

Gdańsk, dnia 16 października 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wykonawca: SMCE Europe Sp. z o.o.

ul. Jana Heweliusza 11 /819, 80-890 Gdańsk
fax.: 12 25 58 416, email: jerzy.jedrzejewski@smceeuropa.com

Zamawiający: Zakład Energetyki Ciepłej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

adres: ul. Na Szlakowisku 8, 27-200 Starachowice
Osoba do kontaktów: Pani Elżbieta Malinowska Majewska, Pan Robert Sowuła
E-mail: e.majewska@zecstar.pl; r.sowula@zecstar.pl.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach*” (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 24. 07. 2020 r., 2020/S 142-350454).

ODWOŁANIE

Wykonawca, SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą ul. Jana Heweliusza 11 /819, 80-890 Gdańsk NIP 9571098221, KRS 0000697232 (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, **wnosi niniejszym odwołanie od:**

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na zaniechaniu wykonania zobowiązania wynikającego z uwzględnienia odwołania Odwołującego z dnia 5 października 2020 r., tj. zaniechania „zaktualizowania dokumentacji zamówienia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu”, co prowadzi do niejednoznaczności SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

- art. 186 ust. 2 PZP – poprzez zaniechanie wykonania czynności żądanych w odwołaniu z dnia 5 października 2020 r., do których wykonania Zamawiający zobowiązał się pismem z dnia 6 października 2020 r.,

- art. 36 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 41 pkt 7 PZP – poprzez brak spójności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- opublikowanie wiążącej i aktualnej dokumentacji zamówienia (tj. SIWZ) w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opublikowanie tych warunków udziału w ogłoszeniu;
- wydłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian tj. min. 30 dni od daty opublikowania wiążącej i aktualnej dokumentacji zamówienia (tj. SIWZ) oraz sprostowania ogłoszenia.

Wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, jednak wobec braku jasności warunków udziału w postępowaniu faktycznie został pozbawiony możliwości złożenia oferty, która nie będzie podlegać odrzuceniu ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, co w oczywisty sposób wpływa na wynik niniejszego postępowania – Odwołujący nie mogąc złożyć oferty, nie może pozyskać niniejszego zamówienia.

Niejasności w zakresie warunków udziału w postępowaniu mogą także prowadzić do wątpliwości i sporów po złożeniu ofert, a finalnie do unieważnienia postępowania – co nie leży w interesie Odwołującego, który zamierza złożyć ofertę i pozyskać zamówienie.

Zamawiający opublikował sprostowanie ogłoszenia w dniu 9. października 2020 r., co wskazuje że w tej dacie podjął próbę wykonania czynności zapowiedzianych pismem z dnia 6 października 2020 r., a po tej dacie nie wykonał już żadnych czynności, co wskazuje że pozostaje w zaniechaniu. Tym samym odwołanie składane jest z zachowaniem terminu, uwzględniając, że termin na złożenie ofert został wyznaczony na 22. października 2020 r. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie

W dniu 6. 10. 2020 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie Odwołującego, wskazując, że uwzględnił go w całości – zatem zobowiązał się do wykonania jego żądań, tj.:

„zaktualizowanie dokumentacji zamówienia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu”;

gdzie w uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że *„Zamawiający winien zaktualizować dokumentację niniejszego postępowania poprzez pełne, jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości określenie warunków udziału w postępowaniu, dokonać stosownej aktualizacji ogłoszenia oraz określić nowy termin składania ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, tj. nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.”*

Zamawiający takiej czynności nie wykonał, co powoduje, że w obrocie istnieje:

a) odpowiedź na pytanie 10 z dnia 5. 08. 2020 r. – określająca brzmienie pkt 4.2 SIWZ,

b) ujednolicony tekst SIWZ z dnia 25. 09. 2020 r. – z odmiennym brzmieniem pkt 4.2 SIWZ. Publikując ujednolicony tekst SIWZ Zamawiający nie informował o dokonaniu zmian w brzmieniu pkt 4.2 SIWZ.

c) opublikowana w dniu 9. 10. 2020 r. zmiana ogłoszenia w zakresie warunków udziału, której treść nie jest zgodna ani z treścią z pkt a) ani b) powyżej.

Odnosząc się do kwestii tekstu ujednoliconego, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z powszechnym rozumieniem tego pojęcia opracowanie takiego tekstu ma charakter redakcyjny, edytorski (*„Tekst ujednolicony tworzy się poprzez zwykłe zastąpienie przepisów zmienionych przepisami w aktualnym brzmieniu, usunięcie z tekstu przepisów uchylonych oraz dodanie przepisów nowo uchwalonych.”*) i opracowywanie takiego tekstu nie jest „okazją” do wprowadzania zmian. Tym samym albo Zamawiający popełnił błąd w treści tekstu ujednoliconego i obowiązuje zapis w brzmieniu ustalonym w dniu 5. 08. 2020 r., albo „przy okazji” publikowania tekstu ujednoliconego wprowadził zmiany w brzmieniu pkt 4.2 SIWZ – jednak taką praktykę należałoby ocenić nagannie ze względu na zachowanie zasad przejrzystości przy prowadzeniu postępowania.

Odwołujący ponownie wskazuje, że zaniechanie doprowadzenia do jasnego, jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości brzmienia tak kluczowego zapisu SIWZ jak warunki udziału w postępowaniu z dużym prawdopodobieństwem może prowadzić może nawet do unieważnienia postępowania na dalszym jego etapie – niejednoznaczność warunków udziału może zostać uznana za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (jak w wyroku KIO z dnia 16 września 2020 r., **KIO 2046/20**).

Tym samym, w interesie Zamawiającego oraz wszystkich uczestników niniejszego postępowania leży wykonanie czynności zgodnie z żądaniem niniejszego odwołania, tak aby

możliwe było dokonanie oferty najkorzystniejszej i zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne dotyczącej tego zamówienia.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne.

Załączniki:

1. *odpis z KRS Odwołującego;*
2. *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
3. *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
4. *dowód uiszczenia wpisu.*