

WYROK

z dnia 16 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2011 r. przez **Biuro Studiów i Projektów Energetycznych "Energoprojekt-Warszawa" S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Elektrownia Wiatrowa Resko Sp. z o.o., 84-250 Gniewino, Czymanowo.**

przy udziale wykonawcy **Elektrobud-Kraków sp. z o.o., 31-262 Kraków, ul. Pękowicka 77** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 937/11 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Studiów i Projektów Energetycznych "Energoprojekt-Warszawa" S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Biuro Studiów i Projektów Energetycznych "Energoprojekt-Warszawa" S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Energetycznych „Energoprojekt-Warszawa” S.A., 00-950 Warszawa ul. Krucza 6/14** na rzecz **Elektrowni Wiatrowej Resko Sp. z o.o., 84-250 Gniewino, Czymanowo** kwotę **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed KIO.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Elektrownia Wiatrowa Resko sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej RESKO Etap I w formule „pod klucz”

Odwołujący - Wykonawca Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt-Warszawa S.A. (zwany dalej „Odwołującym”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 29 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia poprzez dopuszczenie zaoferowania takiej ilości wież wiatrowych o mocy w przedziale 1,5 - 3,5 MW aby zapewnić łączną moc wyjściową 10,5 MW.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób: „Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej RESKO Etap I w formule „pod klucz” wraz z wyprowadzeniem mocy (linie kablowe SN) i stacją SN/11 OkV w GPZ Resko oraz inną niezbędną infrastrukturą. Farma obejmuje 7 sztuk turbozespołów o mocy jednostkowej nie mniejszej niż 1.5MW każdy, zainstalowanych na wieżach nie niższych niż 90 metrów nad poziomem terenu, przy czym łączna moc wyjściowa projektowanej farmy wiatrowej nie może przekroczyć 10,5 MW (Zamawiający dopuszcza zainstalowanie turbozespołów o mocy jednostkowej nie mniejszej niż 1,5 MW i nie większej niż 3,5 MW pod warunkiem ograniczenia całkowitej mocy wyjściowej farmy wiatrowej do 10,5 MW).”

Odwołujący zauważył, iż poprzez ścisłe określenie ilości turbozespołów (tj. 7) oraz jednoczesne ograniczenie całkowitej mocy wyjściowej farmy wiatrowej (do 10,5 MW) Zamawiający nie tylko preferuje, ale wyłącznie dopuszcza wykonawcę oferującego turbiny o mocy 1,5 MW. Zatem wbrew zapisowi opisu przedmiotu zamówienia (o możliwości zaoferowania mocy dla pojedynczego turbozespołu na poziomie 1,5 - 3,5 MW), Wykonawcy nie mogą zaoferować choćby jednego w całym zestawie turbozespołu o mocy przekraczającego 1,5 MW, gdyż przy ścisłym określeniu ilości turbozespołów (7), doprowadziłoby to do przekroczenia ściśle określonych warunków w zakresie ograniczenia całkowitej mocy wyjściowej farmy wiatrowej (do 10,5 MW). W ocenie Odwołującego takie opisanie warunków eliminuje wszystkich wykonawców, którzy oferują turbozespoły przekraczające moc jednostkową 1,5 MW. Zamawiający dopuszcza do udziału w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie dostawców siedmiu turbin o mocy równej 1,5 MW.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający mógłby dopuścić zaoferowanie przez Wykonawców 3 turbozespołów o mocy 3,5 MW każdy, co pozwoliłoby na równoczesne spełnienie warunku całkowitej mocy wyjściowej farmy wiatrowej określonej na 10,5 MW.

Odwołujący podkreślił, iż miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego dopuszcza zainstalowanie wież o mocy do 3,5 MW, zatem, w jego ocenie nie zachodzą żadne obiektywne przesłanki ograniczające moc pojedynczego turbozespołu do mocy równej 1,5 MW oraz bezwzględne wymaganie zainstalowania 7 (siedmiu) turbozespołów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnioskując o oddalenie w całości zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Zwrócił uwagę, iż zgodnie z warunkami - Decyzji Burmistrza Reska o środowiskowych uwarunkowaniach, dotyczącymi zgody na realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego polegającego na budowie Farmy Elektrowni Wiatrowych na działkach nr 154, 259/9, 259/10, 259/11, 260, 269/1, 264 i 271/4 zlokalizowanych w obrębie Ługownia w Gminie Resko (Decyzji Środowiskowej) - „planowane przedsięwzięcie będzie polegać na budowie farmy wiatrowej (FW) składającej się z 7 elektrowni o mocy nominalnej do 3,5 MW wraz z infrastrukturą towarzyszącą (...)”. Zamawiający podkreślił, iż w świetle powyższego, dopuszczenie w warunkach zamówienia zainstalowania na obszarze farmy wiatrowej RESKO liczby turbozespołów innej niż określonej w Decyzji Środowiskowej, uniemożliwiłoby uzyskanie prawomocnego Pozwolenia na Budowę dla realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia inwestycyjnego lub stanowiłoby istotną przesłankę wstrzymania przekazania farmy wiatrowej do eksploatacji.

Zamawiający podniósł, że każda zmiana liczebności turbozespołów skutkowałaby koniecznością uzyskania nowej dokumentacji, narażając Zamawiającego na poniesienie dodatkowych kosztów oraz znaczne wydłużenie terminu przekazania inwestycji do eksploatacji i tym samym wymierne straty finansowe wpływające niekorzystnie na rentowność projektu.

Ponadto, uzyskanie nowej Decyzji Środowiskowej, uwzględniającej inny niż zdefiniowany przez Zamawiającego układ przestrzenny farmy wiatrowej, uniemożliwi dotrzymanie terminu realizacji przedsięwzięcia w czasie 15 miesięcy od udzielenia zamówienia, z uwagi na konieczność opracowania nowego raportu środowiskowego uwzględniającego nowy układ przestrzenny farmy, poprzedzonego co najmniej 12 miesięcznymi obserwacjami ekofizjograficznymi, ornitologicznymi i chiropterologicznymi oraz analizą akustyczną.

Zamawiający przyznał, iż w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego dla lokalizacji farmy wiatrowej RESKO Etap I dopuszczalne jest zainstalowanie „do 7 wież elektrowni wiatrowych o mocy do 3,5 MW i o łącznej mocy do 24,5 MW” (Uchwała NR XI/53/07 Rady Miasta w Resku z dnia 31 lipca 2007r. Dzienniku Urzędowym Województwa Zachodniopomorskiego Nr 94 poz. 1629). Jednak Zamawiający powołał się na warunki

wymienionej powyżej Decyzji Środowiskowej, które ograniczają Zamawiającego do "(...) budowy farmy wiatrowej (FW) składającej się z 7 elektrowni o mocy nominalnej do 3,5 MW wraz z infrastrukturą towarzyszącą (...)".

Zamawiający wyjaśnił także, iż warunki zawarte w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie mocy i liczby przewidzianych do zainstalowania turbozespołów wynikają również z ograniczenia całkowitej mocy wyjściowej przedmiotowej farmy wiatrowej do 10,5 MW. Taka moc wyjściowa została określona w warunkach przyłączenia farmy wiatrowej do sieci elektroenergetycznej określonych przez ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Szczecin nr RR5/119/2007 z dnia 10.10.2007 r.

W ocenie Zamawiającego, zainstalowanie mniejszej liczby turbozespołów niż maksymalna ich ilość zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie decyzjami administracyjnymi przy jednoczesnym wzroście mocy jednostkowej turbozespołu, może spowodować nieosiągnięcie w przyszłości zakładanego poziomu produktywności farmy wiatrowej. Wielkość i prawdopodobieństwo zostały określone dla ściśle zdefiniowanego i najbardziej efektywnego w zakresie produktywności micrositing-u farmy wiatrowej uwzględniającego szereg specyficznych czynników lokalizacyjnych t.j.: warunki wietrzne, konieczne odległości od budynków przeznaczonych na pobyt ludzi, możliwość przyłączenia farmy do sieci, występowanie stanowisk archeologicznych i obszarów o walorach zabytkowych oraz uzdrowiskowych, zapisy miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, możliwość posadowienia siłowni wiatrowych jako przeszkód lotniczych, możliwość dojazdu do terenu projektowanej farmy, z uwzględnieniem transportu siłowni.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż nie jest prawdą, że do udziału w przedmiotowym postępowaniu dopuszczone są wyłącznie dostawcy turbin o mocy równej 1,5 MW, gdyż Zamawiający dopuścił zainstalowanie turbozespołów o mocy jednostkowej nie mniejszej niż 1,5 MW i nie większej niż 3,5 MW pod warunkiem ograniczenia całkowitej mocy wyjściowej farmy wiatrowej do 10,5 MW.

Zamawiający podkreślił, iż obecnie na rynku dostępnych jest wielu dostawców turbozespołów spełniających kryteria udziału w postępowaniu, przy czym turbinami o mocy zbliżonej do 1,5 MW dysponuje co najmniej pięciu czołowych dostawców na rynku tj. Acciona, GE Energy, Vensys, Alstom i Nordex.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił Wykonawca Elektrobud-Kraków sp. z o.o.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Jak wykazał Zamawiający w toku postępowania, zapisy ogłoszenia o zamówieniu dotyczące ilości oraz mocy turbin determinowane były uzyskaną przez Zamawiającego Decyzją Burmistrza Reska z dnia 6 kwietnia 2010 roku o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia zamiaru budowy farm wiatrowych oraz umową o przyłączenie nr RR5/119/2007, zawartą w dniu 9 października 2010 r. przez Acciona Energy Poland sp. z o.o. Przedmiotowa umowa dotyczyła przyłączenia instalacji elektrycznej farmy wiatrowej Resko do sieci elektroenergetycznej należącej do ENEA Operator sp. z o.o. Budowa farmy wiatrowej Resko objęta jest niniejszym postępowaniem. Z treści umowy o przyłączenie zawartej z ENEA Operator sp. z o.o. wynika, że maksymalna moc przyłączeniowa farmy wiatrowej Resko dla etapu I wynosi 10,5 MW. Z Decyzji Burmistrza Reska wynika, że Decyzja ta została wydana dla 7 elektrowni o mocy do 3,5 MW każda. Z powyższych okoliczności wynika, że warunki określone w umowie o przyłączenie oraz Decyzji Burmistrza RESKA mogliby spełnić wykonawcy, którzy zaoferują turbiny o mocy 1,5 MW. Ponieważ nie są to wymagania ustalone wyłącznie przez Zamawiającego, a wynikające z dokumentów administracyjnych (powyżej wskazanych) uznać należy, iż treść ogłoszenia w zakresie wymogów technicznych znajduje obiektywne uzasadnienie. W świetle przedstawionych dokumentów brak jest podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający jednostronnie określił ilość i parametry techniczne turbin. Zarówno ilość jak i moc turbin wynika z dokumentów sporządzonych przez podmioty trzecie, a Zamawiający zobowiązany jest zastosować się do ich treści.

Z treści oświadczeń złożonych przez Zamawiającego (a oświadczenia te potwierdził Odwołujący) wynika, że istnieją na rynku polskim co najmniej dwaj producenci turbin o

parametrach odpowiadających wymogom Zamawiającego. Co więcej, istnieją jeszcze podmioty, które oferują turbiny o parametrach o mocy zbliżonej do 1,5MW (która to moc została uwzględniona w treści wymagań technicznych).

Skoro tak jest, nie może być mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, gdyż możliwe jest zaoferowanie Zamawiającemu turbin przez tych producentów, a więc konkurencyjność zostanie zachowana. Zamawiający uzasadnił ilość elektrowni, jakie miałyby zostać zbudowane także okolicznością, iż awaria jednej turbiny o mniejszej mocy generuje mniej strat niż awaria jednej turbiny o większej mocy.

Co więcej, Zamawiający dopuścił zaoferowanie turbin o mocy wyższej niż 1,5 MW, nie przekraczającej jednak 3,5MW. Warunkiem zaoferowania turbiny o wyższej mocy byłoby ograniczenie jej mocy do 1,5 MW. Odwołujący nie zaprzeczył, że ograniczenie takie jest technicznie możliwe.

Izba podziela stanowisko wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego wymaganiom. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (KIO/UZP 1024/08).

Odwołujący podnosi, że zastosowanie rozwiązania w postaci budowy mniejszej ilości elektrowni, ale wyposażonych w turbiny o większej mocy byłoby bardziej ekonomicznie korzystne dla Zamawiającego. Przede wszystkim stwierdzić należy, iż takie stwierdzenie jest oparte wyłącznie na opinii i oświadczeniu Odwołującego. Zamawiający zwracał uwagę na fakt, iż przyjęcie przez niego rozwiązania, jakie znalazło się w opisie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, poprzedzone było długotrwałymi przygotowaniem, w tym badaniami, uwzględniającymi wiele czynników, a także próbą pozyskania najlepszej produktywności farmy wiatrowej.

Ponadto podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż budowa trzech elektrowni wiatrowych w miejsce przewidywanych przez Zamawiającego siedmiu elektrowni byłaby korzystniejsza ekonomicznie dla Zamawiającego, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Do naruszenia tej zasady dochodzi bowiem w sytuacji stworzenia przez Zamawiającego ograniczeń w zakresie możliwości złożenia oferty przez wykonawców, które to ograniczenie nie znajduje obiektywnego uzasadnienia potrzebami Zamawiającego i czynnikami technicznymi. Samo istnienie rozwiązań innych niż wymagane przez Zamawiającego, nawet jeśli rozwiązania te są ekonomicznie dla

Zamawiającego korzystniejsze, nie oznacza, że Zamawiający formułując treść ogłoszenia o zamówieniu naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Izba ponownie podkreśla, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to Zamawiający jest uprawniony do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami. W niniejszej sprawie dodatkowymi czynnikami obiektywnymi, które wpływały na opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego były: Decyzja Burmistrza Reska oraz umowa zawarta z ENEA Operator sp. z o.o. Aby uzyskać wymagany przez Zamawiającego rezultat w postaci wybudowania farmy wiatrowej i podłączenia jej do sieci elektroenergetycznej, Zamawiający musiał opisać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w tych dokumentach.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: