

Sygn. akt: KIO 1444/11

WYROK

z dnia 20 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, BRE Bank S.A. w Warszawie oraz Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, BRE Bank S.A. w Warszawie oraz Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, BRE Bank S.A. w Warszawie oraz Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2010/S 224-343103 w dniu 18 listopada 2010 r.

W dniu 27 czerwca 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, BRE Bank S.A. w Warszawie oraz Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie zwanym dalej „odwołującym” informację o złożeniu wniosku do ubezpieczyciela TUIR ALLIANZ Polska S.A. w Warszawie o wypłatę kwoty wadium zgodnie z postanowieniami Gwarancji Przetargowej nr 00/11/350/5788105.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium odwołujący wniósł w dniu 7 lipca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Skarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 46 ust 4a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że wniosek jaki zamawiający skierował do ubezpieczyciela o wypłatę wadium jest bezpodstawny. Podkreślał że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt 1070/11 nie stwierdziła, aby odwołujący w ogóle nie złożył jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu odnośnie podmiotu trzeciego, na którego zasobach wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp polegał tj. włoskiej spółki AEP srl, czy też zaniechał działań zmierzających do przedłożenia tych dokumentów. Wskazywał, że odwołujący złożył szereg dokumentów w celu wykazania, iż AEP srl. nie podlega wykluczeniu z postępowania, które to jednak dokumenty Izba uznała za niewystarczające.

Odwołujący wywodził nadto, że przepis artykuł 46 ust. 4a ustawy Pzp dotyczy sytuacji gdy wykonawca nie składa dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie dotyczy sytuacji gdy wykonawca składa dokumenty, ale czyni to niewłaściwie bądź dokumenty te nie potwierdzają danego warunku. Podkreślał konieczność zastosowania wykładni celowościowej a nie tylko literalnej analizowanego przepisu wywodząc, że celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp było wyłącznie zapobieżenie znowom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów, podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony nie wykazali stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili.

Odwołujący argumentował również, iż w dniach 21 kwietnia i 6 maja 2011 r. przedłożył zamawiającemu wszystkie żądane przez niego dokumenty (co potwierdził również sam zamawiający, uznając pierwotnie, że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą). Skoro więc, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący przedstawił wszystkie wymienione w wezwaniu dokumenty, to przesłanki wymienione w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w ogóle się nie zaktualizowały, a w konsekwencji zatrzymanie wadium uznać należy za pozbawione podstaw faktycznych i prawnych. Podkreślał, że nawet gdyby wykonawca nie złożył żądanych dokumentów, to zastosowanie przez zamawiającego sankcji wynikającej z art. 46 ust. 4a nie może mieć miejsca bez dogłębnej oceny tego czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wskazywał na trudności, jakie miał z ustaleniem jakie w istocie dokumenty powinien przedłożyć na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu odnośnie spółki AEP srl, wynikające z konieczności analizy prawa włoskiego i ustroju obowiązującego w tym kraju. Podnosił, iż polegał na oświadczeniach podmiotu trzeciego oraz na opiniach podmiotów zajmujących się zawodowo doradztwem w tym zakresie. Powoływał się w tym zakresie na korespondencję jaką prowadził w trakcie postępowania z przedstawicielami spółki AEP srl i włoską kancelarią prawną, załączoną do odwołania.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2011 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, pismo odwołującego z dnia 6 maja 2011 r., odwołanie, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1070/11, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył ofertę w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegał na zasobach podmiotu trzeciego – włoskiej spółki AEP srl, stosownie

do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która miała brać udział w realizacji części zamówienia.

Zgodnie z postanowieniem pkt 5.8 SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punktach 6.8 do 6.13 SIWZ (dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia).

Odwołujący, załączył do oferty oświadczenie spółki AEP srl z siedzibą we Florencji we Włoszech odnośnie braku postępowań upadłościowych i likwidacyjnych, braku zakazu udziału w przetargach, płaceniu podatków i składek na ubezpieczenia społeczne oraz niekaralności członków zarządu.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2011 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności zamawiający wezwał do uzupełnienia o „dokumenty i oświadczenia dotyczące AEP srl:

1. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (...)
2. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania spółka AEP srl, potwierdzające odpowiednio, że:
 - a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
 - b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
 - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,
3. zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp.

Odnośnie włoskiej spółki: AEP srl, Zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą we Włoszech wydaje się: „a) odpis z Izby Handlowej (...) tj. zaświadczenie o nie likwidacji i ogłoszeniu upadłości, b) zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami wystawiane przez właściwy terytorialnie Urząd Skarbowy (attestazione di regolarita fiscale rilasciata dall Agenzia delle Entrate), c) zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami i opłatami na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne (...), d) odpis z Rejestru Sądowego wystawiany przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie (certificato rilasciato dal casellario giudiziario, ufficio presso la Procura Della Repubblica di ogni Tribunale)".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 6 maja 2011 r. odwołujący złożył m.in.: zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami wystawiane przez Urząd Skarbowy (certificazione dei Carichi pendenti risultanti al. Sistema informativo dell'anagrafe tributaria wystawiony przez Agenzia Entrate) z 28 kwietnia 2011 r. oraz wydruk z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA" dotyczący niezalegania z podatkami na dzień 24.02.2011 r. oraz odpisy z Rejestru Sądowego wystawiony przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie dotyczące członków Zarządu firmy AEP srl. (Certificato dei Carichi Pendenti, wystawione przez Procura Della Repubblica Firenze).

W dniu 12 maja 2011 r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dn. 23.05.2011 drugi wykonawca, tj. konsorcjum Comarch S.A. i SkyCash Poland S.A., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 7 czerwca 2011 r. (wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 1070/11), uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza w przywoływanym wyroku stwierdziła, że niewystarczające w celu wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp było złożone przez odwołującego oświadczenie notarialne wystawione przez spółkę AEP srl. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że niewystarczające w celu wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp były złożone w wyniku w wezwania do uzupełnienia zaświadczenia z Rejestru Sądowego wystawione przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie dotyczące członków Zarządu firmy AEP srl (Certificato dei Carichi Pendenti, wystawione przez Procura Della Repubblica Firenze) tj. zaświadczenia o braku wpisów w Informatycznym Rejestrze Zawiadomień o Popęlnieniu Przystępstwa.

W dniu 27 czerwca 2011 r. Zamawiający, powołując się na przywoływany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, skierował do TUiR Allianz Polska S.A. - zakładu ubezpieczeń, który wystawił gwarancję wadialną zabezpieczającą ofertę odwołującego - wniosek o wypłatę wadium.

W dniu 28 czerwca 2011 r. zamawiający, wykonując wyrok Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1070/11, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu. W tym samym dniu zamawiający zawiadomił o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem cena drugiej oferty przewyższyła kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że zatrzymanie wadium jest czynnością jakiej zamawiający dokonuje w postępowaniu, o której mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przysługują wobec niej środki prawne określone w ustawie Pzp. Prawdopodobnie takiej decyzji zamawiającego podlega zatem badaniu przez Izbę. Na taką interpretację wskazuje, w ocenie Izby, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09). Sąd Najwyższy w przywoływanym postanowieniu wskazał, że *wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone ustawie z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Zasygnalizował również, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obecnie obowiązującym, posługuje się dużo bardziej ogólną formułą aniżeli w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r., a mianowicie: „*odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...*”, co doprowadziło Sąd do konkluzji, że „*Relatywnie łatwiej zatem obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści.*”*

Izba stwierdziła ponadto, że rozpoznaniu odwołania nie stoi na przeszkodzie przepis 180 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem postępowanie, w którym je wniesiono, jest postępowaniem o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. progi unijne).

Ustalono również, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu, zaś w wyniku decyzji zamawiającego o zatrzymaniu wadium może doznać uszczerbku majątkowego. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na uprzednie wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. 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.

Przywoływany przepis został wprowadzony nowelizacją ustawy Pzp z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), zaś jego celem było zapobieganie znikom wykonawców, którzy poprzez świadome niezapełnianie dokumentów doprowadzali do konieczności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę oferującego najwyższą cenę. Stosownie bowiem do uzasadnienia projektu ustawy celem omawianego przepisu było zapobieżenie sytuacjom, w których „grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Celem regulacji zawartej w art.46 ust.4a ustawy Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

Biorąc pod uwagę tak jasno sprecyzowany cel regulacji stwierdzić należy, że przy dokonywaniu wykładni przywoływanego przepisu należy uwzględnić również reguły wykładni celowościowej. Z tego względu nie można podzielić argumentacji odwołującego, że przesłankami umożliwiającymi zastosowanie ww. przepisu jest wyłącznie całkowita bierność wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ograniczenie stosowania omawianego przepisu wyłącznie do sytuacji fizycznego niezłożenia dokumentów byłoby niezgodnie z intencjami ustawodawcy, gdyż nie zapobiegałoby możliwości niedozwolonych porozumień przetargowych pomiędzy wykonawcami. Prowadziłoby to do konieczności akceptowania sytuacji, w której wykonawca ma możliwość odzyskania wadium pomimo złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego jakiegokolwiek oświadczenia lub dokumentu, a nawet takiego samego który został zakwestionowany przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż celem wezwania zamawiającego dokonywanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest uzupełnienie nie jakichkolwiek dokumentów lub oświadczeń, lecz dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. oświadczeń lub dokumentów, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu względnie oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających że oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Dlatego, w ocenie Izby, dyspozycją przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp objęta jest również sytuacja, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania

przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Z drugiej jednak strony podkreślić należy, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku nie wykonania przez wykonawcę 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. Należy badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zмовы przetargowej. Podkreślić również należy, że czynność zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i restrykcyjny, a więc powinna być bardzo ostrożnie stosowana.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że o zмовie wykonawców w przedstawionym stanie faktycznym nie można mówić. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego i konsorcjum COMARCH S.A. w Krakowie oraz SkyCash Poland S.A. w Gdańsku. Oferta odwołującego została pierwotnie wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza i dopiero w wyniku wniesienia odwołania przez ww. konsorcjum został on wykluczony z udziału w postępowaniu w wykonaniu wyroku Izby. Należy zwrócić uwagę, że odwołujący aktywnie brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i bronił swej oferty w postępowaniu odwoławczym, pozostając w przekonaniu że złożone przez niego dokumenty są prawidłowe. Odwołujący odpowiadał na wezwania do uzupełnienia dokumentów w terminach zakreślonych przez zamawiającego. Ponadto, we właściwych terminach przedłużał ważność złożonego przez siebie wadium jak również termin związania ofertą. Powyższe okoliczności świadczą o tym, iż odwołujący dążył do uzyskania zamówienia publicznego i nie było jego celem doprowadzenie do udzielenia zamówienia drugiemu wykonawcy, który zaoferował wyższą cenę.

W sprawie dokumentów dotyczących podmiotu włoskiego odwołujący kontaktował się ze spółką AEP srl, która zapewniała go, że dokumenty przekazane przez nią odwołującemu są prawidłowe (korespondencja z dnia 11 lutego 2011 r.), a ponadto zasięgał opinii kancelarii włoskich (korespondencja z dnia 19 kwietnia 2011 r.). Podnieść w tym miejscu należy, że należytą staranność podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą należy oceniać z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Tym niemniej zakwestionowane dokumenty dotyczyły spółki AEP srl., tj. podmiotu trzeciego nie będącego członkiem konsorcjum, który dodatkowo ma siedzibę we Włoszech. Wprawdzie wykonawca odpowiada za działania swego podwykonawcy, to jednak czynnik międzynarodowy, istnienie kilku

tożsamy lub wzajemnie uzupełniających się instytucji prawa włoskiego spowodowało, że odwołujący mógł mieć uzasadnione trudności z ustaleniem jakie w istocie dokumenty powinny zostać złożone w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia odnośnie spółki AEP srl.

Z powodów określonych wyżej Izba stwierdziła, iż decyzja zamawiającego o zatrzymaniu wadium, w okolicznościach niniejszej sprawy, była niezasadna. Potwierdził się podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że dnia 28 czerwca 2011 r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu i w tym samym dniu zawiadomił o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zaś obie czynności stały się ostateczne. Zatem czynność zamawiającego tj. zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym ostatecznym wykluczeniu wykonawcy z postępowania i ostatecznym unieważnieniu postępowania nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu. Wobec braku jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania – unieważnieniem postępowania a czynnością zatrzymania wadium, Izba w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....