

Sygn. akt: KIO 2355/10

WYROK
z dnia 12 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 29 października 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **Foster Wheeler Energia Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 15, 00-828 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., z siedzibą w Bełchatowie, ul. 1-go Maja 63, 97-400 Bełchatów**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Foster Wheeler Energia Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 15, 00-828 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Foster Wheeler Energia Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 15, 00-828 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez wykonawcę XXX na rzecz zamawiającego XXX 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 XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów, Oddział Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia wszczął postępowanie w trybie **negocjacji z ogłoszeniem (art. 134 ust. 1 Pzp)** pod nazwą »Budowa nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

20.10.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 204-311811.

29.10.2010 r. wykonawca Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła 1115, 00-828 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w treści ogłoszenia.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył: **art. 29 ust. 2** oraz **art. 7 ust. 1 Pzp**, przez nieuzasadnione i ograniczające konkurencję wprowadzenie przez zamawiającego w **sekcji II.1.5 ogłoszenia** p.t. »Krótki opis przedmiotu zamówienia«, wymagania dotyczącego technicznych cech kotła będącego elementem bloku energetycznego stanowiącego przedmiot zamówienia w postępowaniu (dalej »Blok Energetyczny«), polegającego na wymaganiu dostawy kotła określonego rodzaju, tzn. kotła parowego pyłowego o parametrach nadkrytycznych z wtórnym przegrzewem pary (dalej »Kocioł PP«, »Technologia PP«), bez dopuszczenia możliwości zaoferowania kotłów operujących w innych technologiach, co prowadzi do niczym nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców jacy mogą ubiegać się o uzyskanie zamówienia, a tym samym narusza rażąco zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu w trybie **art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp** powtórzenia czynności publikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu lub publikację zmiany ogłoszenia, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem kwestionowanego wymagania dostarczenia Kotła PP, przez dokonanie opisu przedmiotu

zamówienia w sposób dopuszczający możliwość wykonania przedmiotu zamówienia z użyciem kotła w technologii pyłowej lub w innej technologii równoważnej (tj. w innej technologii pozwalającej na osiągnięcie tych samych parametrów technicznych i użytkowych), według uznania danego wykonawcy.

Argumentacja odwołującego:

W **sekcji II.1.5 Ogłoszenia** p.t. »Krótki opis zamówienia lub zakupu«, zamawiający wskazał, że wymaga dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia Kotła PP (tj. »kotła parowego pyłowego o parametrach nadkrytycznych z wtórnym przegrzewem pary«).

W ocenie odwołującego, wprowadzenie przez zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia wspomnianego powyżej wymagania bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w **art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 Pzp**, jest zatem niedopuszczalne. Stanowisko to wynika z przeprowadzonej analizy o charakterze technicznym, jak również prawnym.

1. Analiza techniczna

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w pierwszej kolejności należy wyjaśnić kwestie techniczne związane z wyborem określonej technologii wykonania kotła.

Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia wprowadził do ogłoszenia wymóg zaoferowania Kotła PP. Tymczasem na rynku dostępne są co najmniej dwie technologie wykonania kotła wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia. Jest to technologia pyłowa (tj. technologia wymagana przez zamawiającego) oraz technologia z cyrkulującym złożem fluidalnym (dalej »CFB«), którą oferuje m.in. odwołujący.

Przy założeniu, że zamawiający dysponuje tymi samymi zasobami i tym samym obszarem do posadowienia kotła, obie technologie są w pełni porównywalne. Główna różnica pomiędzy nimi przejawia się w sposobie spalania węgla, natomiast efekt końcowy (produkcja pary) jest zbliżony w zakresie sprawności układu, poziomu emisji czy zużycia mediów do produkcji energii.

Poziom cen za wykonanie kotła w obu technologiach również jest zbliżony. Nie istnieje zatem jakakolwiek uzasadniona przyczyna ograniczenia przez zamawiającego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia w postępowaniu wyłącznie do technologii PP. Działanie takie bezzasadnie ogranicza konkurencję na rynku.

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, w której przedmiot zamówienia może zostać wykonany z wykorzystaniem co najmniej dwóch równoważnych technologii, kwestia wyboru technologii powinna zostać pozostawiona uznaniu potencjalnych wykonawców, których

zadaniem powinno być wykonanie Bloku Energetycznego, w taki sposób aby w trakcie jego eksploatacji zamawiający mógł osiągać maksymalnie korzystne dla siebie efekty z poczynionych nakładów finansowych, przy jednoczesnym zachowaniu parametrów granicznych wyznaczonych przez zamawiającego. Tylko takie rozwiązanie zapewnia maksymalną konkurencyjność postępowania, a tym samym stwarza największe szanse na dokonanie optymalnego wyboru. Należy jednocześnie zaznaczyć, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnia wyboru technologii PP, jako jedynej dopuszczalnej technologii realizacji zamówienia.

Jako załącznik do odwołania odwołujący składa zestawienie kluczowych cech każdej z technologii. Zestawienie to potwierdza, że technologie są w pełni porównywalne (a nawet, że technologia CFB posiada pewne zalety, których nie oferuje technologia PP) (załącznik nr 6). Dodatkowo odwołujący składa zestawienie inwestycji zrealizowanych w technologii CFB (załącznik nr 7).

2. Analiza prawna

Zamawiający rażąco naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione zawężenie potencjalnej technologii wykonania przedmiotu zamówienia. Działanie takie bezzasadnie ogranicza krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o realizację zamówienia, stanowiąc tym samym poważne ograniczenie konkurencji.

Dokonanie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z kluczowych obowiązków zamawiającego. Czynność ta w dużej mierze determinuje dalszy przebieg postępowania, w tym krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia w danym postępowaniu. Z reguły bowiem nie wszystkie podmioty obecne na rynku są zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób wskazany przez zamawiającego. Tym samym w postępowaniu mogą wziąć udział tylko ci wykonawcy, których produkty (usługi) wpisują się w wymagania określone przez zamawiającego. Ograniczenie to musi być w związku z tym każdorazowo szczegółowo uzasadnione potrzebami zamawiającego. Jeżeli takiego uzasadnienia nie ma, czynność zamawiającego należy uznać za cechującą się uznaniowością i dowolnością, sprzecznymi z zasadami konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sąd Okręgowy w Poznaniu, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił, iż: »Prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując specyfikację, zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy« (por. wyrok z 11 sierpnia 2006 roku, IX Ga 137/06).

Z tego właśnie względu przepis **art. 29 ust. 2 Pzp** stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie jest on zatem ogólną dyrektywą interpretacyjną, lecz zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli na rynku dostępne są różne (ale w pełni równoważne) technologie wykonania zamówienia, rozwiązaniem poprawnym jest określenie parametrów, których spełnienie jest wymagane (lub pożądanego), bez wskazywania, które konkretnie rozwiązania mają zostać wykorzystane dla ich osiągnięcia. W takim wypadku każdy z dostawców, którzy chcą się ubiegać o zamówienie publiczne, ma możliwość zaoferowania zamawiającemu rozwiązań, które w jego ocenie są najkorzystniejsze, co z kolei zapewnia maksymalną konkurencyjność postępowania. Ważne jest, by każde z tych rozwiązań zapewniało osiągnięcie wymagań postawionych przez zamawiającego. Jak wskazuje KIO (uchwała z dnia 6 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/KD 19/09), zamawiający winien dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia w celu umożliwienia wykonania zamówienia w różnych technologiach. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien »... być uwzględnić różne technologie pozwalające na osiągnięcie stawianego produktowi celu. Skoro na rynku producentów procesorów są stosowane różne technologie, wydajność procesora nie może być ograniczona wyłącznie do oczekiwania parametrów uniemożliwiających zaoferowania innej, lecz nie gorszej technologii« (w toku postępowania to, czy oferowane rozwiązanie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia może być weryfikowane także przez inne podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, które mogą domagać się odrzucenia ofert, które nie są zgodne z przedmiotem zamówienia).

Podstawową zaletą tego rozwiązania jest to, że zamawiający – nie definiując z góry, np. technologii wykonania zamówienia – unika ryzyka dokonania z tym zakresie wyboru nieoptymalnego, dotkniętego błędem, co skazywałoby go na korzystanie z rozwiązań gorszych niż dostępne na rynku. To rynek (wykonawcy) starają się dostosować do wymogów określonych przez zamawiającego, poszukując w tym zakresie rozwiązań optymalnych.

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na rozwiązanie odmienne, czyli preferujące określoną technologię, to decyzja taka – prowadząca do oczywistego ograniczenia konkurencji, bowiem nieuchronnie ograniczająca krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia – musi posiadać obiektywne uzasadnienie, to jest musi być oparta o dające się zweryfikować przesłanki natury technicznej, ekonomicznej, prawnej itp. Brak takiego obiektywnego uzasadnienia nieuchronnie prowadzić będzie do niezgodnego z prawem ograniczenia konkurencji – dział się tak będzie zarówno, jeżeli okaże się, że w istocie rzeczy brak jest podstaw do obrony stanowiska zamawiającego (a więc, że np. nie występują korzyści, na jakie powołał się zamawiający), jak i w sytuacji, w której błędna okaże się którakolwiek z przesłanek podjętej decyzji. Jak wskazała KIO (wyrok z 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP

872/09) cyt. »przejawem naruszenia uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia«. Owo obiektywne uzasadnienie wyboru np. określonej technologii nie może się sprowadzać wyłącznie do wykazania, że według określonych kryteriów przyjętych przez zamawiającego technologia X jest dla niego korzystniejsza niż technologia Y. Konieczne jest raczej wykazanie, że wybór technologii X obiektywnie uniemożliwia dopuszczenie do postępowania wykonawców operujących w technologii Y (albo przynajmniej zdecydowanie, poważnie to utrudnia). Jeżeli bowiem zamawiający nie będzie w stanie wykazać owej obiektywnej niemożności przetestowania w toku postępowania obydwu dostępnych technologii, to narazi się na zarzut naruszenia uczciwej konkurencji. W tym kontekście należy wskazać, że dokonując wyboru jednej tylko technologii (tj. technologii PP) zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla takiego wyboru. Dodatkowo decyzja zamawiającego o wykluczeniu możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w technologii CFB została podjęta na podstawie niejasnych przesłanek. Przy opracowywaniu studium wykonalności będącym podstawą do podjęcia decyzji o wyborze technologii wykonania zamówienia, nie zapytano bowiem potencjalnych oferentów o oferty budżetowe, co jest zwykłą praktyką przy tego typu projektach.

W świetle orzecznictwa KIO, wspomniane opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (wyrok z 17 września 2009 roku, sygn. akt KIO/KD 30/09). Co istotne, ocena ta może zostać podjęta bez względu na fakt wykazania, że zastosowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza interesy konkretnego wykonawcy. Zdaniem KIO, nawet możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji potwierdza naruszenie dyspozycji przepisu **art. 29 ust. 2 Pzp** (uchwała z 17 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO/KD 12/10).

W przypadku wyboru oferty odwołującego w postępowaniu gotowy jest on wykonać blok energetyczny w pełni wypełniający wszelkie uzasadnione wymagania zamawiającego, jednakże z zastosowaniem równoważnego kotła w technologii CFB. W takim przypadku efekt finalny wykonanych przez odwołującego robót może być lepszy z punktu widzenia interesów zamawiającego i racjonalnej gospodarki środkami publicznymi niż przy zastosowaniu technologii pyłowej.

29.10.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (**art. 180 ust. 5 Pzp**).

29.10.2009 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (**art. 185 ust. 1 in fine Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują uczestnikom konkursu albo wykonawcom, ale także innym podmiotom. W ustawie brak jest definicji innego podmiotu, któremu przysługują środki ochrony prawnej, takiej jaka np. istnieje w art. 2 pkt 11 Pzp odnośnie pojęcia »wykonawcy«. Dlatego należy wziąć pod uwagę, że podmiot taki ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia, co należy odczytywać, że w pierwszym rzędzie podmiotowi takiemu będzie można skutecznie wziąć udział w postępowaniu, a w rozpoznawanym postępowaniu taki podmiot będzie mógł przynajmniej złożyć prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W początkowej fazie postępowania, po opublikowaniu albo zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu, ale przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (albo ofert), w postępowaniu występuje najszerszy krąg podmiotów mogących korzystać ze środków ochrony prawnej, nie tylko wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale także podmiotów, które ubiegają się o możliwość skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W związku z tym odwołujący może występować o zmianę ogłoszenia w zakresie rozszerzenia technologii, w której będzie działać przedmiot zamówienia, aby w przyszłości móc złożyć ofertę zgodnie ze swoimi możliwościami wytwórczymi, a która to oferta będzie mogła konkurować z innymi ofertami. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi: »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.

Na posiadanie interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej nie ma negatywnego wpływu fakt, że wnoszący odwołanie może spełnić wymagania zamawiającego, ale żąda

zmiany tych wymagań, aby wnoszący odwołanie mógł złożyć ofertę w innym zakresie niż dopuszczają wymagania ustanowione w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu. Podmiot wnoszący odwołanie może mieć interes w tym, aby rozszerzyć gamę możliwości złożenia oferty, gdyż taka oferta zdaniem tego podmiotu będzie bardziej konkurencyjna w stosunku do innych ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut – naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez ograniczenie konkurencji, ze względu na niedopuszczenie możliwości zaoferowania kotłów pracujących w innych technologiach – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem i w sekcji II.1.5 lit. c ogłoszenia zamieścił postanowienie o przedmiocie zamówienia tj. »kotła parowego pyłowego o parametrach nadkrytycznych z wtórnym przegrzewem pary« (dalej kotła PP). Według odwołującego zamieszczenie już ogłoszeniu o zamówieniu w opisie przedmiotu zamówienia wymagania dotyczącego technologii, w której ma pracować przedmiot zamówienia jest przedwczesne i zawęża przez to krąg wykonawców, którzy mogliby wykonać przedmiot osiągający zamawiane parametry, ale pracujący w innej technologii.

Zdaniem odwołującego zamawiający powinien dopuścić możliwie szeroki krąg wykonawców do fazy negocjacji, a następnie dopiero – po uzyskaniu informacji z negocjacji, zamawiający mógłby skonkretyzować technologię, w której powinien optymalnie pracować przedmiot zamówienia lub nawet bez określania technologii – wskazać w specyfikacji na graniczne parametry, które powinien osiągnąć przedmiot zamówienia. Zdaniem odwołującego wpisanie oprócz parametrów, które ma osiągnąć przedmiot zamówienia, już w ogłoszeniu wymagania dotyczącego technologii, w której będzie w przyszłości pracować przedmiot zamówienia – jest naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (określonej w art. 7 ust. 1 Pzp) oraz unormowania zakazującego opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (określonego w art. 29 ust. 2 Pzp).

Zdaniem składu orzekającego Izby obowiązek zachowania uczciwej konkurencji wynikający z zasady uregulowanej w art. 7 ust. 1 Pzp i sprecyzowania zawartego w art. 29 ust. 2 Pzp w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia nie polega na sporządzeniu tego opisu (a także wszystkich warunków i wymogów zawartych w ogłoszeniu lub specyfikacji, jednak zagadnienie to będzie dalej opuszczane ze względu na przedmiot odwołania zawężający się do opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem) w sposób dopuszczający do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy zamierzają wziąć udział w postępowaniu.

Obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który pozwoli wybrać najkorzystniejszą ofertę na określony przedmiot zamówienia. W rozpoznawanym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest budowa nowego bloku energetycznego w określonym miejscu, o określonych parametrach, pracującego w określonej technologii, na określone paliwo.

Odwołujący nie dowiódł, że technologia, w której będzie pracować zamawiany kocioł jest bez znaczenia dla przedmiotu zamówienia i w związku z tym zamawiający powinien dopuścić do postępowania wykonawców oferujących wykonanie przedmiotu zamówienia pracującego w innej technologii niż pierwotnie wybrana przez zamawiającego. Natomiast zamawiający wykazał, że był (i jest) zobligowany do spełnienia warunków postawionych przez gestora Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., który ustanowił w dokumencie pn. »Warunki przyłączenia bloku 11 Elektrowni Turów o mocy 480 MW do sieci przesyłowej« (Warszawa, marzec 2010 r.). Zgodnie z – niezaprzeczoną przez odwołującego – oświadczeniem zamawiającego, warunki te może spełnić jedynie kocioł pracujący w technologii pyłowej (PP).

Zamawiający wskazał w szczególności wymaganie określone w ust. 15 lit. h »Warunków przyłączenia bloku 11 [...]« dotyczące czasu rozruchu bloku wynoszącym od 2 do 5 godzin po wykazanym postoju bloku wynoszącym ponad 50 godzin, czego nie może uzyskać w kotle pracującym w technologii cyrkulującego złoża fluidalnego (CFB). Jest to spowodowane przede wszystkim masami bloków, a masa bloku pracującym w technologii cyrkulującego złoża fluidalnego (CFB) jest większa. Wymiary (wysokość x głębokość x szerokość) wg oświadczenia odwołującego dwóch bloków w Łagiszy i projektowanego dla zamawiającego to w metrach odpowiednio $48 \times 11 \times 28 = 14\,784 \text{ m}^3$ i $50 \times 11,3 \times 38 = 21\,470 \text{ m}^3$, czyli projektowany kocioł może mieć objętość o około 45% większą niż kocioł w Łagiszy: $(21\,470 - 14\,784) : 14\,784 = 6\,686 : 14\,784 = 45,23\%$.

Zamawiający podkreśla, że blok będzie budowany w specyficznym miejscu geograficznym – w bezpośredniej bliskości obszaru Natura 2000 oraz na styku granic trzech państw Polski, Czech i Niemiec, a co za tym idzie obszaru uznanego za szczególnie cenny przyrodniczo i na styku trzech krajowych systemów elektroenergetycznych.

Zamawiający stwierdza, że lokalizacja u styku granic Polski, Czech i Niemiec oraz w bezpośrednim sąsiedztwie obszaru Natura 2000 determinuje również decyzje środowiskowe m.in. wymagające sporządzenia raportu oddziaływania na środowisko, uwzględniające aspekt transgraniczności na etapie poprzedzającym rozpoczęcie budowy bloku, co wymaga sprecyzowania konkretnej technologii już na etapie sporządzenia tego raportu, czyli jeszcze przed sformułowaniem postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Wynika to z art. 66 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227, Nr 227 i poz. 1505, z 2009 r. Nr 42, poz. 340, Nr 84, poz. 700 i Nr 157,

poz. 1241 oraz z 2010 r. Nr 28, poz. 145, Nr 106, poz. 675, Nr 119, poz. 804 i Nr 143, poz. 963). Art. 66 ust. 1 ww. ustawy brzmi: »Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko powinien zawierać: (1) opis planowanego przedsięwzięcia, a w szczególności: (a) charakterystykę całego przedsięwzięcia i warunki użytkowania terenu w fazie budowy i eksploatacji lub użytkowania, (b) główne cechy charakterystyczne procesów produkcyjnych, (c) przewidywane rodzaje i ilości zanieczyszczeń, wynikające z funkcjonowania planowanego przedsięwzięcia«. Zamawiający także wszczął postępowania administracyjne i posiada obowiązujące postanowienie Burmistrza Miasta i Gminy Bogatynia związane ze stanem zaawansowania długotrwałej procedury uzyskania pozwolenia na budowę, właśnie we wskazanej przez zamawiającego technologii, co wynika z przedmiotowego raportu.

Dodatkowym zagadnieniem jest to, że emisja tlenków siarki jest znacznie niższa w kotłach pracujących w technologii PP niż w – CFB. Wiąże się z większym oddziaływaniem na środowisko, tym samym osiągnięcie standardów niższych wiąże się z wyższymi kosztami odsiarczania, niż w przypadku technologii PP.

Wszystkie te główne przyczyny sprawiły, że zamawiający jeszcze długo przed wszczęciem postępowania i sporządzeniem ogłoszenia o zamówieniu musiał dokonać wyboru konkretnej technologii, w której będzie pracował przedmiot zamówienia, technologii, którą należy traktować jako immanentny element przedmiotu zamówienia. W związku z tym określił przedmiot zamówienia wraz z technologią, w której przedmiot ten będzie pracował – czyli określił przedmiot zamówienia jako kocioł parowy pyłowy o parametrach nadkrytycznych z wtórnym przegrzewem pary.

Zgodnie z art. 59 ust. 1 Pzp zamawiający po zakończeniu negocjacji może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację, jednak zmiany te, zgodnie z art. 59 ust. 2 Pzp, nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Art. 59 ust. 1 i 2 Pzp brzmią: »1. Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. 2. Zmiany, o których mowa w ust. 1, nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia«.

Technologia, w której ma pracować przedmiot zamówienia jest istotnym elementem przedmiotu zamówienia, zamawiający nie może w trakcie postępowania dokonywać zmiany specyfikacji prowadzącej do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Jak z tego wynika zamawiający musi już na początku postępowania określić przedmiotową technologię i następnie nie może dokonywać zmiany tej technologii w specyfikacji. W związku z tym skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu odwołującego za słuszny.

Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 ani art. 7 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów nie uwzględniono odwołania, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....