

Sygn. akt: KIO 400/19

**WYROK**

**z dnia 19 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 marca 2019 r.** przez wykonawcę **NRR Grupa POLDIM Sp. z o. o. z siedzibą w Żabnie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **Kopalnia Soli "Kłodawa" S.A. z siedzibą w Kłodawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy NRR Grupa POLDIM Sp. z o. o. z siedzibą w Żabnie; (iii) powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy NRR Grupa POLDIM Sp. z o. o. z siedzibą w Żabnie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NRR Grupa POLDIM Sp. z o. o. z siedzibą w Żabnie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie** na rzecz wykonawcy **NRR Grupa POLDIM Sp. z o. o. z siedzibą w Żabnie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 4 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy NRR GRUPA POLDIM Sp. z o.o. w Sieradzy (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup wraz z dostawą do siedziby Zamawiającego 3500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg dla MPO Sp. z o.o. w Krakowie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 3) dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Kopalni Soli Kłodawa S.A., Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawa Pzp.

Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Kopalni Soli Kłodawa S.A., Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (iv) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (v) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; (vi) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest „Zakup wraz z dostawą do siedziby Zamawiającego 3500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg dla MPO Sp. z o.o. w Krakowie”. Jak wynika z warunków udziału w postępowaniu (pkt. 6 SIWZ) „O udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, posiadają zdolność techniczną lub zawodową tj.: wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę soli drogowej na łączną ilość 3 500 ton wykonaną na rzecz jednego Zamawiającego w ramach jednej umowy.” Na potwierdzenie spełnienia

warunku zapisanego w powołanym wyżej pkt 6 SIWZ Wykonawca powinien załączyć do oferty oświadczenie, iż wykonał dostawy wskazane w treści pkt 6 SIWZ, a następnie w sytuacji, kiedy Wykonawca złożył ofertę oceniona najwyżej na potwierdzenie posiadania zdolności technicznych i zawodowych dowody potwierdzające, iż dostawy wymienione w oświadczeniu zostały lub są wykonywane należycie. Odwołujący wskazał, że spełnił wszystkie powyższe warunki. Niemniej jednak, Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2019 r., działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień gdzie będzie zlokalizowana baza w której będzie składowana sól, gdyż Zamawiający żądał aby była ona zlokalizowana w odległość nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego z pomiarów (nie wiadomo jakich) według Zamawiającego odległość ta wynosi 81 km.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 21.02.2019 r. wyjaśnił, iż baza zlokalizowana w miejscowości Sieradza znajduje się w odległości od siedziby Zamawiającego w linii prostej 51,59 km, natomiast licząc po najkrótszej trasie przejazdu 59,4 km, a czas przejazdu wynosi 58 minut. Na dowód czego przedstawił wydruk mapy z podaniem odległości. Dowód: wydruk z podaniem odległości w portalu Google maps. Odwołujący wskazał, że Zamawiający podniósł w wezwaniu z dnia 19 lutego br., zapis w umowie (§ 2 ust. 5) który wskazuje, iż „Wykonawca zobowiązany jest zmagazynować w zadaszonym magazynie w odległości nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego 1500 ton soli (...)”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisem zawartym w art. 41 Kodeksu cywilnego „Jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej, siedziba osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający.” Jak wynika z zapisów zawartych w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, siedzibą Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. jest miejscowość Kraków (Rubryka 2 pkt 1 Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego). Dowód: wydruk z KRS Zamawiającego.

Odwołującego zakwestionował sposób wyliczenia odległości z magazynu w Sieradzy do siedziby Zamawiającego - 80,9 km, albowiem, w ocenie Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że skoro Zamawiający zażyczył sobie, aby odległość pomiędzy magazynem soli a siedzibą była mniejsza niż 60 km, to odległość ta powinna być mierzona do granicy miasta Krakowa. Co więcej Zamawiający nie sprecyzowała w jaki sposób ma być mierzona ta odległość, czy w linii prostej czy też po trasie przejazdu, a przy takim zapisie jaki jest aktualnie można wywodzić, iż pomiar powinien być po linii prostej, jak bowiem wielokrotnie zwracała na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, w sytuacji niedookreślonych zapisów należy je interpretować na korzyść Wykonawców. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1127/18 z dnia 21.06.2018 oraz KIO 925/18 z dnia 30.05.2018.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 1.03.2019 r., informującym o najkorzystniejszej ofercie oraz odrzuceniu oferty Odwołującego miał obowiązek precyzyjnie skazać z jaką treścią SIWZ, treść oferty wykonawcy jest sprzeczna. W przywołanym piśmie; „Zamawiający informuje, iż odrzuca ofertę wykonawcy NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., Sieradza 190, 33-240 Żabno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz.U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z § 2 ust 5 projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), wykonawca zobowiązany jest zmagazynować w zadaszonym magazynie, zlokalizowanym w odległości nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego 1 500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg stanowiącej przedmiot zamówienia do wykorzystania przez Zamawiającego w sytuacji awaryjnej. Ww. wykonawca w treści złożonych wyjaśnień z dnia 21.02.2019 r. zaoferował zmagazynowanie ww. ilości soli w magazynie zlokalizowanym w odległości większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego, o której mowa w treści SIWZ:

- tytule postępowania nadanym przez Zamawiającego,
- w pkt. 1, pkt. 3, pkt. 14.2 SIWZ,
- komparycji projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), § 1 umowy,
- §2 ust 10 projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ)

Mając powyższe na uwadze Zamawiający odrzuca ofertę ww. wykonawcy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Odwołujący wskazał, że sięgając do wskazanych powyżej punktów:

- tytuł postępowania nadany przez Zamawiającego - „Zakup wraz z dostawą do siedziby Zamawiającego 3500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg dla MPO Sp. z o.o. w Krakowie” - odwołanie do siedziby Zamawiającego miasto Kraków;
- pkt 1 SIWZ - Nazwa oraz adres Zamawiającego, - w ogóle nie ma odwołania do siedziby Zamawiającego;
- pkt 3 SIWZ - Miejsce dostawy przedmiotu zamówienia - Zamawiający sam rozróżnia siedzibę od miejsca dostawy;
- pkt 14.2 SIWZ - Cenę oferty (podaną w złotych polskich) stanowi całkowity koszt zakupu i dostawy do siedziby Zamawiającego 3 500 ton soli drogowej (...) - znów odwołanie do siedziby Zamawiającego;
- komparycji projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), § 1 umowy - Przedmiotem umowy jest zakup wraz z dostawą do siedziby Zamawiającego 3 500 ton soli drogowej

luzem (...) - znów odwołanie do siedziby Zamawiającego - art. 41 k.c. - siedzibą osoby prawnej jest miejscowość;

- § 2 ust 10 projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) - Dostawa Przedmiotu Umowy do siedziby Zamawiającego, Zbiornik do magazynowania soli drogowej MPO Sp. z o.o., ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków (...) - skoro dla Zamawiającego siedziba jest tożsama z adresem zakładu to po co w ogóle podają adres zlokalizowania zbiornika.

W ocenie Odwołującego z nieznanymi dla niego przyczyn, naruszając przy tym zapisy Pzp, Zamawiający próbuje przekonywać, iż ustawowa definicja „siedziby” nie ma zastosowania do postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego. Skoro jednak Zamawiający chciał, aby baza składowa była zlokalizowana w odległości nie większej niż 60 km od posiadanego przez Zamawiającego zbiornika do magazynowania to przecież mógł to zapisać w SIWZ. Co więcej w SIWZ Zamawiający posługuje się definicją „Miejsca dostawy przedmiotu zamówienia”.

Ponadto, w ocenie Odwołującego wymóg zlokalizowania bazy w odległości 60 km od siedziby Zamawiającego, też nie wiadomo czym jest uwarunkowany, skoro zapisy umowy odwołują się do dostaw w czasie 48 czy 72 godziny przy takim czasie dostawy praktycznie z każdego dowolnego miejsca w Polsce można wykonać transport na dowolne inne miejsce w kraju.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest m.in. precyzyjne i niebudzące wątpliwości sporządzenie specyfikacji. Odwołujący wskazał na orzeczenie o sygn. KIO/UZP 48/09.

Odwołujący podkreślił, iż powyżej przytoczone orzeczenia odwołują się do nieprecyzyjnych zapisów w SIWZ a przecież w niniejszej sprawie mamy sytuację jeszcze bardziej oczywistą, gdzie użycie zwrotu „siedziba” jest określone definicją ustawową zawartą w art. 41 k.c., a więc nie może budzić żadnej wątpliwości co oznacza zwrot „siedziba Zamawiającego”.

W zakresie ostatniego z zarzutów tj. naruszenia dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wedle którego Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji odwołujący wskazuje, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W SIWZ Zamawiający określił, że

jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena, a cena zaproponowana przez odwołującego była ceną najniższą.

W ocenie Odwołującego kluczową kwestią jest problem postanowień w specyfikacji, które nie w pełni odzwierciedlają intencje Zamawiającego. Jak wskazuje, w tym przedmiocie, jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków z omyłek zaistniałych w specyfikacji, a także ogłoszeniu. Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone w ramach zamówień publicznych powinno zmierzać do wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie służyć do wykluczenia ofert z błahych, nieistotnych powodów, W niniejszym przypadku należy również wskazać na znaczącą różnicę cenową pomiędzy oferentami uczestniczącymi w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Zaoferowane bowiem przez Odwołującego ceny brutto na cały zakres zamówienia wynosi 1.048.267,50 zł. Tymczasem oferta Kopalni Soli „Kłodawa” S.A. opiewa na kwotę 1.097.775,00 PLN. Różnica wynosi zatem aż: 49.507,50 PLN.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A. (dalej „**Przystępujący**”) na okoliczność ustalenia ich treści; (iv) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19 lutego 2019 r. oraz wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 lutego 2019 r. na okoliczność ustalenia ich treści. Izba wzięła również pod uwagę odpowiedź na odwołanie złożoną przez Zamawiającego podczas posiedzenia z udziałem stron oraz stanowiska zaprezentowane podczas rozprawy.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup wraz z dostawą do siedziby Zamawiającego 3500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg dla MPO Sp. z o.o. w Krakowie.”

Izba ustaliła, że w Rozdziale 3 SIWZ, Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zamieszczony w załączniku nr 1 do SIWZ. W jego treści Zamawiający zamieścił wymagania dotyczące parametrów technicznych oraz wymagań dotyczących pojazdów z pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie.

W Rozdziale 6 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał m.in., iż „O udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, posiadają zdolność techniczna lub zawodową tj.: wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę soli drogowej na łączną ilość 3 500 ton wykonaną na rzecz jednego Zamawiającego w ramach jednej umowy.” Na potwierdzenie spełnienia warunku zapisanego w powołanym wyżej pkt 6 SIWZ Wykonawca powinien załączyć do oferty oświadczenie, iż wykonał dostawy wskazane w treści pkt 6 SIWZ, a następnie w sytuacji, kiedy Wykonawca złożył ofertę ocenioną najwyżej na potwierdzenie posiadania zdolności technicznych i zawodowych dowody potwierdzające, iż dostawy wymienione w oświadczeniu zostały lub są wykonywane należycie.

W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł wzór umowy. Zgodnie z § 2 ust 5 projektu umowy wykonawca zobowiązany jest zmagazynować w zadaszonym magazynie, zlokalizowanym w odległości nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego 1 500 ton soli drogowej luzem z antyzbrylaczem do zimowego utrzymania dróg stanowiącej przedmiot zamówienia do wykorzystania przez Zamawiającego w sytuacji awaryjnej.

Izba ustaliła, iż postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Ofertą Odwołującego, który za realizację zamówienia zaoferował cenę brutto 1.048.267,50 zł. oraz Przystępujący, którego oferta opiewa na kwotę 1.097.775,00 PLN.

Izba ustalił, iż Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie lokalizacji bazy w celu spełnienia zapisu zawartego w §2 ust. 5 projektu umowy. Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 lutego 2019 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 1 marca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Oferta Przystępującego została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na §2 ust. 5 projektu umowy i wskazał, że baza Odwołującego do przechowywania soli nie spełnia wymagania wskazanego w §2 ust. 5 projektu umowy.



### ***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przygotował szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), który stanowił załącznik nr 1 do SIWZ. W załączniku tym Zamawiający zawarł szereg wymagań dotyczących parametrów technicznych soli drogowej stanowiącej przedmiot zamówienia. Określił również wymagania dotyczące pojazdów, z pomocą których wykonawca będzie dostarczał przedmiot zamówienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że w OPZ Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań dotyczących odległości zadaszzonego magazynu do przechowywania soli od siedziby Zamawiającego. Takiego wymagań nie sposób również odnaleźć w opisie warunków udziału w postępowaniu zawartych w SIWZ. Zamawiający wymagał wyłącznie wykazaniem się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem w realizacji co najmniej jednej dostawy soli drogowej na łączną ilość 3 500 ton wykonaną na rzecz jednego zamawiającego

w ramach jednej umowy. Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert posiadania przez wykonawców zadaszego magazynu zlokalizowanego nie więcej niż 60 km od siedziby Zamawiającego.

Wskazać w tym miejscu należy na art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa Prawo zamówień publicznych przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców. Nie oznacza to jednak, iż obowiązki czy wymagania Zamawiającego zawarte we wzorze umowy muszą być spełnione przez wykonawców na etapie składania ofert. Takie założenie byłoby nieracjonalne i wymuszałoby niejednokrotnie na wykonawcach zaangażowania znacznych środków finansowych na etapie składania oferty, bez pewności uzyskania zamówienia. Stąd też zadaniem Zamawiającego jest określenie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, które wykonawca musi spełnić na etapie składania oferty. Jednocześnie Zamawiający ma możliwość poinformowania wykonawców poprzez załączenie do SIWZ wzoru umowy jakie szczegółowe warunki realizacji zamówienia będą wymagane od wykonawcy po podpisaniu umowy. W ocenie Izby, warunki zawarte we wzorze umowy dotyczą etapu realizacji umowy. Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, określone warunki realizacji zamówienia zawarte we wzorze umowy mają być spełnione przez wykonawcę na etapie składania ofert, to zamawiający winien w treści SIWZ w sposób jednoznaczny wskazać takie wymagania. Podkreślić należy, że przywołany przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp mówi wyłącznie o przekazaniu wykonawcom istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. W ocenie Izby, z przywołanego zapisu nie sposób wywieść, jak chciałby Zamawiający, iż na etapie składania oferty wykonawca ma spełnić wszystkie wymagania zawarte we wzorze umowy. Przepis ten wyłącznie odnosi się to etapu zawierania umowy z wykonawcą, nie zaś etapu składania ofert. To, iż wzór umowy stanowi część SIWZ oznacza wyłącznie, iż składając ofertę wykonawca akceptuje i zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i do realizacji zamówienia na zasadach określonych we wzorze umowy. W treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca odnosi się wyłącznie do etapu zawierania umowy. Podkreślić jeszcze raz należy, że to w gestii Zamawiającego leży, które w istotnych wymagań zawartych we wzorze umowy zamieścić w warunkach udziału w postępowaniu

weryfikowanych na etapie składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w SIWZ w warunkach udziału w postępowaniu wymogu dotyczącego odległości zadaszonego magazynu od siedziby Zamawiającego. Wymaganie to zostało wyłącznie zawarte we wzorze umowy i jego weryfikacja będzie następować na etapie podpisania i realizacji umowy.

W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. do złożenia wyjaśnień co do lokalizacji zadaszonego magazynu do przechowywania soli było wezwaniem przedwczesnym i nieprawidłowym. Zamawiającego w treści wezwania odwołuje się do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Jednakże, jak Izba wskazała powyżej, jedyny warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego dotyczył wykonania co najmniej jednej dostawy soli drogowej na łączną ilość 3 500 ton. Innych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ. Tym samym, badania przez Zamawiającego czy wykonawca spełnia określone wymagania, które nie zostały ujęte w warunkach udziału w postępowaniu Izba uznała za nieprawidłowe.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie Izby, bez znaczenia na obecnym etapie postępowania uznać należy rozważania dotyczące pojęcia „siedziby” Zamawiającego i sposobu obliczenia wymaganej odległości zadaszonego magazynu od siedziby Zamawiającego. Na marginesie Izba wskazuje jednakże, że wymaganie co do lokalizacji zadaszonego magazynu zostało zawarte w §2 ust 4 wzoru umowy i właśnie w tym wzorze umowy, w jej komparycji określona jest siedziba Zamawiającego w sposób jasny i niebudzący wątpliwości.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dokonał bowiem odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, iż w treści warunków udziału w postępowaniu nie określił wymagania dotyczącego lokalizacji zadaszonego magazynu do przechowywania soli. Tym samym za zasadne Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....