

Sygn. akt: KIO/UZP 283/09

**WYROK**  
**z dnia 20 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec** protestu z dnia 11 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy „**NIRO**” **Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert oraz dokonanie wykluczenia wykonawcy NIRO Sp. z o.o. oraz wykonawcy „Aspen Res” Sp. z o.o. z postępowania.**

**2. kosztami postępowania obciąża Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec 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 **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec** na rzecz **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

## **Uzasadnienie**

### **WYNIK POSTĘPOWANIA**

W dniu 06.02.2009 r. zamawiający, Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego w Mielcu, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec, poinformował wykonawców biorących udział w prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na żywienie pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Powiatowym w Mielcu, o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W wyniku przeprowadzonej oceny, ofertę NIRO Sp. z o.o. sklasyfikowano jako najkorzystniejszą, ofertę Aspen Res Sp. z o.o. jako drugą, a ofercie Impel Catering Sp. z o.o., przyznano trzeci rezultat w ocenie punktowej.

## PROTEST

W dniu 12.02.2009 r. Impel Catering Sp. z o.o. wniosła protest na ww. czynności zamawiającego.

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 4a ustawy.

W związku z czym protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności wyboru oferty NIRO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie NIRO Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 46 ust. 4a Pzp;
- 3) wykluczenie Aspen Res Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 46 ust. 4a Pzp;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie wskazanych przepisów z powodu braku prawidłowo wniesionego wadium, tj. gwarancja wadialna przedstawiona przez wykonawcę nie obejmuje swoim zakresem okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp.

W odniesieniu do wykonawcy Aspen Res Sp. z o.o., protestujący podniósł, że również ten wykonawca nie wniósł prawidłowo wadium. W przypadku gwarancji bankowej przedstawionej przez wykonawcę wskazano, iż nie wymienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4 a ustawy. Mianowicie gwarancja zawiera tylko postanowienia o możliwości zaspokojenia się zamawiającego w przypadku wad i braków uzupełnień dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pomija natomiast uzupełnianie pełnomocnictw, które również mieszczą się w dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy. Tym samym brak jest zapewnienia gwaranta, co do wypłaty wadium w przypadku uchylenia się przez wykonawcę od uzupełnienia pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego.

## ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 23.02.2009 r. zamawiający protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający podniósł, iż NIRO Sp. z o.o. wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której treść została podana przez

zamawiającego w SIWZ. Przepis art. 24 ust 2 pkt 4 umożliwia wykluczenie z przetargu Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. NIRO Sp. z o.o. dokonała wniesienia wadium w dopuszczonej przez zamawiającego formie gwarancji ubezpieczeniowej, której treść jest tożsama z treścią wymaganą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oznacza to, iż wykonawcy nie mieli możliwości wniesienia gwarancji ubezpieczeniowej o treści innej aniżeli wskazana w SIWZ.

Uzasadnieniem instytucji wadium w toku postępowania przetargowego w sprawie dot. zamówienia publicznego jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w jego toku (tak orzeczenie UZP/ZO/O-285/06, wyrok ZAUZP 2006,02,06 LEX nr 181872 „Wniesienie wadium jest dokonane w chwili gdy interesy zamawiającego, postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone”). Z całą pewnością ocena czy interesy zamawiającego jest poza wykonawcami i należy wprost do zamawiającego.

W tym stanie rzeczy interes zamawiającego nie doznał uszczerbku w sytuacji gdy NIRO Sp. z o.o. dokonała wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej o treści wskazanej przez zamawiającego.

Zamawiający uznał, iż wniesione przez wykonawców wadium zabezpiecza jego interes w sposób dostateczny i również wobec braku zastrzeżeń przez wykonawców wobec SIWZ nie żądał od wykonawców uzupełnienia dokumentów.

Należy również podnieść, iż przepisy Pzp nie wymagają aby wadium złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej spełniało literalnie wszystkie zapisy art. 46 Pzp. Wadium, zgodnie z orzecznictwem musi być zgodne z SIWZ (Tak wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/O-950/07) a jego wykonanie nie może budzić wątpliwości (wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/O-2533/05).

Ponadto zamawiający wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem, z postępowania przetargowego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w ogóle. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14-07-2008 sygn. akt KIO/UZP/663/08 treść cyt. przepisu należy interpretować stosując wykładnię literalną. Oznacza to, iż tylko brak wadium a nie jakieś ewentualne nieścisłości umożliwiają wykluczenie wykonawcy z przetargu.

W odniesieniu do żądań wykluczenia Aspen Res Sp. z o.o., zamawiający podniósł, iż wadium złożone przez tego wykonawcę w formie gwarancji bankowej, spełnia zarówno wymogi siwz, jak i obowiązującej ustawy Pzp. Gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę zawiera bowiem wszystkie zapisy zgodne z art. 46 ust. 5 ustawy oraz zapisy zgodne z art. 46 ust. 4a ustawy. Zapis "nie złożył, w odpowiedzi na wezwanie Beneficjenta, o

którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub złożył takie dokumenty lub oświadczenia, jednakże zawierały one błędy" w pełni wyczerpują możliwość wypłaty na rzecz Zamawiającego wadium na zasadach określonych w siwz oraz ustawie. Należy bowiem zwrócić uwagę na pojęcie dokumentu zgodnie z regułami znaczeniowymi języka polskiego. W takiej sytuacji pełnomocnictwo to dokument. W przepisach Pzp nie chodzi bowiem o pełnomocnictwo w rozumieniu stosunku prawnego, ale o pełnomocnictwo w znaczeniu dokumentu stwierdzającego istnienie takiego stosunku. Zgodnie z art. 25 ustawy zamawiający ma prawo żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jedynie w przypadku składania ofert z art. 23 ust. 1 ustawy (wspólne ubieganie się o zamówienie) wykonawca zobligowany jest do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania Ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu Aspen Res Sp. z o.o. występuje jako podmiot samodzielny, reprezentowany zgodnie z aktualny odpisem Krajowego Rejestru Sądowego.

## ODWOŁANIE

W dniu 04.03.2009 Impel Catering Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu podtrzymano i powtórzono wszystkie zarzuty i żądania protestu.

Dodatkową argumentacją podniesioną polemicznie do stanowiska zamawiającego przedstawionego w uzasadnieniu oddalenia protestu, było twierdzenie, że w redakcji art. 46 ust 4a Pzp celowo dokonano podziału na dokumenty i oświadczenia o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz na pełnomocnictwa.

Zatem wbrew twierdzeniom zamawiającego należy przyjąć, że pełnomocnictwo nie stanowi dokumentu bądź oświadczenia w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, ponieważ przepis ten dotyczy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem popartym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, gwarancja bankowa powinna zawierać wszystkie warunki określone w przepisach prawa zamówień publicznych. W wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIOIUZP 19/09) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te zostały określone przepisami Pzp, tj. art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy.

Zdaniem odwołującego gwarancje przedłożone zarówno przez wybranego wykonawcę, jak i wykonawcę Aspen Res Sp. z o.o. nie zapewniają zamawiającemu pełnej możliwości zaspokojenia się z gwarancji w odniesieniu do wszystkich okoliczności przewidzianych w ustawie.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz treść gwarancji stanowiących wadium wniesione przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium.

Wadium wraz z odsetkami zatrzymywane jest natomiast w przypadku gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw (art. 46 ust. 4a Pzp). Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby za prawidłowo wniesione wadium należy uznać jedynie takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy, tj. zarówno w ustępie 4a i 5 tego przepisu. Celem regulacji ustawowej jest właśnie zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień zamawiającego poprzez konsekwencję przypadku wadium w przypadku zaistnienia określonych w powołanych ww. przepisach działań lub zaniechań wykonawców.

Zamawiający tworząc specyfikację istotnych warunków zamówienia, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który wykonawcy będą mogli wносить wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi powielać i powtarzać zapisów ustawy dotyczących form wnoszonego wadium czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Tym bardziej zamawiający w siwz nie może tworzyć własnych regulacji i stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie. Również wykonawcy powinni zadbać aby wnoszone przez nich wadnia były zgodne z ustawą, czyli np. w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z treści tych dokumentów musi wynikać zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą.

Tymczasem jak ustalił skład orzekający Izby wniesione przez NIRO Sp. z o.o. oraz Aspen Res Sp. z o.o. gwarancje wadialne nie odpowiadają ustawie w powoływanym zakresie.

Jak wynika z przedłożonej przez NIRO Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej wystawca gwarancji zobowiązał się jedynie do wypłacenia kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w siwz, a Zobowiązany, tj. NIRO Sp. z o.o. traci prawo do zwrotu kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności odpowiadających przesłankom utraty wadium z art. 46 ust. 5 ustawy. W świetle tak sformułowanych postanowień gwarancji wystawca nie jest natomiast w ogóle zobowiązany do wypłaty kwoty gwarantowanej w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust 4 a Pzp, a Zobowiązany w takim przypadku kwoty wadium nie straci.

Również w odniesieniu do gwarancji bankowej przedłożonej przez Aspen Res Sp. z o.o. stwierdzić należy, iż jak wynika z jej treści nie wyczerpuje ona wszystkich okoliczności przepadku wadium przewidzianych w art. 46 Pzp. Jak słusznie wskazał odwołujący, gwarancja ta pomimo, że przewiduje sytuację nie uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, to nie obejmuje zobowiązania do zapłaty kwoty wadium w przypadku niezpełnienia pełnomocnictw, do których również odnosi się art. 46 ust. 4 a Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zasługują na uwzględnienie wywody zamawiającego, iż treść przedłożonej gwarancji bankowej – co ma wynikać ze sformułowania „nie złożył, w odpowiedzi na wezwanie Beneficjenta, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub złożył takie dokumenty lub oświadczenia, jednakże zawierały one błędy” – obejmuje również przypadek niezpełnienia pełnomocnictw.

Jakkolwiek można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciem pełnomocnictwa w znaczeniu formalnym, tj. jako pisemnego dokumentu, z którego wynika umocowanie pełnomocnika, to jednak fakt ten jest dla oceny ww. sformułowania zupełnie relewantny. Skład orzekający Izby byłby skłonny podzielić stanowisko zamawiającego, co do oceny zakresu gwarancji jako obejmującej również niezuzpełnianie pełnomocnictw, jeżeli gwarant ograniczyłby się w jej treści jedynie do wskazania przypadku niezuzpełnienia dokumentów bez dalszego ich dookreślenia. W takim przypadku w świetle całości przepisów ustawy możliwe byłoby zakwalifikowanie pełnomocnictw jako mieszczących się w szerszym pojęciu (zbiorze) dokumentów. Niestety w przedmiotowej sytuacji wystawca gwarancji ograniczył zbiór dokumentów, do których treść gwarancji się odnosi, przez wyraźną *differentia specifica* brzmiącą „o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy”. Jakkolwiek pełnomocnictwo można uznać za dokument, to z pewnością nie można go uznać za dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W świetle reguły wykładni logicznej, nie można różnym terminom użytym w tym samym przepisie (tu: terminy „pełnomocnictwo” i „dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp” użyte przez ustawodawcę w art. 46 ust. 4a Pzp) przypisać takiego samego znaczenia i traktować zamiennie.

Jak wynika z powyższego cytowany fragment gwarancji bankowej złożonej przez Aspen Res Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu nie odnosi się do niezuzpełnienia pełnomocnictw, a jedynie do niezuzpełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Tym samym gwarancja nie obejmuje wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp.

W odniesieniu do obu gwarancji zamawiający w trakcie rozprawy oraz w rozstrzygnięciu protestu będącego przedmiotem odwołania podnosił, iż gwarancje wniesione przez wykonawców przede wszystkim odpowiadają wymaganiom siwz w zakresie okoliczności przypadku wadium, a postanowienia siwz w tym zakresie nie były oprotestowywane.

Ponadto zamawiający podniósł, iż w związku z tak sformułowanymi postanowieniami siwz wykonawca nie miał możliwości wniesienia gwarancji ubezpieczeniowej o odmiennej treści, a interes zamawiającego nie doznał uszczerbku w wyniku wniesienia przez NIRO Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej o treści wskazanej przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w pkt V.6 siwz zamawiający podał, iż wykonawca, którego oferta została wybrana, traci wadium wraz z odsetkami na rzecz zamawiającego, jeżeli:

- odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,



- zawarcie umowy w sprawie zamówienia stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jak wynika z przytoczonego fragmentu siwz zamawiający poinformował wykonawców jedynie o utracie wadium przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana. Do możliwej utraty wadium przez wykonawców, których oferta nie zostanie wybrana siwz się nie odnosi, czyli brak w niej informacji na temat zatrzymania wadium w przypadku wypełnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4 a ustawy.

Brak powyższej informacji nie oznacza jednak, iż zamawiający nie będzie zobligowany i uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Pzp, a wadia wnoszone przez wykonawców mają mu to umożliwić.

W odniesieniu do powyższego Izba stwierdza, że cytowane zapisy siwz nie mają charakteru normatywnego a jedynie charakter informacyjny i dlatego protest lub jego brak nie ma znaczenia. W żadnym razie nie określają jak ma wyglądać np. gwarancja ubezpieczeniowa wnoszona jako wadium lub jakie zapisy i postanowienia ma zawierać. Zamawiający podał jedynie niepełny katalog okoliczności, których zaistnienie skutkuje przepadkiem wadium, czym rzeczywiście mógł wprowadzać w wykonawców w błąd, co do rzeczywistego katalogu okoliczności skutkujących utratą wadium. Zamawiający nie zobowiązał jednak wykonawców do nadania gwarancji określonego kształtu lub ograniczenia katalogu przepadku wadium do podanego w siwz.

Jak zostało już podniesione zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania okoliczności skutkujących przepadkiem wadium. Jednakże w przypadku gdyby zamawiający *contra lege* tego dokonał i zobowiązał wykonawców do uwzględnienia powyższego we wnoszonych przez nich wadiach, hipotetycznie rozważać można skutki prawne realizacji przez wykonawców obowiązków nakładanych na nich przez postanowienia siwz. Natomiast w przypadku błędnej informacji czy pouczenia, z jakimi mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, wykonawcy i zamawiający nie są zwolnieni ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy i ponoszenia konsekwencji płynących z ich stosowania skutków prawnych.

Ponadto o możliwości sporządzenia i przedłożenia w postępowaniu gwarancji, która przynajmniej usiłowała będzie w pełni zadośćuczynić pełnym wymogom ustawy świadczyć może nawet gwarancja przedłożona przez Aspen Res Sp. z o.o., który wychodzi poza okoliczności przepadku wadium podane przez zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawcy mogli i powinni złożyć gwarancje wadialne odpowiadające ustawie, a zamawiający powinien takie gwarancje egzekwować ze skutkiem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje również, iż pojęcie „interesu zamawiającego zabezpieczanego wadium” jest pojęciem pozaustawowym. Ustawa takiego pojęcia nie zna i się nim nie posługuje. Z regulacji ustawy, konkretnie z art. 46 ust. 4a i 5, wprost wynika jedynie obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium, a z całokształtu regulacji ustawy wyprowadzić można obowiązek wykonawców, aby realizację obowiązków/uprawnień zamawiającego poprzez właściwe wniesienie wadium umożliwili pod sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Regulowane *stricte* przez ustawę obowiązki, w przeciwieństwie do jakkolwiek pojętego interesu, nie podlegają żadnym modyfikacjom i ocenom ze strony zamawiającego. Gwarancja wadialna, która nie przewiduje możliwości zaspokojenia we wszystkich możliwych sytuacjach przewidzianych ustawą, uniemożliwia realizację obowiązków zamawiającego związanych z przypadkiem wadium, a wadium w takim przypadku należy uznać za niezłożone.

Na ocenę prawną powyższego oraz stosowanie przepisów w takim przypadku, nie wpływają żadne konkretne okoliczności faktyczne w świetle których do przypadku wadium, np. ze względu na brak konieczności uzupełniania dokumentów, nie dojdzie.

Ponadto skład orzekający Izby wskazuje, iż stanowisko tożsame do prezentowanego w niniejszym orzeczeniu w przedmiocie wymaganego zakresu gwarancji i poręczeń wadialnych oraz wynikających stąd skutków prawnych, znajduje oparcie w ustalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu wskazać można wyroki KIO z dnia 20.01.2009 r. o sygn. akt 19/09, z dnia 23.01.2009 r. o sygn. akt 62/09, z dnia 24.02.2009 r. o sygn. akt. 160/09 i z dnia 05.03.2009 r. o sygn. akt 202/09.

W związku z powyższym, wobec braku wadium umożliwiającego zaspokojenie się zamawiającego w przypadku wystąpienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 Pzp, uznać należy, iż wykonawca NIRO Sp. z o.o. oraz wykonawca Aspen Res Sp. z o.o. podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający dopuszczając się zaniechania wykluczenia ww. wykonawców dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 4a Pzp i w takim zakresie zarzuty protestu i odwołania uznaje się za potwierdzone.

W konsekwencji naruszenia ww. przepisów ustawy Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza również zarzut naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Natomiast z uwagi na fakt, iż przedmiotowego zamówienia jeszcze nie udzielono, nie można przyjąć, iż nastąpiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1,1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....