

WYROK

z dnia 31 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.** w dniu 17 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Consortia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74, „Aksel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 17** – sygn. akt KIO 993/12
- B.** w dniu 18 maja 2012 r. przez wykonawcę: **Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207** – sygn. akt KIO 999/12

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komenda Główna Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150**

orzeka:

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Bytomską Spółkę Informatyczną COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Bytomską Spółkę Informatyczną COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w**

Bytomiu – tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2** zasądza od **odwoływających: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Bytomskiej Spółki Informatycznej COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** na rzecz **Zamawiającego: Skarbu Państwa – Komendy Głównej Policji w Warszawie** kwotę **7200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, w tym **kwotę 3600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **od odwoływającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **od odwoływającego: Bytomskiej Spółki Informatycznej COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa systemu łączności podpaskowej dla oddziałów prewencji Policji* (oznaczenie sprawy: 11/Błil/12/MK).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 119 stycznia 2012 r. pod nr 2011/S_12-019019, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.policja.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12.195.121, 95 zł, co stanowi równowartość 3.033.914,31 euro.

7 maja 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku otrzymali od ubezpieczyciela – HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna informację, że Zamawiający 4 maja 2012 r. wystąpił z żądaniem zapłaty wadium w kwocie 360 tys. zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr 3024708/8401 z 7 marca 2012 r., w związku z czynnością zatrzymania wadium w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu 9 maja 2012 r. uzyskała od ubezpieczyciela – Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji „Warta” S.A. informację, że również 4 maja 2012 r. Zamawiający wystąpił z analogicznym żądaniem zapłaty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej nr KR/GP/04/2012 z 23 lutego 2012 r.

17 maja 2012 r. (pismem z 16 maja 2012 r.) Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Aksel” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, a 18 maja 2012 r. (pismem z 17 maja 2012 r.) Odwołujący: Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania (zachowując wymóg przekazania ich kopii Zamawiającemu) od następujących czynności Zamawiającego:

1. Zaniechania unieważnienia wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.
2. Zatrzymania wadium w wysokości 360.000,00 zł w trybie art. 46 ust. 4a pzp.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 186 ust. 3 – przez zaniechanie unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp w związku z uwzględnionymi przez Zamawiającego 18 kwietnia 2012 r. zarzutami podniesionymi w odwołaniu złożonym przez Nexrad Telecom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej w skrócie „Nexrad”).
2. Art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 pzp – przez błędne przyjęcie, że przesłanka zatrzymania wadium zostaje wyczerpana również w przypadku złożenia przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniesli o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.
2. Wycofania żądania zapłaty wadium na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych.

Odwołujący sprecyzowali zarzuty przez wskazanie następujących analogicznych okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołań.

Zamawiający pismem 20 marca 2012 r. wezwał do uzupełnienia m. in. *dokumentu certyfikatu instytucji niezależnej dla IP-65* w terminie 22 marca 2012 r. do godz. 13:00. W odpowiedzi Odwołujący uzupełnili swoje oferty dokumentacją załączoną do pisma z 22 marca 2012 r. Pismem z 26 marca 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołujących o odrzuceniu ich ofert z uwagi na nieuzupełnienie dokumentu *certyfikatu instytucji niezależnej dla IP-65*, który w sposób należyty potwierdzał zawarte w nim treści. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił Odwołujących o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Nexrad. Odwołujący wniesli odwołania od czynności Zamawiającego (sprawy o sygn. akt KIO 665/12 i KIO 666/12). Odwołania zostały oddalone, jednak kwestia wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp oraz poprawności i prawidłowości uzupełnionej dokumentacji nie była w ogóle rozpatrywana merytorycznie w trakcie postępowania odwoławczego. Było to związane z uwzględnieniem przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Nexrad (sprawa o sygn. akt KIO 669/12), które zawierało żądania m. in. unieważnienia wyniku postępowania, unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołujących do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert Odwołujących z uwagi na niedołączenie do oferty certyfikatów potwierdzających spełnienie wymagań normy IP-65.

W związku z uznaniem w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu Nexrad (sprawa o sygn. akt KIO 669/12), Zamawiający zobowiązał się do dokonania wszystkich czynności, o które wnosił odwołujący. Stosownie do treści art. 186 ust. 3 pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych przez odwołującego *Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.* Konstrukcja przepisu nie pozwala zamawiającemu na dyskrecjonalną ocenę i wybór czynności, które ma dokonać, lecz w sposób wyraźny i jednoznaczny przewiduje obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia wszystkich czynności, o które wnosił odwołujący. Zatem Zamawiający, zgodnie z uwzględnionymi przez siebie zarzutami odwołującego Nexrad, powinien unieważnić swoją czynność polegającą na wezwaniu Odwołujących do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Znajduje to swoje potwierdzenie m. in. w wyroku [błąd w obydwu odwołaniach, w rzeczywistości było to postanowienie] Krajowej Izby Odwoławczej z 7 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 663/11), w którym stwierdza się, że *w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania zmian [...] w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.* Uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania Nexrad w całości sprawia, że nie znajduje zastosowania instytucja zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a pzp, z uwagi na konieczność unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Unieważnienie tej ostatniej czynności powoduje, że Zamawiający traci uprawnienie do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a pzp. Takie stanowisko zostało wyrażone m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 143/11), w którym stwierdza się, że *istotnym i koniecznym warunkiem możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego w postępowaniu, na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów.* Podobne zapatrywanie zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2225/10), w którym podnosi się, że *warunkiem koniecznym zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia brakujących dokumentów,*

oświadczeń lub pełnomocnictw.

Niezależnie od braku podstawy do zatrzymania wadium opisanej powyżej, Zamawiający w sposób nieprawidłowy interpretuje przepisy ustawy pzp odnoszące się do zatrzymania wadium, a także pomija fakt uzupełnienia przez Odwołujących dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej interpretacja instytucji zatrzymania wadium w związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp powinna być interpretowana wąsko, tzn. w sposób przyznający zamawiającemu uprawnienie do zatrzymania wadium jedynie w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie złoży żądanego dokumentu. Natomiast w przypadku złożenia dokumentów, które w ocenie zamawiającego nie stanowią potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie ma możliwości zatrzymania wadium. Zostało w sposób wyraźny wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1749 /09), w którym podkreśla się, że *przepis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Ten charakter omawianej normy prawnej nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłankę zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie niezłożenie 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.* Kwestia przesłank i dopuszczalności zatrzymania przez zamawiającego wadium została również poruszona m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 listopada 2010 r. (sygn. akt. KIO 2457/10), w którym stwierdza się, że *„przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) obejmuje swą dyspozycją sytuacje, w których wykonawca zaniechał złożenia dokumentu lub oświadczenia. Tym samym przepis ten znajduje zastosowanie w przypadkach, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie złoży żądanego dokumentu zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje zatem wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.* Podobne zapatrywanie zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2190/10) wskazującym, że w *„przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych chodzi o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, a zatem znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie przedłoży go zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje zaś wypełniona w przypadku, gdy w*

wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 31 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 309/10) wyraźnie stwierdzono, że 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. Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 465/11), Izba odniosła się w sposób jednoznaczny do intencji ustawodawcy i celów jakie przyświecały, konstrukcji art. 46 ust. 4a ustawy pzp, wskazując, że przesłankę zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki tej nie wyczerpuje złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy. Intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokumentu tego nie złożył.

Do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający podjął decyzję o niedopełnieniu obowiązku w wynikającego z art. 185 ust. 1 pzp. W przesłanym do Izby 22 maja 2012 r. piśmie Zamawiający poinformował, że informacja o wniesieniu odwołania nie została przekazana do uczestników postępowania, ponieważ zostało ono zakończone, a 18 kwietnia 2012 r. została podpisana umowa.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez każdego z Odwoływających – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła, że którekolwiek z odwołań podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający nie podnosił zaistnienia takiej przesłanki. W szczególności z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wynika, że nie zawiadomił on Odwoływających o zatrzymaniu wadium, a zatem rzeczywiście mogli oni dowiedzieć się o tym fakcie pośrednio, na podstawie informacji od wystawców wadialnych gwarancji ubezpieczeniowych,

odpowiednio 7 i 8 maja 2012 r. Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowań odwoławczych, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymali odwołania, a Zamawiający wniósł o ich oddalenie. Izba zważyła, że nie można nawet przypisać Odwołującym, że mogli dowiedzieć się o samym fakcie zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie informował o tym w żaden sposób podczas posiedzenia i rozprawy, które miały miejsce 18 kwietnia 2012 r. Ponieważ wyrokiem z tego dnia poprzednie odwołania Odwołujących zostały oddalone, nie mieli oni żadnej sposobności aby uzyskać taką informację. Zamawiający przyznał w toku posiedzenia 25 maja 2012 r., że nie zamieścił jeszcze ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zamawiający pozostawił także bez żadnej odpowiedzi pisma wystosowane przez Odwołujących 14 maja 2012 r. W tych okolicznościach nie sposób zarzucić Odwołującym, że mogli i powinni byli wiedzieć o fakcie zawarcia umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wskazali, że posiadali interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia gdyż w jego toku złożyli swoje oferty. Natomiast w efekcie niezgodnych z ustawą pzp czynności Zamawiającego, zostali narażeni na poniesienie szkody, co jest związane zarówno z ewentualnymi kosztami postępowania sądowo-egzekucyjnego nienależnego świadczenia, jak również z kosztami odnoszącymi się do szkody poniesionej przez Odwołującego, w związku z wyłączeniem z bieżącego obrotu znacznej kwoty pieniężnej (stanowiącej równowartość zatrzymanego wadium), co skutkuje niemożliwością realizacji bieżących jak i przyszłych działań gospodarczych (*damnum emergens*) oraz kosztami utraconych przez Odwołującego korzyści (*lucrum cessans*), w związku z niemożliwością dysponowania własnymi funduszami, z uwagi na bezprawne działanie Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby obydwaj Odwołujący mieli interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę. Z kolei podjęta przez Zamawiającego czynność zatrzymania wadium naraża każdego z Odwołujących na konkretną szkodę majątkową. Szkodą tą, choć w ogóle nie wiąże się z pozbawieniem

możliwości uzyskania zamówienia, pozostaje jednak w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp. Izba uznała, że Odwołujący mają legitymację do zakwestionowania zatrzymania wadium przez Zamawiającego, pomimo że czynność ta została dokonana po zakończeniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Izba zważyła, że okoliczności, które były podstawą zatrzymania wadium przez Zamawiającego zaistniały jeszcze przed zakończeniem tego postępowania i miały związek z jego przebiegiem. Fakt, że Zamawiający zwlekał z podjęciem tej czynności, nie może pozbawiać Odwołujących możliwości jej zaskarżenia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego za okres od 17 kwietnia 2012 r. do 22 maja 2012 r. na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, a pozostałym zakresie na potrzeby postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 665/12, KIO 666/12 i 669/12. Dokumentacja przesłana do Izby w związku z niniejszą sprawą okazała się niekompletna, gdyż nie obejmowała przesłanych przez Odwołujących do Zamawiającego 14 maja 2012 r. pism poprzedzających wniesione odwołania. Izba dopuściła również dowód z akt tej sprawy odwoławczej w zakresie wniesionych odwołań, protokołów z posiedzenia i rozprawy, postanowienia z 18 kwietnia 2012 r. sprawie o sygn. akt KIO 669/12, wyroku Izby z 18 kwietnia 2012 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 665/12 i KIO 666/12.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych pismach oraz wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołania nie mogą zostać uwzględnione pomimo bezpodstawności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadiów wniesionych przez Odwołujących.

Zamawiający naruszył art. 186 ust. 3 pzp, gdyż pomimo uznania na posiedzeniu w sprawie o sygn. akt KIO 669/12 w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Nexrad, co spowodowało wydanie 18 kwietnia 2012 r. postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w tej sprawie, nie podjął żadnych działań zgodnych z żądaniami tego odwołania. Wręcz przeciwnie, Zamawiający utrzymał w mocy swoje dotychczasowe czynności, a zamiast ich unieważnienia lub powtórzenia, zawarł jeszcze tego samego dnia

umowę w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby bez znaczenia dla zaistnienia tego naruszenia jest powoływanie się przez Zamawiającego na uzyskane postanowieniem z 17 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 1/12 uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczeń kończących postępowania odwoławcze wywołane poprzednio wniesionymi odwołaniami. Po pierwsze – pozytywnie rozpatrzony w trybie art. 183 ust. 2 pzp wniosek nie spowodował powstania po stronie Zamawiającego prawnego obowiązku zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem spraw o sygn. akt: KIO 665/12 KIO 666/12 i KIO 669/12. Po drugie i niezależnie od powyższego – Zamawiający nie miał również obowiązku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Nexrad, co spowodowało umorzenie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 669/12. Zamawiający mógł zatem zawrzeć już 17 kwietnia 2012 r. umowę z Nexrad, a 18 kwietnia 2012 r. toczyć nadal spór z w sprawie wywołanej wniesionym przez tego wykonawcę odwołaniem. Dopiero w razie oddalenia odwołania Nexrad Zamawiający mógłby rozważyć możliwość skorzystania z art. 46 ust. 4a pzp przeciwko pozostałym dwóm wykonawcom. Nie było również żadnych przeszkód prawnych aby uczynić zadość żądaniom odwołania, którego zarzuty Zamawiający uznał w całości na posiedzeniu przed Izbą 18 kwietnia 2012 r. Przeszkoda ta wynikała dopiero na skutek kolejnych działań Zamawiającego, który jeszcze tego samego dnia zawarł umowę z Nexrad. Działając w ten sposób Zamawiający z pełną świadomością zdecydował się na naruszenie art. 186 ust. 3 pzp. W toku niniejszej sprawy okazało się, że Zamawiający w żaden sposób merytorycznie nie podważa zasadności uznania w całości zarzutów odwołania Nexrad, a nieuczynienie zadość jego żądaniom tłumaczy wyłącznie faktem zawarcia umowy, co uniemożliwiło dokonanie jakichkolwiek czynności w zakończonym definitywnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem Zamawiający merytorycznie nadal zgadza się z tym, że winien odrzucić oferty Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, a tym samym zaniechać wezwania ich do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, jedynie z powodów formalnych nie wykonał, powtórzył lub unieważnił stosownych czynności. Z kolei podjętą już po zawarciu umowy czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a pzp, Zamawiający usprawiedliwia wyłącznie tym, że formalnie nie uchylił wezwania Odwołujących do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 pzp. W ocenie Izby dokonana w ten sposób czynność zatrzymania wadium jest wadliwa, gdyż opiera się *de facto* na naruszeniu art. 186 ust. 3 pzp, które nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia. Stanowi zatem naruszenie art. 46 ust. 4a pzp, gdyż zatrzymanie wadium na podstawie tego przepisu jest uwarunkowane uprzednim prawidłowym zastosowaniem art. 26 ust. 3 pzp. Skoro Zamawiający uznał i nadal uznaje słuszność stanowiska, że bezpodstawnie wezwał w tym trybie Odwołujących do uzupełnienia

dokumentów, to nie może jednocześnie twierdzić, że prawidłowo zastosował art. 46 ust. 4a pzp. W ocenie Izby Zamawiający bezskutecznie usiłuje z nieuzasadnionego naruszenia art. 186 ust. 3 pzp wywieść podstawę dla skorzystania z art. 46 ust. 4a pzp. Nie sposób zaakceptować rozumowania, zgodnie z którym naruszenie jednego przepisu ma usprawiedliwiać naruszenie kolejnego. Tym bardziej z uwagi na restrykcyjny i wyjątkowy charakter instytucji zatrzymania wadium.

W tych okolicznościach drugorzędne znaczenie ma rozstrzygnięcie sporu co do prawidłowości zastosowania art. 46 ust. 4a pzp z uwagi na dokumenty, które zostały uzupełnione przez Odwoływających w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie. Z jednej strony, wobec prób czynionych przez Odwoływających, Izba stwierdziła brak możliwości skutecznego podnoszenia przez nich w niniejszym postępowaniu odwoławczym, że uzupełnione lub pierwotnie załączone do oferty dokumenty zostały niezasadnie uznane przez Zamawiającego za nieprawidłowe. Po pierwsze, wbrew twierdzeniom odwołań, kwestia ta została ostatecznie rozstrzygnięta w wyroku z 18 kwietnia 2012 r., który oddalił odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 665/12 i KIO 666/12. Przedmiotem zarzutów wówczas podniesionych przez Odwoływających było odrzucenie ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na niezłożenie, również w wyniku wezwania do uzupełnienia wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, certyfikatu instytucji niezależnej potwierdzającego stopień ochrony oferowanego zestawu mikrofono-słuchawkowego na zachłapanie i kurz minimum klasy IP65. Bez znaczenia jest natomiast okoliczność, że odwołania zostały oddalone z uwagi na stwierdzenie przez Izbę braku legitymowania się przez Odwoływających uprawnieniem do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 pzp. Z drugiej strony Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wyłącznie złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie wymaganych warunków eliminuje możliwość zatrzymania wadium. W ocenie Izby nieadekwatne jest przywoływanie przez Zamawiającego na poparcie swojego stanowiska wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 24 marca 2011 r. (sygn. akt I ACa 7/2011), który zapadł na tle stanu faktycznego dotyczącego niezłożenia w określonym terminie jakiegokolwiek dokumentu. Zamawiający na rozprawie nietrafnie także powołał się na wykładnię celowościową art. 46 ust. 4a pzp, przez utożsamienie zmowy, której miał zapobiegać ten przepis, ze znową cenową, do której miało dojść w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tymczasem jedynym aspektem zmowy, której może dotyczyć art. 46 ust. 4a pzp jest celowe nieuzupełnianie dokumentów przez wykonawcę z niższą ceną, tak by wygrał będący z nim w znowie wykonawca oferujący wyższą cenę. Tymczasem obydwaj Odwoływający złożyli zarówno w ofercie, jak i w wyniku wezwania, takie

same dokumenty, co stało się powodem odrzucenia obydwu ofert przez Zamawiającego. Zatem wywieziony przez Izbę w wyroku z 18 kwietnia 2012 r. wniosek o pośrednim przyznaniu przez Odwołujących faktu dopuszczenia się zmowy cenowej, nie zmienia tego, że nie dotyczyła ona potencjalnego zakresu zastosowania art. 46 ust. 4a pzp. Podnoszenie przez Zamawiającego faktu istnienia zmowy pomiędzy Odwołującymi świadczy natomiast o tym, że nadal merytorycznie podziela słuszność zarzutów uznanego przez siebie poprzednio odwołania Nexrad, co wywołuje skutki opisane powyżej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 186 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie ma jednak żadnego wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 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) – obciążając Odwołujących tymi kosztami, w postaci uiszczonych przez nich wpisów oraz uzasadnionych kosztów Zamawiającego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości po 3600 zł w każdej sprawie, na podstawie rachunków (faktur VAT) złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: