

Gdańsk, dnia 5 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 Sowula  
E-mail: [e.majewska@zecstar.pl](mailto:e.majewska@zecstar.pl); [r.sowula@zecstar.pl](mailto: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 zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a zatem prowadzących do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu przy jednoczesnym zaniechaniu publikacji zmian ogłoszenia oraz przedłużenia terminu składania ofert

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:**

- art. 12a PZP poprzez zaniechanie zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian mimo wprowadzenia istotnych zmian w specyfikacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu,

- art. 38 ust. 4a poprzez zaniechanie umieszczenia zmiany ogłoszenia pomimo zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, który prowadzi do zmiany treści ogłoszenia

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

- zaktualizowanie dokumentacji zamówienia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu;
- wydłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian tj. min. 15 dni

Należy również stwierdzić, że 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 dokonania zmian w warunkach udziału w postępowaniu i braku odpowiedniego przedłużenia terminu został pozbawiony możliwości jej złożenia, co w oczywisty sposób wpływa na wynik niniejszego postępowania – Odwołujący nie mogąc złożyć oferty, nie może pozyskać niniejszego zamówienia.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści udostępnionych przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 25. 09. 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 05.08.2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane pytania i wnioski do niniejszego postępowania. Odpowiedzią na pytanie 10 Zamawiający dokonał zmiany treści pkt 4.2 SIWZ, stwierdzając:

„2. Zamawiający dokonuje zmiany pkt.4.2 SIWZ ,który otrzymuje brzmienie:

*4.2 Zdolności technicznej lub zawodowej:*

*4.2.1 Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn. wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie podobne do*

*przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia zamawiający uzna zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:*

*a) segment 1 – spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;*

*b) segment 2 – oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;”*

W kolejnych udzielanych odpowiedziach na wnioski i pytania Wykonawców, Zamawiający nie wprowadził żadnych modyfikacji w zakresie pkt 4.2 SIWZ. Tym samym uznać należy, że treść tego punktu została jednoznacznie określona.

W dniu 25. 09. 2020 r. Zamawiający opublikował ujednolicony tekst SIWZ, w którym pkt 4.2 SIWZ ma odmienne brzmienie niż w zacytowanej wyżej odpowiedzi z dnia 05.08.2020. Treść pkt 4.2 SIWZ z ujednoliconej wersji SIWZ z dnia 25.09.2020 otrzymał brzmienie:

#### *4.2 Zdolności technicznej lub zawodowej:*

*4.2.1 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn.: wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający uzna zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:*

*a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;*

*b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;*

*c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;*

*d) segment 4 - z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.*

*4.2.2 Zamawiający uzna także, że warunek wykonania zadania podobnego będzie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał instalację składającą się co najmniej z segmentu nr 1 i*

2 łącznie (w ramach tej samej inwestycji) oraz instalację spalającą inne paliwo składającą się z segmentu 3 i 4 łącznie lub instalacje spalające inne paliwa składające się z segmentów 3 i 4 rozłącznie.

4.2.3 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.:

4.2.3.1 Kierownik Budowy – który winien posiadać co najmniej:

- 5 letnie doświadczenie zawodowe;
- doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi polegającymi na pracach budowlanych, montażu i rozruchu oraz przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 instalacji wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji z wykorzystaniem turbin parowych lub turbozespołów ORC z energii uzyskiwanej ze spalania odpadów komunalnych lub pre-RDF lub RDF lub węgla kamiennego lub brunatnego lub biomasy,
- wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń uprawniających do wykonywania funkcji kierownika budowy,

4.2.3.2 Kierownik branży elektrycznej – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego;
- doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi polegającymi na pracach budowlanych, montażu i rozruchu oraz przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 instalacji kogeneracyjnej z turbozespołem ORC;
- wykształcenie wyższe techniczne oraz uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;

4.2.3.3 Kierownik robót w branży konstrukcyjno –budowlanej – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego;
- doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi polegającymi na pracach budowlanych w obiektach energetycznych
- wykształcenie wyższe techniczne oraz uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń

4.2.3.4 Główny projektant – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego;
- doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował dokumentację projektową co najmniej jednej wybudowanej i uruchomionej instalacji termicznego przekształcania odpadów opisanej w pkt.4.2.1) składającej się co najmniej z segmentu 1 i 2;

4.2.3.5 Ekspert ds. technologii termicznego przekształcania odpadów komunalnych – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego
- doświadczenie jako technolog w projektowaniu, budowaniu i uruchamianiu co najmniej jednej wybudowanej i uruchomionej instalacji do termicznego przekształcania odpadów opisanej w pkt.4.2.1) składającej się co najmniej z segmentu 1 i 2
- wykształcenie wyższe techniczne;

4.2.3.6 Ekspert ds. systemów oczyszczania spalin – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego;
- doświadczenie jako technolog w projektowaniu i budowaniu systemu oczyszczania spalin metodą suchą w co najmniej jednej wybudowanej i uruchomionej instalacji termicznego przekształcania odpadów opisanej w pkt.4.2.1) składającej się co najmniej z segmentu 1 i 2;
- wykształcenie wyższe techniczne;

Dopuszcza się możliwość łączenia funkcji osób wymienionych w punktach 4.2.3.5 oraz 4.2.3.6 SIWZ.

4.2.3.7 Ekspert ds. instalacji z turbos zespołem ORC – który winien posiadać co najmniej:

- 5 lat doświadczenia zawodowego;
- doświadczenie w postaci udziału w budowie co najmniej jednej instalacji kogeneracyjnej z turbos zespołem ORC;
- wykształcenie wyższe techniczne;

4.2.3.8 Co najmniej po jednym projektancie posiadających 5-letnie doświadczenie i uprawnienia do projektowania bez ograniczeń odpowiednio w specjalnościach:

- konstrukcyjno-budowlanej;

- architektonicznej;
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Tym samym oczywistym jest, że wraz z publikacją ujednoliconego SIWZ w dniu 25. 09. 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści pkt 4.2, a co za tym idzie zmiany warunków udziału w postępowaniu. Czynność ta jest w pełni dopuszczalna, jednak pociąga za sobą konsekwencje opisane w art. 12a ustawy, tj. w wyniku czynności Zamawiającego polegającej na zmodyfikowaniu treści SIWZ w pkt. 4.2 w zakresie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 12a PZP Zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany ogłoszenia oraz przedłużyć termin składania ofert.

Zamawiający naruszył także przepis art. 38 ust. 4a PZP, który w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, który prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (a więc m.in. zmiany takiej jaka nastąpiła w niniejszym postępowaniu) zobowiązuje Zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia – co do chwili składania niniejszego odwołania nie nastąpiło.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zmiany dokonane w dniu 25.09. zostały wprowadzone w sposób zawężający krąg potencjalnych wykonawców (podniesiono wymagania), co dla Wykonawców ma zasadniczy wpływ na czas konieczny do przygotowania oferty - wiąże się z pozyskaniem dodatkowych zasobów, podmiotów trzecich lub konsorcjantów.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot sprawy niniejszej jest analogiczny do przedmiotu rozpoznawanego przez Izbę w postępowaniu KIO/KD 11/18. W uchwale z dnia 13 kwietnia 2018 r. Izba jednoznacznie przesądziła, że wprowadzone przez zamawiającego zmiany w kontrolowanym postępowaniu miały charakter istotny w rozumieniu ww. przepisu, zatem zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian. - *„Zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1 tego artykułu, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach”*

Również, Izba w wyroku z dnia 5 stycznia 2017 roku **KIO 2390/16** jednoznacznie przesądziła, że PZP nakazuje Zamawiającemu przedłużyć termin składania ofert, w sytuacji, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

Odwołujący wskazuje, że postępowanie którego dotyczy niniejsze odwołanie jest postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego a termin składania ofert przypadł na dzień 9 października 2020 r. W dniu 25 września 2020 r. były opublikowane

ujednolicone wersje dokumentów przetargowych w których doszło do zmian warunków udziału w postępowaniu, jednakże Zamawiający nie wystąpił o zmianę ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z art. 38 ust. 4a oraz nie wydłużył czasu niezbędnego na przygotowanie oferty zgodnie z art. 12a PZP, a także stwierdził że nie będzie już udzielał odpowiedzi na dalsze wnioski i pytania Wykonawców.

Tym samym 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.

Wskazać należy, że zaniechanie takiego działania 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**).

W związku z powyższym uznać należy, że w pełni zostały wyczerpane przesłanki o których mowa w art. 12a oraz art. 38 ust. 4a PZP, co powoduje, że 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.*