

Sygn. akt: KIO/UZP 239/09

**WYROK**  
**z dnia 13 marca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Stanisław Sadowy</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Grzegorz Mazurek</b> <b>Izabela Niedziałek</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CONBELTS BYTOM S.A., ul. Szyby Rycerskie 4, 41-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka S.A., Al. J. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź** protestu z dnia 6 lutego 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża CONBELTS BYTOM S.A., ul. Szyby Rycerskie 4, 41-909 Bytom**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **CONBELTS BYTOM S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **CONBELTS BYTOM S.A., ul. Szyby Rycerskie 4, 41-909 Bytom** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka S.A., Al. J. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CONBELTS BYTOM S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom.**

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

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę taśm przenośnikowych dla spółek Grupy Kapitałowej PGE”, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: BOT/PL/0001/09.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2009/S 16-023006 z dnia 24.01.2009 r.

W dniu 06.02.2009 r. wykonawca – „Conbelts Bytom” S.A. z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł do Zamawiającego protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie wniósł o modyfikację zapisów SIWZ poprzez wykreślenie w załączniku nr 5 do SIWZ, w części „Dodatkowe wymagania” zdania o treści: „wykonanie na prasie o ciągłej wulkanizacji.”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia,
- art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

- art. 30 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez zachowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy,
- naruszenie art. 30 ust. 6 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez wskazania wymagań funkcjonalnych, w razie odstąpienia od opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą norm.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ, w części dotyczącej dodatkowych wymagań określił, iż taśmy przenośnikowe tkaninowo-gumowe do transportu popiołu: typ 1600 EP 1600 5 6-4 oraz 1400 EP 1600 4 5-3 powinny zostać „wykonane na prasie o ciągłej wulkanizacji”. Odwołujący wskazał na wymogi Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określone w art. 29 oraz art. 30 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Wskazał jednocześnie, iż na mocy art. 30 ust. 6 Pzp Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem norm, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie opisał w SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przywołanymi wyżej przepisami i podkreślił, że żadna z istniejących norm dotyczących przedmiotu zamówienia nie opisuje sposobu wykonania, a jedynie określone do uzyskania wyniki końcowe.

Tymczasem w załączniku nr 5, Zamawiający nie tylko opisuje sam przedmiot zamówienia – taśmę przenośnikowo-gumową do transportu popiołu, ale także sposób jej wykonania, który według Zamawiającego powinien polegać na wykonaniu na prasie o ciągłej wulkanizacji.

Zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do narzucenia wykonawcom przez Zamawiającego tylko jednego sposobu wykonania taśm, spośród kilku istniejących. Niezrozumiałe jest również, dlaczego powyższy warunek dotyczy tylko taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do transportu popiołu (Część III) i tylko dwóch typów z tych taśm (określonych w pozycji 1 i 2).

Narzucenie przez Zamawiającego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia wpływa, zdaniem Odwołującego, na ograniczenie konkurencji poprzez wyeliminowanie wykonawców dysponujących taśmami, które spełniają wszystkie wymagania techniczne określone w specyfikacji technicznej, ale zostały wykonane w inny równoważny sposób.

Rozstrzygnięciem z dnia 16.02.2009 r. Zamawiający oddalił protest, uznając go za niezasadny. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził:

Przedmiot zamówienia Zamawiający opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem normy PN-EN 14890;2004.

W odniesieniu do taśm wymienionych w poz. 1 i 2 Części III Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający zawarł wymóg wykonania tych taśm na prasie o wulkanizacji ciągłej w celu zagwarantowania utrzymania jednakowych parametrów wulkanizacji na całej długości taśmy, co zapewni bezawaryjne funkcjonowanie taśm transportujących popiół, a tym samym Elektrowni Turów. Wszelkie wady powstałe i odkryte w trakcie eksploatacji taśm umiejscawiają się bowiem przede wszystkim nawet punktach nieciągłości procesu wulkanizacyjnego.

W dniu 27.02.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Jednocześnie (w dniu 27.02.2009 r.) przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty i argumentację zawarte w proteście i wniósł o rozpatrzenie merytoryczne zarzutów podniesionych w proteście oraz w odwołaniu i w konsekwencji nakazanie modyfikacji SIWZ, poprzez wykreślenie w Załączniku nr 5 do SIWZ w części „dodatkowe wymagania” zdania o treści: „wykonanie na prasie o ciągłej wulkanizacji”.

**Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, ponieważ w przypadku, gdyby potwierdził się zarzut odwołania dotyczący opisanego przedmiotu w sposób naruszający prawo, Odwołujący mógłby złożyć ofertę z niższą ceną. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie potwierdziły się

podniesione w nim zarzuty opisanie w SIWZ przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2, art. 30 ust. 1 i 6 oraz naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze, skład orzekający Izby zważył, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ rzutuje na treść późniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Określenie przedmiotu zamówienia stanowi zarówno obowiązek, jak i uprawnienie zamawiającego. Wymogi w tym zakresie ustawodawca zawarł, m.in., w następujących przepisach Pzp, które, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył:

- w art. 29 ust. 2, w którym zastrzegł, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- w art. 30 ust. 1, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy;
- w art. 30 ust. 6, dopuszczającym możliwość odstąpienia od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, które mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równie traktowanie wykonawców.

Zgodnie z pkt 3.1) SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa taśm przenośnikowych, oznaczonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) kodem: 42419800-4, 4241910-7, 19510000-4.

Zamówienie zostało podzielone na trzy części. Trzecia część zamówienia obejmuje dostawę taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do transportu popiołu.

W pkt 4.2) SIWZ zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załącznikach do SIWZ, „zawierających specyfikacje techniczne na minimalne wymagania, zadowalające Zamawiającego w przedmiocie zamówienia, które należy traktować jako specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia o parametrach nie gorszych niż przedstawiono”. W załączniku nr 5 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna Część III Dostawa taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do transportu popiołu dla PGE Elektrownia Turów S.A.” Zamawiający określił, w kolumnie 2, typy taśm, podając ich oznaczenie wg normy EN ISO 14890: w poz. 1 – taśmę 1600 EP 1600 5 6-4 oraz w poz. 2 – taśmę 1400 EP 1600 4 5-3. Jednocześnie Zamawiający zawarł dodatkowe wymagania dotyczące taśm wskazanych w poszczególnych pozycjach, wskazując m.in. że taśmy wymienione w poz. 1 i 2 mają być „wykonane na prasie o ciągłej wulkanizacji”. Opis

zamówienia w tym zakresie zakwestionował Odwołujący, jako niedopuszczalny w świetle art. 29 ust. 2, art. 30 ust. 1 i 6 Pzp oraz skutkujący naruszeniem określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady konkurencji.

Odwołujący zarzucił, przede wszystkim, iż Zamawiający w zakwestionowanym zapisie SIWZ wskazał żądany sposób wykonania tych taśm wyszczególnionych w poz. 1 i 2 części III Załącznika nr 5 do SIWZ, poprzez wskazanie przy użyciu jakiej prasy powinny być wykonane. Stanowi to, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne narzucenie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i ogranicza konkurencję, poprzez wyeliminowanie z postępowania o zamówienie wykonawców dysponujących taśmami, które spełniają wszystkie wymagania techniczne określone w specyfikacji technicznej, ale zostały wykonane w inny równoważny sposób. Odwołujący podniósł, że kwestionowany wymóg SIWZ miał wpływ na wysokość ceny złożonej przez niego oferty na część III zamówienia, która, w jego przypadku, przy braku tego wymogu byłaby niższa.

Skład orzekający Izby zważył, iż obowiązkiem Zamawiającego jest określenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem przepisów Pzp określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to jednak wymogu określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Podkreślić należy, że to zamawiający określa przedmiot zamówienia.

Zamawiający wskazał w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego, iż taśmy wymienione w poz. 1 i 2 części III, w Załączniku nr 5 do SIW zamierza zastosować do podstawowego układu odprowadzania popiołu w Elektrowni Turów, który musi funkcjonować bezawaryjnie. Dlatego, mając na względzie, że wady powstałe i odkryte w trakcie eksploatacji taśm umiejscawiają się głównie w punktach nieciągłości procesu wulkanizacyjnego, zażądał by wyżej wymienione taśmy były wykonane na prasie o ciągłej wulkanizacji, gdyż stanowi to lepszą gwarancję niezawodności taśmy, ma wpływ na dłuższą ich żywotność. Wady te umiejscawiają się bowiem głównie w miejscu stanowiącym początek i koniec płyt grzewczych konwencjonalnej prasy wulkanizacyjnej, gdzie następuje zaburzenie parametrów wulkanizacyjnych, szczególnie na taśmach do transportu popiołu, co wynika z meldunków w sprawie uszkodzeń taśm.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający był uprawniony zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia wymóg dotyczący wykonania taśm na prasie o ciągłej wulkanizacji, gdyż, wykonanie taśmy na tej prasie pozwala uzyskać żądane parametry na całej długości taśmy. Zamawiający powołał się w tym zakresie na posiadane wieloletnie doświadczenie w eksploatacji taśm przenośnikowych do transportu popiołu i konieczność zapewnienia

bezwaryjnego funkcjonowania na strategicznych przenośnikach transportujących popiół, co jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania całej Elektrowni.

Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazał konkretnej nazwy, producenta, czy pochodzenia prasy, czego – co do zasady, z przewidzianymi wyjątkami - zabrania art. 29 ust. 3 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zawarcie wymogu wykonania taśm na prasie o ciągłej wulkanizacji, pomimo, iż skutkuje zmniejszeniem kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. W szczególności nie można mówić o naruszeniu tych zasad w sytuacji, gdy producent taśm przenośnikowych nie jest w stanie zaoferować całego asortymentu przedmiotu zamówienia (daną część zamówienia) z własnej produkcji, gdyż nie posiada wskazanej prasy do produkcji taśm, mimo, iż może to mieć wpływ na cenę jego oferty.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 30 ust. 1 i 6 Pzp  
W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem normy PN-EN ISO 14890;2004 „Taśmy przenośnikowe. Wymagania dotyczące taśm przenośnikowych ogólnego stosowania z rdzeniem tekstylnym i okładkami gumowymi lub okładkami z tworzyw sztucznych”. Normę tę wskazał Zamawiający w Specyfikacji Technicznej dla części III zamówienia w Załączniku nr 5 do SIWZ. Zamawiający spełnił wymóg art. 30 ust. 6 Pzp dokładnie opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Poprzez zawarcie w Specyfikacji Technicznej dotyczącej części III zamówienia, w poz. 1 i 2 Część III, w załączniku nr 5 do SIWZ wymogu wykonania taśm na prasie o ciągłej wulkanizacji Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując wymagania funkcjonalne, tj. ciągłość wulkanizacji na całej długości taśmy.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów Pzp określających obowiązki w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, bezpodstawny okazał się również zarzut naruszenia określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*