

Sygn. akt: KIO/UZP 1547/10

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Piotr Kozłowski
Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/rozprawie w dniu 3 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **28 czerwca 2010 r.**

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Handlowe PROSERWIS Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 16, 41-400 Mysłowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdziestu czterech złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze** na rzecz **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**.

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

Zamawiający KOMPANIA WĘGLOWA S.A. Centrum Wydobywcze Wschód 43-155 Bieruń ul. Granitowa 16 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa kabli sygnalizacyjnych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r. (zadanie nr 1)”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

29.09.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 187-269641.

18.06.2010 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Handlowe PROSERWIS Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 16, 41-400 Mysłowice.

28.06.2010 r. wykonawca PETEK i wspólnicy, Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze wniósł protest na czynności zamawiającego w zakresie zadania nr 1 polegające na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy „PROSERWIS” jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu przed ponownym wyborem najkorzystniejszej oferty powiadomienia wszystkich wykonawców o uchyleniu pierwotnej czynności wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS;
- 3) zaniechaniu powiadomienia wszystkich wykonawców o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) zaniechaniu wezwania wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia brakujących i błędnych dokumentów;
- 5) zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy PROSERWIS z postępowania i odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp przez nadużycie uprawnienia do wezwania PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia zawierających błędy dokumentów stanowiących integralną część oferty;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez wielokrotne wzywianie wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów stanowiących załączniki do oferty;
- 3) art. 5 pkt 5 i pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087, z 2005 r. Nr 64, poz. 565 i Nr 267, poz. 2258, z 2006 r. Nr 170, poz. 1217, Nr 235, poz. 1700 i Nr 249, poz. 1832 i poz. 1834, z 2007 r. Nr 21, poz. 124, Nr 192, poz. 1381, z 2008 r. Nr 157, poz. 976 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 Nr 18, poz. 97) – przez nie wykazanie w sposób dostateczny spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu, tj. nie wykazanie, że podmioty ALFA-ELEKTRO Sp. z o.o. oraz ZREP Sp. j. są upoważnionymi przedstawicielami Zakładów Kablowych BITNER, a w konsekwencji, nie wykazanie, że są one uprawnione do wystawienia w imieniu wytwórcy BITNER deklaracji zgodności dla kabli producenta BITNER oferowanych przez wykonawcę PROSERIWS;

- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROSERWIS z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 84 ust. 1 Pzp – przez niedopuszczalną zmianę treści oferty, tj. przez zaoferowanie po otwarciu ofert kabli innego producenta niż pierwotnie;
- 6) postanowień pkt 3 podpunkt 2 załącznika nr 1 do specyfikacji – przez powołanie się na nieaktualną dyrektywę 73/23/EWG zamiast na dyrektywę 2006/95/WE;
- 7) postanowień pkt 4 podpunkt 1 załącznika nr 1 do specyfikacji przez niezłożenie wraz z deklaracją zgodności na kable DRUT-PLAST załącznika 2a, tj. wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymaganych parametrów techniczno-użytkowych, wymagań prawnych oraz wymaganych dokumentów oferowanych kabli sygnalizacyjnych;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROSERWIS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji;
- 9) art. 183 ust. 6 Pzp – przez zaniechanie powiadomienia wykonawców o uchyleniu czynności wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS oraz o powtórzeniu czynności będącej przedmiotem pierwotnego protestu, w tym o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS jako najkorzystniejszej ze względu na jej wadliwość;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie wykonawcy PROSERWIS z postępowania i odrzucenie jego oferty;
- 4) wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Przedmiotem protestu są inne okoliczności, niż podnoszone w proteście z dnia 5 lutego 2010 r. W konsekwencji nie znajduje zastosowania art. 181 ust. 6 i ust. 7 Pzp.

Argumentacja protestującego:

1. Stan faktyczny

1.1. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na „Dostawę kabli sygnalizacyjnych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.”.

1.2. Zgodnie ze specyfikacją, dla potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, każdy z wykonawców zobowiązany był do złożenia deklaracji zgodności, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji

oraz wykazu parametrów techniczno-użytkowych, wymagań prawnych, oraz wymaganych dokumentów oferowanych kabli sygnalizacyjnych, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2a do specyfikacji. Przedmiot zamówienia, zgodnie z dyspozycją pkt 3 podpunkt 2 załącznika nr 1 do specyfikacji, miał odpowiadać m.in. wymaganiom dyrektywy 2006/95/WE, dotyczącej harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich odnoszących się do sprzętu elektrycznego przeznaczonego do stosowania w określonych granicach napięcia.

1.3. W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu protestujący złożył kompletną ofertę, zgodną z wymogami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i specyfikacji. W szczególności protestujący wraz z ofertą złożył wszystkie oświadczenia i dokumenty bezwzględnie wymagane przez zamawiającego dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym poprawną deklarację zgodności.

1.4. Przed ogłoszeniem przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, protestujący korzystając z prawa wglądu do ofert, zapoznał się z ofertą złożoną przez wykonawcę PROSERWIS. Protestujący stwierdził, że oferta wykonawcy PROSERWIS jest niezgodna z wymogami postawionymi w specyfikacji, gdyż załączono do niej nieprawidłowo wystawioną deklarację zgodności.

Deklaracja zgodności została wystawiona przez wykonawcę PROSERWIS w imieniu producenta kabli oferowanych przez wykonawcę PROSERWIS, tj. przez Zakłady Kablowe BITNER z siedzibą w Krakowie (dalej: „BITNER”), które nie współpracują z wykonawcą PROSERWIS. Na potwierdzenie tej okoliczności protestujący przedstawił zamawiającemu pismo z 26 października 2009 r., w którym BITNER informuje, że wykonawca PROSERWIS nie jest jego upoważnionym przedstawicielem oraz że nie udzielił pełnomocnictwa ani nie wyraził zgody na posługiwanie się przez wykonawcę PROSERWIS dokumentacją techniczną i handlową zakładu BITNER. Ponadto wykonawca PROSERWIS przedstawił deklarację zgodności dla kabli typu YKSY, podczas, gdy powinien dodatkowo przedstawić deklarację zgodności na kable wskazane w poz. 1.1, 1.4, 1.5 i 1.9 formularza ofertowego.

1.5. W związku z pismem producenta BITNER, zamawiający wezwał wykonawcę PROSERWIS do złożenia wyjaśnień odnośnie treści deklaracji zgodności załączonej do oferty. W następstwie wezwania, wykonawca PROSERWIS wyjaśnił, że jego bezpośrednim dostawcą kabli jest dystrybutor ZREP, którego z kolei dostawcą jest dystrybutor ALFA-ELEKTRO. Wykonawca PROSERWIS do swojego pisma wyjaśniającego załączył deklaracje zgodności wystawione przez dystrybutora ALFA-ELEKTRO dla dystrybutora ZREP i przez dystrybutora ZREP dla wykonawcy PROSERWIS oraz wskazał, że w oparciu o te pisma wystawił deklarację zgodności załączoną do swojej oferty. Obie deklaracje zostały wystawione ogólnie dla kabli sygnalizacyjnych, bez wskazania ich nazwy, typu, klasy *et cetera*.

1.6. Pismem z 26 stycznia 2010 r. zamawiający poinformował protestującego o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS jako najkorzystniejszej. Na tę czynność zamawiającego, protestujący 5 lutego 2010 r. złożył protest, w którym wskazał m.in. na nieprawidłowości w dokumentach złożonych przez wykonawcę PROSERWIS wraz z ofertą. W szczególności protestujący podniósł, że przedstawiona przez wykonawcę PROSERWIS deklaracja zgodności:

a) odnosi się wyłącznie do kabli YKSY, a nie obejmuje kabli wskazanych w pozycjach 1.1, 1.4, 1.5 i 1.9 oferty,

b) została wystawiona przez wykonawcę PROSERWIS, który nie jest upoważnionym przedstawicielem producenta BITNER.

1.7. Zamawiający pismem z 16 lutego 2010 r. częściowo uwzględnił protest w zakresie rodzajów kabli, które obejmuje deklaracja zgodności, a częściowo go oddalił – w zakresie dotyczącym uprawnienia wykonawcy PROSERWIS do wystawienia deklaracji zgodności w odniesieniu do kabli produkowanych przez producenta BITNER. W ślad za rozstrzygnięciem protestu, 21 kwietnia 2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę PROSERWIS do przedstawienia deklaracji zgodności na część kabli, której pierwotnie wykonawca PROSERWIS w deklaracji zgodności nie uwzględnił.

1.8. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, 28 kwietnia 2010 r. wykonawca PROSERWIS przedstawił zamawiającemu deklarację zgodności producenta DRUT-PLAST, tj. innego producenta kabli niż pierwotnie. Deklaracja zgodności stwierdza, że wyrób, dla którego została ona wydana jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy niskonapięciowej 73/23/EWG. DRUT-PLAST w piśmie z 6 maja 2010 r. poinformował zamawiającego, że wykonawca PROSERWIS nie jest jego upoważnionym przedstawicielem, a co za tym idzie nie był uprawniony do wystawienia deklaracji zgodności oraz że deklaracja zgodności przedstawiona przez wykonawcę PROSERWIS nie odwołuje się do wymaganej przez zamawiającego dyrektywy 2006/95/WE. Dodatkowo producent DRUT-PLAST skierował do zamawiającego pismo z 21 czerwca 2010 r.

1.9. Protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zostało odrzucone przez Izbę. Przyczyną odrzucenia odwołania było jego wniesienie po terminie, bez rozpoznawania meritum sprawy. Wniesienie odwołania po terminie zostało spowodowane nieuzasadnionym nieprzekierowaniem przesyłki przez Poczta Polską na prawidłowy adres Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z żądaniem protestującego.

1.10. Pismem z 18 maja 2010 r. zamawiający poinformował protestującego, że przytoczone w pkt 1.8 twierdzenia protestującego są nieuzasadnione i nie będą miały wpływu na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. W konsekwencji 17 czerwca 2010 r., oferta wykonawcy PROSERWIS, pomimo że nadal nie odpowiada wymogom

postawionym przez zamawiającego w specyfikacji, została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą.

2. Stan prawny

2.1. Naruszenie zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy (art. 26 ust. 3 Pzp):

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców do złożenia właściwych dokumentów lub poprawienia dokumentów w wyznaczonym terminie. Zgodnie z linią orzecznictw KIO, obowiązuje zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu: ponowienie czynności wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu stanowi błąd zamawiającego (KIO 1088/09 i UZP/ZO/O-2915/06). Istnienie wad uzupełnionego dokumentu nakłada na zamawiającego obowiązek wyciągnięcia konsekwencji ustawowych wobec wykonawcy i wykluczenie go z postępowania.

2.2. Naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp):

Zamawiający kilkakrotnie wzywał wykonawcę PROSERWIS do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia złożonej przez niego oferty w odniesieniu do deklaracji zgodności, co w świetle przytoczonego w pkt 2.1 wyroku KIO jest niedopuszczalne. Poza wykonawcą PROSERWIS zamawiający nie wzywał innych wykonawców do wyjaśniania lub uzupełnienia dokumentów ofertowych. Stanowi to przejaw naruszenia zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Przyjmuje się, że przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty, zamawiający rażąco narusza, ustawę, co w konsekwencji skutkuje nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2.3. Niespełnienie warunków w zakresie systemu oceny zgodności (art. 5 pkt 10 soz):

Niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, deklaracja zgodności stanowi oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami. Za producenta uznaje się podmiot, który projektuje i wytwarza wyrób albo dla którego ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Upoważnionym przedstawicielem producenta jest natomiast osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, mająca siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony

umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym upoważniona przez producenta na piśmie do działania w jego imieniu.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności nie posługuje się pojęciem dalszego upoważnionego przedstawiciela producenta.

2.4. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 5 pkt 10 soz):

Wskutek licznych wezwań do uzupełnienia lub poprawienia oferty kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy PROSERWIS, wykonawca PROSERWIS nie wykazał w sposób dostateczny spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu. W szczególności wykonawca PROSERWIS nie wykazał, że dystrybutorzy ALFA-ELEKTRO oraz ZREP są upoważnionymi przedstawicielami producenta BITNER, a co za tym idzie, nie wykazał, że są oni uprawnieni do wystawienia w imieniu producenta BITNER deklaracji zgodności dla kabli BITNER oferowanych przez wykonawcę PROSERIWS. Dodatkowo należy podkreślić, że zaakceptowanie podnoszonych w toku postępowania wyjaśnień wykonawcy PROSERWIS, z których wynika, że dystrybutor ZREP jest upoważniony do wystawienia deklaracji zgodności na kable BITNER przez dystrybutora ALFA-ELEKTRO jest niedopuszczalne w świetle przytoczonych w pkt 2.3 regulacji ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności.

2.5. Niedopuszczalna zmiana treści oferty (art. 84 ust. 1 Pzp):

Zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, przed upływem terminu do składania ofert. Zmianą oferty jest m.in. zaoferowanie przedmiotu zamówienia pochodzącego od innego producenta niż wykonawca zaoferował pierwotnie. Wykonawca PROSERWIS zaoferował zamawiającemu kable producenta BITNER, a następnie w wyniku wezwania do przedstawienia prawidłowej deklaracji zgodności na kable producenta BITNER, kable producenta DRUT-PLAST. W świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest to niedopuszczalne i stanowi naruszenie nie tylko art. 84 Pzp. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, że zaakceptowanie przez zamawiającego takiej praktyki, stanowi również poważne naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, zwłaszcza w kontekście wyłonienia oferty wykonawcy PROSERWIS jako najkorzystniejszej.

2.6. Braki w ofercie (pkt 3 ppkt 4 zał. nr 1 do specyfikacji, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp):

Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że wykonawca PROSERWIS mógł złożyć deklarację zgodności na kable producenta DRUT-PLAST po otwarciu ofert, to i tak jego oferta wciąż zawiera braki. Zgodnie ze specyfikacją każdy wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą wykazu parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia,

spełnienia wymagań prawnych oraz wykaz załączonych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2a do specyfikacji. Wykonawca PROSERWIS złożył wskazany dokument wraz z nieprawidłową deklaracją zgodności na kable producenta BITNER. Zważywszy, że załącznik nr 2a stanowi oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez oferowane kable sygnalizacyjne opisanych w nim warunków, to w przypadku zmiany kabli na kable innego producenta, wykonawca powinien przedstawić załącznik nr 2a ponownie. Wykonawca PROSERWIS nie przedstawił wraz z deklaracją zgodności producenta DRUT-PLAST wymaganego przez zamawiającego załącznika 2a.

2.7. Braki w ofercie (pkt 3 ppkt 4 zał. nr 1 do specyfikacji, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)

W deklaracji zgodności na kable producenta DRUT-PLAST podano informacje, że produkt nią objęty jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy niskonapięciowej 73/23/EWG, zamiast dyrektywy 2006/95/WE. Zamawiający wymagał w specyfikacji, by oferowane przez wykonawców kable sygnalizacyjne odpowiadały warunkom opisanym w dyrektywie 2006/95/WE. Zważywszy na fakt, że dyrektywa 2006/95/WE, która weszła w życie z dniem 16 stycznia 2007 r. uchyliła Dyrektywę 73/23/EWG oraz że w preambule do dyrektywy 2006/95/WE wyraźnie wskazano, że Dyrektywa 73/23/EWG z dnia 19 lutego 1973 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia elektrycznego przewidzianego do stosowania w niektórych granicach napięcia została znacząco zmieniona, przedstawioną przez wykonawcę PROSERWIS deklarację zgodności na kable producenta DRUT-PLAST należy uznać za nieaktualną.

2.8. Naruszenie zasad postępowania dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych (art. 183 ust. 5 Pzp):

Jak wynika z art. 183 ust. 5 Pzp, w przypadku uwzględnienia protestu lub częściowego uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność. Powtarzając oprotestowaną czynność, zamawiający wykonuje ją zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu oraz zgodnie z przepisami ustawy i postanowieniami specyfikacji. Gdy przedmiotem protestu była czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponowny wybór najkorzystniejszej oferty jest możliwy dopiero po uchyleniu poprzedniego wyboru oferty oraz po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert. O wszystkich podejmowanych w następstwie rozstrzygnięcia protestu czynnościach, w szczególności o powtórzeniu czynności, zamawiający – zgodnie z art. 183 ust. 6 Pzp – powinien niezwłocznie informować wszystkich wykonawców, m.in. w celu zapewnienia im

możliwości korzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej. Jest to bezwzględny obowiązek zamawiającego.

2.9. Naruszenie zasad postępowania dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych (art. 183 ust. 5 Pzp):

Gdy w następstwie rozstrzygnięcia protestu zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, to może to uczynić wyłącznie po uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów, z którego wynika, że nie jest możliwe – po wyborze najkorzystniejszej oferty – uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów dopiero po uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu badania i oceny ofert: Nie jest możliwe – po wyborze najkorzystniejszej oferty – uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający może wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów dopiero po uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu badania i oceny ofert.

2.10. Naruszenie zasad postępowania dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych (art. 183 ust. 5 Pzp)

Zamawiający nie zawiadomił protestującego o uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ani o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Jedynym pismem otrzymanym przez protestującego od zamawiającego po rozstrzygnięciu protestu było zawiadomienie o ponownym wyborze oferty wykonawcy PROSERWIS jako najkorzystniejszej. Zamawiający nie uchylił również pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, co w świetle przytoczonego w pkt 2.9 wyroku Zespołu Arbitrów jest niedopuszczalne.

3. Podsumowanie

Zamawiający po rozstrzygnięciu pierwszego protestu zobowiązany był:

3.1) uchylić czynność wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS i powiadomić o tym na piśmie wszystkich wykonawców;

3.2) powiadomić na piśmie wszystkich wykonawców o przystąpieniu do powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert;

3.3) wezwać na piśmie wykonawcę PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów;

3.4) w sytuacji, gdy wykonawca PROSERWIS nie zastosował się do wezwania zamawiającego, w szczególności, gdy złożył dokumenty, z których wynika, że doszło do

zmiany treści pierwotnej oferty oraz które dodatkowo są niezgodne z treścią specyfikacji, wykluczyć wykonawcę PROSERWIS z postępowania i odrzucić jego ofertę;

3.5) powiadomić wszystkich wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty protestującego jako spełniającej wszystkie wymogi wynikające ze specyfikacji i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zachował wskazanej powyżej sekwencji czynności, w konsekwencji czego dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy, w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą PROSERWIS umowy w sprawie zamówienia publicznego skutkować będzie jej bezwzględną nieważnością.

30.06.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

02.07.2009 r. wykonawca PROSERWIS złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

07.07.2010 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Protestujący wykazał istnienie interesu prawnego we wniesieniu protestu, który polega na tym, że w przypadku jego uwzględnienia oferta protestującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Protest nie zasługuje na uwzględnienie.

Argumentacja zamawiającego:

Ad 1 i 2. Zarzut protestującego podniesiony w pkt 1 i 2 protestu polegający na naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez wielokrotne wzywianie wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów stanowiących załącznik do oferty uznać należy za całkowicie bezzasadny, gdyż zamawiający nie naruszył zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Zamawiający w związku z otrzymanym pismem Biura Zamówień Publicznych i Przetargów o znakach Z/ZZ/ZZM/11611/B W/2009 z 2 grudnia 2009 r., działając zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, pismem DJ2/EZ/3721/KK/09 z 8 grudnia 2009 r. wezwał wykonawcę PROSERWIS do wyjaśnienia złożonej do oferty deklaracji zgodności (str. 33 oferty) w aspekcie otrzymanego od ZK BITNER pisma z 26 października 2009 r. i pisma protestującego z 7 grudnia 2009 r. Zamawiający 10 grudnia 2009 r. otrzymał od wykonawcy PROSERWIS odpowiedź na ww. pismo z 8 grudnia 2009 r.

Zamawiający działając w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp jednokrotnie wezwał wykonawcę PROSERWIS pismem nr DE/F.Z/KK/909/2010 z 21 kwietnia 2010 r. do uzupełnienia dokumentu deklaracji zgodności, w wyniku czego wykonawca PROSERWIS w wymaganym terminie, tj. 28 kwietnia 2010 r. dostarczył pismo z 27 kwietnia 2010 r. wraz z Deklaracją Zgodności nr 005/WE/2005.

Ad 3. Zarzut podniesiony w pkt 3 protestu dotyczący naruszenia art. 5 pkt 5 i pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności zamawiający uznaje za bezzasadny.

Zamawiający wyjaśnia, że skoro wykonawca PROSERWIS załączył do złożonej przez siebie oferty deklarację zgodności wystawioną przez producenta, to załączanie deklaracji wystawionych przez upoważnionych przedstawicieli producenta nie było konieczne, a zatem brak było potrzeby przeprowadzenia badania upoważnienia podmiotów ALFA-ELEKTRO i ZRCP do wystawienia deklaracji zgodności, gdyż ewentualny brak takiego upoważnienia i wadliwość wystawionych dokumentów pozostają bez znaczenia dla kompletności oferty. Zgodnie z pkt 4 ppkt 4 załącznika nr 1 do specyfikacji wystarczającym dla wypełnienia wymogu specyfikacji było przedstawienie jednej deklaracji zgodności wystawionej przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela.

Ad 4. Zarzut protestującego podniesiony w pkt 4 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROSERWIS z postępowania pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału, zamawiający uznaje za bezzasadny.

Zamawiający wskazuje, że brak jest podstaw do uznania złożonej przez wykonawcę PROSERWIS oferty za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu.

Ad 5. Zarzut Protestującego podniesiony w pkt 5 protestu dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 84 ust. 1 Pzp przez niedopuszczalną zmianę treści oferty, tj. zaferowanie po otwarciu ofert kabli innego producenta niż pierwotnie, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uznaje za bezzasadny.

Zamawiający wskazuje, że w przypadku wykonawcy PROSERWIS nie doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, gdy w rozpoznawanym postępowaniu przedmiotem są kable sygnalizacyjne zgodne z wymaganiami określonymi w specyfikacji. Wykonawca PROSERWIS zaproponował kable spełniające wymogi postawione przez zamawiającego, a samo dołączenie deklaracji zgodności producenta DRUT-PLAST nie ma wpływu na treść złożonej oferty. Zdaniem zamawiającego działanie to nie narusza art. 84 ust. 1 Pzp, zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ad 6 i 7. Zarzut protestującego podniesiony w pkt 6 i 7 protestu dotyczący naruszenia pkt 3 ppkt 2 i pkt 4 ppkt 1 załącznika nr 1 do specyfikacji przez powołanie się na nieaktualną dyrektywę 73/23/EWG zamiast na dyrektywę 2006/95/WE i nie złożenie wraz z deklaracją zgodności na kable DRUT-PLAST załącznika 2a, tj. wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymaganych parametrów techniczno-użytkowych, wymagań prawnych oraz wymaganych dokumentów oferowanych kabli sygnalizacyjnych, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uznaje za bezzasadny.

Zgodnie z treścią specyfikacji kable sygnalizacyjne mają odpowiadać warunkom opisanym w dyrektywie 2006/95/WE. W związku z faktem zachodzenia tożsamości warunków wynikających z obydwu dyrektyw, produkt spełniający wymogi dyrektywy 73/23/EWG odpowiada wymogom dyrektywy 2006/95/WE. Ponadto deklaracje wystawione w oparciu o dyrektywę 73/23/EWG nie wymagają konwersji do dyrektywy 2006/95/WE, gdyż obowiązuje ona wyłącznie produkty, dla których deklaracja wystawiana jest pod dniem wejścia w życie przytaczanej dyrektywy.

Wskazać również należy, że załącznik 2a został złożony przez wykonawcę PROSERWIS wraz z ofertą i nie wymagał aktualizacji po uzupełnieniu deklaracji zgodności.

Ad 8. Zarzut protestującego podniesiony w pkt 8 dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROSERWIS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, zamawiający uznaje za bezzasadny gdyż oferta złożona przez wykonawcę PROSERWIS odpowiada treści specyfikacji.

Ad 9. Zarzut protestującego podniesiony w pkt 9 dotyczący naruszenia art. 183 ust. 6 Pzp przez zaniechanie powiadomienia wykonawców o uchyleniu czynności wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS oraz o powtórzeniu czynności będącej przedmiotem pierwotnego protestu, w tym o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zamawiający uznaje za bezzasadny.

Zgodnie z art. 183 ust. 6 Pzp o powtórzeniu czynności lub dokonaniu czynności zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców. Z literalnego brzmienia przepisu w sposób jasny wynika, że zamawiający ma obowiązek poinformowania wszystkich wykonawców wyłącznie o czynności powtórzenia lub dokonania danej czynności, co zamawiający uczynił.

16.07.2010 r. wykonawca PETEK i wspólnicy, Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze złożył odwołanie, wnosząc – ponad żądania określone w proteście – o

zasądzenie kosztów postępowania i pełnomocnika oraz rozszerzając argumentację o następujące zagadnienia:

2.3. Uzupełnienie dokumentów sprzeczne z art. 26 ust. 3 Pzp:

Po raz kolejny dokumenty zostały uzupełnione przez wykonawcę PROSERWIS 28 kwietnia 2010 r. przez przedstawienie, na wezwanie zamawiającego z 21 kwietnia 2010 r. wskutek rozstrzygnięcia przez zamawiającego pierwszego protestu, deklaracji zgodności na kable innego producenta niż pierwotnie. Złożona przez wykonawcę PROSERWIS wskutek wezwania deklaracja jest nieaktualna, gdyż powołuje się na nieobowiązującą dyrektywę niskonapięciową 73/23/EWG. Dodatkowo zamawiający przed wezwaniem wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia dokumentów, zważywszy, że miało to miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty był zobowiązany do uchylenia swojej czynności i przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert. Po wezwaniu i uzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę PROSERWIS zamawiający powinien ponownie dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powiadomić o tym wykonawców.

2.5. Brak wykazania, że dystrybutorzy ALFA-ELEKTRO oraz ZREP są upoważnionymi przedstawicielami producenta BITNER:

Twierdzenie zamawiającego, że skoro wykonawca PROSERWIS załączył do złożonej przez siebie deklaracji zgodności deklarację zgodności wystawioną przez producenta, to załączanie deklaracji zgodności wystawionych przez upoważnionych przedstawicieli producenta nie było konieczne, nie może zostać zaakceptowane. Wykonawca PROSERWIS nie jest bowiem ani producentem ani upoważnionym przedstawicielem producenta kabli BITNER, na co zresztą sam wskazuje w piśmie z 10 grudnia 2009 r. W konsekwencji, mając dodatkowo na uwadze, że deklaracja podmiotu DRUT-PLAST również nie jest prawidłowa, wykonawca PROSERWIS nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2.7. Zaoferowanie przez wykonawcę PROSERWIS kabli innego producenta niż pierwotnie:

Zaoferowanie przez wykonawcę PROSERWIS kabli innego producenta niż pierwotnie zapewne zostało podyktowane niemożnością przedstawienia prawidłowych dokumentów od producenta BITNER. W tym kontekście należy rozważyć, czy wykonawca PROSERWIS nie prowadząc stałej współpracy ani z podmiotem BITNER, ani też z podmiotem DRUT-PLAST, mając trudności w przedstawieniu zamawiającemu podstawowych dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, zagwarantuje zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia. Z uwagi bowiem na brak stałej współpracy z producentami kabli, wykonawca PROSERWIS nie daje rękojmi ciągłości dostaw oferowanych przez siebie produktów, co stoi w sprzeczności z

celem udzielania zamówień publicznych. Zamawiający organizuje przetarg w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w związku z potrzebą zapewnienia sobie dostępu do określonego dobra.

Zważywszy, że dobro to jest finansowane ze środków publicznych, zamawiający zobowiązany jest brać pod szczególną rozwagę, czy wykonawca daje gwarancję należytego wykonania nałożonych na niego obowiązków. Zamawiający, wybierając ofertę wykonawcy PROSERWIS jako najkorzystniejszą, nie wziął pod uwagę wymienionych powyżej kwestii.

26.07.2010 r. wykonawca PROSERWIS zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego – w postaci „Wytocznych w sprawie stosowania dyrektywy 2006/95/WE” w celu wykazania, że dyrektywa 2006/95/WE jest w zakresie wymogów taka sama jak dyrektywa 73/23/EWG – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty pierwszy i drugi – naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez nadużycie uprawnienia do wezwania wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia zawierających błędy dokumentów stanowiących integralną część oferty oraz naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez wielokrotne wzywanie wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów stanowiących załączniki do oferty – nie zasługuje na poparcie.

Jak wynika z dokumentacji i wyjaśnień zamawiającego podczas rozprawy, zamawiający 8 grudnia 2009 r. wezwał wykonawcę PROSERWIS, do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonej do oferty deklaracji zgodności producenta BITNER, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, po otrzymaniu pisma producenta BITNER z 26 października 2009 r. W piśmie tym producent BITNER stwierdzał, że wykonawca PROSERWIS nie jest upoważnionym przedstawicielem producenta BITNER. W odpowiedzi z 10 grudnia 2009 r. wykonawca PROSERWIS, oprócz wyjaśnień, złożył z własnej inicjatywy dwie dodatkowe deklaracje zgodności. Zamawiający

na tym etapie postępowania nie żądał uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Następnie zamawiający 21 kwietnia 2010 r. wezwał wykonawcę PROSERWIS o uzupełnienie deklaracji zgodności, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. W terminie wyznaczonym, wykonawca PROSERWIS złożył 28 kwietnia 2010 r. nową deklarację producenta DRUT-PLAST. Obie deklaracje zgodności (pierwsza załączona do oferty i druga złożona zgodnie z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) spełniają warunek złożenia deklaracji zgodności na oferowane kable.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający w jakikolwiek sposób naruszył zasady, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności zamawiający nie był zobowiązany stosować art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, gdyż zamawiający uznał, że spośród trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu (oprócz jednego, do którego zastosował art. 26 ust. 3 Pzp, a co było omówione wyżej).

Zatem nie potwierdziły się zarzuty pierwszy i drugi nieuprawnionego, wielokrotnego stosowania art. 26 ust. 3 Pzp na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w ofercie oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez wielokrotne wzywianie wykonawcy PROSERWIS do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów stanowiących załączniki do oferty z jednoczesnym pominięciem wezwania innych wykonawców i zarzuty te nie mogą zostać zaakceptowane przez skład orzekający Izby.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wymaga się od zamawiającego jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, natomiast z przepisu tego nie wynika zakaz powtórnego wezwania uzupełnienia dokumentów, szczególnie przez skonkretyzowanie i enumeratywne wyliczenie wymagań zamawiającego stawianych danemu dokumentowi czy oświadczeniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 5 pkt 5 i 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności – przez nie wykazanie w sposób dostateczny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu, tj. nie wykazania, że dystrybutorzy ALFA-ELEKTRO oraz ZREP są upoważnionymi przedstawicielami producenta BITNER, a w konsekwencji, nie wykazanie, że są one uprawnione do wystawienia w imieniu producenta BITNER deklaracji zgodności dla kabli producenta BITNER oferowanych przez wykonawcę PROSERIWS – nie zasługuje na poparcie.

Zgodnie z art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności do wystawienia deklaracji zgodności, które jest oświadczeniem, są uprawnieni tylko producent lub upoważniony przedstawiciel producenta. Jednak należy rozróżnić uprawnienie do wystawiania deklaracji zgodności, które jest ograniczone tylko do producenta lub

upoważnionego przedstawiciela producenta, od uprawnienia posługiwania się taką deklaracją zgodności, którego to uprawnienia nie ograniczają przepisy, a więc może się taką deklaracją zgodności legitymować każdy podmiot, a w tym wykonawca PROSERWIS.

Zamawiający przyjmował tylko deklaracje zgodności wystawione przez podmioty, o których mowa w art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności producentów BITNER i DRUT-PLAST.

W związku z posługiwaniem się przez wykonawcę PROSERWIS deklaracjami zgodności wystawionymi przez producentów, określonych w art. 5 pkt 20 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, nie można zarzucać zamawiającemu lub wykonawcy PROSERWIS naruszenia art. 5 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, gdyż przepis ten nie miał zastosowania w rozpoznawanym postępowaniu.

Zamawiający nie wymagał zaoferowania przez wykonawcę kabli określonego producenta, a tylko kable spełniające wymagania określone w specyfikacji. Ponadto zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy legitymowali się prowadzeniem stałej współpracy z jakimkolwiek producentem czy jego upoważnionym przedstawicielem. Zresztą postawieniu takich wymogów łatwo można byłoby zarzucić naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający zabezpieczył wykonanie zamówienia przewidując kary umowne w § 9 zał. nr 5 do specyfikacji *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*. Dlatego nie poparty argumentami zarzut nie rozważenia czy wykonawca daje gwarancję należytego wykonania nałożonych na niego obowiązków wobec obarczenia go ewentualnymi karami umownymi i spełnienia wszystkich innych wymagań i warunków postawionych w specyfikacji nie może być wzięty pod uwagę przez skład orzekający Izby.

Zatem w oczach składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut trzeci.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROSERWIS z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na poparcie.

Odwołujący kwestionuje, że wykonawcy PROSERWIS nie załączył do oferty ani nie uzupełnił wymaganych deklaracji zgodności na oferowane przedmioty zamówienia. Wobec tego, że wykonawca PROSERWIS złożył zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych właściwe dokumenty nie ma podstaw do wykluczenia tego wykonawcy, a więc zamawiający dopuszczając ofertę wykonawcy PROSERWIS do oceny i wybierając ją jako najkorzystniejszą nie naruszył wskazywanego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut czwarty nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty naruszenia art. 84 ust. 1 Pzp – przez niedopuszczalną zmianę treści oferty, tj. przez zaoferowanie po otwarciu ofert kabli innego producenta niż pierwotnie – nie zasługuje na poparcie.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, przed upływem terminu do składania ofert. Odwołujący zarzucił, że wykonawca PROSERWIS zaoferował pierwotnie kable producenta BITNER, a następnie w wyniku wezwania do przedstawienia prawidłowej deklaracji zgodności – zaoferował kable innego producenta, producenta DRUT-PLAST.

Jednak na stronach 2 i 3 oferty nie widnieje nazwa producenta oferowanych kabli, a jedynie cechy techniczne tych kabli. Dlatego uzupełnienie oferty o deklarację zgodności innego producenta niż w deklaracji zgodności pierwotnie załączonej do oferty nie stanowi nieuprawnionej zmiany treści oferty, a jest zgodne z art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto zamawiający nie wymagał podania w ofercie nazwy producenta, a wymagał jedynie podania cech technicznych oferowanych przedmiotów. Działanie to nie narusza art. 84 ust. 1 Pzp, gdyż nie doszło do zmiany treści oferty.

Również wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej nie stanowi naruszenia zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut piąty nie zasługuje na akceptację.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty szósty i siódmy naruszenia postanowień pkt 3 podpunkt 2 załącznika nr 1 do specyfikacji – przez powołanie się na nieaktualną dyrektywę 73/23/EWG zamiast na dyrektywę 2006/95/WE oraz postanowień pkt 4 podpunkt 1 załącznika nr 1 do specyfikacji przez niezłożenie wraz z deklaracją zgodności na kable producenta DRUT-PLAST załącznika 2a, tj. wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymaganych parametrów techniczno-użytkowych, wymagań prawnych oraz wymaganych dokumentów oferowanych kabli sygnalizacyjnych – nie zasługują na poparcie.

Odwołujący zarzuca, że deklaracja zgodności wystawiona przez producenta DRUT-PLAST powołuje się na nieaktualną dyrektywę 73/23/EWG zamiast na dyrektywę 2006/95/WE, co było wymagane w pkt 3 ppkt 2 załącznika nr 1 i pkt 4 załącznika nr 2a do specyfikacji. Jednak zamawiający postanowił, aby oferowane przedmioty spełniały wymagania dyrektywy 2006/95/WE cyt. „kable sygnalizacyjne [...] muszą spełniać wymagania dyrektywy 2006/95/WE [...]” – pkt 3 ppkt 2 załącznika nr 1 do specyfikacji oraz cyt. „Oświadczam, że kable sygnalizacyjne [...] spełniają wymagania dyrektywy 2006/95/WE [...]” pkt 4 załącznika nr 2a do specyfikacji, a nie jak to sugeruje odwołujący, aby odnosiły się wyłącznie do tej dyrektywy.

Ponadto art. 14 dyrektywy 2006/95/WE stanowi cyt. „odesłania do uchylonej dyrektywy [dyrektywy 73/23/EWG] należy odczytywać jako odesłania do niniejszej dyrektywy [dyrektywy 2006/95/WE]”.

Również w złożonym dowodzie przez przystępującego „Wytyczne w sprawie stosowania Dyrektywy 2006/95/WE” na str. 5 istnieje stwierdzenie cyt. »Dyrektywa 2006/95/WE jest ujednoczonym dokumentem obejmującym tekst „pierwotnej” dyrektywy niskonapięciowej 73/23/EWG wraz z kolejnymi zmianami. [...]« (część II ust. 5). Także w części III ust. 27 *in fine* na str. 15 przytoczonych *Wytycznych* cyt. »Nie ma potrzeby uaktualniania już istniejących dokumentów, jeśli nie zachodzi konieczność wprowadzenia innych zmian«.

Dlatego wykonawcy mogli odnosić się w swoich dokumentach do dyrektywy 73/23/EWG i zamawiający musiał te odniesienia traktować, jako spełniający wymóg spełnienia warunków dyrektywy 2006/95/WE, jeżeli nie wykazał, że „zachodzi konieczność wprowadzenia innych zmian”. Takiej konieczności również nie wykazał odwołujący, a wystarczająco wykazał brak tych zmian przystępujący wskazując na datę wydania dokumentu – bardzo krótko przed wejściem w życie nowej dyrektywy.

Wobec takich unormowań, jak art. 14 dyrektywy 2006/95/WE, każdy podmiot powołujący się na spełnienie wymagań dyrektywy 73/23/EWG mógł powołać się na to uregulowanie i zamawiający musi uznać zasadność takiego powołania, natomiast sam zamawiający nie musiał przywoływać w specyfikacji dyrektywy 73/23/EWG, gdyż jest to dokonane w wyższym hierarchicznie akcie prawnym, jakim jest dyrektywa, a w rozpoznawanym przypadku dyrektywa 2006/95/WE.

Skład orzekający Izby nie widzi także konieczności składania nowego załącznika nr 2a do oferty, gdyż mimo uzupełnienia oferty o nową deklarację zgodności innego producenta (DRUT-PLAST) oświadczenie zawarte w załączniku 2a jest na tyle ogólne, że swoją treścią obejmuje także ten dokument. Oświadczenie woli wykonawcy stwierdza, że przedmiot oferowany jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a oferowany przedmiot nie uległ zmianie i w dalszym ciągu jest on zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby uważa, że zarzuty szósty i siódmy nie mogą zostać zaakceptowane.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut ósmy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROSERWIS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji – nie zasługują na poparcie.

Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy PROSERWIS nie odpowiada treści specyfikacji i w związku z tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia tej oferty nie może podlegać akceptacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dziewiąty naruszenia art. 183 ust. 5 i 6 Pzp – przez zaniechanie powiadomienia wykonawców o uchyleniu czynności wyboru oferty wykonawcy PROSERWIS oraz o powtórzeniu czynności będącej przedmiotem pierwotnego protestu, w tym o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert – nie zasługuje na poparcie.

Rozpoznając zarzut odwołującego skład orzekający Izby wziął pod uwagę przede wszystkim treść art. 183 ust. 5 i 6 oraz art. 92 ust. 1 Pzp. Przepisy te (art. 183 ust. 6 Pzp) – w zakresie działań informacyjnych zamawiającego – wymagają aby zamawiający poinformował niezwłocznie wszystkich wykonawców o powtórzeniu lub dokonaniu czynności. Informacja o dokonaniu czynności [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz [2] badania i [3] oceny ofert może się ograniczać do powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, co jest regulowane przez art. 92 ust. 1 Pzp. Natomiast na podstawie przytoczonych przez odwołującego przepisów (a także innych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) nie można stwierdzić istnienia obowiązku informowania o unieważnieniu jakichkolwiek czynności. Ponadto brak takiego powiadomienia o unieważnieniu czynności nie wpływa na ograniczenie prawa wykonawców do stosowania środków ochrony prawnej, czego dowodem jest złożenie protestu i odwołania przez odwołującego mimo zaistnienia sekwencji powiadomień w opisywanym zakresie i kolejności.

Skład orzekający Izby podkreśla, że ustawodawca użył w art. 183 ust. 6 Pzp zwrotu cyt. „O powtórzeniu lub dokonaniu czynności [...]”, a więc użył tu czasowników w formie dokonanej, natomiast odwołujący sugeruje, że należy czytać te czasowniki jakby były użyte w formie niedokonanej, czyli bezpodstawnie aby zamawiający był zobowiązany już informować wykonawców o powtarzaniu lub dokonywaniu nowych czynności. Ponadto odwołujący nie wskazał z jakiego przepisu miałby wynikać obowiązek informowania o uchyleniu innych czynności zamawiającego.

Na podstawie powyższych ustaleń skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający informował wykonawców o swoich czynnościach zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie naruszył w żadnym stopniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej ani nie naruszył zasady jawności postępowania, gdyż wykonywał swoje czynności w zakresie informacji o postępowaniu w sposób zgodny z art. 183 ust. 6 i art. 92 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego zamawiający nie naruszył przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i zarzut naruszenia zasad postępowania dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych nie może zostać zaakceptowany.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury VAT złożonej 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*