

WYROK
z dnia 6 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 stycznia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. Mikołaja Pirogowa w Łodzi, ul. Wyczańska 191/195, 90-531 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, ul. Wyczańska 191/195, 90-531 Łódź

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdynskie 6b, 01-531 Warszawa, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, ul. Wyczańska 191/195, 90-531 Łódź** na rzecz wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdynskie 6b, 01-531 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, ul. Wólczańska 191/195, 90-531 Łódź wszczął 13.10. 2012 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Dostawa odczynników laboratoryjnych wraz dzierżawą aparatów do badań biochemicznych i immunochemicznych z podziałem na 2 pakiety dla Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. Mikołaja Pirogowa w Łodzi«.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13.10.2012 r. pod nrem 2012/S 198-325519.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 15.01.2013 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 25.01.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie wyboru oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego;
- 3) zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

3) art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

I. Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatów do badań biochemicznych i immunochemicznych. Dzierżawione aparaty będą służyć do wykonywania badań określonych w Załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia.

W zakresie biochemii dzierżawa obejmuje dwa jednakowe w pełni automatyczne analizatory, pracujące na tych samych odczynnikach, kontrolach, kalibratorach wraz ze stacjami roboczymi do każdego analizatora o parametrach nie gorszych niż podane w załączniku nr 2 do Załącznika nr 2 do specyfikacji.

Wykonawca przekaże zamawiającemu analizatory do korzystania przez 24 miesiące obowiązywania umowy. Po tym okresie zamawiający zwróci wykonawcy przedmiotowy sprzęt.

Serwis w trakcie trwania umowy obejmuje naprawy, przeglądy techniczne przeprowadzane na koszt wykonawcy.

Czynsz dzierżawy uwzględnia koszt naprawy i serwisu a także wszystkich innych usług związanych z dzierżawą zestawu np. koszt przeglądów serwisowych (przeprowadzanych nie rzadziej niż według harmonogramu wynikającego np. z karty gwarancyjnej), wartość kosztów robocizny i dojazdów pracowników serwisu.

II. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego

Zgodnie z art. 29 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co oznacza, że dokonuje tego w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych u wykonawców, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą obiektywnych cech jakościowych i technicznych lub przez wskazanie wymagań funkcjonalnych, czyli cech właściwych dla danego przedmiotu dostawy. Zamawiający nie musi opisać wszystkich cech technicznych przedmiotu zamówienia, a jedynie te, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia potrzeb zamawiającego oraz celu danego zamówienia.

W zestawieniu parametrów granicznych aparatów biochemicznych w pkt 10 załącznika nr 2 do specyfikacji znalazł się następujący wymóg: „Zużycie wody przez każdy analizator nie większe niż 15,5 litrów na godzinę. Dostarczenie dwóch stacji uzdatniania wody o odpowiedniej wydajności w zależności od potrzeb”.

Odwołujący zaoferował analizator biochemiczny cobas 6000 <c501> zużywający 15 litrów wody na godzinę (z wyłączeniem pracy w trybie serwisowym). Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ilości wody zużywanej przez oferowany aparat, bowiem w ofercie omyłkowo podano, że zużycie wody przez każdy analizator nie jest większe niż „15 litrów na dobę”. W piśmie z 28 grudnia 2012 r. odwołujący poprosił o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w załączniku nr 2 do załącznika nr 2 do specyfikacji w ofercie.

W kolumnie „Oferowane parametry” w pkt 10 prawidłowa odpowiedź powinna brzmieć: „Zużycie wody przez każdy analizator nie większe niż 15 litrów na godzinę. Dostarczenie dwóch stacji uzdatniania wody o odpowiedniej wydajności dla poprawnej pracy analizatora”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że w przypadku aparatu zaoferowanego przez odwołującego maksymalne zapotrzebowanie na wodę wynosi 40 litrów na godzinę (tryb serwisowy), zaś średnie wynosi 10 litrów na godzinę (w trakcie pracy rutynowej). W związku z powyższym zamawiający uznał, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań specyfikacji i podlega odrzuceniu.

Z argumentami zamawiającego nie można się zgodzić.

W specyfikacji technicznej analizatora cobas 6000 podano, że system ten w konfiguracji oznaczonej symbolem c501 podczas rutynowej pracy zużywa ok. 10 litrów wody na godzinę. Jednocześnie wskazano, że maksymalne zużycie wody w przypadku modułu c501 wynosi 40 litrów na godzinę.

Jednak wartość maksymalnego zużycia wody została opatrzona komentarzem, zgodnie z którym jest to wielkość teoretyczna, która może występować okresowo jedynie w „trybie serwisowym”. Odwołujący podkreśla, że „tryb serwisowy” jest dostępny tylko dla personelu technicznego (serwisu wykonawcy). Wyłącznie upoważniony przedstawiciel wykonawcy posiada kod dostępu do tej części oprogramowania, które pozwala na uruchomienie „trybu serwisowego”. W trybie tym, dla celów diagnostycznych, konserwacyjnych, regulacyjnych i sprawdzających pracownicy serwisu mogą uruchomić poszczególne procedury i mechanizmy analizatora. W szczególności w „trybie serwisowym” można uruchomić wymuszony przepływ wody uzdatnionej w systemie analizatora równocześnie we wszystkich odcinkach obiegu wody, np. strzykawki, dozowniki, wieżyczki myjące, inkubator wodny itd. Tylko w takim przypadku może wystąpić maksymalne zapotrzebowanie na wodę tj. 40 L/godz. Zapotrzebowanie na wodę określono jednostką L/godz (litry na godzinę). Nie oznacza to jednak, że procedura serwisowa („tryb serwisowy”)

trwa jedną godzinę. Z reguły zwiększone (maks. 40 L/godz.) zużycie wody w trakcie czynności serwisowych trwa nie dłużej niż kilkanaście minut. Akcje lub przeglądy serwisowe z użyciem „trybu serwisowego” są wykonywane 1 lub 2 razy do roku. Ponadto, nie zawsze w trakcie przeglądu serwisowego wykorzystywane są procedury z wymuszeniem maksymalnego zużycia wody. Akcja serwisowa może dotyczyć innych czynności, np. regulacji fotometru, lampy halogenowej, ustawienia silnika krokowego dla precyzyjnego ruchu dozowania strzykawką itd. W takim przypadku, nawet „tryb serwisowy” nie spowoduje zwiększenia zużycia wody ponad rutynowo spotykane. Podana w specyfikacji urządzenia wartość 40 L/godz. jest zatem wielkością potencjalną, która – jak podkreślono – może (ale nie musi) wystąpić podczas uruchomienia „trybu serwisowego”. Obok maksymalnego zużycia wody w trakcie pracy rutynowej, producent w dobrej wierze wskazał w specyfikacji również zużycie wody, które może wystąpić podczas wykonywania (1 lub 2 razy w roku) czynności serwisowych, tj. w „trybie serwisowym”.

Podczas codziennej rutynowej eksploatacji analizator będzie zużywał znacznie mniej wody (10 L/godz.), niż wynosi czysto hipotetyczne, maksymalne zużycie w „trybie serwisowym”. Analizator, którego dzierżawa stanowi wraz z dostawą odczynników przedmiot zamówienia będzie wykorzystywany przez zamawiającego do wykonywania badań laboratoryjnych z zakresu biochemii. Zamawiający nie będzie więc wykorzystywał aparatu do innych celów, niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia wykonywanie oznaczeń biochemicznych. Rutynowe wykonywanie oznaczeń (przy maksymalnym obciążeniu) nie będzie powodowało większego zapotrzebowania na wodę niż zamawiający zastrzegł w specyfikacji. Jedynie przegląd serwisowy odbywający się 1 lub 2 razy do roku będzie mógł chwilowo (na kilkanaście minut) zwiększyć zapotrzebowanie na wodę w „trybie serwisowym” (maks. 40 L/godz.).

Skoro przedmiotem zamówienia jest dzierżawa analizatora do wykonywania badań a nie do wykonywania czynności serwisowych, to w świetle poz. 10 Zestawienia parametrów granicznych aparatów biochemicznych (**załącznik nr 2 do Załącznika nr 2 do specyfikacji**) parametrem podlegającym ocenie jest maksymalne zużycie wody w trakcie codziennej rutynowej eksploatacji analizatora. Eksploatacja ta polega bowiem na wykonywaniu oznaczeń biochemicznych (10 L/godz.), a nie codziennym serwisowaniu urządzenia (maks. 40 L/godz.).

Zamawiający nie ma potrzeby nieustannego serwisowania analizatora, lecz będzie go wykorzystywał do zaspokojenia swoich potrzeb (diagnostyka pacjentów). Zgodnie ze specyfikacją serwis świadczony w trakcie trwania umowy obejmuje naprawy, przeglądy techniczne przeprowadzane na koszt wykonawcy. Czynsz dzierżawy uwzględnia koszt naprawy i serwisu, a także wszystkich innych usług związanych z dzierżawą zestawu np. koszt przeglądów serwisowych, wartość kosztów robocizny i dojazdów pracowników

serwisu. Nie ulega wątpliwości, że podczas przeglądu serwisowego chwilowo zmieniają się cechy aparatu, np. wstrzymane zostaną mechanizmy wykorzystywane do otrzymywania oznaczeń, a analizator może zużywać więcej wody. Jednak hipotetyczne zwiększenie zużycia wody w trakcie procedur serwisowych nie może stanowić kryterium oceny czy oferowany aparat spełnia graniczny warunek dotyczący maksymalnego zużycia wody. W „trybie serwisowym” aparat nie nadaje się do rutynowej pracy analitycznej, a zatem nie tylko czerpie więcej wody, ale i nie realizuje wielu funkcji podstawowych (jest po prostu wyłączony z rutynowej pracy).

Parametry graniczne opisane w załączniku nr 2 do Załącznika nr 2 do specyfikacji dotyczą wyłącznie właściwości analizatora podczas jego pracy (wykonywanie oznaczeń biochemicznych, drukowanie i wydawanie wyników badań). Żaden z parametrów nie odnosi się do właściwości aparatu podczas wykonywania czynności serwisowych. Z tego względu, wykładnia specyfikacji prowadzi do wniosku, że parametr ograniczający maksymalne zużycie wody przez analizator (poz. 10 Zestawienia parametrów granicznych aparatów biochemicznych) należy odnieść do pracy analizatora w warunkach rutynowych, a nie serwisowych. W przeciwnym razie można dojść do absurdalnych wniosków.

Z tego względu, odrzucenie oferty odwołującego należy ocenić jako sprzeczne z art. 89 ust. 1 Pzp, bowiem treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji w zakresie, w jakim zamawiający ograniczył zużycie wody przez każdy analizator do 15 L/godz.

W orzecznictwie jest ugruntowane stanowisko, że wszelkie niejasności postanowień specyfikacji, powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy (por. wyrok KIO z 14 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 69/12).

Ponadto, wątpliwości powstałe na tle specyfikacji nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść (postanowienie KIO z 9 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 636/08). Zamawiający nie ma prawa dowolnego interpretowania postanowień specyfikacji i oceniania przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co zamawiający zamierzał napisać w specyfikacji, zamiast tego, co faktycznie w niej napisał. Skoro parametry graniczne określone w załączniku nr 2 do Załącznika nr 2 do specyfikacji w całości odnoszą się do wydajności analizatora w trakcie wykonywania oznaczeń biochemicznych, to nie ma powodów, aby przy ocenie spełnienia parametru opisanego w poz. 10 należało brać pod uwagę zużycie wody w „trybie serwisowym”.

Zasada równego traktowania wykonawców, która została naruszona przez zamawiającego w postępowaniu stanowi o konieczności równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących.

Jeżeli zamawiający kierowałby się omawianą zasadą, to wówczas dokonałby pozytywnej oceny oferty odwołującego. Tak jak w przypadku oferty wykonawcy Siemens, również oceniając ofertę odwołującego należało wziąć pod uwagę parametry użytkowe opisane w zestawieniu parametrów granicznych, tj. m.in. maksymalne zużycie wody w trakcie korzystania z analizatora przez zamawiającego. Proste stwierdzenie, że analizator zużywa w „trybie serwisowym” więcej wody niż wymagał tego zamawiający prowadzi do nadużycia. Bezspornie bowiem każde urządzenie, czy to analizator czy np. pojazd mechaniczny, wykazuje inne właściwości podczas serwisu niż podczas codziennej eksploatacji. Z tego względu ocena parametrów technicznych powinna zostać dokonana z punktu widzenia celu, jakemu służy dane zamówienie. W analizowanym przypadku celem postępowania jest wykonywanie badań biochemicznych, a w ich trakcie analizator ma zużywać mniej wody niż wynosi górna granica określona przez zamawiającego w poz. 10 zestawienia parametrów granicznych aparatów biochemicznych.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **25.01.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **25.01.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** **28.01.2013 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, z kopiami przekazanymi 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp {Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3} przez odrzucenie oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Na pytanie nr 9 do specyfikacji z 08.11.2012 r. czy zamawiający zgodzi się na zaoferowanie analizatorów, dla których w trakcie pracy rutynowej zużycie wody jest na poziomie 15 l/godz., zamawiający sprostował specyfikację dopuszczając aparaty, których zużycie wody nie przekracza 15,5 l/godz. Zmiana specyfikacji była spowodowana tym, że zamawiający pierwotnie wymagał, aby analizator będący przedmiotem zamówienia zużywał nie więcej niż 10 litrów wody na dobę, jednak mogłoby to być wymaganiem zbyt restrykcyjnym, nawet ograniczającym uczciwą konkurencję. Mimo zmiany głównego postanowienia nie w całej specyfikacji zostało to ujednolicone.

Ponadto zamawiający w rozdz. IV dział II lit. E pkt 2 specyfikacji żądał w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia ulotki (instrukcje użytkowania) lub materiałów informacyjnych dotyczących oferowanych aparatów.

Odwołujący zaoferował aparat cobas 6000 <c501> wskazując w ofercie zużycie wody na poziomie 15 l/dobę. Ponadto odwołujący dołączył do oferty „Opis techniczny analizatora biochemicznego”, aby spełnić wymóg rozdz. IV dział II lit. E pkt 2 specyfikacji. W jednostce redakcyjnej pn. „Zużycie wody” znalazło się stwierdzenie, cyt. „Maksymalne zapotrzebowanie do 40 L (tryb serwisowy), średnie to 10 L uzdatnionej wody/godz. pracy analizatora w trakcie pracy rutynowej; [...]”.

W związku z tym zamawiający – zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp – zażądał wyjaśnień od odwołującego, cyt. „Jakie zużycie [wody] na godzinę mają zaproponowane aparaty do badań biochemicznych cobas 6000 <c501> z wyłączeniem pracy w trybie serwisowym?”. W odpowiedzi odwołujący stwierdził, cyt. „analizator cobas 6000 <c501> zużywa 15 litrów wody na godzinę z wyłączeniem pracy w trybie serwisowym”.

Zamawiający nie żądając wyjaśnień w zakresie zużycia wody podczas trybu serwisowego odrzucił ofertę odwołującego powołując się właśnie na przesłankę, że w tym trybie aparat zużywa 40 l/godz. i przywołał jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający stwierdza, że zamawiający wymagał w specyfikacji, aby aparaty nie pobierały w czasie pracy więcej wody niż 15,5 l/godz. Takie urządzenie zaoferował odwołujący (zużycie wody 15 l/godz. – str. 10 oferty i średnie zapotrzebowanie 10 l/godz. – str. 22 oferty), chociaż w ofercie, w „Opisie technicznym” pojawiła się również niewymagana w specyfikacji informacja o zapotrzebowaniu na wodę 40 l/godz. w trybie serwisowym.

W „Opisie technicznym” został oddzielony tryb serwisowy, w którym będzie przez ok. 40 minut pobierana większą ilość wody (40 minut = 2/3 godz., 40 l/godz. * 2/3 godz. = 26,7 l). Czynność ta będzie wykonywana kilka razy do roku, a więc nie ma możliwości, aby czynność ta miała istotny wpływ na cokolwiek. W żądaniu udzielenia wyjaśnień zamawiający nawet odstąpił od wymogu wytłumaczenia tego czynnika, co pokazuje, że dla zamawiającego ten czynnik także był nieistotny. W związku z tym zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty na analizowanej podstawie, gdyż nie żądał w specyfikacji szczególnych informacji dotyczących parametrów urządzenia w trakcie instalacji czy serwisu. Parametry te wykazujące możliwość nieznacznego przekroczenia wymaganych wartości w ciągu kilku godzin w roku nie mają na nic praktycznego wpływu, a także nie były przedmiotem zainteresowania zamawiającego, czego wyrazem jest właśnie sformułowanie dotyczące żądania wyjaśnień.

Skład orzekający wziął pod uwagę również, że zamawiający nie określił w specyfikacji, że w żadnym momencie pobór wody nie może być większy niż zadana wartość 15,5 l/godz. Musiałoby to wiązać się z uzasadnieniem takiego wymagania np. wydajnością instalacji podającej czystą wodę do aparatu lub odbierającej z aparatu zużytą wodę. W żadnym momencie zamawiający nie stwierdził, że występują u niego jakieś okoliczności zmuszające go do zastosowania ograniczeń odnośnie poboru wody przez analizator.

Zgodnie z oświadczeniami, które strony i uczestnik postępowania złożyli do protokołu takie zwiększone zapotrzebowanie na wodę automatu będzie miało miejsce kilka razy w roku podczas serwisowania maszyny czy podczas usuwania awarii, przez czas krótszy niż godzina.

Z tego względu, że należy wziąć pod uwagę tryb serwisowy, jako wydarzenie szczególne i nie przeznaczone do pracy urządzenia, w której trakcie są dokonywane analizy, nie może być ten tryb brany pod uwagę, jako parametr aparatu do badania oferty.

Z powyższych względów skład orzekający uwzględnił zarzut odwołującego, że odrzucenie jego oferty było niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z tego powodu dalsze czynności zamawiający nie mogli być i nie były zgodne z przepisami art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp; art. 91 ust. 1 Pzp brzmi: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, gdyż zamawiający zastosował kryteria oceny ofert do nie wszystkich ofert.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....