

Sygn. akt: KIO/UZP 488/09

**WYROK**  
z dnia 27 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 27 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5** protestu ~~protestów~~\* z dnia 27 marca 2009 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność zatrzymania wadium,**
  - 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5,**
- i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5** na rzecz **Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2.**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych zostało wszczęte przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowska 5 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2008r. za numerem 2008/S 234-311049.

W dniu 20 marca 2009r. zamawiający poinformował wykonawcę – Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2 o zatrzymaniu wpłaconego przez tego wykonawcę – zwanego dalej odwołującym wadium w kwocie 22 550zł. wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą), gdyż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 10 lutego 2009r. nie złożył dokumentu wymaganego w pkt 8.1.10 siwz, tj. dokumenty stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia – wykształcenie farmaceutyczne.

Odwołujący w dniu 27 marca 2009r. wniósł na tę czynność protest oraz zaskarżył zaniechanie zamawiającego niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcy.

Wskazał, że powyższe działania i zaniechania zamawiającego naruszają art. 46 ust. 4a ustawy poprzez błędne jego zastosowanie oraz art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez jego

niezastosowanie i wniósł o unieważnienie czynności zatrzymania wadium i dokonanie przez zamawiającego czynności zaniechanej zwrotu wadium.

W uzasadnieniu protestu wskazał, że posiada interes prawny w żądaniu zwrotu wadium, gdyż zamawiający jest zobowiązany do zwrotu wadium na podstawie ustawy oraz na podstawie art. 70<sup>4</sup>kpc stosowanym odpowiednio na mocy art. 14 ustawy. Wskazał także, iż służy mu roszczenie o zwrot wadium, które może być dochodzone na drodze powództwa cywilnego. Odnosząc się do podniesionych zarzutów wskazał, że :

1. zamawiający błędnie sformułował podstawę prawną zatrzymania wadium, gdyż art. 46 ust. 2 pkt 4a ustawy powołany przez zamawiającego nie istnieje. Jest to w ocenie odwołującego istotne niedopatrzenie, którego zamawiający dopuszcza się po raz kolejny w przedmiotowym postępowaniu i wskazuje na niedochowanie przez zamawiającego należytej staranności w prowadzeniu postępowania. Podniósł, że takie niedopatrzenia nie mogą obciążać wykonawcy. Podkreślił, że podobne niedopatrzenia miały miejsce przy dokonywaniu czynności rozpatrzenia protestu z dnia 4 marca 2009r. oraz w samej konstrukcji warunku określonego w pkt 8.1.10 siwz, który następnie stał się pośrednią przyczyną zatrzymania wadium.

2. prawidłową podstawą, która powinna być wskazana przez zamawiającego w uzasadnieniu prawnym zatrzymania wadium powinna być norma art. 46 ust. 4a ustawy. Odwołujący jednak wskazał, że art. 46 ust. 4 a ustawy został przez zamawiającego wadliwie zinterpretowany przez zastosowanie niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej podczas gdy prawidłowo zamawiający miał prawo zatrzymania wadium na mocy tego przepisu tylko w sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył żadnych dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Taka sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca, gdyż odwołujący na wezwanie zamawiającego przedłożył dokumenty prywatne w rozumieniu art. 245 kpc stosowanego odpowiednio na podstawie art. 184 ust. 6 ustawy i art. 194 ust. 2 ustawy. Odwołujący podkreślił fakt, iż zamawiający nie określił jakimi dokumentami wykonawcy powinni potwierdzać spełnienie wymogu z pkt 8.1.10 siwz, a więc wymóg zamawiającego spełniał każdy dokument złożony przez wykonawcę, w tym dokument prywatny. Nawet gdyby przyjąć, że dokument prywatny nie był dokumentem wymaganym przez zamawiającego na potwierdzenia warunku z pkt8.1.10 siwz, to i tak przepis art. 46 ust. 4a ustawy nie mógłby mieć zastosowania, gdyż przesłanką konieczną jego zastosowanie jest nie złożenie na wezwanie żadnego dokumentu, a w przedmiotowej sprawie odwołujący złożył oświadczenie osoby upoważnionej w imieniu odwołującego – Anny Solarek stwierdzające istnienie odpowiednich uprawnień Izabeli Kossowskiej wymaganych do wykonania zamówienia oraz oświadczenie Tomasza Krzaka stwierdzające istnienie odpowiednich uprawnień Izabeli Kossowskiej wymaganych do wykonania zamówienia, a dokumenty te mieszczą się w

katalogu ogólnym dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Za takim rozumieniem art. 46 ust. 4a przemawia zarówno wykładnia językowa jak i gramatyczna tego przepisu.

3. stanowisko zamawiającego nie jest zasadne także na gruncie wykładni systemowej, gdyż ustawodawca rozróżnił sytuacje, w której wykonawca nie złożył ogóle dokumentów, od sytuacji, w której złożone zostały dokumenty zawierające błędy. Na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wskazał obie te sytuacje, zaś na gruncie art. 46 ust. 4a ustawy przewidział tylko sytuację niezłożenia dokumentów w ogóle. Ustawodawca zatem nadał tym dwóm sytuacjom różne znaczenie prawne i nie zezwolił na zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy wykonawca złożył dokumenty, ale dokumenty te nie spełniają wymagań zamawiającego,

4. zachodzi w przedmiotowej sprawie także przesłanka egzoneracyjna wynikająca z art. 46 ust. 4a ustawy zakazująca zatrzymania wadium, gdy niezłożenie odpowiednich dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący wskazał, że pkt 8.1.10 siwz był sformułowany w sposób nieprecyzyjny, niegramatyczny i błędny, czym wprowadził w błąd odwołującego, utwierdzając go w przekonaniu, że na wezwanie zamawiającego wystarczy przedłożyć jakikolwiek dokument, w tym prywatny stwierdzający określone uprawnienia osób, którymi wykonawca będzie dysponował przy wykonywaniu zamówienia. Podniósł, że precyzyjne sformułowanie siwz w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu obciąża zamawiającego i należy do jego istotnych obowiązków, zgodnie z wyrokiem ZA z dnia 7 marca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-614/06 i UZP/ZO/0-598/06. Zatem nawet gdyby przyjąć, że odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów, to było to skutkiem nieprecyzyjnych, wprowadzających go w błąd postanowień siwz, a zatem stanowiło przyczynę nie leżącą po stronie odwołującego, wyłączającą możliwość zatrzymania wadium.

5. działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium jest sprzeczne z rozumieniem art. 46 ust. 4a ustawy także na gruncie wykładni celowościowej. Odwołujący podniósł, że celem ustawodawcy przy wprowadzeniu powyższego przepisu było zapobieganie znikom wykonawców, działających w grupie, mającej na celu pozyskiwanie Zamówień za najwyższą cenę. Ustawodawca wskazał w uzasadnieniu projektu, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy ma przeciwdziałać sytuacjom, w których kilku wykonawców działających w porozumieniu składa kilka ofert, po czym wykonawcy o niższych cenach zostają wykluczeni z postępowania z powodu niezłożenia odpowiednich dokumentów, a postępowanie wygrywa wykonawca z najwyższą ceną. Taka sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca, gdyż odwołujący nie działał w znowie, a w zadaniach 40 i 41 wpłynęły tylko dwie oferty – odwołującego i firmy Medicart Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 21, w tych zadaniach postępowanie zostało unieważnione z powodu braku ważnych ofert, gdyż oferta Medicart

została odrzucona, a odwołujący został wykluczony z postępowania. Zatem odwołujący nie miał żadnego interesu w dążeniu do wygrania postępowania przez swojego konkurenta i nie działał w zмовie.

6. zamawiający zaniechał zastosowania art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy, do którego był zobowiązany w sytuacji, gdy unieważnił postępowanie, a upłynęły terminy na wniesienie protestów. Protest został podpisany przez kierownika Działu Zamówień Publicznych odwołującego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 3 marca 2009r. przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS załączonym do protestu.

Zamawiający protest oddalił poprzez brak rozstrzygnięcia w terminie do dnia 6 kwietnia 2009r.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 16 kwietnia 2009r. bezpośrednio do Prezesa UZP podtrzymując w całości zarzuty i argumentację podniesioną w proteście oraz wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wpłaconego wadium, nakazanie dokonania czynności zwrotu wadium, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego językoznawcy, na okoliczność że pkt 8.1.10 siwz w przedmiotowym postępowaniu został sformułowany w sposób nieprecyzyjny, błędny gramatycznie i niezrozumiały w stopniu wprowadzającym w błąd, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600zł. Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 kwietnia 2009r. załączonego do odwołania podpisanego przez członka zarządu i prokurenta uprawnionych do reprezentowania odwołującego zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania, opłaconego opłata skarbową. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 15 kwietnia 2009r.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Wartość szacunkowa zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 7 679 638,40zł., co stanowi równowartość 1 980 768,72 euro (Druk ZP-1).

Zamawiający w pkt 7.1.2 ustanowił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Za spełniających ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy przedstawią dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – zgodnie z ustawą Prawo

farmaceutyczne – wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne.

W pkt 8.1.10 siwz zamawiający na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagał dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne – wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem) Z dopiskiem wymagana data wystawienia – brak wymagań.

Przedmiotowy warunek nie był przedmiotem zapytań do siwz.

Odwołujący złożył ofertę na zadania 40 i 41 – strona 9 oferty odwołującego.

Odwołujący nie załączył do oferty wykazu osób, którymi będzie wykonywał zamówienia, ani jakiegokolwiek dokumentu prywatnego czy urzędowego dotyczącego wykształcenia farmaceutycznego osób, które będą wykonywać zamówienie. Odwołujący na stronie 32 oferty złożył oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 ustawy.

W dniu 10 lutego 2009r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty tj. zgodnie z pkt. 8.1.10 siwz przesłania dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne – wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem). Dokumenty te należało złożyć do siedziby zamawiającego do dnia 13 lutego 2009r., a zamawiający pouczył, że niezłożenie dokumentów skutkować będzie wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz, że na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 4a ustawy zostanie zatrzymane wpłacone przez odwołującego wadium.

W dniu 12 lutego 2009r. odwołujący w wykonaniu wezwania złożył pismo, w którym wskazał osoby, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia tj. Izabelę K. – Kierownika Hurtowni Farmaceutycznej i Magazynu (osoba posiadająca wykształcenie wyższe farmaceutyczne – zaświadczenie w załączeniu), Annę K. – Kierownika Działu Obsługi Klienta i Logistyki i Edytę E. – Koordynatora ds. Sprzedaży. W załączeniu do pisma odwołujący złożył zaświadczenie wystawione przez Tomasza K., który zaświadczył, że Izabela K. zatrudniona na stanowisku Kierownika Hurtowni Farmaceutycznej i Magazynu w Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. ukończyła studia wyższe farmaceutyczne. Ze względu na ochronę

danych osobowych, zaświadczenia wskazał, że nie może przedstawić szczegółowych dokumentów.

W dniu 18 lutego 2009r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniach 40 i 41 z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu. Zamawiający w tych częściach wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz podniósł, że złożono na te zadania dwie oferty przy czym :

1. oferta Mediacart Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 21 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż zaproponowany lek nie spełnia wymogu opisu przedmiotu zamówienia tj. płyn Plasmalyte nie zawiera jonów wapniowych Ca<sup>2+</sup>, które występują w zarejestrowanych płynach wieloelektrolitowych.

2. odwołujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie złożył dokumentów, o których mowa w pkt 8.1.10 siwz tj. dokumentu stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, a zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne – co najmniej 1 osoba musi mieć wykształcenie farmaceutyczne potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż unieważnienia postępowania w częściach 40 i 41 zamawiający dokonał w dniu 18 lutego 2009r. Postępowanie o zamówienie publiczne zakończyło się zatem z upływem terminów na wniesienie środków ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania i czynności z nią związane tj. czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty ewentualnie czynność odrzucenia oferty Mediacart Healthcare sp. z o.o. Zamawiający czynności zatrzymania wadium dokonał w dniu 20 marca 2009r., a więc po upływie terminów na ostatecznie rozstrzygnięcie protestów na powyższe czynności, traktując czynność zatrzymania wadium jako czynność wynikającą z postępowania o udzielenie zamówienia. Sam zamawiający zatem uznawał czynność zatrzymania wadium jako mieszczącą się w postępowaniu o zamówienie publiczne, a więc pozwalającą na zaskarżenie środkami ochrony prawnej. Istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnością zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, a pozbawieniem odwołującego środków objętych kosztami obsługi gwarancji bankowej, co przekłada się na uszczerbek w interesie odwołującego, który poniósł koszty związane z uzyskaniem gwarancji wadialnej, które nie znajdują pokrycia w zyskach, jakie mógłby osiągnąć z uzyskanego zamówienia. W tym zakresie Izba uznaje, że nie można art. 179 ust. 1 ustawy, w tym konkretnym przypadku,

ograniczyć wyłącznie do interesu prawnego w wąskim rozumieniu pojęcia „uzyskanie zamówienia”. Takie rozumienie tego przepisu prowadziłoby do niemożności kwestionowania czynności zamawiającego dokonanych wbrew ustawie, w tym przypadku po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdza, że odwołujący miał interes prawny w kwestionowaniu czynności zamawiającego narażającej go na uszczerbek materialny, dokonanej wbrew przepisom ustawy. W tej sytuacji przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy poprzez zatrzymanie wadium, pomimo tego że na wezwanie do uzupełnienia przedłożył dokument prywatny – oświadczenie, co stanowiło zadość wezwaniu zamawiającego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy, wadium ma zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o zamówienie publiczne. Pełni więc funkcję dyscyplinującą wykonawców i ma powstrzymywać ich przed niezgodnymi z prawem zachowaniami utrudniającymi zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Zatrzymanie wadium jest dotkliwą sankcją dla wykonawców, pozbawiającą ich konkretnych środków finansowych w sytuacji, gdy nie uzyskają już zamówienia publicznego. Z tego też względu wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymanie wadium muszą być wykładane ściśle wedle reguł wykładni gramatycznej i językowej i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej. W przypadku nie złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw przez wykonawcę lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy podstawową sankcją za takie zaniechanie wykonawcy jest wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a więc pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały tj. mimo wezwania nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw ustawodawca przewidział dodatkową dolegliwość w postaci zatrzymania wadium. Art. 46 ust. 4a ustawy dotyczy wyłącznie nie złożenia dokumentów, a nie dokumentów, które zawierają błędy, co ma stanowić karę za to, że swoim zaniechaniem wykonawca uchyla się od współdziałania z zamawiającym podczas przebiegu postępowania i prowadzi do jego zbędnego i nieuzasadnionego przedłużenia, które nie może dać pozytywnego dla obu stron efektu w postaci zawarcia między tym wykonawcą, a zamawiającym umowy o zamówienie publiczne. Nie można zatem rozszerzająco uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w które 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 w ocenie Izby 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 byłoby naganne i sprzeczne z celem postępowania o zamówienie publiczne, a więc uzasadniałoby nałożenie dodatkowej sankcji zatrzymania wadium. W przedmiotowej sprawie odwołujący na wezwanie o uzupełnienie dokumentów złożył własne oświadczenie o spełnianiu przez osoby, którymi będzie dysponował przy realizacji zamówienia wymogów posiadania uprawnień oraz oświadczenie swego pracownika odpowiedzialnego za sprawy kadrowe, że jedna ze wskazanych osób posiada wyższe wykształcenie farmaceutyczne. Izba nie przesądza czy te dokumenty były prawidłowe, czy odwołujący powinien był złożyć inne dokumenty, czy postanowienia siwz, w tym zakresie były wystarczająco precyzyjne, gdyż te okoliczności były przedmiotem osobnego protestu i protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty. Istotne dla oceny prawidłowości działania zamawiającego polegającego na zatrzymaniu wadium, jest to czy oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictwo zostało złożone. Przy czym Izba podkreśla, że ustawodawca wyraźnie wskazał krąg dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, których nieuzupełnienie powoduje zabór wadium. Wskazanie to nastąpiło poprzez odesłanie do art. 25 ust. 1 ustawy, a więc wykonawca nie będzie mógł skutecznie bronić się przed działaniem zamawiającego, jeśli na wezwanie złożył inny dokument lub oświadczenie, niż wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy. To wyklucza dowolność po stronie wykonawcy. Izba wskazuje, że nieuprawniona jest interpretacja zamawiającego, iż poprzez nie złożenie dokumentów, oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy należy rozumieć jako nie złożenie dokumentów wymaganych/żądanych przez zamawiającego, gdyż ustawodawca nie wskazał w tym przepisie, że sankcją utraty wadium objęte jest nie złożenie „żądanych przez zamawiającego” dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Gdyby ustawodawca chciał objąć sankcją taką sytuację faktyczną wskazałby to wprost w przepisie. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zamawiający swoim działaniem naruszył normę art. 46 ust. 4 a ustawy i bezpodstawnie dokonał zatrzymania wadium.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie niezwłocznego zwrotu wadium

Zarzut nie mieści się w granicach kompetencji orzeczniczych Izby wynikających z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy. Izba może rozstrzygać tylko spory prawne pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, uczestnikami konkursu, innymi osobami, których interes prawny doznał lub

mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy lub podmiotami określonymi w art. 179 ust. 2 ustawy. W przedmiotowej sprawie podmiotem zobowiązany do wypłaty na rzecz zamawiającego wadium jest osoba trzecia - gwarant, a więc podmiot nie mieszczący w katalogu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wynikającego z art. 179 ustawy. Izba zatem nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia o zwrocie wadium wpłaconego przez gwaranta. Sam odwołujący słusznie zauważa, że roszczeń z tego tytułu można dochodzić drodze cywilnoprawnej. Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, że za uzasadnione uznaje koszty wpisu poniesione przez odwołującego. Izba nie uwzględniła natomiast wniosku odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, gdyż stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. nr 128 poz. 886 ze zm.) zwrot kosztów poniesionych przez stronę musi być udokumentowany rachunkami.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok/postanowienie\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....