

Sygn. akt: KIO 250/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez wykonawcę **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-003 Warszawa, ul. Jasna 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 250/13 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **PKP GARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 250/13 po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 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 Łodzi.

**Przewodniczący .....**

## Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbetów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 września 2012 r., numer 2012/S 170-281772.

W dniu 4 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 lutego 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą PKP CARGO”, w zakresie części I i IV zamówienia, a tym samym naruszeniu:
  - art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
  - art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z rt. 3 ust. 1 oraz rt. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej – w zakresie I i IV części zamówienia – oferty odwołującego, skoro oferta wykonawcy PKP CARGO winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i:
  - unieważnienie czynności wyboru przez zamawiającego oferty PKP CARGO w zakresie I i IV części zamówienia,
  - nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PKP CARGO i nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy PKP CARGO w zakresie I i IV części zamówienia,

- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania,
  3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki transportu kolejowego na okoliczność:
    - a) ustalenia czy ceny zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia są cenami rynkowymi w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, z uwzględnieniem charakteru rynku przewozów w Polsce,
    - b) określenia zakresu różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV a poziomem cen rynkowych,
    - c) ustalenia czy ceny zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia pozwalają na wykonanie zamówienia na poziomie umożliwiającym pokrycie wydatków związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i kosztów wytworzenia usługi,
    - d) ustalenia czy przy uwzględnieniu reguł rynkowych i ekonomicznych realizacja zamówienia po cenach zaoferowanych przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia jest opłacalna oraz czy pozwala na osiągnięcie zysku przez wykonawcę,
    - e) ustalenia czy rozwiązania technologiczne, organizacyjne i kadrowe stosowane przez wykonawcę PKP CARGO obniżają koszty pośrednie i bezpośrednie wykonania zamówienia oraz w jakim zakresie, a także czy pozwalają na realizację przedmiotowego zamówienia po cenach zaoferowanych przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV z jednoczesnym osiągnięciem przez tego wykonawcę zysku,
    - f) ustalenia czy ceny zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia zostały skalkulowane w sposób prawidłowy z punktu widzenia ekonomiki transportu kolejowego oraz z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych do prawidłowej i rzetelnej kalkulacji ceny przy tego rodzaju zamówieniach,
    - g) ustalenia czy przy realizacji niniejszego zamówienia po zaoferowanych przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia istnieje ryzyko poniesienia strat przez wykonawcę PKP CARGO oraz ustalenie stopnia tego ryzyka,
  4. dokonanie oceny ustaleń biegłego i rozstrzygnięcie czy ceny zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV zamówienia mają przymiot „ceny rażąco niskiej”.

Ponowna czynność wyboru oferty wykonawcy PKP CARGO, stanowiącą podstawę odwołania dokonana została w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2578/12 i KIO 2594/12). Powyższe orzeczenie było wywołane m.in. na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego (sygn. akt KIO 2578/12), w którym kwestionował on niezgodne z prawem czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy PKP CARGO w zakresie części I i IV zamówienia, a tym samym naruszeniu:
  - art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
  - art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 z późn. zm.),
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy PKP CARGO i uznania jego oferty za odrzuconą w zakresie części I i IV zamówienia, a tym samym naruszeniu art. 22 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) i ust. 4 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej – w zakresie części I i IV zamówienia oferty odwołującego, a tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i unieważnienie czynności wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy PKP CARGO w zakresie I i IV części zamówienia, nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PKP CARGO, nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy PKP CARGO i uznanie jego oferty za odrzuconą w zakresie części I i IV zamówienia, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PKP CARGO w zakresie I i IV części zamówienia, nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki transportu kolejowego na okoliczność ustalenia czy ceny zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO w ramach części I i IV niniejszego zamówienia mają przymiot „ceny rażąco niskiej”, odtajnienie treści wyjaśnień wykonawcy PKP CARGO złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego nr DK/645/2012DZ z dnia 23 października 2012 r. i umożliwienie odwołującemu zapoznanie się z tymi wyjaśnieniami.

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym orzeczeniu uwzględniła odwołanie wniesione przez obecnego odwołującego i nakazała odtajnić informacje zawarte w piśmie wykonawcy PKP CARGO z dnia 30 października 2012 r. w zakresie pkt I ppkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 lit. a i b oraz pkt II i pkt III. Wyrokiem tym Izba uwzględniła także odwołanie wniesione przez wykonawcę Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazała unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz wezwać wykonawcę PKP CARGO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, a także nakazała odtajnić informacje zawarte w piśmie wykonawcy PKP CARGO z dnia 30 października 2012 r. w zakresie pkt I ppkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 lit. a i b oraz pkt II i pkt II.

W wyroku tym Izba m.in. rozstrzygnęła zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PKP CARGO (str. 35 – 41 uzasadnienia wyroku), uznając zarzuty za niezasadne i w tym zakresie odwołania nie uwzględniła.

W wyniku wykonania wskazanego orzeczenia Izby oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty wykonawcy PKP CARGO w zakresie części I, III i IV zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w powołanym wyroku (sygn. akt: KIO 2578/12 i KIO 2594/12) Izba oddaliła zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PKP CARGO, stwierdzając m.in., iż „Cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A., na co wskazują wyjaśnienia tego wykonawcy, złożone w trybie art. 90 ustawy, z 30 października 2012 roku oraz złożona na rozprawie Ekspertyza naukowa *na temat zasad kalkulacji cen usług przewozów oferowanych przez PKP CARGO S.A. w ramach sektorowych postępowań publicznych o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego ze szczególnym uwzględnieniem przetargu: „Zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbentów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.”* (dowód z dokumentu prywatnego) a objęte tajemnicą przedsiębiorcy potwierdziły, że zaoferowane ceny realizacji części zamówienia I, III, i IV nie są cenami nierealistycznymi, niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych. Z dokumentów przedstawionych przez PKP CARGO S.A wynika, że zaoferowane przez tego wykonawcę w przetargu ceny dla poszczególnych części zapewniają odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk.”. Izba odniosła się także do argumentów podniesionych przez odwołujących, a dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym także w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem wniesione odwołanie jest odwołaniem dotyczącym rażąco niskiej ceny, która to okoliczność została już ostatecznie rozstrzygnięta w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2578/12 i KIO 2594/12.

Odwołujący, kwestionując rzekomo nową czynność, co słusznie podniósł przystępujący PKP CARGO, w istocie kwestionuje prawomocny wyrok Izby, podnosząc m.in. iż „(...) wnosi odwołanie na ponowną czynność Zamawiającego jaką jest wybór oferty wykonawcy PKP CARGO S.A. będący konsekwencją nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez PKP CARGO S.A. co do rażąco niskiej ceny”, powołując się na „nowe okoliczności faktyczne tj. informacje zawarte w częściowo odtajnionym piśmie PKP CARGO S.A.”, jak również konkludując iż „oferta ta zawiera rażąco niską cenę”, a „zamawiający bezkrytycznie uwzględniając wyjaśnienia PKP CARGO S.A. nie wziął pod uwagę wszystkich obiektywnych czynników i nie dokonał szczegółowej i rzetelnej analizy.”. Ze stanowiskiem tym absolutnie nie można się zgodzić, gdyż zamawiający zobowiązany był wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się, a co więcej Izba uznała, iż wyjaśnienia wykonawcy objęte tajemnicą potwierdziły, że zaoferowane ceny realizacji części zamówienia I, III i IV nie są cenami nierealistycznymi, niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych, jak również, iż „zaoferowane przez tego wykonawcę w przetargu ceny dla poszczególnych części zapewniają odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk”, przesądzając definitywnie kwestię rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie może dwukrotnie, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce, wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Odwołujący mimo, iż akcentuje, że powołuje się na nowe okoliczności, które powziął na skutek odtajnienia części treści wyjaśnień wykonawcy PKP CARGO, które – jak wyżej wskazano - podlegały ocenie Izby, w istocie powołuje się na te okoliczności, które były już przedmiotem wniesionego przez niego odwołania i które były przedmiotem rozstrzygnięcia w tamtej sprawie. Izba orzekła bowiem w oparciu o cały materiał zgromadzony w sprawie, w tym także wyjaśnienia wykonawcy PKP CARO, zarówno te objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak i te które zostały odtajnione na skutek wydanego wówczas wyroku. W tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Odmienne regulacja prowadziłaby bowiem do naruszenia art. 366 k.p.c. Granicę powagi rzeczy osądzonej określa przedmiot rozstrzygnięcia i jego podstawa faktyczna, a jej granice podmiotowe obejmują tożsamość obydwu stron postępowania odwoławczego. Wyrok Izby z dnia 17 grudnia 2012 r. o sygn. akt: KIO 2578/12 i KIO 2594/12 dotyczył odwołania wniesionego przez tego samego wykonawcę oraz innego wykonawcę, przy czym wówczas obecny odwołujący był także uczestnikiem postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez innego wykonawcę (przystępującym po stronie odwołującego) w oparciu o tę samą podstawę faktyczną. Wyrok

ten korzysta więc z przymiotu prawomocności, gdyż skarga na przedmiotowe orzeczenie nie została wniesiona. Jest on już wykonany, a kwestia rażąco niskiej ceny została już ostatecznie przesądzona. Tym samym niedopuszczalne jest wydanie orzeczenia w sprawie rozstrzygniętej już tym wyrokiem i ponowne badanie okoliczności, które stanowiły podstawę wydanego wówczas rozstrzygnięcia. Sytuacja taka prowadziłaby bowiem do naruszenia zasady *res iudicata*. Ocena wyjaśnień wykonawcy PKP CARGO została już dokonana w powołanym wyroku Izby, a Izba rozpatrywała już zarzuty dotyczące m.in. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz rt. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), które są tożsame z zarzutami podniesionymi obecnie, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z rt. 3 ust. 1 oraz rt. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Tym samym Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący .....**