

WYROK

Warszawa dnia 31 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 28 października 2024r.

odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez **odwołującego**: Th. GEYER Polska Sp. z o.o. ul. Czeska 22A, 03-902 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu ul. Grunwaldzka 250, 60-166 Poznań

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego zawierającej dopuszczalny termin dostawy jako część dnia roboczego
- 2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu ul. Grunwaldzka 250, 60-166 Poznań i
 - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Th. GEYER Polska Sp. z o.o. ul. Czeska 22A, 03-902 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.zasądza od zamawiającego: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu ul. Grunwaldzka 250, 60-166 Poznań kwotę 18.600,00 zł. (sł.: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Dnia 7 października 2024 r. odwołujący: Th. Geyer Polska Sp. z o.o. z s. w Warszawie złożył odwołanie, zaskarżając czynności zamawiającego: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu, w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa wzorców chemicznych, wzorców leków, hormonów i witamin, wzorców deuterowanych hormonów, wzorców deuterowanych leków, wzorców pestycydów oraz wzorców deuterowanych pestycydów” (nr sprawy: AD-O.272.9.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 407670-2024; Numer wydania Dz.U. S: 132/2024; Data publikacji: 09/07/2024.

Data doręczenia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Wykonawcy: 27.09.2024 r.

Odwołujący złożył odwołanie, przedstawiając poniższe zarzuty do czynności Zamawiającego, odnoszące się do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I, II, III, VI, VII i VIII zamówieni wskazując na naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 11 Ustawy Pzp, przez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w odrzuceniu oferty Wykonawcy, w związku z zakwestionowaniem przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie poprawienia przez Zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy, w okolicznościach, w których jakakolwiek zmiana treści oferty była niedopuszczalna;

2) art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy Pzp, przez błędne zastosowanie, wyrażające się w nieuprawnionym poprawieniu omyłki przez Zamawiającego w treści oferty, polegającym na uznaniu, że deklarowany przez Wykonawcę czas realizacji zamówienia w wymiarze połowy dnia roboczego jest niezgodny z dokumentami zamówienia i jako taki kwalifikuje się do poprawienia przez zmianę czasu realizacji do 5 dni roboczych (z 0.5 dnia roboczego), przy czym zmiana ta według Zamawiającego nie powoduje istotnych zmian w treści oferty Wykonawcy,

3) art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie w szczególności w związku z naruszeniem zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, biorących udział w Przetargu, wyrażającym się w ingerowaniu w niezmienną część oferty Wykonawcy oraz stosowaniu sankcji eliminacji Wykonawcy z Przetargu w okolicznościach braku spełnienia obowiązku niewynikającego wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

W toku Przetargu zostały złożone oferty, w tym oferta Konkurenta 1 oraz Konkurenta 2, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze odpowiednio w części odpowiednio: w zakresie części II, III, VI i VIII zamówienia oraz w zakresie części I i VII zamówienia. Tymczasem, według oceny Odwołującego to jego oferta przedstawiała najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i powinna być wybrana, a nie odrzucona w wyniku bezpodstawnej czynności Zamawiającego. Tak więc w ocenie Odwołującego, na skutek błędów proceduralnych w toku Przetargu po stronie Zamawiającego, oferta Odwołującego została odrzucona. W takim stanie sprawy Odwołujący powołuje się na legitymację czynną do złożenia przedmiotowego odwołania. Bowiem, jeżeli potwierdzą się zarzuty odwołania ma Odwołujący interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę będąc pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, a tym samym jego odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, w myśl art. 505 ust.1 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 132 Ustawy Pzp, a szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne o jakich mowa w art. 3 Ustawy Pzp. W związku z zawiadomieniem Wykonawcy w dniu 27 września 2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty, odwołanie wniesione w dniu 7 października 2024 r., odpowiada ustawowemu terminowi do złożenia odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 7 października 2024 r., w myśl art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konkurenta 1 i Konkurenta 2 oraz
2. nakazanie Zamawiającemu badanie i ocenę ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami Ustawy Pzp,
3. przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami Ustawy Pzp.

Przedmiot dostawy został podzielony na osiem pakietów (części), a termin wykonania poszczególnych dostaw miał zostać określony w ofercie samodzielnie przez wykonawców, biorących udział w przetargu, z zastrzeżeniem, że przedmiotowe dostawy będą świadczone sukcesywnie od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2024 r., w terminie określonym w ofercie, nie dłuższym niż 15 dni roboczych od dnia złożenia pisemnie, faksem lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zapotrzebowania przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował pojęcie „dnia roboczego”, w ten sposób, że przedstawił jego definicję negatywną, wskazując, że dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota (rozdz. 5 pkt 2 SWZ).

Zamawiający w Rozdziale XX SWZ przedstawił opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, przewidując dwa kryteria oceny, a mianowicie:

- 1) cena brutto - waga 60% oraz
- 2) termin dostawy - waga 40%.

Zamawiający postanowił, że punkty dla poszczególnych ofert wyliczone będą w następujący sposób, wg wzoru:

Kryterium nr 1

$(cn : cb) \times 100 \text{ pkt} \times 60\% = \text{ilość punktów przyznanych za kryterium (max 60 pkt)}$ gdzie:

cn - najniższa zaoferowana cena brutto cb - cena brutto badanej oferty Kryterium nr 2

$(tn : tb) \times 100 \text{ pkt} \times 40\% = \text{ilość punktów przyznanych za kryterium (max 40 pkt)}$ gdzie:

tn - najkrótsza zaoferowana liczba dni roboczych na dostawę tb - liczba dni roboczych na dostawę w badanej ofercie.

Z kolei w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, wykonawcy zobowiązani zostali do wpisania wymiaru czasu realizacji dostawy:

„termin dostawy:dni roboczych (max. 15 dni roboczych) od dnia złożenia pisemnie, faksem lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zapotrzebowania przez Zamawiającego”. Natomiast zgodnie z wzorem umowy, stanowiącej

Załącznik nr 12 do SWZ, Zamawiający wprowadził postanowienie, że „dostawy odbywać się będą sukcesywnie na złożone pisemnie, faksem lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zapotrzebowanie ZAMAWIAJĄCEGO, w terminie nie dłuższym niż ... dni roboczych od dnia zgłoszenia zapotrzebowania” (§2 ust. 3).

Pismem z dnia 5 września 2024 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę o poprawieniu treści jego oferty, albowiem - w ocenie Zamawiającego - podany przez Wykonawcę czas realizacji dostawy w wymiarze „0,5 dnia” był wynikiem omyłki Wykonawcy, albowiem był niezgodny z opisem zawartym w SWZ, gdzie stosownie do wymagań tam określonych, wykonawcy zobowiązani byli w formularzu ofertowym samodzielnie wskazać termin dostawy w dniach roboczych. Jednocześnie Zamawiający uznał, że określenie przez Wykonawcę krótszego (niż jeden pełny dzień) terminu dostawy było (nieistotną) omyłką, która kwalifikowała się do poprawienia w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy. W konsekwencji Zamawiający zmienił

wymiar czasu realizacji dostawy z „0,5” dnia roboczego na „5” dni roboczych. W odpowiedzi Wykonawca, pismem z dnia 9 września 2024 r., nie wyraził zgody na zmiany wprowadzone w jego ofercie przez Zamawiającego. W dniu 27 września 2024 r. Zamawiający powiadomił wykonawców, biorących udział w Przetargu, o wyborze najkorzystniejszej oferty Konkurenta1 oraz o odrzuceniu oferty Wykonawcy w zakresie części I, II, III, VI i VIII. W dniu 7 października 2024 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Konkurenta 2 w zakresie części I i VII.

Z powyższą decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty nie zgadza się Odwołujący, uznając ją jako nieuprawnioną. W omawianym przypadku trudno w ogóle mówić o omyłce w treści oferty Wykonawcy, polegającej na niezgodności z treścią SWZ, albowiem z żadnego dokumentu zamówienia (SWZ, formularz ofertowy, wzór umowy) nie wynika ograniczenie związane ze sposobem określenia wymiaru czasu realizacji zamówienia. W szczególności Zamawiający nie określił, że wykonawcy mogą wskazywać wyłącznie na liczbę pełnych dni roboczych lub że podane przez wykonawców części dnia będą zaokrąglane do pełnego dnia. Zamawiający określił wyłącznie maksymalny wymiar czasu realizacji zamówienia wskazując, że ten nie może przekroczyć 15 dni roboczych. Zamawiający, kwalifikując wymiar czasu realizacji zamówienia, określony przez Wykonawcę, jako niezgodność z SWZ, przyjął założenie, że wykonawcy, biorący udział w Przetargu - zgodnie z postanowieniami SWZ - nie mogli zaoferować terminu realizacji zamówienia krótszego niż 1 (pełny) dzień roboczy. Jednak powyższe nie wynika z treści SWZ, 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).

Wskazana przez Wykonawcę w ofercie wartość „0,5 dnia” jest też możliwa do podstawienia do wzoru, który przewidział Zamawiający w rozdziale XVIII specyfikacji warunków zamówienia.

Izba podsumowując odwołanie stwierdza jak poniżej.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego po pierwsze: poprawienia jego oferty w zakresie realizacji terminu dostawy odczynników laboratoryjnych z 0,5 dnia roboczego na 5 dni roboczych. Po drugie odwołujący uważa, że w myśl obowiązujących w przetargu zasad, miał prawo podać termin dostawy w wymiarze 0,5 dnia roboczego, ponieważ Zamawiający zastrzegł tylko najdłuższy termin dostawy (15 dni roboczych), a nie najkrótszy. Przy czym odwołujący uzasadniając stanowisko w sprawie, przywołuje regulację postanowień specyfikacji warunków zamówienia (swz) co do tego, że podstawową jednostką miary terminu dostawy jest „dzień roboczy”, co nie przeszkadza oferować, jak to uczynił Odwołujący, „0,5 dnia roboczego”.

Dnia 22 października 2024 r. Zamawiający: Skarb Państwa – statio fisci Wielkopolski Wojewódzki Lekarz Weterynarii Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych, przeprowadzenie dowodu z pisma Odwołującego z dnia 25 lipca 2024 roku w sprawie wniosku o zmianę SWIZ i wprowadzenie minimalnego czasu dostawy na nie krótszy niż 5 dni roboczych – na okoliczność możliwości realizacji dostaw przez niego i rozumieniu terminów jako pełne dni (dowód w aktach sprawy), przeprowadzenie dowodu z pisma Odwołującego z dnia 9 września 2024 roku – na okoliczność świadomego wpisania do oferty terminu „pół dnia” (dowód w aktach sprawy). Zamawiający potwierdził, że w dniu 7 października 2024 r. do Zamawiającego wpłynęło odwołanie firmy Th. Geyer Polska Sp. z o.o. kwestionujący podstawy odrzucenia jego oferty w tym zamówieniu. Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził jak poniżej.

W zakresie art. 226 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 223 ust.2 pkt 3 Ustawy.

W dniu 25 lipca 2024 r. w związku z tym zamówieniem Odwołujący wystąpił o odpowiedź na pytania oraz ustosunkowanie się do jego wniosków o zmianę SWIZ w zakresie terminów dostawy na nie krótszy niż 5 dni roboczych, bowiem jako firma międzynarodowa nie może w krótkim terminie realizować dostaw. Wskazał, że występuje patologia oferowania przez część wykonawców najkrótszego terminu – czyli 1 dnia roboczego, aby uzyskać maksymalną ilość punktów za ten parametr, co narusza zasady konkurencyjności. Zamawiający nie znalazł podstaw do takiej zmiany.

Po otwarciu ofert podmiotów uczestniczących w przetargu okazało się, że Odwołujący jako termin dostawy wpisał „0,5 dnia roboczego”. Pismem z dnia 5 września 2024 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę o poprawieniu treści jego oferty, albowiem - w ocenie Zamawiającego w oparciu o złożone pismo z dnia 25 lipca 2024 r. - podany przez Wykonawcę czas realizacji dostawy w wymiarze „0,5 dnia roboczego” musiał powstać na skutek oczywistej omyłki pisarskiej, bowiem domagał się on zmiany SWIZ i wprowadzeniu minimalnego 5 dniowego terminu dostaw, jako realnego dla jego możliwości dystrybucyjnych. Jednocześnie Zamawiający uznał, że określenie przez Wykonawcę krótszego (niż jeden pełny dzień) terminu dostawy było (nieistotną) omyłką, która kwalifikowała się do poprawienia w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy. Błąd mógł powstać przez omyłkowe wpisanie przecinka pomiędzy cyframi. W konsekwencji Zamawiający zmienił wymiar czasu realizacji dostawy z „0,5 dnia roboczego” na „5 dni roboczych”.

W odpowiedzi Wykonawca, pismem z dnia 9 września 2024 r. poinformował, że nie zgadza się na taką poprawkę, bowiem świadomie wpisał termin - 0,5 dnia. W dniu 27 września 2024 r. Zamawiający powiadomił wykonawców, biorących udział w Przetargu, o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I, II, III, VI i VIII uznając, że naruszała ona warunki przetargu. Zgodnie z art. 8 Ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa nie precyzuje jak należy liczyć wskazane w niej terminy dotyczące dostaw. W związku z tym w tym zakresie należy stosować regulacje zawarte w art. 111–115 k.c. Określają one dzień (dobę) jako najmniejszą jednostkę, za pomocą której może być oznaczony termin. W ocenie Zamawiającego, wskazanie przez Odwołującego terminu „0,5 dnia roboczego” było niedopuszczalne. Termin poniżej 1 dnia sprowadzałby się de facto do wskazania terminu w godzinach, a nie w dniach. Podobnie we wzorze na obliczenie najkorzystniejszej oferty Zamawiający posługuje się terminem „dnia”.

Wielokrotnie w komentarzach wskazywano, że dzień jest rozumiany jako doba i obejmuje on 24 godziny.

W razie oznaczenia terminów w dniach każdy dzień liczy się od północy do północy. (Piasecki Kazimierz, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz. Opublikowano: Zakamycze 2003).

W niniejszej sprawie ma zastosowanie też art. 65 § 1 k.c., że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odwołujący wnosząc o zmianę SWIZ jednoznacznie rozumiał pojęcie dnia roboczego w tym postępowaniu, wskazując na patologię oferowania najkrótszego terminu dostaw – czyli 1 dnia roboczego.

W zakresie art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający nie naruszył podstawowych zasad procesu zamówień publicznych. To w przypadku Odwołującego można dopatrywać się naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Należy zauważyć, że chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskać jak najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, w przypadku gdy nie jest to możliwe, nie jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawcy biorącego udział w przetargu.

Kiedy Odwołujący wskazuje de facto w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r. na brak możliwości zrealizowania dostaw w krótszym terminie niż 5 dni roboczych, a następnie składa ofertę na dostawę w ciągu 0,5 dnia roboczego, to działanie takie należy uznać jako naruszającą dobre obyczaje.

Dostosowanie ofertę do kryteriów oceny - by uzyskać ona maksymalną możliwą liczbę punktów, przy braku możliwości spełnienia jej kryteriów, jest w tym przypadku manipulacją.

Gdyby przyjął proponowany przez Odwołującego termin realizacji zamówienia jako 0,5 dnia roboczego, to w każdym przypadku czas od złożenia zamówienia do jego realizacji wynosiłby maksymalnie do 12 godzin (0,5 dnia). Jednocześnie skutki naruszenia tego terminu byłyby takie same jak dla terminów 1 dniowych, bowiem naliczanie kar za nieterminową dostawę obowiązywałoby od następnego dnia roboczego. Wgrywając przetarg z terminem 0,5 dnia Odwołujący ponosiłby skutki jak przy 1 dniowych terminach dostaw (które i tak uważał patologię).

Z ostrożności procesowej Zamawiający podnosi, że gdyby można było uznać, że Zamawiający powinien potraktować

złożoną ofertę za równoważną z terminem 1 dniowym dostaw, to w takim wypadku Odwołujący nie ma interesu prawnego. Jego oferta nie wygrałaby zaskarżonej części przetargu z uwagi na inne oferty z niższą ceną.

Izba przedstawiając powyżej okoliczności faktyczne i prawne, wynikające z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego stwierdza, że potwierdziły się przywoływane okoliczności co do przebiegu postępowania między Zamawiającym a Odwołującym. Powyższe Izba ustaliła na podstawie przywołanej w odpowiedzi na odwołanie korespondencji między stronami, w związku z przekazaną dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia prowadzoną przez Zamawiającego, załączoną do akt sprawy.

Odwołujący pismem z dnia 28 października 2024 r. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 22 października 2024 r., będącego odpowiedzią na odwołanie, odniósł się do argumentacji Zamawiającego w zakresie poszczególnych zarzutów przedmiotowego odwołania. I tak Odwołujący co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 223 ust.2 pkt 3 Ustawy, w zakresie przywołanego stanowiska Odwołującego, przywołał stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, następująco je streszczając. „ W dniu 25 lipca 2024 r. w związku z tym zamówieniem Odwołujący wystąpił o odpowiedź na pytania oraz ustosunkowanie się do jego wniosków o zmianę SWIZ w zakresie terminów dostawy na nie krótszy niż 5 dni roboczych, bowiem jako firma międzynarodowa nie może w krótkim terminie realizować dostaw. Wskazał, że występuje patologia oferowania przez część wykonawców najkrótszego terminu - czyli 1 dnia roboczego, aby uzyskać maksymalną ilość punktów za ten parametr, co narusza zasady konkurencyjności. Zamawiający nie znalazł podstaw do takiej zmiany.”(...)„Jednocześnie Zamawiający, przyjmując, że jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) nie przewidują w jaki sposób należy liczyć w wskazane terminy dotyczące realizacji dostaw, a sama Ustawa odsyła w zakresie nieuregulowanym do przepisów Kodeksu cywilnego, to należy w tym zakresie stosować regulacje zawarte art. 111-115 k.c. Określają one dzień (dobę) jako najmniejszą jednostkę, za pomocą której może być oznaczony termin”(...)”W ocenie Zamawiającego, wskazanie przez Odwołującego terminu „0,5 dnia roboczego” było niedopuszczalne. Termin poniżej 1 dnia sprowadzałby się de facto do wskazania terminu w godzinach, a nie w dniach. Podobnie we wzorze na obliczenie najkorzystniejszej oferty Zamawiający posługuje się terminem „dnia”. Uzasadniając swoje stanowisko, Zamawiający powołał się na wyrok sądu administracyjnego, w którym wyrażony został pogląd w zakresie terminów procesowych. Zdaniem Zamawiającego, „Odwołujący wnosząc o zmianę SIWZjednocześnie rozumiał pojęcie dnia roboczego w tym postępowaniu, wskazując na patologię oferowania najkrótszego terminu dostaw - czyli 1 dnia roboczego.”

„Z kolei Zdaniem Zamawiającego, powołany w odwołaniu Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1154/22) nie może być dźwignią do wygrywania przetargów poprzez dzielenie dnia na coraz mniejsze części, albowiem dotyczy innego stanu faktycznego”.

Odwołujący, odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie udzielonej przez Zamawiającego, stanowczo sprzeciwia się dokonany przez Zamawiającego ocenom i wnioskom, które uznaje za nieuprawnione i fałszywe.

I tak jak poniżej Odwołujący w szczególności odniósł się do odpowiedzi na odwołanie.

„Odwołujący podnosi, że sygnalizacja zawarta w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r. z jednej strony wyrażała zastrzeżenia do sposobu określenia przez Zamawiającego faktycznego terminu dostawy oraz kryteria oceny ofert, wskazując na niepożądane skutki takiego stanu, z drugiej zaś wskazywała na możliwość realizacji dostaw w krótkim terminie z zastrzeżeniem konieczności podjęcia przez Wykonawcę dodatkowych, niestandardowych czynności (zamówienia towaru zaraz po podpisaniu umowy, sprowadzenia towaru na magazyn pozostający w dyspozycji Odwołującego).

Odwołujący dalej w tym piśmie wskazał na możliwość realizacji zamówienia w jak najkrótszym terminie, jednak z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów na zmagazynowanie towaru zaraz po podpisaniu umowy, co przełożyło się na wyższą cenę oferty.

„Każdy wykonawca ma prawo do profilowania swojej oferty w granicach określonych przez SWZ. Jeżeli z SWZ nie wynikały jednoznaczne ograniczenia lub zakazy w zakresie sposobu wykonania zamówienia, to każdy z wykonawców miał prawo określić możliwy sposób realizacji takiego zamówienia, nawet jeżeli (jak w omawianym przypadku) będzie miało to wpływ na wysokość ceny ofertowej. W omawianym przypadku zaoferowanie przez Odwołującego tak krótkiego terminu dostawy, możliwe było tylko przy założeniu, że Odwołujący po podpisaniu umowy „zmagazynuje towar”, objęty zakresem zamówienia, aby skrócić czas oczekiwanej dostawy. W konsekwencji Odwołujący przedstawił ofertę, zgodną z warunkami SWZ, możliwą do realizacji, jednak za cenę wyższą, aniżeli w przypadku, gdyby oczekiwania Zamawiającego w zakresie terminu dostawy nie były tak wygórowane. Takie działanie Odwołującego wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma nic wspólnego z niezgodnością treści oferty z SWZ lub naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.”

Odwołujący jako dowód na dopuszczalność określenia terminu realizacji dostawy w części dnia (0,5 dnia roboczego), przywołał decyzję Zamawiającego, którą określono minimalny termin realizacji zamówienia, pod rygorem odrzucenia oferty. Natomiast jak podnosił Odwołujący w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia takiego ograniczenia czasowego co do najkrótszego terminu realizacji dostawy Zamawiający nie zawarł.

Izba poniżej przedstawia argumentację Odwołującego.

„W tym miejscu Odwołujący, podkreślając fakt, że SWZ, obowiązujące w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawierały ograniczeń w sposobie określenia terminu dostawy, zwraca się z wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci wyjaśnień i zmiany SWZ, dokonanej przez Zamawiającego w kolejnym postępowaniu na „Dostawę kolumnenek do chromatografii, końcówek jednorazowych do pipet automatycznych, odczynników chemicznych, odczynników do chromatografii i absorpcji atomowej, pomocniczych materiałów laboratoryjnych wykonanych z tworzyw sztucznych, probówek wykonanych z tworzywa sztucznego z kuleczkami ceramicznymi, surowic Salmonella, testów immunoenzymatycznych w kierunku ASF oraz zestawów do wykrywania wirusowego DNA w kierunku ASF „BC” (nr referencyjny: AD-O.272.17.2024). Zamawiający dostrzegł bowiem potrzebę doprecyzowania sposobu określenia terminu dostawy oferowanego przez wykonawców, w szczególności określił sposób oceny ewentualnej niezgodności poprzez uznanie, że oferta taka będzie kwalifikowała się do odrzucenia jako niezgodna z warunkami SWZ.”

Jako dowód Odwołujący przedstawił: Pismo Zamawiającego z dnia 21 października 2024 r., stanowiące wyjaśnienie i zmianę treści SWZ w zakresie sposobu określenia terminu realizowanej dostawy (w załączeniu do pisma Odwołującego).

Izba w tym miejscu przywołuje następujące postanowienie - wyjaśnień z dnia 21.10.24r. – „Pkt 2. Oferowany termin dostawy musi być zaokrąglony do pełnego dnia roboczego. W przypadku zaoferowania terminu dostawy wyrażającego się w niepełnym dniu roboczym, Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymagań SWZ, co spowoduje jej odrzucenie jako sprzecznej z SWZ”.

Odwołujący w piśmie z dnia 28 października 2024r., przesłanym do Izby w dniu 29.10.2024r. odnosi się następująco co do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy, w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego z dnia 22.10.2024r.

„Zamawiający zarzucił Odwołującemu naruszenie dobrych obyczajów na skutek złożonej przez niego oferty, albowiem (w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r.) z jednej strony Odwołujący wskazuje na brak możliwości zrealizowania dostaw w krótszym terminie niż 5 dni roboczych, a następnie składa ofertę na dostawę w ciągu 0,5 dnia roboczego. W opinii Zamawiającego, dostosowanie oferty do kryteriów oceny - by uzyskać maksymalną możliwą liczbę punktów, przy braku możliwości spełnienia jej kryteriów, jest w tym przypadku manipulacją. Odwołujący ponownie zwraca uwagę, że Zamawiający tworzy podstawę w dojsciu do wniosku przyjmując przesłanki wyrwane z kontekstu. Odwołujący faktycznie zakwestionował racjonalność w zakresie oczekiwań Zamawiającego dotyczących najkrótszego terminu dostawy, które - przy uwzględnieniu standardowego sposobu realizacji dostaw - wydają się niemożliwe do wykonania w krótkim terminie 1-4 dni. Jednocześnie jednak w sposób wyraźny wskazał na możliwość realizacji takiej dostawy w określonym terminie pod warunkiem podjęcia dodatkowych (niestandardowych) czynności przez Odwołującego). Takie zastrzeżenie nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji i uniemożliwia postawienie zarzutu manipulacji. Przy uwzględnieniu pełnej treści pisma Odwołującego, nie jest zatem uprawnione dojscie do wniosku, że realizacja dostaw w terminie zaoferowanym przez Odwołującego nie jest możliwa na podstawie (uproszczonego) twierdzenia, że jeżeli Odwołujący sygnalizował, że wykonanie dostaw nie jest możliwe w terminie 1-4, to tym bardziej niemożliwe jest wykonanie dostaw w terminie 0,5 dnia roboczego”.

Izba przywołuje powyższe stanowisko na okoliczność zarzutu Zamawiającego co do naruszenia przez Odwołującego zasad uczciwej konkurencji i zasad dobrych obyczajów.

Izba uwzględniła odwołanie, na podstawie dokonanych powyżej ustaleń w sprawie, w związku z przekazaną do akt sprawy dokumentacją postępowania prowadzoną przez zamawiającego oraz przywołanych z niej dokumentów przez strony jako dowodów w sprawie i uwzględniając argumentację formalną i prawną stron, przedstawioną w pismach przywołanych powyżej. Izba podzieliła argumentację odwołującego i przyjmuje ją za własną.

Spór w przedmiotowej sprawie sprowadza się do różnego rozumienia przez zamawiającego i odwołującego postanowienia swz w zakresie pojęcia „Liczba dni”, przy oznaczeniu terminu dostawy zamówienia określanego przez wykonawcę w ofercie.

Rozumienie tego pojęcia przez zamawiającego sprowadza się do prawa oznaczenia ilości dni dostawy z użyciem jako minimalnej jednostki jednego (pełnego) dnia bez prawa do jego dzielenia na części np. 0,5 dnia. Przeciwnie rozumienie tego pojęcia przyjął odwołujący, który w złożonej ofercie oznaczył ilość dni dostawy jako „0,5 dnia”. Postanowienia swz nie definiują minimalnego terminu dostawy, a jedynie wskazują, że maksymalny termin dostawy to 15 dni. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska co do minimalnego rozumienia terminu dostawy jako „1 dzień” przywołuje regulacje art.8 ustawy Pzp oraz art.111 – 115 k.c., twierząc, że dzień oznacza 24 godziny i koniec dnia to godzina 24.00 oraz nie dopuszcza dzielenia dnia na części jak to uczynił składając ofertę odwołujący (0,5 dnia). Należy wskazać, że zamawiający nie chcąc doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego dokonał poprawienia terminu dostawy z „0,5 dnia” na „5 dni”, argumentując poprzednią korespondencją przed złożeniem oferty, w której odwołujący proponował zmianę swz na jako minimalny termin dostawy „5 dni”. Powyżej opisanego poprawienia oferty odwołującego co do terminu dostawy, zamawiający dokonał z powołaniem się na art. 223 ust.2 pkt 3 i wyznaczeniem terminu na zgodę co do poprawienia na podstawie ust.3 art.223 ustawy Pzp. Odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie terminu dostawy z 0,5 dnia na 5 dni (jedno z kryterium oceny ofert). W konsekwencji braku zgody na wykonane poprawienie terminu dostawy w ofercie odwołującego, zamawiający na podstawie art.226 ust.1 pkt 11 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego. Izba jako nie zasadnicze dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu pozostawia zagadnienie czynności zamawiającego poprawienia oferty w sytuacji opisanej powyżej to jest czy czynność zamawiającego poprawienia oferty odwołującego mieści się w dyspozycji art.223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. BOWIEM zasadniczym zagadnieniem jest rozstrzygnięcie spornej kwestii między stronami co do prawa określenia terminu dostawy jako „0,5dnia” jak uczynił to odwołujący, a nie jak uważa zamawiający minimalny termin dostawy to co najmniej „1 dzień”, ponieważ swz przewiduje „liczbę dni” jako termin dostawy, a nie jak to uczynił odwołujący „0,5 dnia”.

W ocenie Izby odwołujący ma prawo określić termin dostawy na „0,5 dnia”, ponieważ zamawiający nie określił minimalnego terminu dostawy zamówienia, wskazując „:.....liczba dni”, a brak logicznego uzasadnienia co do braku możliwości podzielenia dnia na części, jak uczynił to odwołujący, wskazując w ofercie termin dostawy „0,5 dnia”. Izba nie stwierdza braku możliwości określenia terminu dostawy w związku z jego określeniem na „0,5 dnia” ponieważ dzień w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i k.c. oraz przywoływanego w sprawie orzecznictwa sądowego to 24 godziny (doba) co przekłada się w niniejszej sprawie na „12 godzin” od wezwania do wykonania dostawy zamówienia.

W ocenie Izby nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez odwołującego, jak wskazuje zamawiający, który określił termin dostawy na „0,5 dnia”, ponieważ postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, ani przywoływane przepisy przez zamawiającego co do regulacji ustawy Pzp czy k.c., nie sprzeciwiają się określeniu terminu dostawy na „0,5 dnia”, a nie jak oczekuje zamawiający najkrótszego terminu na „1 dzień”.

Podsumowując Izba stwierdza, że zamawiający naruszył art.226 ust.1 pkt 11, art.223 ust.2 pkt 3 i art.16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, odrzucając ofertę odwołującego, a co miało w rozumieniu art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:.....