

WYROK

z dnia 12 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę

Jarper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kolonii Warszawskiej

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Żabia Wola

przy udziale wykonawcy Eko-Hetman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Jarper Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Jarper Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Jarper Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Gminy Żabia Wola 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1154/22

Zamawiający - Gmina Żabia Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Żabia Wola” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 035-089605. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Jarper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oferty wykonawcy Eko-Hetman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanego dalej „Przystępującym”, w kryterium oceny ofert „czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów” i przyznanie mu w tym kryterium 20 punktów w sytuacji, gdy oferta ta winna we wskazanym kryterium uzyskać 6,66 punktów, względnie oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na okoliczność, iż wykonawca z naruszeniem dobrych obyczajów zaoferował realizację reklamacji dotyczącej odbioru odpadów w czasie 0,5 dnia (roboczego), co miało mu zagwarantować uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonej czynności przyznanie ofercie Przystępującego 6,66 punktów w kryterium oceny ofert „czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów”, a Odwołującemu odpowiednio 20 punktów, względnie odrzucenie oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XVIII specyfikacji warunków zamówienia przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał kierować się

następującymi kryteriami oceny ofert: cena - 60 punktów, czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów - 20 punktów i przeprowadzenie akcji edukacyjnych - 20 punktów. Dla kryterium „czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów” Zamawiający przyjął mechanizm punktowy: $R = R_{min} / R_{bad} \times 20$, gdzie: R - ilość punktów oferty badanej, R_{min} - najkrótszy termin rozpatrzenia reklamacji spośród wszystkich ofert podlegających ocenie, R_{bad} - najkrótszy termin rozpatrzenia reklamacji oferty badanej. Termin rozpatrzenia reklamacji nie może być dłuższy niż 3 dni robocze od dnia przekazania reklamacji przez Zamawiającego. Jednocześnie w ostatecznie ustalonym wzorze formularza oferty (wzór z 17 marca 2022 r.) Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia w ofercie oświadczenia

o następującej treści: „Oferuję/-emy termin rozpatrzenia reklamacji w terminie dni (wpisać maksymalnie 3 dni robocze) od dnia przekazania reklamacji przez Zamawiającego.”

Sposób sformułowania formularza ofertowego jednoznacznie wskazywał, że Zamawiający oczekuje zaoferowania czasu realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów liczonego w dniach (roboczych), co z kolei przesądza, że najmniejszą jednostką czasu, jaką można było wskazać w treści ww. oświadczenia był 1 dzień (roboczy).

Odwołujący oraz trzeci z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu w taki właśnie

sposób zrozumieli zapis specyfikacji warunków zamówienia i w ślad za tym zaoferowali rozpatrzenie reklamacji w terminie 1 dnia roboczego. Przystępujący zaoferował natomiast rozpatrzenie reklamacji w terminie 0,5 dni (roboczych), dzięki czemu uzyskał w kryterium 20 punktów, co, mimo wyższej ceny niż cena zaoferowana przez Odwołującego, pozwoliło mu uzyskać zamówienie.

Przyznanie Przystępującemu 20 punktów w kryterium „czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów” było ze strony Zamawiającego działaniem nieuprawnionym i sprzecznym z przepisami prawa. Po pierwsze, w świetle specyfikacji warunków zamówienia możliwe było zaoferowanie czasu realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów wyłącznie w jednostce czasu określanej jako „dzień”, przy czym dodanie do zapisu rozdziału XVIII pkt 2 ppkt 2 specyfikacji warunków zamówienia w wyniku zmiany z 15 marca 2022 r. (i odpowiednio do formularza oferty z 17 marca 2022 r.) określenia wskazującego na to, że maksymalny czas realizacji reklamacji to 3 dni robocze jednoznacznie wskazuje, że pojęcie dnia odnieść należy do „dnia roboczego”. Nie istniała więc możliwość zaoferowania czasu realizacji reklamacji liczonego w inny sposób niż w dniach roboczych, w szczególności liczonego w częściach dnia roboczego. Oferta Przystępującego jest więc niezgodna z zapisami specyfikacji warunków zamówienia.

Przyjęcie innego niż wskazany powyżej sposobu rozumienia specyfikacji warunków zamówienia prowadziłoby do absurdalnych skutków i całkowitej nieporównywalności złożonych ofert. Z treści formularza ofertowego i specyfikacji warunków zamówienia wynika, że Zamawiający, mówiąc o dniach realizacji reklamacji mówił o „dniach roboczych” (trudno

przyjąć, by Zamawiający określił maksymalny termin realizacji zamówienia na 3 dni robocze w sytuacji, gdy jednocześnie dopuszczał zaoferowanie czasu na realizację reklamacji liczonego w dniach kalendarzowych). Zamawiający pojęcia „dnia roboczego” nie zdefiniował jednak w dokumentach zamówienia, mimo iż pojęciem tym posługuje się w kilku różnych zapisach specyfikacji warunków zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę kontekst, w jakim Zamawiający posługuje się tym pojęciem, przyjąć należy, że mówiąc o „dniu roboczym” Zamawiający miał na myśli wszystkie dni z wyłączeniem niedziel oraz dni ustawowo wolnych od pracy (por. pkt 4.2. opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano, że zakazuje się odbioru odpadów w niedziele oraz dni ustawowo wolne od pracy. W przypadku, gdy dzień odbioru przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, dniem odbioru odpadów są pierwsze dwa dni robocze następujące po dniu wolnym). Zamawiający nie określa jednak w żadnym miejscu dokumentów zamówienia, od której do której godziny trwa „dzień roboczy”. Pytanie więc, jak w tej sytuacji liczyć 0,5 dnia roboczego (czy też jakąś inną część dnia roboczego), tj. czy jako kolejno następujące po sobie 12 godzin, czy raczej jako 4 godziny ze średnio ośmiogodzinnego dnia pracy (dnia roboczego) Zamawiającego, czy może jako jakąś inną jeszcze wartość, jeśli wykonawca może odbierać odpady komunalne pomiędzy godziną 6.00 rano a 22.00 wieczorem. Z punktu widzenia wykonawcy jego dzień roboczy może więc wynosić nawet 16 godzin, to zaś, ile godzin będzie ostatecznie liczył jego dzień roboczy zależeć będzie od tego, w jaki sposób wykonawca, już na etapie realizacji zamówienia, ukształtuje logistykę odbioru odpadów (przy czym długość dni pracy wykonawcy może być w różnych dniach, tygodniach, miesiącach świadczenia usługi różna).

Dopuszczenie podania czasu realizacji reklamacji w jednostce czasu będącej częścią dnia roboczego rodzi szereg problemów interpretacyjnych i powoduje, że Zamawiający nie wie, mimo iż przyznaje wykonawcy w kryterium maksymalną ilość punktów, kiedy będzie mógł się spodziewać realizacji przez wykonawcę reklamacji. Opis kryterium czytany w sposób, w jaki czyta je obecnie Zamawiający, prowadziłby więc do całkowitej nieporównywalności złożonych ofert.

Do najbardziej jaskrawej nieporównywalności ofert dojdzie w sytuacji, gdy za właściwe do zdefiniowania pojęcia „dnia roboczego” przyjmie się godziny pracy wykonawcy - wykonawca, który zakłada odbiór odpadów komunalnych w ramach ośmiogodzinnego dnia pracy i deklaruje realizację reklamacji w ciągu jednego dnia roboczego. Taki wykonawca będzie zobowiązany do wykonania reklamacji pomiędzy np. godziną 6.00 a 14.00 następnego dnia roboczego po otrzymaniu zgłoszenia. Jednak takie same godziny realizacji reklamacji będą obowiązywały dla wykonawcy, który zakłada pracę pomiędzy godziną 6.00 a 22.00 i deklaruje realizację reklamacji w 0,5 dnia roboczego. W podanym przykładzie obaj wykonawcy, przy takim samym terminie realizacji obowiązków umownych, otrzymają różną liczbę punktów w omawianym kryterium.

Mając na uwadze powyższe odrzucić należy sposób wykładni zapisów specyfikacji warunków zamówienia przyjęty przez Zamawiającego, w wyniku którego - wbrew literalnemu brzmieniu zapisów specyfikacji - dopuszczalne byłoby zaoferowanie realizacji reklamacji w terminie 0,5 dnia (roboczego). Wykładnia zapisów specyfikacji warunków zamówienia

dopuszczająca zaoferowanie realizacji zamówienia w jednostce czasu krótszej niż 1 (jeden)

dzień roboczy jest bowiem po pierwsze sprzeczna z literalnym brzmieniem specyfikacji oraz prowadziłaby do absurdalnych i zarazem niemożliwych do pogodzenia z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania skutków.

Z uwagi na okoliczność, iż oświadczenie zawarte w formularzu oferty odnoszące się do oferowanego czasu realizacji reklamacji jest treścią oferty wykonawcy podlegającą ocenie w ramach kryterium oceny ofert, Zamawiający nie ma możliwości prowadzenia z Przystępującym procesu wyjaśnienia (a de facto negocjacji) odnośnie tego, jak należałoby liczyć zaoferowane 0,5 dnia (roboczego) jako termin na realizację reklamacji. Wyjaśnienia wykonawcy będą bowiem skutkowały uzupełnieniem oświadczenia woli wykonawcy składającego się na treść oferty, co nie jest działaniem dopuszczalnym. Zamawiający nie ma więc również instrumentów, które pozwoliłyby mu ustalić, w jaki sposób należy liczyć termin realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca wskazał w formularzu oferty 0,5 dnia roboczego.

Wobec braku szczegółowych zapisów specyfikacji warunków zamówienia co do skutków

podania przez wykonawcę czasu na realizację reklamacji dłuższego lub krótszego niż dopuszczalny zapisami specyfikacji warunków zamówienia, możliwe są dwa rozwiązania. W ocenie Odwołującego, możliwe jest mianowicie przyjęcie, że wobec braku wskazania w ofercie wykonawcy czasu na realizację reklamacji w sposób zgodny ze specyfikacją warunków zamówienia (a więc liczonych w pełnych dniach roboczych) brak jest w tym zakresie stosownego oświadczenia wykonawcy, a co za tym idzie, przyjmując należy, że wykonawca zaoferował maksymalny dopuszczalny zapisami specyfikacji warunków zamówienia termin realizacji reklamacji (3 dni robocze od zgłoszenia), co z kolei skutkowałoby przyznaniem Przystępującemu w tym zakresie 6,66 punktów (punkty wyliczone zgodnie z wzorem ze specyfikacji warunków zamówienia). Względnie przyjmując należałoby, że wobec braku złożenia przez wykonawcę oświadczenia co do terminu realizacji reklamacji zgodnego ze specyfikacją (a więc liczonego w pełnych dniach roboczych) oferta Przystępującego nie zawiera wymaganego elementu - oświadczenia co do terminu realizacji jednego ze zobowiązań umownych, a w ślad za tym podlega, jako niezgodna z wymaganiami dokumentów zamówienia, odrzuceniu. Zamawiający nie może bowiem, w szczególności w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzupełnić oferty wykonawcy o prawidłowo sformułowane oświadczenie odnoszące się do terminu realizacji zobowiązania umownego, bowiem brak jest po jego stronie możliwości samodzielnego ustalenia, w jaki sposób oświadczenie to zostałoby przez wykonawcę skonstruowane, gdyby nie popełniony błąd.

Przystępującemu można też postawić zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący wiedząc, że Zamawiający wymaga wskazania czasu realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów komunalnych w dniach (roboczych), na co jednoznacznie wskazywał kształt formularza ofertowego, w sposób celowy skonstruował swoje oświadczenie woli w taki sposób, by pozornie wpisywało się w wymóg specyfikacji warunków zamówienia i pozwalało mu uzyskać punkty w kryterium oceny ofert, tj. jako 0,5 dnia (roboczego). W istocie bowiem oferuje realizację reklamacji w przeciągu kilku godzin od momentu przekazania mu przez Zamawiającego reklamacji (w czasie krótszym niż 24 h), jednak by zachować pozór zgodności z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia wykonawca nie operuje w swoim oświadczeniu „godzinami”, lecz posługuje się określeniem „0,5 dnia”, co dodatkowo uniemożliwia Zamawiającemu jednoznacznie ustalenie, kiedy termin realizacji tej części zamówienia będzie wymagalny. Sposób skonstruowania oświadczenia woli miał więc z jednej strony pozwolić mu uzyskać punkty w omawianym kryterium w maksymalnej wysokości, jak można bowiem zakładać, Przystępujący liczył na to, że pozostali wykonawcy przy narzuconej jednostce czasu „dzień (roboczy)” nie będą oferowali realizacji zamówienia w czasie stanowiącym jedynie część tej jednostki. Z drugiej strony, dzięki sformułowaniu swojego oświadczenia w taki sposób, Przystępujący w zasadzie uniemożliwia Zamawiającemu egzekwowanie tego obowiązku.

W sytuacji, gdyby przyjąć (jak wskazuje pkt 5.1 ppkt 10 opisu przedmiotu zamówienia), że do terminów zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego, to otrzymanie przez Przystępującego zgłoszenia reklamacji w jednym dniu roboczym, oznaczałoby, że czas na realizację tego zgłoszenia reklamacyjnego wykonawca ma w następnym dniu roboczym. To więc, czy termin na realizację reklamacji wykonawca określa jako „0,5 dnia roboczego”, czy „1 (jeden) dzień roboczy” w ostateczności więc nie ma z punktu widzenia wykonawcy większego znaczenia. Reklamacja w obu przypadkach musi bowiem zostać zrealizowana w tym samym dniu roboczym (tj. kolejnym po otrzymaniu zgłoszenia), a to, czy będzie to miało miejsce w jego pierwszej czy drugiej połowie, także z uwagi na trudności ze zweryfikowaniem czasu realizacji reklamacji i sposobu jego liczenia, staje się bez znaczenia i dla wykonawcy i dla samego Zamawiającego (nie mówiąc już o właścicielach nieruchomości). Dzięki temu zabiegowi Przystępujący mógł więc otrzymać maksymalną liczbę punktów w omawianym kryterium oceny ofert, nie oferując Zamawiającemu

świadczenia o wymiennie „lepszego jakości” niż wykonawcy, którzy wskazaliby najbardziej racjonalny i zarazem zgodny ze specyfikacją warunków zamówienia termin realizacji reklamacji w wysokości „1 dzień roboczy”.

W ocenie Odwołującego Przystępujący, licząc na korzystną dla niego wykładnię zapisów specyfikacji, dokonał manipulacji kryteriami oceny ofert, co było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, a zarazem zagroziło interesowi innych wykonawców i samego Zamawiającego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazuje się w literaturze, przepis art. 3 ust. 1 w zw. z art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie lub zaniechanie podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Nieuczciwa konkurencja, zwłaszcza w zakresie przemysłu i handlu wykazała i wykazuje tyle pomysłowości, że ujęcie jej wyczerpujące w szczegółowe przepisy ustawowe wydaje się być rzeczą niemożliwą. Ustawodawca posługuje się klauzulą generalną właśnie dlatego, aby objąć zakresem zastosowania ustawy wszystkie niepożądane działania przedsiębiorców.

W niniejszej sprawie wystarczające jest więc wykazanie, że działanie Przystępującego było sprzeczne z dobrymi obyczajami, a za takie winno być uznane manipulowanie kryteriami oceny ofert, i zagrażało interesom innych wykonawców, dzięki „odpowiedniemu” skonstruowaniu oświadczenia Przystępujący uzyskał jako jedyny maksymalną ilość punktów

w kryterium oceny ofert.

Złożeniem oferty kwalifikowanym jako czyn nieuczciwej konkurencji będzie także wykorzystanie przez wykonawcę zastosowanych w postępowaniu dodatkowych kryteriów oceny oferty. Celem określenia dodatkowych kryteriów oceny ofert jest uzyskanie oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Efektem zastosowania tych kryteriów powinno być otrzymanie przez zamawiającego oferty optymalnie zbilansowanej w zakresie ceny lub kosztu w stosunku do jakości czy też oferty bardziej odpowiadającej potrzebom zamawiającego. Czynem nieuczciwej konkurencji może być w takim wypadku złożenie oferty zawierającej zobowiązanie wykonawcy do świadczenia nierealnego, biorąc pod uwagę okoliczności związane z wykonaniem zamówienia, kosztem zawyżenia ceny. W efekcie wyboru takiej oferty mogłoby dojść do sytuacji, w której zamawiający musiałby zapłacić za wykonanie zamówienia wyższą cenę lub ponieść wyższy koszt ze świadomością, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia na zaoferowanych warunkach. Za działanie sprzeczne z celem kryteriów oceny ofert można uznać także takie wykorzystywanie zapisów specyfikacji warunków zamówienia, by móc uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium oceny ofert, przy zaoferowaniu świadczenia, którego termin realizacji jest niemożliwy do wyegzekwowania, sporny czy w zasadzie identyczny jak możliwy do zaoferowania przez innych wykonawców (punkty nie są przyznawane za rzeczywistą „jakość” oferowanego świadczenia, a tylko za odpowiednie sformułowanie oświadczenia woli wykonawcy).

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że Odwołujący wyraża swoją wątpliwość co do treści specyfikacji i, jak sam stwierdza, błędnie tę specyfikację zrozumiał, a nie skorzystał z możliwości jej wyjaśnienia ani nie wniósł odwołania co do jej treści. Odwołujący odnosi się do wątpliwości, czym jest dzień roboczy, co oznacza, że sam nie jest pewny, jak miałby zrealizować reklamację, w której okres wskazał na 1 dzień roboczy.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym art. 239 ust. 1 wskazuje, że zamawiający ma ocenić oferty według kryteriów oceny zawartych w specyfikacji, co też Zamawiający zrobił, natomiast ust. 2 zawiera definicję oferty najkorzystniejszej, zatem Zamawiający również nie mógł go naruszyć.

Co do wskazania, że Zamawiający powinien oświadczenie Przystępującego o 0,5 dnia uznać za oświadczenie wskazujące na termin maksymalny i przyznać 6,66 punktów, to Zamawiający nie może zrobić czegoś takiego.

Co do czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, iż zarzut opiera się na hipotezie czy przypuszczeniu Odwołującego - jest to jednak propozycja zdarzeń niepoparta dowodami. Odwołujący powołał się na klauzulę generalną dobrych obyczajów, ale klauzula ta nie została sprecyzowana i Zamawiający nie wie, jak miałby odnieść się do zarzutu.

Wskazanie w formularzu oferty „oferuje termin rozpatrzenia reklamacji w terminie..... dni -

wpisać maksymalnie 3 dni robocze” należy uznać jedynie za wskazanie maksymalnego limitu dni, natomiast gdyby czytać je literalnie, to wskazanie „dni” oznaczałoby, że wykonawca może zaoferować minimalnie 2 dni, a nie jeden „dzień”.

Odwołujący wskazuje na punkt 4.2 opisu przedmiotu zamówienia, który zawiera zakaz odbierania odpadów w niedziele i dni ustawowo wolne od pracy. Dzień roboczy to każdy dzień niebędący niedzielą ani sobotą. Pół dnia roboczego należy liczyć tak samo jak 1 dzień roboczy, czyli zaczyna się od następnego dnia i wynosi 12 godzin.

Co do nieporównywalności ofert Zamawiający stwierdził, że wszystkie wątpliwości podnoszone przez Odwołującego tak samo odnoszą się do połowy, jak i całego dnia roboczego. Wątpliwości te powinny być wyjaśnione na etapie specyfikacji warunków zamówienia. Nie ma określonego sposobu liczenia ani połowy dnia, ani całego dnia roboczego, dlatego Zamawiający przyjmuje standardy Kodeksu cywilnego i ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do tego, czy pół dnia i 1 dzień to ta sama jakość, wskazał, iż oprócz tego, że pół dnia jest o połowę krótsze od całego dnia, to można stwierdzić, że im termin rozpatrywania reklamacji jest krótszy, tym drobniejsze muszą być reklamacje, aby wykonawca zdołał je wykonać w zadeklarowanym terminie. Zatem, zdaniem Zamawiającego, wykonawca tym bardziej

będzie się starał świadczyć usługę należycie, by nie dopuścić do dużych naruszeń, co do których potrzebny jest dłuższy okres reklamacji. Zgłoszenie reklamacji pochodzi od Zamawiającego, więc wie on, kiedy termin się rozpoczyna. Ze specyfikacji warunków zamówienia nie wynika, że minimalny termin realizacji reklamacji to 1 dzień, a wątpliwości w tym zakresie były do usunięcia na wcześniejszym etapie.

Jeśli chodzi o zarzut manipulowania przez Przystępującego kryteriami oceny ofert, Zamawiający zauważył, że manipulowanie oznacza wywarcie wpływu na adresata, aby adresat postąpił w taki sposób, jak chce manipulator. Przystępujący nie wywarł wpływu na

Zamawiającego, a Zamawiający tylko ocenił oświadczenie zawarte w ofercie.

Odwołujący nie wskazał konkretnej normy obyczajowej, która została przez Przystępującego naruszona, co powoduje zbytnie nieskonkretyzowanie zarzutu.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Eko-Hetman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że ocena jego oferty dokonana przez Zamawiającego i przyznanie jej 20 punktów było w pełni zgodne ze sposobem oceny ofert w kryterium czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów, który został określony w rozdziale XVIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia, a więc oferta była zgodna z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w świetle opisu sposobu oceny ofert nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyznania ofercie Przystępującego 6,66 punktów w ww. kryterium. Oferta Przystępującego nie była sprzeczna z jakimikolwiek wyrażonymi w specyfikacji warunków zamówienia warunkami zamówienia dotyczącymi postępowania, jak i realizowanego zamówienia, tym samym oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył ofertę wiarygodną i realną, opartą na swoim potencjale technicznym, doświadczeniu w realizacji podobnych zamówień na rzecz gmin, które znajdują się w bliskiej odległości od bazy Przystępującego (10 km od Nadarzyna do Żabiej Woli) oraz w których realizacja zgłoszeń (reklamacji) odbywa się niezwłocznie (z zasady tego samego dnia), w którym zgłoszenie jest składane, nie dopuszczając się w tym zakresie jakiegokolwiek zarzucanej przez Odwołującego manipulacji kryteriami oceny ofert, tym samym oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z powodu naruszenia dobrych obyczajów.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dążenie do wyboru oferty

najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej. Z kryteriów oceny ofert i ich opisu wynika, iż z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, im szybsza jest reakcja wykonawcy na reklamacje Zamawiającego w zakresie odbioru odpadów, tym usługa jest lepiej świadczona i tym wyżej oceniana jest jakość oferty w tym aspekcie. Zamawiający oczekuje, aby reklamacje były rozpatrywane „niezwłocznie”, czemu daje wyraz w § 4 ust. 3 umowy, zgodnie z którym „Wszystkie reklamacje wnoszone w sposób określony w ust. 1

rozpatrywane będą bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie dni (wpisać zgodnie

z treścią oferty wykonawcy).” W pierwszej kolejności obowiązkiem wykonawców jest niezwłoczne działanie w zakresie rozpatrzenia reklamacji. Jednocześnie Zamawiający nie wskazuje minimalnego czasu na rozpatrzenie reklamacji, wskazując jedynie, iż maksymalny termin jej rozpatrzenia nie może być dłuższy niż 3 dni robocze od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego.

Z doświadczenia Przystępującego wynika, iż reklamacje Zamawiającego dotyczą sytuacji braku wystarczającej ilości worków pozostawionych na posesji mieszkańca lub brak opróżnienia pojemnika na odpady. Złożenie oferty rozpatrzenia reklamacji w czasie 0,5 dnia roboczego jest możliwe z uwagi na bliską (10 km) odległość bazy Przystępującego (Nadarzyn) od gminy Żabia Wola, do której dojazd odbywa się drogą szybkiego ruchu w ok. 10-15 minut. W sytuacji, gdy zgłoszenie od Zamawiającego wpłynie w czasie, gdy pojazdy Przystępującego będą w rejonie odbioru odpadów, jeden z nich będzie wracał pod wskazaną nieruchomości, zaś w innym przypadku wysyłana będzie z Nadarzyna specjalna brygada, która opróżni pojemnik lub dostarczy brakujące worki. Realizacja reklamacji w tym czasie jest w pełni możliwa również i z tego powodu, iż zgłasza je Zamawiający, a więc są one zgłaszane w godzinach pracy Zamawiającego, jak i pracy Przystępującego. Wiarygodność złożonej oferty w tym zakresie potwierdza również obecna praktyka stosowana przez Przystępującego rozpatrywania reklamacji w tym samym dniu (Przystępujący obecnie jest wykonawcą umowy na odbiór odpadów w gminie Żabia Wola).

Różnica w ofertach jest istotna, bowiem oznacza dwukrotnie krótszy czas realizacji reklamacji przez Przystępującego niż Odwołującego, co uzasadnia (w świetle metodologii przyjętej przez Zamawiającego) przyznanie dwukrotnej ilości punktów ofercie Przystępującego.

Zamawiający 15 marca 2022 r. dokonał zmian w rozdziale XVIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia dokonując dwóch korekt: poprawił omyłkę polegającą na przyznaniu 60 punktów w tym kryterium i dokonując zmiany w zakresie maksymalnego czasu realizacji reklamacji z 3 dni (kalendarzowych) na 3 dni „robocze”. Zmiana specyfikacji warunków zamówienia z 15 marca 2022 r. nie miała na celu przesądzenia, iż termin realizacji reklamacji ma być liczony wyłącznie w dniach. Zmiana ta oznaczała jedynie, iż termin rozpatrzenia reklamacji ma być liczony z uwzględnieniem dni roboczych, a nie kalendarzowych. Zamawiający w rozdziale XVIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia wskazał jedynie maksymalny termin rozpatrzenia reklamacji, który nie mógł być dłuższy niż „3 dni robocze”. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał minimalnego terminu rozpatrzenia reklamacji możliwego do zaoferowania przez wykonawców, co oznacza, iż w świetle kryteriów oceny ofert wskazanie minimalnego terminu pozostawiono swobodzie wykonawców składających swe oferty. Zamawiający, dokonując w ten sposób opisu kryterium, preferował oferty z jak najkrótszym czasem realizacji reklamacji, nie zaś z terminem rozpatrzenia reklamacji w terminie 1 dnia roboczego. Żaden inny wymóg specyfikacji warunków zamówienia, tak jak i opis sposobu oceny ofert, nie określał, iż termin ten nie może być krótszy niż 1 dzień roboczy. Jest wręcz przeciwnie - jak wynika z § 4 ust. 3 umowy, Zamawiający oczekuje niezwłocznej realizacji reklamacji, co potwierdza, iż termin ten może być krótszy niż jeden dzień roboczy. Odwołujący nie jest w stanie przytoczyć jakiegokolwiek warunku wynikającego ze specyfikacji warunków zamówienia, z którym oferta Przystępującego pozostawałaby niezgodna, odwołując się w tym zakresie jedynie do wzoru oferty. Tym samym zaoferowanie przez Przystępującego czasu realizacji reklamacji w okresie 0,5 dnia pozostawało zgodne z warunkami zamówienia. W związku z tym, nie ma podstaw prawnych, aby przyznać ofercie Przystępującego 6,66 punktów w sytuacji, gdy została złożona oferta z najkrótszym czasem realizacji reklamacji, dwukrotnie krótszym niż przewidziany w ofercie Odwołującego lub odrzucić ofertę wykonawcy z powodu niezgodności z warunkami zamówienia skoro te nie formułują zakazu złożenia oferty z czasem realizacji reklamacji krótszym niż 1 dzień.

Zamawiający 15 marca 2022 r. skorygował formularz oferty przewidując w nim miejsce na wpisanie czasu realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów: „Oferuję/-emy termin rozpatrzenia reklamacji w terminie dni (wpisać maksymalnie 3 dni robocze) od dnia

przekazania reklamacji przez Zamawiającego.” Na powyższą lukę formularza oferty zwrócili uwagę Zamawiającemu pytający wykonawcy. Odwołujący wywodzi obowiązek złożenia oferty z czasem realizacji reklamacji w terminie nie krótszym niż 1 dzień roboczy

z powyższego cytowanego zapisu formularza oferty. Powyższy wniosek nie jest uzasadniony treścią formularza oferty i abstrahuje od wymogów specyfikacji oraz jest nieuzasadniony. Formularz oferty posługuje się jednostkową czasową „dni” z uwagi na maksymalny termin rozpatrzenia reklamacji wynoszący 3 dni, o czym świadczy treść zawarta w nawiasie „wpisać maksymalnie 3 dni robocze”. Z użycia tego zwrotu w formularzu oferty nie można wywodzić zakazu złożenia oferty na czas krótszy niż 1 dzień. Taki wymóg (zakaz) powinien być jasno sformułowany w specyfikacji warunków zamówienia, a nie wywodzony w drodze nieuzasadnionych interpretacji, używanych jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający dokonuje wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a tymi zgodnie z definicją art. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych są „dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań”. Tym samym kryteria oceny ofert i ich opis określone są w dokumentach służących do tego celu, a więc wyłącznie w materialnych wymogach rozdziału XVIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia. Wzór formularza oferty nie zawiera materialnych wymogów dotyczących określania minimalnego terminu rozpatrzenia reklamacji, albowiem te - jeśli Zamawiający chciałby je wskazać - powinny zostać ujęte kompleksowo w rozdziale XVIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji. Za bezpodstawne należy uznać zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia oraz z uwagi na to, iż oferta złożona przez Przystępującego przedstawiała najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. Odrzucenie oferty Przystępującego czy przyznanie jej 6,66 punktów pozostawałoby sprzeczne z zasadami równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Zgodnie z postanowieniem TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 „zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej”.

Odwołujący na potrzeby postępowania odwoławczego usiłuje mnożyć problemy związane z wyznaczeniem terminu rozpatrzenia reklamacji w czasie 0,5 dnia i posługując się w sposób chaotyczny absurdalnymi przykładami i wykazując rzekomą nieporównywalność złożonych ofert. Sam Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu odwołania, jak rozumie połowę dnia roboczego, czyli wcześniejsze dywagacje mają na celu jedynie sprowadzenie zapisów specyfikacji warunków zamówienia i oferty Przystępującego do absurdu.

Przystępujący w sposób jednoznaczny określił termin wykonania usługi na 0,5 dnia roboczego, zaś oferta w tym zakresie nie wymaga wyjaśnienia ani uzupełnienia.

Odwołujący zarzuca Przystępującemu manipulację kryteriami oceny ofert, wywodząc z tego naruszenie dobrych obyczajów i formułując zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący nie dokonywał żadnych manipulacji kryteriami oceny ofert zaś zarzuty Odwołującego w tym zakresie są całkowicie gołosłowne.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia oraz treść oferty Przystępującego nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji

jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wynika z rozdziału XVIII specyfikacji warunków zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” po zmianie z 15 marca 2022 r., przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał się kierować następującymi kryteriami oceny ofert: cena - max 60 punktów, czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów - max 20 punktów, przeprowadzenie akcji edukacyjnych - max 20 punktów. Przy tym dla kryterium czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów Zamawiający przyjął następujący mechanizm punktowy: $R = R_{min}/R_{bad} \times 20$, gdzie: R - ilość punktów oferty badanej w kryterium cena, R_{min} - najkrótszy termin rozpatrzenia reklamacji spośród wszystkich ofert podlegających ocenie, R_{bad} - najkrótszy termin rozpatrzenia reklamacji oferty badanej. Termin rozpatrzenia reklamacji nie może być dłuższy niż 3 dni od dnia przekazania reklamacji przez Zamawiającego.

Zgodnie z załączonym do specyfikacji warunków zamówienia wzorem formularza oferty, wykonawcy musieli uzupełnić oświadczenie: „Oferuję/-emy termin rozpatrzenia reklamacji

w terminie dni (wpisać maksymalnie 3 dni robocze) od dnia przekazania reklamacji przez

Zamawiającego.”

Przystępujący oświadczył: „Oferuję/-emy termin rozpatrzenia reklamacji w terminie 0,5 dni (wpisać maksymalnie 3 dni robocze) od dnia przekazania reklamacji przez Zamawiającego.”

Odwołujący sformułował swoje zarzuty opierając się na założeniu, że wykonawcy - zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia - nie mogli zaoferować terminu rozpatrzenia reklamacji krótszego niż 1 dzień (roboczy). Jednak powyższe nie wynika z treści specyfikacji warunków zamówienia, w której Zamawiający nie zawarł ani zastrzeżenia co do minimalnego możliwego do zaoferowania terminu w postaci jednego dnia - podobnie jak to zrobił co do terminu maksymalnego - ani też zastrzeżenia co do konieczności oferowania terminu w pełnych jednostkach miary, tj. 1, 2 i 3. Określenie bowiem „dni”, czy też „dzień” należy uznać za jednostkę miary, którą posłużył się Zamawiający. Jest to jednostka miary podzielna (podobnie gdyby jednostką miary była godzina, minuta, metr czy kilogram istnieje wartość „pół godziny”, pół minuty, pół kilograma, pół metra).

Prawdopodobne jest, jak to odczytał Odwołujący, że Zamawiający, sporządzając specyfikację warunków zamówienia, nie uwzględnił w swoich założeniach, że któryś z wykonawców może zaoferować w tym kryterium niepełne dni, nie oznacza to jednak jeszcze niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, lecz po prostu brak założeń Zamawiającego, tj. brak przewidzenia a priori możliwych sytuacji i brak opisanie w specyfikacji warunków zamówienia, czy są one dozwolone, czy też nie. Jednak jednocześnie z tego powodu - brak danych nakazów czy zakazów w specyfikacji - trudno stwierdzić niezgodność ze specyfikacją. Jeśli więc intencją Zamawiającego było, by wykonawcy nie oferowali terminu krótszego niż jeden dzień, to jest to intencja nie wyrażona wykonawcom, zatem nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Przy tym trudno jednoznacznie stwierdzić, że zaoferowanie terminu krótszego niż jeden dzień było niezgodne z intencją Zamawiającego (albo byłoby niezgodne z taką intencją, gdyby ją miał przy sporządzaniu specyfikacji warunków zamówienia) czy też z intencją, jaką mógłby mieć statystyczny zamawiający, ponieważ obiektywnie jest korzystne dla zamawiającego oraz mieszkańców gminy, by reklamacja została rozpatrzona jak najwcześniej (usterka w usłudze naprawiona).

Wskazana wartość 0,5 jest też możliwa do podstawienia do wzoru, który przewidział Zamawiający w rozdziale XVIII specyfikacji warunków zamówienia.

Zatem nie ma żadnych obiektywnych przeszkód, by Zamawiający uznał oświadczenie Przystępującego co do terminu rozpatrzenia reklamacji za prawidłowe, a, zgodnie z założeniami przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert, Przystępujący uzyskał w tym kryterium 20 punktów. Zamawiający dokonał więc oceny oferty Przystępującego w tym kryterium, a następnie uznał tę ofertę za najkorzystniejszą zgodnie z dyspozycją art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Podobnie też nie ma podstaw, by Zamawiający przyznał Przystępującemu inną liczbę punktów niż 20, tj. 6,66 punktów, jak wskazał Odwołujący, gdyż takie działanie właśnie byłoby niezgodne z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (rozdziału XVIII) i art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w żaden sposób nie wynika z postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Owszem, zastępczy sposób przyznawania punktów w stosunku do wynikającego bezpośrednio z treści oferty jest możliwy, ale co do zasady powinny on zostać w specyfikacji przewidziany i opisany. Przykładowo, taki sposób przewidują zamawiający na wypadek, gdy wykonawcy nie uzupełnią luk w formularzu oferty. Zatem Zamawiający mógłby zawrzeć postanowienie, że jeśli wykonawca nie uzupełni wpisu dni, otrzyma 0 punktów w kryterium czas realizacji reklamacji dotyczącej odbioru odpadów lub liczbę punktów wynikającą z przeliczenia maksymalnej możliwej do zaoferowania liczby dni według wskazanego w specyfikacji wzoru.

Co do podniesionych przez Odwołującego wątpliwości co do rozumienia pojęcia „pół dnia roboczego” należy przyznać rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że wątpliwości te w zasadzie dotyczą tak samo pojęcia „dnia roboczego”. Przy czym należy zauważyć, że pojęcie „dnia roboczego” wydaje się być dostatecznie zrozumiałe wobec szerokiej praktyki używania tego pojęcia. Poza tym część wątpliwości Odwołujący wynika z utożsamienia pojęcia „dnia roboczego” i „godzin roboczych”.

W powszechnie funkcjonującym pojęciu dzień roboczy to de facto 24-godzinny dzień kalendarzowy nie będący niedzielą ani dniem ustawowo wolnym od pracy. Zatem jedyną wątpliwością, którą musiałby wyjaśnić Zamawiający jest to, czy za dzień roboczy uznaje sobotę, która to sytuacja dotyczyłaby każdego z wykonawców. Tak też wskazuje Odwołujący stwierdzając, że mówiąc o „dniu roboczym” Zamawiający miał na myśli wszystkie dni z wyłączeniem niedziel oraz dni ustawowo wolnych od pracy (por. pkt 4.2. opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano, że zakazuje się odbioru odpadów w niedziele oraz dni ustawowo wolne od pracy. W przypadku, gdy dzień odbioru przypada w dzień ustawowo wolny od pracy, dniem odbioru odpadów są pierwsze dwa dni robocze następujące po dniu wolnym).

Jak wynika ze specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający przewidział, że odbioru odpadów nie będzie się dokonywać w niedziele i dni ustawowo wolne od pracy. Oznacza to, że Zamawiający nie określił soboty jako dnia „nieroboczego”. Należy zauważyć, że „dzień roboczy” dla wykonawcy jako usługodawcy nie jest tym samym co dla pracowników, których obejmuje wynikający z przepisów prawa pracy pięciodniowy tydzień pracy w tygodniu kalendarzowym, co oznacza najczęściej, lecz nie zawsze, pracę od poniedziałku do piątku. Poza tym „dzień roboczy” to de facto dzień kalendarzowy nie będący niedzielą ani dniem ustawowo wolnym od pracy - zaczynający się i kończący o północy, nie zaś godziny pracy

danego przedsiębiorcy. Godziny pracy mają to znaczenie, że co do zasady usługa (czy też reklamacja) będzie realizowana w tych godzinach - jednak jest to kwestia praktyczna, a nie prawna. Zatem Zamawiający i Przystępujący prawidłowo wskazali, że pół dnia roboczego to 12 godzin. Tym samym, zdaniem Izby, realizacja zobowiązania do rozpatrzenia reklamacji w pół dnia oznacza, że reklamacja zgłoszona do godz. 12.00 powinna zostać rozpatrzona w tym samym dniu kalendarzowym, a po godzinie 12.00 w kolejnym dniu roboczym do godziny 12.00. Z tego punktu widzenia to, jakie godziny pracy ustalili dla swoich pracowników Przystępujący, nie ma znaczenia.

Należy też zauważyć, że również w przypadku realizacji reklamacji w ciągu jednego dnia roboczego, nie oznacza to 24 godzin, ponieważ jeśli reklamacja zostanie zgłoszona w godzinach porannych, wykonawca na reakcję będzie miał czas pozostały do końca dnia zgłoszenia oraz kolejny dzień roboczy (24-godzinny), czyli np. 36 godzin.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego co do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji ze strony Przystępującego. Należy zauważyć, że chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskać ona jak najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawców biorących udział w przetargach. Zatem takie działanie samo w sobie trudno uznać za naruszające dobre obyczaje czy podstępne. Jak też dostosowanie oferty do kryteriów oceny - by uzyskać ona maksymalną możliwą liczbę punktów - za manipulację. Za takie działanie można by uznać sytuację, w której Przystępujący zaoferowałby termin, który jest niemożliwy lub nieprawdopodobny do realizacji. Jednak Odwołujący sam wskazał, że samego terminu nie kwestionuje i uznaje go za realny; podobnie Przystępujący oświadczył, że w ramach obecnie świadczonej usługi dla Zamawiającego reklamacje realizowane są właśnie w takim okresie. Przy tym, jak wynika z § 4 umowy termin ten dotyczy jedynie nieskomplikowanych reklamacji, dla bardziej złożonych termin ten będzie ustalany indywidualnie.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Przystępującego dobrych obyczajów czy też działania na niekorzyść innych wykonawców lub Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....