

**Sygn. akt KIO/2357/10**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 października 2010 r. przez wykonawcę **Fabryka Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38** od czynności zamawiającego, którym jest **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LINTER Sp. z o.o., Łobzów 163; 32-340 Wolbrom (Lider), WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1; 58-309 Wałbrzych,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fabryka Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę uiszczoną z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę i montaż 5 sztuk fabrycznie nowych przenośników taśmowych o szerokości taśmy 1600 mm, przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2010 r. za numerem 2010/S 95-144060.

Dnia 29 października 2010 r. wykonawca Fabryka Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38 (zwany dalej *Odwołującym*) - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm Linter-Wamag,
- zaniechania wykluczenia konsorcjum Linter-Wamag,
- wyboru, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Linter-Wamag.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) Dopuszczenie dowodu z opinii rzeczoznawcy dr inż. Piotra Kulinowskiego dotyczącej obliczenia doboru parametrów pracy 5 przenośników B=1600 w ramach przetargu nr 4926/2010,
- 2) Dopuszczenie dowodu z opinii rzeczoznawcy prof. dr hab. inż. Aleksandra Lutyńskiego dotyczącej oceny opinii wydanej przez dr inż. Andrzeja J. Zmysłowskiego,
- 3) Powołanie, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp biegłego rzeczoznawcy, osoby bezstronnej posiadającej odpowiednie kwalifikacje, która potwierdzi w niniejszej sprawie, że parametry jednostki napędowej dobranej przez konsorcjum Linter-Wamag są nieprawidłowe,
- 4) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 5) Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Linter-Wamag i wykluczenia go z postępowania,
- 6) Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 października 2010 roku.

Dnia 2 listopada 2010 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LINTER Sp. z o.o., Łobzów 163; 32-340 Wolbrom (Lider), WAMAG S.A., ul. Prymasa S. Wyszyńskiego 1; 58-309 Wałbrzych.

Izba ustaliła, iż Odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego (jako przystępujący po stronie Zamawiającego) w sprawie o sygnaturze akt KIO/1943/10, w którym dnia 27 września 2010 roku zapadł wyrok uwzględniający odwołanie i nakazujący Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu 29 stycznia 2010 r. tj. po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Izba z urzędu, na posiedzeniu niejawnym, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis powyższy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba zwraca uwagę na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zarzuty podnoszone w odwołaniu były już przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 września 2010 roku, o sygn. akt KIO/1943/10 wyraźnie stwierdziła, iż „*Wobec powyższego Zamawiający i Przystępujący nie wykazali czy dokonane obliczenia dotyczą przenośnika zaoferowanego przez Odwołującego, a zatem czy warunek żądany SIWZ pozostaje w kolizji z treścią oferty. Ostatecznie Izba zauważyła, że z powodu braku bezpośredniego odniesienia się w przedłożonych obliczeniach do produktu Odwołującego podane wyniki obliczeń nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba uznała, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp polegało, w rozpoznawanej sprawie, na niedozwolonym postużeniu się w rozstrzygnięciu o wyniku przetargu częściową argumentacją Przystępującego z pisma z dnia 8.07.2010r. i bezpodstawnym stwierdzeniu niezgodności oferty Odwołującego poprzez treść oferty Przystępującego. Stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 89 ust.2 pkt 3. Powyższy przepis może zostać zastosowany przez Zamawiającego w razie wyraźnej, oczywistej, wykazanej sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, a nie w warunkach powziętych przez Zamawiającego wątpliwości. Jeżeli Zamawiający nie określił w SIWZ szczegółowych wymagań technicznych w rozpoznawanym zakresie i nie był w stanie prawidłowo usunąć wątpliwości z tego wynikających, to powinien się oprzeć na treści oświadczenia Odwołującego zawartego na stronie 58 jego oferty.*”.

Tym samym zarzuty, jak i argumentacja przytoczona w przedmiotowym odwołaniu powielają niejako stan będący przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie KIO/1943/10. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący odnosi się to tych samych elementów oferty, przedstawiając dodatkową argumentację, powołując się na nowe dowody zgromadzone w sprawie. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego (takim uczestnikiem w sprawie KIO/1943/10 był Odwołujący, przystępując do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego) są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Błędy, czy też wadliwe przygotowanie postępowania dowodowego w sprawie KIO/1943/10 nie mogą być następnie konwalidowane w następnym postępowaniu wywołanym wniesieniem odrębnego odwołania, które *de facto* odnosi się do czynności już orzeczonych prawomocnym wyrokiem Izby.

Odwołujący, jako prawomocny uczestnik postępowania odwoławczego KIO/1943/10 miał prawo, a wręcz obowiązek w celu ochrony swoich praw przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Obecnie powoływane dowody uznać należy za spóźnione. Na gruncie p.z.p. obowiązuje zasada koncentracji środków ochrony prawnej wyrażona w art. 185 ust. 6 ustawy. Zasada ta służy ograniczeniu terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej i stoi na straży efektywności i szybkości postępowania o zamówienie publiczne. Sprowadza się ona do tego, że niepodniesienie wszystkich zarzutów, co do danego działania lub zaniechania zamawiającego skutkuje utratą prawa ich powoływania na dalszym etapie postępowania, tym bardziej w kolejnym postępowaniu odwoławczym dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, stwierdzić należy, że Zamawiający wykonał czynności zgodnie z treścią wyroku Izby, co w myśl przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych statuuje prawo Izby do odrzucenia odwołania

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z przepisem art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy - Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

**Przewodniczący:**

.....