp. z o.o.**, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i **Egis Route - Scetauroute S.A. Oddział w Polsce**, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska w imieniu **Egis Route - Scetauroute S.A.**, 11, avenue du Centre Saint-Quentin-Yvelines, 78 286 Guyancourt Cedex, Francja, w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że w wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał na przepis dotyczący uzupełnienia dokumentów. Zamawiający dopuścił formę faksową, jednak wyraźnie przy tym zaznaczył, że dokumenty w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę należycie umocowaną należy złożyć u Zamawiającego w sekretariacie w pokoju 17, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 16.08.2010 r. do godz. 15:30. Nadto zarzucił, że zarzuty Odwołującego są spóźnione, gdyż w przypadku uznania iż wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów za bezpodstawne Odwołujący winien był skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i zaskarżyć działanie Zamawiającego, czego nie uczynił w ustawowym terminie.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo podniósł, że zgodnie z pismem zamawiającego o złożenie wyjaśnień możliwe było ich złożenie w formie faksowej, natomiast przesłanie dokumentacji albo dokumentów uzupełniających w formie oryginałów lub kopii potwierdzonej było wymagane tylko wtedy jeśli odwołujący składałby nowe dokumenty. Podkreśla, iż wyjaśnienia przesyłane faksem zostały później wysłane listem poleconym do zamawiającego. Wskazał, że załączony do oferty oryginał formularza zawierał wszystkie niezbędne informacje wskazujące, iż osoby w nim wykazane potwierdzają spełnianie warunków, które postawił

zamawiający w SIWZ. Zdaniem odwołującego zamawiający nie kwestionuje spełnienia warunków przez w/w osoby ale zamawiający dążył do ustalenia w jakim to okresie ostatnich 5 lat osoby te wykonywały czynności wskazane w formularzu. Powołuje się na pismo z 25 sierpnia 2010 r. zawierające podstawy wykluczenia odwołującego się z postępowania gdzie zamawiający podaje, iż wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wobec takiego brzmienia tego pisma odwołujący uważa, iż przesyłając informacje faksem uczynił zadość roszczeniu zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający, nie złożył odpowiedzi na odwołanie, swoje stanowisko zaprezentował w ustnych wywodach na rozprawie w trakcie których, wnosząc o oddalenie odwołanie podniósł następujące argumenty, wykluczenie odwołującego nastąpiło z powodu faktu nie udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 zamawiający oczekiwał złożenia dokumentów, a nie wyjaśnień i wskazał formę w jakiej te wyjaśnienia mają być złożone. Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów w ofercie tj. formularza 3,3 - potencjał kadrowy nie wynika aby osoby wymienione w pozycjach 2 i 3 spełniały wymogi postawione przez zamawiającego w odpowiednich postanowieniach SIWZ. Zamawiający dodaje, że gdyby pismo wyjaśniające przysłane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego otrzymał w oryginale oraz w terminie to zostałoby uznane spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, ponieważ do pisma przewodniego informacyjnego załączony był dokument, iż osoby wymienione spełniały warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie kwestionuje, iż osoby Buchmiet Tomasz oraz Pluta Waldemar spełniały warunki postawione przez zamawiającego. Zamawiający oświadcza, że otrzymał informację dotyczącą dokumentów o których mowa w wezwaniu w oryginalnej formie lecz nastąpiło to po terminie o którym mowa w wezwaniu. W związku z niespełnieniem przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu zamawiający musiał wykluczyć go z postępowania oraz w oparciu o odpowiedni przepis ustawy PZP musiał dokonać zatrzymania wadium.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wskazał dodatkowo iż, podstawą wykluczenia było niespełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Złożenie przez odwołującego oprócz wyjaśnień również dokumentu do którego złożenia był wezwany wskazują na to, iż w sposób prawidłowy zrozumiał treść pisma zamawiającego. Podnosi, że złożenie samych wyjaśnień bez

uzupełnienia dokumentów, które załączył odwołujący nie potwierdzałyby spełnienia warunków udziału odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Również Izba ustaliła ,ze zgłaszający przystąpienie posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, gdyż to jej oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do zmiany tego stanu rzeczy. Po sprawdzeniu czynności formalno- prawnych przystąpienia Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia konsorcjum firm **EGIS Poland Sp. z o.o.**, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i **Egis Route - Scetauroute S.A. Oddział w Polsce**, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa w imieniu **Egis Route - Scetauroute S.A.**, 11, avenue du Centre Saint-Quentin-Yvelines, 78 286 Guyancourt Cedex, Francja.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny będący podstawą przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne, z powodu nieprzedłożenia na wezwanie dokumentów- w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się potencjałem kadrowym osób zdolnych do wykonania zadania ,a wymienionych w pozycjach 2 i 3 formularza pkt. 3.3 siwz „Potencjał Kadrowy”.

Zamawiający w pkt. 7.2 siwz wskazał , że na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w pkt. 6.2 IDW należy do oferty załączyć oświadczenia i dokumenty – według wzoru podanego w formularzu które winny wykazywać osoby „ ,,, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat kwalifikacji

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia ... na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.2 ( „Potencjał Kadrowy”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku ,o którym mowa w pkt. 6.2.3) b) IDW „ W pkt. 6.2. 3) b) oprócz przepisania części postanowień w/w pkt. zamawiający wskazał, że „Wykonawca przedstawi wraz z ofertą osoby, na każdą funkcję wymienioną poniżej, które spełniają następujące wymagania” ,w przedmiotowej sprawie wezwanie dotyczyło osób wskazanych na stanowisko projektanta branży drogowej oraz projektanta branży mostowej , wymienionych w pkt. 2 i 3 formularza. W tych dwóch pozycjach zamawiający postawił wymóg aby osoby wskazane na te stanowiska przez wykonawców wykazały w tym zakresie wykonanie min. 3 projektów studialnych w ciągu „ ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert”. Odwołujący wymagane przez zamawiającego warunki dotyczące tych osób wpisał w rubryce nr 3 formularza, a w rubryce 5 podał dane potwierdzające spełnienie stawianych wymagań. Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2010 roku wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez podanie informacji o okresie w jakich osoby wymienione w pkt 2 i3 formularza wykonywały zadanie, które wykazano jako spełnianie wymaganych w siwz warunków.. Odwołujący przesłał faksem informacje o dokładnym okresie w jakich każda z w/w osób wykonywała swoje zadania, równocześnie przesyłając to wyjaśnienie listem poleconym. Zamawiający wobec tego ,że nie otrzymał w terminie przedmiotowych informacji w formie pisemnej wykluczył odwołującego, odrzucił jego ofertę oraz dokonał zatrzymania wadium. Jednocześnie zamawiający na rozprawie stwierdził że treść uzupełnionych dokumentów potwierdza spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

#### **Zdaniem Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W zakresie wykluczenia wykonawcy z powodu nie przedłożenia dokumentów do których odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Izba stwierdza że odwołanie w zakresie tego zarzutu zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca ma obowiązek zarówno w ofercie jak i na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust.3 wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez przedłożenie wymaganych dokumentów. Jednakże prawo zamawiającego w tym zakresie jak i obowiązek wykonawcy winien wynikać z opisanych w siwz warunków udziału. W przedmiotowej sprawie z postanowień siwz nie wynika , aby



zamawiający wymagał wskazania za pomocą konkretnych dat wykonywania czynności, których wykazanie uzasadniało spełnienie warunku udziału osoby na konkretne stanowisko. Postawiony był tylko wymóg wykonania tych prac w okresie 5 lat przed terminem składania ofert. Załączony do siwz formularz nie przewidywał odniesienia okresu nabycia doświadczenia do wskazania konkretnego okresu pełnienia funkcji wymaganej w postanowieniach siwz. W tej sytuacji zamawiający nie może wymagać od odwołującego podania w spełnianiu warunków udziału szczegółowych dat i w tym zakresie korzystać z uregulowania art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Przy takich zapisach postanowień siwz zamawiający może jedynie wzywać do potwierdzenia że osoby wymienione w formularzu uzyskały doświadczenie w okresie wymaganych 5 lat. W związku z tym w takiej sytuacji zamawiający może skorzystać wyłącznie z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto Izba stwierdza w oparciu o wyjaśnienia zamawiającego, że niektórzy z wykonawców też nie wpisali dat, o których uzupełnienie wzywał zamawiający

Izba wskazuje, że zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie wzywania do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 lub ust.4 ustawy, gdyż inne są uwarunkowania ustawowe zastosowania tych przepisów.

Podstawa wezwania w trybie art. 26 ust.3 winna być przez zamawiającego wykazana, a jeśli dojdzie w następstwie wezwania do wykluczenia wykonawcy, to stanowisko zamawiającego w tym zakresie winno znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu zajętego stanowiska zgodnie z art.92 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp.

W zakresie zatrzymania wadium, Izba w związku z niezasadnym wykluczeniem odwołującego, uznaje stanowisko zamawiającego za dokonane bez podstawy prawnej. Zasadą jest że każdemu wykonawcy którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, wadium winno być bez zbędnej zwłoki zwrócone. Jednym z wyjątków od tej zasady jest sytuacja przewidziana w art.46 ust. 4a kiedy to zamawiający zatrzymuje wadium. W ocenie składu orzekającego Izby, decyzja zamawiającego dotycząca zatrzymania wadium jest decyzją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co do jej zasadności podlega ocenie Izby. Od tej czynności zamawiającego przysługują odwołującemu środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp.

Sformułowanie art. 46 ust. 4a ustawy jest niejasne i w odróżnieniu od ustępu 5 tegoż artykułu budzi wiele wątpliwości zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie. Art. 46 ust. 4 a Pzp został wprowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008r. o

zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r. W uzasadnieniu wprowadzenia tego przepisu wskazano że, „ta regulacja ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w „porozumieniu” celowo nie załącza do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy, żeby po zapoznaniu się z ofertami innych wykonawców celowo tych dokumentów nie uzupełnić”- komentarz do Prawa zamówień publicznych wyd. C.H. Becka z 2009 roku str. 208. Możliwość zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i ma zapobiegać pochopnemu wnoszeniu ofert i tym samym blokowaniu innych wykonawców – komentarz do ustawy pod red. St. Babiarza z 2010 roku str. 307. Dlatego też interpretacji tego przepisu należy dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej jak i celowościowej. W zakresie interpretacji tego przepisu zasadne jest przywołanie uchwały SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99 gdzie sąd stwierdził, że „trzeba eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych”. Z powyższego należy wywieść wniosek ,że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku nie wywiązania się wykonawcy z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba stoi na stanowisku że z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium.

Decyzja o zatrzymaniu wadium winna być podjęta przez zamawiającego po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust 4a, na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zatrzymanie wadium jest jedną z najbardziej restrykcyjnych decyzji podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Izba wskazuje że art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp odnosi się do wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp następuje w przypadku braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego

winy, ma zatem charakter względny, nie ma charakteru samoistnego, jest czynnością akcesoryjną powiązaną z wykluczeniem wykonawcy i stanowi następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania

Nadużywanie tego prawa przez zamawiającego może mieć negatywne skutki nie tylko dla wykonawców który wadium zatrzymano , ale także dla instytucji zamówień publicznych.

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy nie nakład wprost na zamawiającego dokonywanie uzasadniania czynności zatrzymania wadium. Jednakże biorąc pod uwagę zasadę równości podmiotów i przejrzystości postępowania Izba uważa za zasadne uzasadnianie przez zamawiającego wraz z decyzją o wykluczeniu wykonawcy, również czynności zatrzymania wadium. Ma to celu ułatwienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego działając na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy Pzp. orzeczono jak w sentencji. Izba uznała, że naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust 3 i art. 46 ust 4a przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący:.....**

**Członkowie składu:**

.....

.....