

**Sygn. akt: KIO/UZP 155/08**

**WYROK**  
**z dnia 10 marca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (Lider) oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji Sp. z o.o., 00-048 Warszawa, ul. Mazowiecka 12 (Partner)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** protestu z dnia 5 lutego 2008r.

przy udziale wykonawców:

- 1. Konsorcjum: ARAM SP. z o.o., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180; Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,**
- 2. Konsorcjum: Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin; Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 00-222 Warszawa, ul. Sanguszki 1; Esaprojekt S.A, 40-955 Katowice, ul. Bytkowska 1A,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania**

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (Lider) oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji Sp. z o.o., 00-048 Warszawa, ul. Mazowiecka 12 (Partner),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (Lider) oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji Sp. z o.o., 00-048 Warszawa, ul. Mazowiecka 12 (Partner),** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego,
- 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (Lider) oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji Sp. z o.o., 00-048 Warszawa, ul. Mazowiecka 12 (Partner).**

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

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest „Zaprojektowanie i wykonanie portalu dostępowo-informacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości oraz systemu informatycznego Elektronicznego Katalogu Dokumentów Spółek”. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczono w dniu 15 lipca 2006 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dziennik Urzędowy UE 2006/S 110-118013).

W dniu 31 stycznia 2008 r., pismem z dnia 30 stycznia 2008 r., Ministerstwo Sprawiedliwości, zwane dalej „Zamawiającym” poinformowało Lidera Konsorcjum: ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz System 2000 Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Odwołującym” o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwaną dalej „ustawą Pzp” z powodu wyrządzenia szkody w wyniku niewykonania przez spółkę ComArch S.A. zamówienia zgodnie z umową PL2003/005-710/02.01.04, dotyczącą modernizacji Systemu Bezpieczeństwa Żywności dla GIS, a zawartą pomiędzy Fundacją Fundusz Współpracy a ComArch S.A., Zamawiający podniósł, iż szkoda nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, tj. do dnia 15 lipca 2008 r.

W dniu 5 lutego 2008 r. Odwołujący (pismem z dnia 4 lutego 2008 r.) wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż żaden z członków Konsorcjum Odwołującego nie wyrządził szkody, która nie została dobrowolnie naprawiona, a szkoda taka byłaby następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosiłby odpowiedzialność;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jednoczesnego przesłania do Odwołującego informacji określonej w tym przepisie;
3. naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przedwczesne przesłanie do Odwołującego informacji o wykluczeniu z postępowania – a co za tym idzie - przez przedwczesne wykluczenie z postępowania;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 5 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał protest oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 6 lutego 2008 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego w dniu 8 lutego 2008 r.) ARAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - Lider Konsorcjum firm: ARAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Konsorcjum ARAM” zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 6 lutego 2008 r. (wpływ faksem do Zamawiającego w dniu 8 lutego 2008 r.) Konsorcjum firm: Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Esaprojekt S.A. z siedzibą w Katowicach, zwane dalej „Konsorcjum Unizeto” zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 15 lutego 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż ustalony stan faktyczny wskazuje na to, iż ComArch S.A. nie wykonał w terminie do dnia 30 czerwca 2006r. umowy o zamówienie publiczne nr PL2003/005-710/02.01.04 zawartej z Fundacją Fundusz Współpracy, a dotyczącą modernizacji Systemu Bezpieczeństwa Żywności dla GIS, konsekwencją czego było odstąpienie przez Fundację od umowy zawartej z firmą ComArch S.A. i dochodzenie kar umownych oraz odszkodowania za poniesioną szkodę.

Pismem z dnia 19 lutego 2008 r. (wpływ do Prezesa Urzędu zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymując zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wnosząc o jego uwzględnienie. Przedmiotowe odwołanie zostało nadane do Zamawiającego oraz do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 lutego 2008 r.

Pismem z dnia 21 lutego 2008 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jednocześnie wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Pismem z dnia 26 lutego 2008 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 5 marca 2008 r.) Konsorcjum Unizeto zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 marca 2008 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w tej samej dacie) Konsorcjum ARAM zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz po wysłuchaniu wyjaśnień i oświadczeń oraz dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący niewątpliwie ma interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp potwierdził się. Izba uznała za nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania publicznego na podstawie ww. przepisu.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy:

1. w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie,
2. szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania,
3. *a contrario* niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego należy interpretować jako niewykonanie zobowiązania lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Niewykonanie zamówienia ma miejsce wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle zrealizowane. Natomiast pojęcie „nienależyte wykonanie zamówienia” jest pojęciem bardzo szerokim i może obejmować tyle sytuacji, ile jest rodzajów indywidualnych świadczeń. „Nienależycie wykonanym zamówieniem” będzie więc sytuacja, w której interes wierzyciela nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści umowy, gdy wykonawca nie spełnia świadczenia, które zgodnie z treścią umowy należy się zamawiającemu, gdy uchybia terminowi spełnienia świadczenia, spełnia świadczenie w części, jak również spełnia świadczenie w innym miejscu niż to przewiduje umowa, czy też spełnia świadczenie wadliwe itp. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia stanowi więc uchybienie obowiązkowi wynikającemu z treści zobowiązania (opinia UZP dot. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Aby jednak na tej podstawie móc wykluczyć wykonawcę koniecznym jest, aby skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia została wyrządzona szkoda, której wielkość powinna być znana. Wyrządzenie szkody jest bowiem tym elementem, który decyduje o spełnieniu tej przesłanki.

W dniu 30 listopada 2005 r. została zawarta umowa pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowanym przez Urząd Komitetu Integracji Europejskiej (UKIE), w imieniu którego działała Fundacja Fundusz Współpracy, a firmą ComArch S.A. Przedmiotem umowy była „Modernizacja Systemu Bezpieczeństwa Żywności – SBŻ II” w ramach projektu Phare nr 2003/005-710.02.01.

Zgodnie z art. 4 „Okres wykonania umowy” pkt 4.2. przedmiotowa umowa miała być wykonana w terminie do dnia 30 czerwca 2006 r.

Firma ComArch S.A „nie wykonała umowy w terminie” i „kontynuowała pracę, będąc świadomy, iż zostaną naliczone kary za przekroczenie terminu zgodnie z zapisami umowy” (pismo Fundacji Fundusz Współpracy, znak: JFK/PPR-DRW-ŁK/406/01/07/4901 z dnia

14 grudnia 2007 r.), jak również nie wykonała umowy w terminie wskazanym w wezwaniu z dnia 17 listopada 2006 r. do wykonania umowy, który określono na dzień 30 listopada 2006 r. Jednak dopiero pismem z dnia 18 czerwca 2007 r. Fundacja Fundusz Współpracy odstąpiła od przedmiotowej umowy, jednocześnie wzywając firmę ComArch S.A. do zapłacenia kwoty odszkodowania z tytułu kary umownej w wysokości 15% wartości umowy oraz odszkodowania w związku z zaistnieniem u Beneficjenta szkody przekraczającej wartość kary umownej.

Postępowanie o zamówienie publiczne na „Zaprojektowanie i wykonanie portalu dostępowo-informacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości oraz systemu informatycznego Elektronicznego Katalogu Dokumentów Spółek” zostało wszczęte w dniu 15 lipca 2006 r.

Z powyższego wynika, iż kluczowym dla niniejszej sprawy jest okres od dnia 1 lipca 2006 r. do dnia 15 lipca 2006 r.

Ponieważ zasadność wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego z postępowania musi wynikać z odpowiednio udowodnionej, konkretnej, kwotowo określonej szkody wyrządzonej przez niego przy wykonywaniu zamówienia publicznego w ciągu ostatnich trzech lat (wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 4 listopada 2004 r., sygn. akt II Ca 675/04) kwestią istotną jest ustalenie czy w okresie od dnia 1 lipca 2006 r. do dnia 15 lipca 2006 r. wysokość szkody była już znana i czy była możliwa do ustalenia, w tym właśnie okresie.

Umowa zawarta przez Fundację Fundusz Współpracy z ComArch S.A. przewidywała w artykule 12 „Kary umowne” pkt 12.1 podpunkt 1 i 2 prawo do naliczania kar umownych „za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w umowie w wysokości 0,5% wartości części umowy, której dotyczy opóźnienie” oraz „za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 15% wartości umowy”. Niemniej jednak obowiązek zapłaty kary umownej, w przedmiotowym okresie z tytułu opóźnienia, nie jest równoznaczny z istnieniem szkody po stronie zamawiającego, która stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (M. Płużański, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck, Warszawa 2005, str. 118).

W świetle orzecznictwa SN wyrządzenie szkody nie stanowi przesłanki powstania roszczenia o zapłatę kary umownej. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. (uchwała SN z 06.11.2003 r., sygn. akt III CZP/61/03, OSNC z 2004r., Nr 5, poz. 69; uchwałe tej SN nadał moc zasady prawnej).

Po dniu 30 czerwca 2006 r., tj. po dacie upływu terminu wykonania umowy ComArch S.A. nadal realizował umowę, kontynuując działania mające na celu jej pełne wykonanie.

Istotnie, pismem z dnia 24 maja 2006 r. Fundacja Fundusz Współpracy wyraziła zaniepokojenie z opóźnienia prac realizowanych w wykonaniu ww. umowy, wskazując jednocześnie, iż w przypadku niedotrzymania terminu wykonania umowy powstaną dodatkowe koszty utrzymania systemu na niezmienionych zasadach, co w konsekwencji może spowodować konieczność pokrycia szkody przez ComArch S.A. Nie wskazała jednak nawet przybliżonej wysokości ewentualnego odszkodowania.

Po raz pierwszy wysokość odszkodowania w formie rzeczywistych kosztów poniesionych przez Państwową Inspekcję Sanitarną za łącza POLPAK-T i PESEL-NET (za okres lipiec 2006 – listopad 2006) określono na kwotę 284.176,66 zł pismem znak: GIS-WI-076-1/SB/07 z dnia 12 czerwca 2007r. W następstwie ustaleń dokonanych przez strony umowy kwota przedmiotowego odszkodowania została ostatecznie pomniejszona „o połowę kosztu utrzymania łączy dla potrzeb SBŻ za miesiąc listopad oraz połowę października, a więc okres, co do którego między stronami istniał spór dotyczący rzekomego uniemożliwienia realizacji projektu” i ostatecznie ustalona w wysokości 245.000,00 zł.

Powyższe oznaczają, iż rzeczywista wartość szkody została ustalona dopiero w czerwcu 2007 r.

Po 1 lipca 2006 r., a przed 15 lipca 2006 r. Fundacja nie podjęła więc żadnych działań umożliwiających ComArch S.A. naprawienie szkody. Jak podniósł Odwołujący na rozprawie Fundacja milcząco wyraziła zgodę na przedłużenie terminu realizacji umowy, na co wskazuje pismo z 18 czerwca 2007 r., w którym jako dzień wykonania umowy wskazano 30 listopada 2006 r. Dlatego też działania mające na celu ostateczne wykonanie, a następnie odstąpienie od umowy podjęła dopiero odpowiednio: w listopadzie 2006 r. i czerwcu 2007 r.

Wykonawca, który nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie powinien mieć możliwość dobrowolnego naprawienia szkody. W przypadku braku wystąpienia o naprawienie szkody jest on bowiem pozbawiony tej możliwości, a szkoda powinna mieć określoną wartość - trudno żądać naprawienia szkody o nieokreślonej wartości (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 124/07; podobnie wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 125/07). Wykonawca mógł nie wiedzieć o wystąpieniu szkody i jej wysokości. W przedmiotowym stanie faktycznym, obejmującym okres od dnia 1 lipca 2006 r. do dnia 15 lipca 2006 r., ComArch S.A. nie miał możliwości naprawienia szkody, gdyż z całą pewnością nie znał jej wartości. W lipcu 2006r. Fundacja nie tylko, że nie sprecyzowała szkody, ani też nie określiła jej wysokości, ale jej nawet nie znała. Dlatego też ComArch S.A. realizując nadal umowę, nie mógł naprawić ewentualnej szkody w sposób dobrowolny, gdyż, jak wykazano, nie znał jej wysokości.

Na rozprawie Przystępujący Unizeto podniósł także, iż brak było możliwości ustalenia szkody na dzień 1 lipca 2006 r. w odniesieniu do łączy internetowych, co spowodowane było brakiem możliwości ustalenia okresu, w którym łącza te miały być dzierżawione.

Natomiast Odwołujący niewątpliwie dokonał dobrowolnej zapłaty kwoty odszkodowania, w wykonaniu porozumienia z dnia 31 października 2007 r. w sprawie odstąpienia od umowy na modernizację Systemu Bezpieczeństwa Żywności - SBŻ II w ramach projektu Phare 2003/005-710.02.01 „Wdrożenie Strategii Bezpieczeństwa Żywności zawartej w dniu 30 listopada 2005 r. Kwotę odszkodowania uregulował bowiem w dniu 12 listopada 2007 r.

Szkoda, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp musi powstać jako następstwo okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ponadto w przedmiotowej sprawie, na żadnym jej etapie, Fundacja w sposób jednoznaczny nie wykazała, iż niewykonanie lub też nienależyte wykonanie zamówienia, nastąpiło wyłącznie z winy ComArch S.A, a nawet podniosła, iż kwestia winy była kwestią sporną, wobec czego odstąpiono od jej ustalenia.

Nadto należy dodać, iż istnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp może być dowodzone za pomocą każdego środka dowodowego, a więc dokumentu, opinii biegłych, jak i zeznań świadków. Dokumentem potwierdzającym niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia może być, np.: protokół odbioru robót z zastrzeżeniami co do ich jakości, wezwanie do usunięcia wad dzieła, wezwanie do zapłaty kar umownych itp. Tym bardziej może być ono stwierdzone wyrokiem. W przedmiotowej sprawie takim dokumentem jest niewątpliwie pismo Fundacji z dnia 18 czerwca 2007 r., dotyczące odstąpienia od umowy oraz konkretyzujące wielkość szkody (odszkodowanie z tytułu kary umownej w wysokości 15% wartości umowy oraz odszkodowanie w związku z zaistnieniem szkody przekraczającej wartość kary umownej). Ten dokument potwierdza niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy jednak na dzień 30 listopada 2006 r. Jednocześnie należy podnieść, iż art. 16 pkt 16.5 umowy z dnia 30 listopada 2005 r. stanowi, iż „w razie odstąpienia od umowy, strony umowy sporządzą w terminie 5 dni od daty odstąpienia, protokół inwentaryzacji wykonanych, a nieuregulowanych finansowo prac/zadań. Protokół inwentaryzacji będzie stanowić w tym przypadku podstawę do ostatecznego rozliczenia umowy”. Dlatego też należy stwierdzić, iż taki protokół powinien być uznany za dowód niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia i stanowić podstawę do rozważań czy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp czy też nie.

Reasumując, w sytuacji gdy do dnia wszczęcia postępowania o zamówienie (15 lipca 2006 r.) wykonawca nie miał wiedzy o wysokości szkody, wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie było zasadne.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.



Przepis ten określający obowiązek jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, dotyczy wyłącznie postępowań przeprowadzanych w trybie: przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę. Dlatego nie ma on zastosowania do przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy Pzp nie może być rozpatrzony, gdyż został podniesiony dopiero w odwołaniu, a zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 zdanie 1 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp potwierdził się. Zdaniem Izby doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego do wysokości 3.600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....