

Sygn. akt KIO/UZP 358 /09

WYROK
z dnia 06 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu rozprawie w dniu **02 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **bioMerieux Polska Sp. z o. o. 01-882 Warszawa ul. Żeromskiego 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ 33-100 Tarnów ul. Lwowska 178 a** protestu z dnia **26 lutego 2009 r.**

przy udziale **Comesa Polska Sp. z o.o. ul. Wolińska 4 03-699 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ 33-100 Tarnów ul. Lwowska 178 a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **bioMerieux Polska Sp. z o. o. 01-882 Warszawa ul. Żeromskiego 17,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ 33-100 Tarnów ul. Lwowska 178 a** na rzecz **bioMerieux Polska Sp. z o. o. 01-882 Warszawa ul. Żeromskiego 17** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **bioMerieux Polska Sp. z o. o. 01-882 Warszawa ul. Żeromskiego 17**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 249-332026 w dniu 23 grudnia 2008r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą analizatora oraz Beckap przez okres 12 miesięcy - Nr sprawy u Zamawiającego - 21N.

Zamawiającym jest Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SP ZOZ 33-100 Tarnów, ul. Lwowska 178A zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest bioMerieux Polska Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 17, 01-882 Warszawa zwany dalej „Odwołującym”

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest Comesa Polska Sp. z o.o. ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa zwany dalej „Przystępującym”

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 20 marca 2009r. – wpływ bezpośredni 20.03.2009r.

Odwołujący na podstawie art.184 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2007r. nr 223 poz. 1655, zm. Dz. U. 2008r. nr 171 poz. 1058) zwanej dalej „ustawą” wniósł odwołanie na następujące czynności Zamawiającego:

1. odrzucenie oferty Odwołującego;
2. uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego w postępowaniu zostały naruszone następujące przepisy ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 przez nieuprawnione przyjęcie, iż oferta skarżącego jest niezgodna z treścią SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 przez stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty odmiennych zasad aniżeli określonych SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania wskazał, że wskutek wadliwości czynności Zamawiającego utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, ponieważ jego oferta ma niższą ceną w stosunku do oferty wybranej - w postępowaniu złożono 2 oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazał na następujące okoliczności formalne i prawne.

Zamawiający w ustawowym terminie nie rozstrzygnął protestu. Dlatego też Odwołujący przywołał argumentację podniesioną w proteście.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał podstawę prawną decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego to jest art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy cytując:

"Oferta złożona przez wykonawcę nie odpowiada wymaganiom zawartym w treści SIWZ (Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia). Zamawiający żądał zestawienia parametrów granicznych do spełnienia /załącznik 1a pkt. 12 przeglądy techniczne w ramach dzierżawy co 6 miesięcy /dojazd, wykonana usługa, części zamienne –bezpłatne. Wykonawca w załączniku cenowym nr 1 materiały konserwacyjne i eksploatacyjne do analizatora poz. 3-6 wykazał należność za części zamienne, które winny być bezpłatnie wymieniane w ramach przeglądów technicznych zgodnie z zapisami SIWZ ".

W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia prawnego, ponieważ należy rozgraniczyć pojęcie "części zamienne" od pojęcia "materiały eksploatacyjne", a odnoszące się do analizatora.

Według Odwołującego części zamienne są to części nieużywające się podczas normalnej pracy analizatora takie jak: moduły elektroniczne, mechaniczne, komputerowe itp. Części zamienne, w przypadku awarii, będą przedmiotem bezpłatnej wymiany, co znajduje potwierdzenie w treści oferty Odwołującego (załącznik 1a poz. 12 Zestawienie parametrów granicznych - odpowiedź "TAK").

Z kolei materiały eksploatacyjne to według Odwołującego te części, które ulegają zużyciu podczas rutynowej pracy analizatora.

Do nich należą rurki, wężyki, tłoczki, igły, strzykawki itp. i te części Odwołujący wyszczególnił w pozycjach 3-6, które Zamawiający przywołał w decyzji o odrzuceniu jego oferty.

W związku z powyższym Odwołujący uważa, że jednoznacznie materiały eksploatacyjne usytuował - w pozycji -materiały konserwacyjne i eksploatacyjne do analizatora, nie zaś jako części zamienne.

W ten sposób przedstawiając stanowisko, dla Odwołującego oczywistym jest, iż nie można postawić tezy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Dalej Odwołujący stwierdził, że nadto należy zauważyć, iż nawet gdyby przyjąć, iż stanowisko Odwołującego jest niezasadne, to Zamawiający naruszył obowiązek wynikający z regulacji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy -obowiązek poprawy przez Zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący dodatkowo podniósł, iż bezprawność działań Zamawiającego prowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty droższej o 177.000 zł. /44%/ w stosunku do oferty Odwołującego.

Na podstawie powyżej przedstawionej argumentacji formalnej i prawnej Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty

Zbieżną z odwołaniem argumentację formalną i prawną Odwołujący przedstawił w proteście z dnia 26 luty 2009r.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 2 marca 2009r., a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 31 marca 2009r. przystąpił Przystępujący żądając oddalenia odwołania w całości i popierając stanowisko Zamawiającego zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwoływającego.

W złożonych pismach Przystępujący w szczególności podniósł, że w ramach dzierżawy analizatora mają być uwzględnione przeglądy techniczne co 6 miesięcy.

W związku z tym, związane z nimi dojazdy, wykonane usługi oraz części zamienne mają być już bezpłatne.

Natomiast Odwoływający w „Asortymencie cenowym” – zał. nr 1 do SIWZ , w ramach materiałów konserwacyjnych i eksploatacyjnych do analizatora w poz. 3 -6 wykazał zestawy, które jako części zamienne powinny być bezpłatnie wymieniane w ramach przeglądów technicznych.

W ocenie Przystępującego Zamawiający prawidłowo na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy odrzucił ofertę Odwoływającego i na podstawie art. 91 ust.1 ustawy wybrał ofertę Przystępującego.

Bowiem Odwoływający w ramach materiałów eksploatacyjnych wprowadził do swojej oferty kity konserwacyjne, zawierające między innymi wężyki, które powinny być wymieniane bezpłatnie przez serwis w ramach obowiązkowych, co półrocznych przeglądów.

W ocenie Przystępującego aktualna próba Odwoływającego interpretacji pojęcia „części zamienne” jest całkowicie bezpodstawna.

Również w ocenie Przystępującego zarzut Odwoływającego, co do naruszenia przez Zamawiającego obowiązku poprawy niezgodności treści oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący również podniósł brak interesu prawnego Odwoływającego we wniesieniu odwołania.

Dodatkowo Przystępujący podniósł zarzuty do oferty Odwoływającego:

1. w zakresie kontroli, kalibratorów, rozcieńczalników - zał. nr 1 do SIWZ - stwierdzając, iż oferta nie odpowiada SIWZ,
2. w zakresie materiałów konserwacyjnych i eksploatacyjnych do analizatora – Zał. nr 1 do SIWZ - stwierdzając, iż oferta jest niezgodna z SIWZ,
3. w zakresie czynszu dzierżawnego – zał. nr 1 do SIWZ - stwierdzając, iż oferta jest niezgodna z SIWZ,
4. w zakresie parametrów ocenianych co do żywotności lampy – jakość – zał. Nr 1 b do SIWZ – stwierdzając, iż wpisano w ofercie TAK, a powinno być wpisane NIE.

Podsumowując Przystępujący stwierdził, że odwołanie jest całkowicie bezpodstawne i wniosek o jego oddalenie jest w pełni uzasadnione.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, w myśl art. 179 ust.1 ustawy, ponieważ odrzucenie jego oferty pozbawiło go możliwości oceny jego oferty pod względem wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zgodnie z przyjętymi w przedmiotowym postępowaniu kryteriami oceny ofert, Zamawiający ustalił kryterium cenowe na poziomie 70 %, a kryterium jakości na poziomie 30 %. Sam fakt, że decyzję odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, Odwołujący kwestionuje, w ocenie Izby należy uznać, że uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego wystąpił, ponieważ Odwołujący utracił możliwość oceny jego oferty według ustalonych kryteriów i uzyskania zamówienia.

W tym zakresie Izba podziela pogląd wyrażony, w przywołanym przez Odwołującego na rozprawie wyroku KIO o Sygn. akt KIO/ UZP 82 i 85 / 09.

Skład orzekający Izby na podstawie przedłożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wraz z przedłożonym jej oryginałem na rozprawie oraz wyjaśnień i argumentacji stanowisk stron na rozprawie, a także na podstawie złożonych w poczet dowodów dodatkowych dokumentów na rozprawie ustalił i zważył co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie regulacji mającej wpływ na rozstrzygnięcie zasadności wniesionego odwołania zawierała następujące postanowienia :

Rozdział I Opis Przedmiotu Zamówienia, Szczegółowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Pkt 2. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w niniejszej SIWZ. Pkt 8. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ (załącznik nr 1 a-c). Zgodnie z wyżej przedstawionymi zapisami Odwołujący winien zastosować się przy składaniu oferty do treści załączników zamieszczonych w SIWZ.

Rozdział II. Oferta częściowa i wariantowa. Pkt.1 Zamawiający dopuszcza składania ofert na całość zadania. Pkt.2 Oferta obejmująca przedmiot zamówienia, musi zawierać wszystkie wymienione pozycje w Formularzu cenowym (załącznik nr 01 i załącznik nr 1), w przeciwnym wypadku zostanie odrzucona, jako nie spełniająca wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z powyższymi postanowieniami, jeżeli oferta nie będzie zawierać wszystkich elementów wymienionych w SIWZ podlega odrzuceniu.

Oferta – Formularz Ogólny nr sprawy 21 N zawierał między innymi postanowienia
Przedkładałem ofertę w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę :

Niniejszym oświadczam, że zapoznałem się z ogólnymi warunkami zawartymi w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia i wyrażam gotowość zawarcia umowy uwzględniające warunki zamawiającego oraz przystąpienie zgodnie z nim do realizacji zamówienia. Dalej formularz zawiera do wypełnienia : cena, zakres i odczynniki; zakres i dzierżawa; razem odczynniki i dzierżawa. Z przedłożonej na rozprawie oryginalnej oferty wynika, że Odwołujący wypełnił formularz ofertowy stwierdzając, że przedkłada ofertę w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę : odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą analizatora oraz Backup przez okres 12 miesięcy. Jednocześnie podaje ceny oferowane zarówno na odczynniki, dzierżawę oddzielnie i sumarycznie. W tym stanie rzeczy zarzut podniesiony przez Przystępującego, że Odwołujący nie oferuje analizatora głównego i backup, co w jego ocenie wynika z zał. Nr 1 Asortyment cenowy nie znajduje potwierdzenia wobec jednoznacznego powyżej przedstawionego oświadczenia Odwołującego w Formularzu ofertowym. Natomiast ujęty w Asortymencie cenowym czynsz dzierżawny określony przez Odwołującego nie powinien budzić wątpliwości Zamawiającego, co do tego, że obejmuje zarówno analizator jak i backup. Na to wskazuje pkt 6 pod tabelą Asortyment cenowy, gdzie Odwołujący wskazuje, że spełnia wymaganą kompatybilność analizatorów.

Tym samym brak podstaw do uwzględnienia zgłoszonego przez Przystępującego zarzutu co do oferty Odwołującego, że wycenił tylko jeden analizator to jest bez backup.

Co do wypełnienia tabeli Asortyment cenowy, to Izba stwierdziła Załącznik nr 1 o nazwie Asortyment cenowy odczynniki biochemiczne wraz z dzierżawą analizatora oraz Backup w formie tabeli zawiera kolejno: wyszczególnione z nazwy rodzaje testów w 41 pozycjach (od 1 do 41), monitorowanie leków również wyszczególnione z nazwy w dwóch pozycjach (od 42 do 43) oraz odczynniki do oznaczeń toksykologicznych, również oznaczone z nazwy w sześciu pozycjach (od 44 do 49). Tabela dalej zawiera zapis: rodzaj testu z podziałem na kontrole, kalibratory, rozcieńczalniki, ale bez wskazania ich konkretnych nazw, przy czym przewiduje się do wypełnienia cztery pozycje. Dalej tabela zawiera pozycje o nazwie materiały konserwacyjne i eksploatacyjne do analizatora i przewiduje się cztery pozycje, ale znowu bez podania konkretnych nazw. Tabela kończy się pozycją czynsz dzierżawny - jedna pozycja - o nazwie dzierżawa analizatora z zaznaczeniem 12 miesięcy. Pod tabelą znajduje się siedem opisowych punktów w tym o treści istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, również częściowo przywoływane przez strony to :

Pkt 3. do wyżej wymienionych ilości oznaczeń należy doliczyć badania kontrolne, należy uwzględnić kontrole na dwóch poziomach dla wszystkich parametrów codziennie.

Pkt 4 Ponadto należy uwzględnić kalibratory, kontrole, rozcieńczalniki oraz inne odczynniki, materiały zużywalne niezbędne do pracy oferowanych analizatorów w ilości adekwatnych do ilości oznaczeń.

Pkt 5 Za niedoszacowanie ilości kalibratorów, kontroli, rozcieńczalników, odczynników, materiałów zużywalnych do ilości oznaczeń odpowiada Wykonawca. Pkt 6 Wymagana kompatybilność analizatorów tj. praca na takich samych odczynnikach i aplikacjach na obu analizatorach (analizator główny oraz Backup o takiej samej wydajności min.780 testów/godz.).

Na podstawie przedłożonej oryginalnej do wglądu oferty Odwołującego na rozprawie wynika, że zał.1 o nazwie Asortyment cenowy został wypełniony zgodnie z wzorem stanowiącym zał. 1 do SIWZ. Przy czym w części dotyczącej : rodzaj testu z podziałem na kontrole, kalibratory, rozcieńczalniki, ale bez wskazania ich konkretnych nazw, gdzie przewiduje się do wypełnienia cztery pozycje zamieszczono 40 pozycji, a w części dotyczącej materiały konserwacyjne i eksploatacyjne do analizatora, gdzie przewiduje się cztery pozycje, ale znowu bez podania konkretnych nazw, Odwołujący wpisał 15 pozycji.

Kwestionowane w tej pozycji zestawy MAINT KIT (poz.3-6), jako te, które nie powinny być wycenione w Asortymencie cenowym, ponieważ powinny się znajdować w kosztach czynszu dzierżawnego, to ocenie Izby Odwołujący wykazał zasadność ich odrębnej wyceny przedkładając w poczet dowodów oryginalne opakowania na rozprawie zestawów MAINT ENANCE KIT Ref. PL047 i PL048 , które noszą opis jako „Zestaw konserwacyjny”. Na potwierdzenie faktu, iż MAINT ENANCE KIT stanowią materiał konserwacyjny również świadczy dowód przedłożony przez Zamawiającego na rozprawie pod nazwą Instrukcje Referencyjne, gdzie pod poz. 984036 o nazwie 6- miesięczny zestaw konserwacyjny do KONELAB 30 i 30 i wymienia się rurki do rozcieńczalnika i zmywacza dla Konelab 20 i lampę halogenową. Również przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie materiały szkoleniowe potwierdzają, że przeglądy konserwacyjne, co 6 miesięcy i co 12 miesięcy dotyczą części zużywalnych. Tak więc w ocenie Izby nie można czynić Odwołującemu zarzutu z racji zamieszczenia w Asortymencie cenowym materiałów konserwacyjnych w pozycji 3 -6 typu MAINT KIT, ponieważ zarówno Odwołujący jak i Zamawiający nie zaprzeczają, że są to materiały konserwacyjne.

Natomiast spornym między stronami jest czy materiały konserwacyjne powinny być wykazane, jako koszt w Asortymencie cenowym w pozycji materiały eksploatacyjne i konserwacyjne, czy powinny mieścić się w czynszu dzierżawnym. W ocenie Izby o rozstrzygnięciu tej spornej kwestii decydują zapisy Załącznik nr 1a „Zestawienie parametrów granicznych do spełnienia przez oferowany analizator biochemiczny wraz z backup” w formie tabeli, gdzie w poz. 12 znajduje się zapis „Przeglądy techniczne w ramach dzierżawy analizatora, co 6 miesięcy (dojazd, wykonana usługa, części zamienne bezpłatne)”.

Zamawiający użył tutaj sformułowania części zamienne w odróżnieniu do sformułowań w tabeli Asortyment cenowy gdzie użył sformułowań materiały eksploatacyjne, konserwacyjne.

Ponadto pod tabelą Asortyment cenowy w pkt 5 i 6 Zamawiający używa określenia materiały zużywalne.

Reasumując Zamawiający używa czterech pojęć na oznaczenie materiałów do analizatora, a mianowicie : zamienne, konserwacyjne, eksploatacyjne, zużywalne.

Z kolei w umowie Zamawiający posługuje się następującymi pojęciami :

załącznik nr 6 Umowa Dzierżawy w § 4 zawiera następujące postanowienia

- ust.2 gwarancja i bezpłatny serwis gwarancyjny obowiązuje przez cały okres trwania umowy dzierżawy. W ramach gwarancji Wydierżawiający winien usuwać wszelkie awarie wydierżawionego aparatu w ciągu 24 godzin od zgłoszenia.

- ust.4 Wydierżawiający zapewni po upływie 6 miesięcy przegląd serwisowy – dojazd i robocizna bezpłatna.

- ust.8 Wydierżawiający zobowiązuje się do bezpłatnego udzielania instruktażu dotyczącego obsługi sprzętu podczas montażu w miejscu instalowania.

W § 5 czynsz dzierżawny obejmuje : wszystkie koszty transportu, ubezpieczenia i uruchomienia aparatów, szkolenie personelu itp.

Z powyższego uregulowania wynika, że serwis gwarancyjny jest bezpłatny, ale w ramach gwarancji usuwane będą wszelkie awarie, co nie dotyczy czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych analizatora.

W ocenie Izby w myśl cytowanej umowy oraz obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego (art. 577. § 1. W wypadku gdy kupujący otrzymał od sprzedawcy dokument gwarancyjny, co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że wystawca dokumentu (gwarant) jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. § 2. Jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, termin wynosi jeden rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Art. 578. Jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy), w zakresie gwarancji należy oczekiwać bezpłatnego usuwania awarii w okresie gwarancji, a nie usług konserwacyjnych w ramach serwisu gwarancyjnego przynajmniej co do kosztów materiałowych.

Reasumując ani na podstawie kodeksu cywilnego, ani na podstawie wzoru umowy w przedmiotowym postępowaniu brak podstaw prawnych do skutecznego oczekiwania dokonywania na koszt Odwołującego przeglądów gwarancyjnych.

W ramach regulacji umowy dzierżawy Zamawiający zagwarantował sobie po 6 m-cach przegląd serwisowy, w tym dojazd i robocizna bezpłatna.

Z powyższego wynika, że za materiały na przegląd serwisowy musi zapłacić Zamawiający.

Potwierdzenie takiej interpretacji znajduje uzasadnienie w treści zał. 1A do SIWZ Zestawienie parametrów granicznych, gdzie przewiduje się przegląd techniczny analizatora po 6 miesiącach z dojazdem, wykonana usługa i materiałami zamiennymi bezpłatnie.

Bowiem w ocenie Izby w myśl zawartych uregulowań w SIWZ w szczególności w Zał. Asortyment cenowy oraz Parametry graniczne i postanowień wzoru umowy materiały eksploatacyjne i konserwacyjne oraz zużywalne nie obejmują materiałów zamiennych, co do których Zamawiający ma prawo oczekiwać, iż będą dostarczane bezpłatnie, ponieważ powinny być zaliczone w poczet czynszu dzierżawnego.

Reasumując twierdzenia Zamawiającego na rozprawie, że oczekuje przeglądów technicznych bez opłat dodatkowych za materiały konserwacyjne i eksploatacyjne używane w czasie przeglądów technicznych nie znajdują uzasadnienia w sformułowaniach SIWZ.

Z postanowień SIWZ również nie wynika, że materiały eksploatacyjne i konserwacyjne, które wykonawcy mieli wymienić w Asortymencie cenowym dotyczą tylko i wyłącznie materiałów używanych do codziennej obsługi technicznej analizatora wykonywanej przez pracowników Zamawiającego.

Ponadto brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z tytułu, ujęcia w materiałach eksploatacyjnych MAINT KITU (poz. 3-6 wykazu), ponieważ w formularzu Asortyment cenowy Zamawiający w tej części Wykazu pozostawił wykonawcom swobodę w określeniu zarówno kalibratorów, kontroli, rozcieńczalników, odczynników, materiałów zużywalnych do ilości oznaczeń.

Dodatkowo należy wskazać na zapis pod tabelą w pkt 5 zgodnie z którym „Za niedoszacowanie ilości kalibratorów, kontroli, rozcieńczalników, odczynników, materiałów zużywalnych do ilości oznaczeń odpowiada Wykonawca.” W ofercie Odwołującego ta formuła również została zamieszczona w literalnym brzmieniu z SIWZ.

Konsekwencją takiej regulacji w SIWZ jest zapewne udzielona odpowiedź przez Zamawiającego w dniu 26.01.2009r. na pytanie nr 6 ..”za niedoszacowanie ilości kalibratorów, kontroli, rozcieńczalników i innych odczynników odpowiada Wykonawca? Czy zaistnienie w/w sytuacji będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ , czy też Zamawiający wezwie do uzupełnienia oferty o brakujące produkty? Ad 6 Zamawiający wezwie do uzupełnienia oferty o brakujące produkty. Powyższego wyjaśnienia nie można inaczej traktować jak stwierdzenia, że ryzyko i koszt ponosi Wykonawca na etapie realizacji oferty.

Bowiem słuszny w tym zakresie jest pogląd Przystępującego, że Zamawiający nie ma podstaw do wezwania Odwołującego do wyrażenia zgody na dokonane przez Zamawiającego poprawki oczywistej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Po pierwsze Odwołujący nie popełnił omyłki, ponieważ świadomie w pkt 3-6 Zał. Nr 1 Asortyment cenowy wpisał w pozycji materiały eksploatacyjne MAINT KIT;

Po drugie zarówno w pozycji materiały konserwacyjne i eksploatacyjne do analizatora jak i kontrole, kalibratory, rozcieńczalniki Zamawiający nie zamieścił konkretnych pozycji, a pozostawił je do oceny przez wykonawcę więc, jak można stwierdzić sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ;

Po trzecie skutki niedoszacowania obciążają Wykonawcę, a nie Zamawiającego, który w tym przypadku ma prawo żądać realizacji zobowiązania zgodnie z postanowieniami SIWZ w ramach złożonej oferty.

Reasumując Izba stwierdziła, że Odwołujący składając ofertę zastosował się do postanowień SIWZ, w tym do treści załączników obejmujących Asortyment cenowy oraz Zestawienie parametrów granicznych, przez zawarcie w nich wszystkich pozycji cenowych.

W związku z tym Izba uznała za wykazane przez Odwołującego naruszenie wskazanych w proteście i w odwołaniu przepisów art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 7 ust.1 ustawy, uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Co do zarzutu Przystępującego, że Odwołujący nie miał podstaw w Załączniku nr 1b Parametry oceniane – Jakość poz. 4. wypełnić : brak konieczności wymiany lampy w ciągu 1 roku, wymagania oceniane TAK – 10 pkt, NIE - 0 pkt to nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, ponieważ Zamawiający ich nie zgłosił, ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona, więc nie podlegała ocenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....