

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2012 r. przez wykonawcę **TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12 a, 51-117 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice**,

przy udziale wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12 a, 51-117 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12 a, 51-117 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12 a, 51-117 Wrocław na rzecz

ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie IX Wydział Gospodarczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: ENEA Wytwarzanie S.A. z siedzibą Świerże Górne prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa - „Modernizacja i remont turbozespołu bloku Nr 8”. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.06.2012 r., nr 2012/S 115-190544.

Odwołujący: TurboCare Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, odwołanie, w szczególności wobec treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, dokonania modyfikacji, a także innych czynności dotyczących SIWZ.

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez dokonanie kwestionowanych czynności dopuścił się naruszenia przepisów Pzp w zakresie art. 7 ust. 1, 3, art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 38 ust. 4 w zw. z art. 29 i art. 7 oraz art. 93 ust. 7 (powinno być ust.1 pkt 7).

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29, art. 7 Pzp przez:

1) wyłączenie z przedmiotu zamówienia dostawy 51 sztuk łopatek czwartego stopnia określonej w SIWZ w pkt 3.1. ppkt III.5 po modyfikacji dokonanej w piśmie zamawiającego z dnia 16.07.2012 r. znak DZP-EK-2103-1/12,

2) szczegółowe określenie dostawy, jakich łopatek żąda zamawiający, udostępnienie wykonawcom rysunków łopatek oraz dokumentacji techniczno-technologicznej łopatek,

3) szczegółowe określenie, w jaki sposób ma być wykonana zabudowa 10 łopatek, szczegółowe określenie miejsca zabudowy - rząd czwarty lewy czy prawy oraz wskazanie dokładnej liczby łopatek do zabudowy dla poszczególnego rzędu,

ewentualnie unieważnienie postępowania, jako postępowania obarczonego wadą, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

II. Odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jako że posiada interes w uzyskaniu

zamówienia. Zamawiający wbrew obowiązującym przepisom dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, godzący w zasadę uczciwej konkurencji, co uniemożliwia odwołującemu sporządzenie i złożenie oferty, a w konsekwencji naraża odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

III. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął w dniu 17 lipca 2012 r., tj. w dniu otrzymania zawiadomienia o modyfikacji treści SIWZ (za pośrednictwem e-maila), w związku z tym odwołanie zostało wniesione w przewidzianym ustawą terminie. W formie pisemnej, informacja o modyfikacji SIWZ została dostarczona odwołującemu w dniu 18 lipca 2012 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał: zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2012 w odpowiedzi na pytania wykonawców zmodyfikował dotychczasową treść SIWZ i określił, że przedmiotem zamówienia ma być dostawa łopatek NP oraz rozszerzył zakres dostawy z 10 sztuk łopatek na 51 sztuk (pismo z dnia 16 lipca 2012 r., Ad 1.1, str.7). W związku z powyższym, uległa modyfikacji SIWZ w pkt 3.1 ppkt III. 5 oraz Załącznik nr A 2 do formularza oferta* w pkt 1 ppkt III. 5. Jednocześnie we wskazanym piśmie, zamawiający odnosząc się do pytania nr 3 poinformował, iż nie dysponuje rysunkami oraz dokumentacją techniczną przedmiotowych elementów. Odwołujący stwierdził, że dokumentacja zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego jest niewystarczająca do przygotowania technologii i oferty na wykonanie łopatek.

W ocenie odwołującego, dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ w sposób istotny zmienia obowiązki wykonawcy w ramach zamówienia, a przede wszystkim jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji. W konsekwencji, opis przedmiotu zamówienia sporządzony na skutek modyfikacji, jest niezgodny z art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 7 Pzp. Wskutek modyfikacji oraz nieudostępnienia dokumentacji technicznej wraz z rysunkami łopatek, tylko jeden podmiot będzie w stanie złożyć rzetelnie sporządzoną ofertę, ponieważ jako jedyny dysponuje szczegółowymi danymi dotyczącymi wykonania łopatek (dane te mają wpływ na zaproponowaną cenę łopatek), podczas gdy zamawiający nie udostępnił takich informacji wszystkim wykonawcom. Pozostali wykonawcy nie będą mogli oszacować oferty, co powoduje, że oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący wskazał art. 29 Pzp, cytując i komentując treść przepisu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie załączył do SIWZ rysunków łopatek, dokumentacji techniczno-technologicznej ani nie przewidział wizji lokalnej, która stwarzałaby możliwość dostępu do zdemontowanej łopatki w przypadku niedostarczenia dokumentacji technicznej łopatek. Zatem uznał, że wykonawcy w istocie nie wiedzą, jakie łopatki mają być przedmiotem dostawy. Podkreślił, że zamawiający nie wskazał czy dostawa dotyczy łopatek lewych czy prawych, co również przemawia za niejednoznacznością sformułowania SIWZ,

gdyż według rysunków zamieszczonych na stronie internetowej łopatki z wylotem ND41 mogą występować w dwóch wersjach - prawej bądź lewej.

Z powyższego wynika, że firma, która uprzejmo dostarczała łopatki jest w posiadaniu informacji, jakie łopatki są stosowane przez zamawiającego w części przepływowej NP, dysponuje rysunkami technicznymi łopatek i jest w stanie w określonym terminie zrealizować zamówienie.

W odpowiedzi z dnia 16.07.2012 r. na pytania wykonawców, w odniesieniu do pytania nr 4, zamawiający wskazał, iż nie dysponuje łopatką rezerwową ani nie posiada dokumentacji wykonawczej przedmiotowej łopatki, natomiast w ocenie odwołującego, wykonawca będzie dysponował łopatką dopiero po demontażu części NP turbiny, a więc zgodnie z SIWZ będzie to miało miejsce po zakończeniu przetargu i wyborze oferty, co powoduje, że w obecnym kształcie, na etapie sporządzania i składania ofert, tylko firma, która w przeszłości dokonywała dostawy łopatek, jest w stanie złożyć rzetelną ofertę oraz wykonać zamówienie w wymagany sposób.

Odwołujący uznał, że postanowienia SIWZ przez modyfikację wprowadzoną w dniu 16 lipca 2012 r. w przedmiocie zamówienia i wprowadzenie obowiązku dostawy łopatek, przy jednoczesnym zaniechaniu modyfikacji terminu realizacji umowy oraz nieudostępnienia szczegółowych danych oraz dokumentacji łopatek, uniemożliwiają złożenie ważnej oferty i ograniczają uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, jako profesjonalista ma wiedzę, w jakim czasie można dostarczyć łopatki i że na obecnym etapie, w posiadaniu informacji o łopatkach w części NP wraz z dokumentacją, jest tylko jeden wykonawca (tj. podmiot który dostarczył łopatki do turbozespołu na blok TG 8). Zatem, zamawiający w sposób świadomy, formułując w ten sposób SIWZ ogranicza konkurencję, uniemożliwiając prawidłowe i rzetelne przygotowanie konkurencyjnej oferty.

Odwołujący podniósł, że do tej pory zamawiający mając świadomość rzeczywistego terminu koniecznego do wyprodukowania łopatek oraz czynności, których podjęcie jest niezbędne do realizacji modernizacji turbozespołu nigdy nie przeprowadzał postępowań na modernizację i remont turbozespołów danego bloku, obejmujących również dostawę łopatek do części przepływowej NP. Dotychczasowa praktyka zamawiającego w postępowaniach na modernizację i remont bloku nr 4 oraz bloku nr 3 i nr 6 z zakresu prac wyłączona była dostawa łopatek do części NP. Zamawiający przeprowadzał odrębne postępowania na dostawę łopatek bądź na modernizację i remont turbozespołu. Niezrozumiała jest zatem obecna praktyka zamawiającego, który wiedząc, że w sposób istotny ogranicza konkurencję ujął w jednym postępowaniu modernizację i dostawę łopatek zapasowych, nie dzieląc tego postępowania na części. Do tej pory zamawiający na przedmiotowe dostawy i usługi ogłaszał odrębne postępowania.

W ocenie odwołującego, opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z treścią art. 7 i art. 29 Pzp, co jest poważną wadą prawną skutkującą niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Niewątpliwie obecne postanowienia SIWZ powodujące ograniczenie konkurencji może mieć wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający: ENEA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Koźienicach wniósł o jego oddalenie w całości podając, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu, poza zarzutem naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, powinny zostać pominięte (nie rozpoznawane), a zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp winien zostać oddalony, jako całkowicie niezasadny. Podał, że zwiększenie dostawy do 51 łopatek, uzasadnione jest potrzebami przy pracach remontowo modernizacyjnych na blokach elektrowni. Wskazał, że nie dysponuje i nigdy nie dysponował rysunkami wykonawczymi zamawianych łopatek. W wyniku wykonanych prac modernizacyjnych części NP. turbin i układów regulacji bloków 200 MW w latach 1995-2004, zamawiający nie nabył praw do szczegółowej dokumentacji wykonawczej modernizowanych układów. Nie posiada również w dyspozycji egzemplarza takiej łopatki, a wykonawcy będą mogli nią dysponować po dokonaniu demontażu turbiny. Podniósł, że rezygnacja z 51 szt. łopatek jest nieuzasadniona, a wręcz szkodliwa punktu widzenia interesu społecznego i gospodarczego. Dostawa ta pozwoli usprawnić i przyspieszyć procesy remontowo modernizacyjne na blokach energetycznych. Stwierdził, że fakt, iż firma ALSTOM Power Sp. z o.o. jest następcą prawnym firmy, która dostarczała do elektrowni turbiny 200 MW, a następnie zmodernizowała ich części niskoprężne (za wyjątkiem bloku nr 4, gdzie modernizację części NP. przeprowadziła firma Westinghouse Modelpol Sp. z o.o.) nie stanowi naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp.

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ALSTOM Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł o odrzucenie odwołania. Wskazał, że skoro odwołujący nie wniósł odwołania w ustawowym terminie wobec kwestionowanych postanowień SIWZ, brak jest podstaw, by na tym etapie podnosić zarzuty naruszenia art. 29 i 7 Pzp. Stwierdził, że nieprawdą jest, że modyfikacja SIWZ w istotny sposób zmieniła obowiązki wykonawcy, w sytuacji, gdy obowiązek dostarczenia 10 łopatek wynikał już z pierwotnej jej treści. Zatem, zwiększenie ilości łopatek jest w tym przypadku bez znaczenia. Stwierdził, że zamawiający nie dysponuje i nie będzie dysponował dokumentacją technologiczną, bowiem jest ona własnością osób trzecich. Podkreślił, że odwołujący dysponuje technologią, która umożliwia wykonanie zamówienia. Wniósł o pominięcie zarzutu naruszenia art. 29 Pzp, z uwagi na spóźnione odwołanie w tym zakresie. Uznał także za spóźnione żądania zawarte w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając wnioski zamawiającego i uczestnika postępowania oraz oceniając z urzędu przesłankę odrzucenia odwołania, Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana w skrócie „SIWZ”, zostały odpowiednio, opublikowane oraz zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 19 czerwca 2012 r. W odwołaniu, poza sformułowaniem zamieszczonym w czwartym wierszu na pierwszej stronie, że wnoszone jest *...w szczególności wobec treści ogłoszenia...*, odwołujący nie sprecyzował żadnego zarzutu dotyczącego ogłoszenia o zamówieniu, więc odwołanie dotyczy SIWZ, co wynika z zarzutów, żądań i uzasadnienia odwołania.

W pkt 3 SIWZ (wersja pierwotna) *Opis przedmiotu zamówienia*, ppkt III.5 *Remont części przepływowej NP.*, zamawiający podał, że remontem objęta jest *Wymiana 10 łopatek czwartego stopnia-należy także podać cenę jednostkową wymiany jednej łopatki*. W pkt 4 *Wymagania stawiane Wykonawcy*, zamawiający podał w ppkt 4.1. *Dokumentacja techniczna. Zakres przedmiotu zamówienia winien być zrealizowany zgodnie z dokumentacją techniczną i według technologii własnej Wykonawcy. Wykonawca opis techniczny modernizacji przedstawi w załączniku nr A10 pt. „Opis oferowanej modernizacji”*. W ppkt 4.2.a) *Warunki ogólne dla dostaw:*, zamawiający wskazał, że *Elementy i wszystkie części zamiennie do modernizacji i remontu dostarcza Wykonawca*.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że zamawiający wymagał wymiany 10 łopatek określonego stopnia wraz z podaniem ceny jednostkowej jednej łopatki. Łopatki miały być przygotowane według technologii własnej wykonawcy i dostarczone przez wykonawcę.

Kwestionowanie stanowiska zamawiającego zawartego w SIWZ, w formie odwołania wnoszonego do Prezesa Izby, mogło nastąpić wyłącznie do dnia 29 czerwca 2012 r. (art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp - *Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8*).

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 (odwołujący odstąpił od popieranie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 3, przepis dotyczy etapu

udzielenia zamówienia) oraz żądania: zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie łopatek przez -szczegółowe określenie dostawy, jakich łopatek żąda zamawiający, udostępnienie wykonawcom rysunków łopatek oraz dokumentacji techniczno-technologicznej łopatek, -szczegółowe określenie, w jaki sposób ma być wykonana zabudowa 10 łopatek, szczegółowe określenie miejsca zabudowy - rząd czwarty lewy czy prawy oraz wskazanie dokładnej liczby łopatek do zabudowy dla poszczególnego rzędu, przedstawione w odwołaniu wniesionym w dniu 26 lipca 2012 r., są spóźnione. Zakres przedmiotowy zamówienia - wykonanie łopatek według własnej technologii wykonawcy, ich dostarczenie i dokonanie wymiany w toku modernizacji i remontu turbosespołu nr 8 - był przedstawiony w SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, jednocześnie z publikacją ogłoszenia o zamówieniu w dniu 19 czerwca 2012 r. Zatem, odwołanie w tym zakresie, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega odrzuceniu (*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*).

Z uwagi na fakt, że przepisy proceduralne Pzp nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania w formie postanowienia i częściowego rozstrzygnięcia merytorycznego odwołania w formie wyroku (art. 192 ust. 1 Pzp), Izba, po uznaniu wskazanych zarzutów za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, rozpoznała na rozprawie wyłącznie pozostałe zarzuty, tj. dotyczące naruszenia art. 38 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, oceniając merytorycznie odwołanie w tym zakresie.

Odwołujący podważył zmianę SIWZ, dokonaną pismem z dnia 16 lipca 2012 r. i wniósł o: wyłączenie z przedmiotu zamówienia dostawy 51 sztuk łopatek czwartego stopnia określonej w SIWZ w pkt 3.1. ppkt III.5 po modyfikacji, ewentualnie unieważnienie postępowania, jako postępowania obciążonego wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłankę określoną w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającą go wniesienia odwołania w przedmiocie zmiany SIWZ dokonanej pismem z dnia 16 lipca 2012 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zatem w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na nie wykazanie przez odwołującego naruszenia przepisów Pzp, wskazanych jako podstawa prawna zarzutów rozpoznanych na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące postanowień SIWZ, pismem z dnia 16 lipca 2012 r. zmienił pkt 3.1 ppkt III. 5 oraz w następstwie tej zmiany także dokonał zmiany we wzorze Załącznika nr A2 do Formularza „Oferta” w pkt 1 ppkt III. 5 . Zmiana polegała na rozszerzeniu dostawy, z 10 łopatek przeznaczonych do zabudowy do 51 łopatek, w tym 10 podlegających zabudowie. Zatem, w wyniku zmiany wprowadzono obowiązek dostarczenia dodatkowo, w stosunku do pierwotnych postanowień SIWZ, 41 łopatek.

Przepis art. 38 ust. 4 ustawy stanowi, że W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniona na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Zamawiający wykazał w toku postępowania zasadność dokonania zmiany - rozszerzenia zamówienia o dodatkowe 41 łopatek, uzasadniając stanowisko potrzebami, jakie ujawniły się po przystąpieniu do modernizacji i remontu bloków 3 i 6. Zamawiający oświadczył, że zamawiana ilość łopatek może być niewystarczająca w toku modernizacji i turbozespołu bloku 8, gdyż po otwarciu turbiny będzie możliwe ustalenie rzeczywistej liczby niezbędnych łopatek (łącznie ilość może wynieść 102 łopatki).

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko tym, że dotychczas nie dokonywał wymiany takich łopatek, są to największe łopatki stosowane w turbinach. Jako podmiot wykonujący usługę serwisową mógłby dokonać wymiany 10 łopatek, uwzględniając ewentualną nieznajomość kosztów nabycia łopatek w ryzyku wykonawcy. Wskazał jednakże, że jest w stanie złożyć ofertę zgodnie ze zmienioną SIWZ, obawy jego budzi jedynie kalkulacja kosztów zakupu łopatek u ich producentów. Stwierdził, że w konsekwencji cena jego oferty będzie wyższa niż cena oferty wykonawcy, który już dostarczał i wymieniał takie łopatki (około 16 lat wstecz), jest to poprzednik prawny obecnego uczestnika postępowania odwoławczego - ALSTOM Power Sp. z o.o. Stąd wniosek odwołującego o wyłączenie dostawy 51 łopatek do odrębnego postępowania, w którym, jak oświadczył, mógłby również wziąć udział.

Izba ustaliła, że wymiana łopatek z zastosowaniem własnych elementów wymiennych na bloku nr 8 miała miejsce około 16 lat wstecz, wykonywał ją wykonawca będący poprzednikiem prawnym obecnego uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie

własnej technologii, która nie została przekazana zamawiającemu. Odwołujący dokonał w 2011 r. wymiany łopatek (inny rozmiar łopatek) na bloku nr 4, również na podstawie własnej technologii, która nie została udostępniona innym wykonawcom. Okoliczności wskazują, że każdy podmiot dokonujący wymiany m.in. łopatek zobowiązany był do dostarczenia łopatek wyprodukowanych według własnej technologii i dokonania ich wymiany, bez przekazywania zamawiającemu opracowań w tym zakresie.

W toku rozpoznawanego postępowania zamawiający nie udostępniał rysunków, czy dokumentacji żadnemu z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, bo ich nie posiada (4 wykonawców uczestniczyło w zorganizowanej przez zamawiającego wizji lokalnej, w tym odwołujący - ustalenie dokonane na podstawie listy obecności przedstawicieli wykonawców, jak również potwierdził ten fakt obecny na rozprawie pełnomocnik odwołującego). Odwołujący przyznał na rozprawie, że nie twierdzi, że zamawiający jest w posiadaniu rysunków łopatek, a jego pismo z dnia 6 lipca 2012 r., było w zasadzie prośbą o udostępnienie rysunków, o ile takie rysunki są w posiadaniu zamawiającego. Odwołujący podnosił kwestię nie udostępnienia, jako wzoru, uszkodzonej łopatki. Zamawiający uzasadnił, że zdemontowana na innym bloku, uszkodzona łopatka została zabrana przez jego dostawcę (obecnie ALSTOM Power Sp. z o.o.) do badań technologicznych.

Z przepisów Pzp wynika, że zamawiający jest uprawniony do zmiany postanowień SIWZ, przy zachowaniu wymagań zawartych w art. 38 ust. 4: -uzasadnione przypadki, - odpowiednie poinformowanie wykonawców o dokonanej zmianie.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu art. 38 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, w toku zmiany postanowień SIWZ. Nie wykazał, zarówno braku *uzasadnionego przypadku* po stronie zamawiającego, powodującego potrzebę zwiększenia dostawy, jak również nie wykazał, nawet nie podnosząc zarzutu, niespełnienia wymagań w przedmiocie właściwego przekazania wykonawcom zmienionej SIWZ w sposób określony w tym przepisie. Odwołujący, wnosząc o wyłączenie z przedmiotu zamówienia, nie tylko dodatkowo wprowadzonych 41 łopatek, lecz wszystkich 51 łopatek, wniósł w istocie o zmianę przedmiotu zamówienia, z wymiany wraz z dostawą łopatek na montaż łopatek udostępnionych przez zamawiającego (usługa serwisowa). A więc argumentacja dotycząca zmiany specyfikacji jest nieadekwatna do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy. Zwiększenie ilościowej dostawy łopatek jest uzasadnione potrzebami zamawiającego i nie narusza przepisów Pzp. Słusznie uczestnik postępowania odwoławczego podniósł, że uzasadnione przypadki powodujące konieczność zmiany SIWZ, są to przypadki właściwe dla zamawiającego, a nie dla wykonawcy.

Izba podnosi, że zasadą wynikającą z przepisów Pzp jest zakaz dzielenia zamówienia na części (art. 32 ust. 2-4 Pzp). Okoliczności i skutki dzielenia zamówienia były przedmiotem orzecznictwa krajowego i unijnego, jak też wielu postępowań kontrolnych.

Zdaniem Izby, wykonawca nie może domagać się dzielenia zamówienia na części, czy wyłączenia określonego zakresu zamówienia do odrębnego postępowania, w celu stworzenia wykonawcy korzystniejszych warunków złożenia oferty. Izba podziela stanowisko przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego, że wykonawca nie może domagać się składania ofert częściowych, wskazując w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie - wyrok z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02.

Złożone przez odwołującego na rozprawie dokumenty - 1) korespondencja M... M..... – R.... B..... z dnia 3 sierpnia 2012 r., 2) Energietechnik Einsal GmbH, H..... L..... - TurboCare Sp. z o.o., Z..... R..... z dnia 17 lipca 2012 r., 3) Zakłady Mechaniczne „WIROMET” S.A. z dnia 17 lipca 2012 r., nie potwierdzają zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust. 4 Pzp. Wymóg dostarczenia (wytworzenia lub zakupu przez wykonawcę) i wymiany łopatek wynikał z pierwotnych postanowień SIWZ, pkt III 5 i pkt 4. 2 lit. a). Rozszerzenie przedmiotu w zakresie ilościowym, nie pogorszyło sytuacji wykonawców w tym zakresie.

Wykonawca, którego poprzednik prawny uczestniczył w tego rodzaju zamówieniu, może być w lepszej sytuacji od wykonawców, którzy po raz pierwszy przystąpią do wykonania zamówienia. Brak jest jednak podstaw, by z tego powodu uznać, że zamawiający naruszył przepisy Pzp podane w odwołaniu.

Odwołujący nie udowodnił zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, żądając alternatywnie unieważnienia postępowania. Podał w końcowej części uzasadnienia odwołania, że wadą, o której stanowi wskazany przepis jest opis przedmiotu zamówienia niezgodny z art. 7 i 29 Pzp, jednakże odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia wskazującego jakkolwiek wadę postępowania będącą następstwem zastosowania art. 38 ust. 4 Pzp. Zatem, nie zostało potwierdzone również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego do kwoty określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący:

