

Sygn. akt: KIO 2515/11

WYROK
z dnia 7 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 listopada 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Dako Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyni 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Dako Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Dako Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

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 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie, ul. Żołnierska 16 B, 10-561 Olsztyn wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »zintegrowany system do barwień immunohistochemicznych i histochemicznych z możliwością odparafinowania i odkrywania preparatów«.

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 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **26 lipca 2011 r.** pod nrem **2011/S 141-234064**.

Zamawiający **15 listopada 2011 r.** zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Roche.

Wykonawca Dako Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia wniósł **25 listopada 2011 r.**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Roche z siedzibą w Warszawie, Wybrzeże Gdyni 6B, 01-531 Warszawa, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarazem nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp, któremu to zaniechaniu odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niezastosowanie oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) wyborze oferty wykonawcy Roche jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, której to czynności odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niezastosowanie oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Roche jako oferty najkorzystniejszej;

2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Roche jako oferty nieodpowiadającej swą treścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wnosi o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów powołanych w odwołaniu.

Argumentacja odwołującego

I. Niezgodność liczby oferowanych aparatów i ich parametrów z treścią specyfikacji

Przedmiot zamówienia obejmuje w Pakiecie nr 1 (barwienia immunohistochemiczne/immunocytochemiczne) m.in. dzierżawę 3 (trzech) aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych, spełniających parametry opisane szczegółowo w załączniku nr 4 do specyfikacji.

Liczba przedmiotowych aparatów została przez zamawiającego od samego początku postępowania określona ściśle i w sposób bezwzględnie wiążący wszystkich wykonawców; nie została ona zmodyfikowana w toku wyjaśnień i zmian do specyfikacji.

Zamawiający stwierdził 30 sierpnia 2011 r. udzielając odpowiedzi na pytanie nr 24: Proces ISH/IHC na pokładzie aparatu lub dopuszczalna przystawka do hybrydyzacji *in situ*. Zamawiający wyjaśnił, że oczekuje, aby proces hybrydyzacji *in situ* odbywał się albo na pokładzie aparatu albo na zewnętrznej przystawce.

Wyjaśnienie to nie stanowiło modyfikacji treści specyfikacji, w poz. 21 tabeli wymaganych parametrów aparatu do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych (załącznik nr 4 do specyfikacji) pozostawał niezmieniony.

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 8, zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania aparatu wykonującego deparafinizację i odsłanianie antygeny automatycznie na pokładzie aparatu bądź na zewnętrznej przystawce.

Identycznej odpowiedzi zamawiający udzielił na pytanie nr 25.

30 sierpnia 2011 r. zamawiający opublikował modyfikację treści specyfikacji, w której ramach w załączniku nr 4 do specyfikacji zmodyfikował parametr opisany w poz. 12 tabeli wymaganych parametrów aparatu do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych, dopuszczając możliwość zaoferowania aparatu wykonującego deparafinizację i odsłanianie antygeny automatycznie na pokładzie aparatu bądź na zewnętrznej przystawce.

W przedmiocie deparafinizacji i odsłaniania antygeny nastąpiła modyfikacja wymagań specyfikacji.

Zamawiający wyraźnie utrzymał wymóg dzierżawy 3 sztuk (a nie innej liczby) aparatów do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych oraz 1 (jednej) sztuki

hybrydyzatora z niezbędnym oprzyrządowaniem, dodając do tego ostatniego wyjaśniającą wzmiankę cyt. „w przypadku wystąpienia przystawki”.

Wymaganie zamawiającego do liczby dzierżawionych aparatów do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych nie uległo później zmianie podczas kolejnych modyfikacji specyfikacji i jej załączników (zmiany z 1 września 2011 r., 02 września 2011 r., 23 września 2011 r.).

Pomimo tak kategorycznie i jednoznacznie sformułowanych wymagań, wykonawca Roche w Pakiecie nr 1 zaoferował nie 3, lecz 4 aparaty Benchmark XT (producent Ventana Medical Systems wykonawca Roche Diagnostics) o numerze katalogowym 5281229001, co przesądza o niezgodności treści oferty wykonawcy Roche z treścią specyfikacji.

Wykonawca Roche rozbudował w ofercie tabelę zawartą w formularzu cenowym, dotyczącą dzierżawy aparatów do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych, o dodatkowy wiersz, nieprzewidziany we wzorze zamawiającego, toteż nie może być mowy o jakiegokolwiek omyłce ze strony wykonawcy Roche.

Wykonawca Roche świadomie skonkretyzował przedmiot oferty w sposób zasadniczo odbiegający od wymagań specyfikacji [m.in. wyrok KIO z 29 czerwca 2011 r. KIO 1289/11). Z wyjaśnień wykonawcy Roche wynika jednoznacznie, że zaoferowanie 4 zamiast 3 aparatów do barwień było działaniem zamierzonym.

Jak wyjaśnił Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII GA 429/09, artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.

Wykonawca Roche jednocześnie nie zaoferował dzierżawy hybrydyzatora z niezbędnym oprzyrządowaniem wskazując w formularzu cenowym (Załączniku nr 2 do oferty) i formularzu wymaganych parametrów (Załączniku nr 4 do oferty), że w oferowanym przez niego systemie hybrydyzacja *in situ* przebiega automatycznie na pokładzie aparatu i nie jest wymagana zewnętrzna przystawka. Takie postępowanie wykonawcy Roche było z kolei dopuszczalne w świetle treści specyfikacji (poz. 21 załącznika nr 4 do specyfikacji oraz wyjaśnień udzielonych na pytanie nr 24 z 30 sierpnia 2011 r.), gdyż zamawiający od początku postępowania dopuszczał zaoferowanie albo takich aparatów, w których hybrydyzacja *in situ* jest przeprowadzana na zewnętrznej przystawce (module) albo na pokładzie samego aparatu do badań (barwień).

Pismem z 3 listopada 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Roche w trybie art. 87 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących formularza cenowego w zakresie oferowanych

aparatów do immunohistochemii. Zamawiający w wezwaniu podał, że cyt. „Zamawiający określi wymóg zaoferowania 3 aparatów i jednego hybrydyzatora. Wykonawca Roche pominął w ofercie hybrydyzator, załączając jednak w formularzu cztery aparaty do immunohistochemii.

W wyjaśnieniach z 8 listopada 2011 r. wykonawca Roche podał, że to sam zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na dzierżawę 4 aparatów do barwień, cyt.: „Zamawiający udzielając odpowiedzi na nasze pytania zgodził się, aby zaoferowany system mógł wykonać 120 oznaczeń w jednym cyklu pracy oraz wykonywać oznaczenia metodą Hybrydyzacji *In Situ* na pokładzie aparatu bez konieczności używania dodatkowej półautomatycznej przystawki (hybrydyzatora). Dopuszczał więc do złożenia oferty w przetargu z zastosowaniem rozwiązania alternatywnego, gdzie zamiast 3 aparatów do barwień IHC i jednego hybrydyzatora ISH mogły być zaoferowane 4 aparaty wykonujące jednocześnie oba typy barwień (IHC, ISH) na pokładzie aparatu. Dodatkowo rozwiązanie takie spełnia wymóg zamawiającego, aby liczba zaoferowanych aparatów w systemie nie wynosiła więcej niż 4 aparaty.

Wykonawca Roche upatruje zatem dopuszczenia takiego „rozwiązania alternatywnego” (4 aparaty do barwień zamiast 3 aparatów) w wyrażonej przez zamawiającego zgodzie na to, aby zaoferowany system wykonywał oznaczenia metodą hybrydyzacji *in situ* na pokładzie aparatu bez konieczności używania dodatkowej półautomatycznej przystawki (hybrydyzatora).

Zdaniem odwołującego rozumowanie zaprezentowane przez wykonawcę Roche w wyjaśnieniach z 8 listopada 2011 r. jest jednak nieprawidłowe i nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze: alternatywne rozwiązanie dotyczące procesu hybrydyzacji *in situ* (hybrydyzatora jako dodatkowego modułu) było przez zamawiającego dopuszczone już w pierwotnej wersji specyfikacji (załącznika nr 4 do specyfikacji), a nie dopiero w ramach odpowiedzi na pytania udzielonych przez zamawiającego 30 sierpnia 2011 r. Modyfikacja specyfikacji dotyczyła nie rozwiązań dotyczących procesu hybrydyzacji *in situ*, lecz procesu deparafinizacji i odsłaniania antygenu.

Po drugie: ani postanowienia poz. 21 załącznika nr 4 do specyfikacji (hybrydyzacja *in situ*), ani wyjaśnienia treści specyfikacji udzielone przez zamawiającego 30 sierpnia 2011 r. odnośnie poz. 12 załącznika nr 4 do specyfikacji (deparafinizacja oraz odsłanianie antygenu) oraz wprowadzona w tej dacie modyfikacja poz. 12 załącznika nr 4 do specyfikacji nie dają podstawy do przyjęcia, że zamawiający dopuścił zaoferowanie – zamiast 3 aparatów do barwień i 1 hybrydyzatora (przystawki) – 4 aparatów do barwień (wykonujących prace bez konieczności używania przystawki).

Brak jest podstaw do wywodzenia z nich, że zamawiający dopuścił – w miejsce hybrydyzatora (jak twierdzi wykonawca Roche) czy nawet przystawki do deparafinizacji i odsłaniania antygenu – dodatkowy, czwarty aparat barwiący do systemu.

Gdyby zamawiający zamierzał dzierżawić system do barwień składający się z dowolnej liczby aparatów (nieprzekraczającej 4 aparatów) – spełniających łącznie kryteria określone w załączniku nr 4 do specyfikacji – to zostałyby to przez niego w sposób jednoznaczny ujęte w specyfikacji, a zamawiający wymagał dzierżawy jednoznacznie i precyzyjnie określonej liczby aparatów do barwień (3 sztuk).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w specyfikacji co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia (tak m.in. wyrok KIO z 28 kwietnia 2011 r. KIO 788/11; wyrok KIO z 20 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2641/10). W przedmiotowym postępowaniu zaistniała materialna (merytoryczna) sprzeczność zakresu zobowiązania (m.in. wyrok KIO z 26 maja 2011 r. KIO 997/11). Uzasadniała ona odrzucenie oferty wykonawcy Roche na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp.

II. Niezgodność parametrów oferowanych aparatów z treścią specyfikacji

Przedmiot zamówienia na zakup odczynników oraz dzierżawę systemu do barwień immunohistochemicznych i histochemicznych z możliwością odparafinowania i odkrywania preparatów obejmuje w Pakiecie nr 1 (barwienia immunohistochemiczne/immunocytochemiczne) m.in. dzierżawę 3 aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych, spełniających parametry opisane szczegółowo w załączniku nr 4 do specyfikacji oraz (opcjonalnie) 1 (jednego hybrydyzatora).

W poz. 5 tabeli wymaganych parametrów aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych zawartej w załączniku nr 4 do specyfikacji, zamawiający postawił wymóg, aby oferowane aparaty umożliwiały zastosowanie co najmniej 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy (w jednym „biegu”). (Aparat powinien mieć elastyczne oprogramowanie, które umożliwia zastosowanie co najmniej 140 różnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy. Dopuszcza się proces odparafinowania i odkrywania równoległy – trwający w trakcie procesu barwienia). Postanowienie to nie uległo zmianie. Wykonawca Roche nie domagał się zmiany wymagania zawartego w poz. 5 tabeli wymaganych parametrów aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych zawartej w załączniku nr 4 do specyfikacji, ani też nie wniósł w ustawowym terminie odwołania od tego postanowienia specyfikacji (okoliczność bezsporna), choć taki środek ochrony prawnej przysługiwał mu.

W poz. 6 tabeli wymaganych parametrów aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych zawartej w załączniku nr 4 do specyfikacji, w wersji zaktualizowanej po modyfikacji specyfikacji z 30 sierpnia 2011 r., zamawiający postawił wymóg, aby przepustowość aparatów wynosiła co najmniej 120 szkiełek na 3 godziny. Pierwotnie wymagana była przepustowość na poziomie minimum 140 szkiełek na 3 godziny, ale zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców z 30 sierpnia 2011 r. wyraził zgodę na obniżenie wymagania co do przepustowości (odpowiedź na pytanie nr 3). Postanowienie to nie uległo zmianie w terminie późniejszym (tj. obowiązywało w wersji nadanej 30 sierpnia 2011 r.).

Wykonawca Roche w pakiecie nr 1 zaoferował 4 aparaty Benchmark XT (producent Ventana Medical Systems, wykonawca Roche Diagnostics) o numerze katalogowym 5281229001, zamiast 3 takich aparatów.

Każdy aparat Benchmark XT, oferowany przez wykonawcę Roche, ma 30 miejsc (na 30 szkiełek), a zatem stwarza możliwość zastosowania 30 różnych protokołów w jednym cyklu pracy (1 szkiełko = 1 protokół). Trzy aparaty Benchmark XT łącznie umożliwiają zastosowanie 90 różnych protokołów w jednym cyklu pracy, a cztery takie aparaty – 120 różnych protokołów. W obu przypadkach jest to liczba niewystarczająca z punktu widzenia wymagań specyfikacji (140 protokołów w jednym cyklu pracy), co przesądza o niezgodności treści oferty wykonawcy Roche z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp).

Analogiczna uwaga dotyczy wymaganej przepustowości oferowanych aparatów, która wynosić ma co najmniej 120 szkiełek na 3 godziny. Każdy aparat Benchmark XT, oferowany przez wykonawcę Roche ma przepustowość 30 szkiełek na 3 godziny. Trzy aparaty Benchmark XT łącznie mają przepustowość 90 szkiełek na 3 godziny. Dopiero cztery takie aparaty pozwoliłyby osiągnąć wymaganą w poz. 6 załącznika nr 4 do specyfikacji przepustowość (120 szkiełek na 3 godziny), niemniej zamawiający wymagał, aby daną przepustowość zapewniały łącznie 3 aparaty, a nie aż 4 aparaty.

Przesądza to o niezgodności treści oferty wykonawcy Roche z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp). Ujawnia to również rzeczywistą przyczynę zaoferowania przez wykonawcę Roche 4 zamiast 3 aparatów barwiących – stało się tak nie dlatego, że niemożliwym i zbędnym zarazem było zaoferowanie przez wykonawcę Roche hybrydyzatora, ale dlatego, że zaoferowanie jedynie 3 aparatów barwiących Benchmark XT pozwoliłoby zapewnić przepustowość jedynie 90 szkiełek na 3 godziny, a więc wykonawca Roche chciał skompensować ten brak dodatkowym aparatem barwiącym.

Pismem z 3 listopada 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Roche w trybie art. 87 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących formularza wymaganych parametrów – poz. 5 i 6 w zakresie wykonywanych protokołów i barwień. Zamawiający, nie zważając na to, że

wykonawca Roche zaoferował zbyt dużą liczbę aparatów do barwień, zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, czy zaoferowany system posiada możliwość przeprowadzenia 140 protokołów oraz 120 barwień w jednym cyklu pracy.

W wyjaśnieniach z 8 listopada 2011 r. wykonawca Roche potwierdził, że zaoferowany system posiada możliwość wybarwienia 120 szkiełek w jednym cyklu pracy (4 aparaty po 30 szkiełek) oraz cyt. „posiada możliwość korzystania z nieograniczonej liczby protokołów w jednym cyklu pracy”. Następnie jednak temu ostatniemu zaprzecza pisząc: „Pragniemy w tym miejscu zwrócić uwagę na drobną nielogiczność postanowień specyfikacji. W przypadku zgody zamawiającego na system wykonujący 120 oznaczeń w jednym cyklu pracy jest możliwość skorzystania tylko ze 120 protokołów barwienia w jednym cyklu pracy”. Wykonawca Roche przyznał, że zaoferowany system (nawet złożony z 4 aparatów) nie zapewnia możliwości zastosowania 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy. Wykonawca Roche na obecnym etapie postępowania nie może zarzucać „nielogiczności” czy niespójności postanowieniom specyfikacji, skoro na nie przystał i nie podjął środków ochrony prawnej celem zmiany postanowień specyfikacji dotyczących minimalnej liczby protokołów (poz. 5 tabeli wymaganych parametrów aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych zawartej w załączniku nr 4 do specyfikacji).

Wbrew twierdzeniom wykonawcy Roche, nie zachodzi niespójność pomiędzy postanowieniami poz. 5 i poz. 6 tabeli wymaganych parametrów aparatów do barwień immunohistochemicznych/immunocytochemicznych zawartej w załączniku nr 4 do specyfikacji, jako że każdy z zawartych tam wymogów jest wymogiem co do minimum (świadczy o tym użycie słów „co najmniej”, „min.”).

Nie jest tak, że zamawiający wymagał, aby system zapewniał przepustowość równo 120 szkiełek na 3 godziny oraz możliwość zastosowania równo 140 protokołów w jednym biegu, gdyż to rzeczywiście byłoby niemożliwe – jedno szkiełko (miejsce) oznacza bowiem możliwość zastosowania jednego protokołu.

Aparat (1 szt.) oferowany przez wykonawcę Roche, mający 30 szkiełek, pozwala zastosować maksymalnie 30 protokołów. Dla porównania aparat (1 szt.) oferowany przez odwołującego ma 48 szkiełek, zatem trzy takie aparaty mają łącznie przepustowość 144 szkiełek na 3 godziny oraz dają możliwość zastosowania 144 protokołów w jednym cyklu pracy.

III. Brak buforów do rozcieńczeń przeciwciał wymaganych specyfikacji

Przedmiot zamówienia obejmuje w Pakiecie nr 1 m.in. dostawę buforów do rozcieńczeń przeciwciał, w liczbie właściwej do wykonania 90.000 oznaczeń. Zamawiający nie dopuścił możliwości pominięcia w ofercie tej pozycji (buforów do rozcieńczeń przeciwciał) w przypadku oferowania już rozcieńczonych, gotowych do użycia przeciwciał.

Tymczasem wykonawca Roche w złożonym w ofercie formularzu cenowym zamieścił w odnośnej pozycji tabeli asortymentu związanego z dostawą odczynników wzmiankę następującej treści „Nie dotyczy. Wszystkie zaoferowane przeciwciała są gotowe do użycia”, co powoduje niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp).

W praktyce oznacza to, że jeżeli zamawiający zechce przeprowadzać na oferowanych przez wykonawcę Roche aparatach, przy zastosowaniu stężonych przeciwciał innych producentów, to zamawiający będzie zmuszony odrębnie zakupić stosowne bufory do rozcieńczeń, a więc ponieść dodatkowe koszty.

Poddaje to równolegle w wątpliwość spełnienie przez ofertę wykonawcy Roche wymagania z poz. 1 załącznika nr 4 do specyfikacji (wymagana jest możliwość wykonywania na aparacie barwień na odczynnikach różnych producentów).

Niezgodność oferowanego zestawu odczynników do podwójnego barwienia koktajli (mieszanin przeciwciał) z treścią specyfikacji.

Przedmiot zamówienia na zakup odczynników oraz dzierżawę systemu do barwień immunohistochemicznych i histochemicznych z możliwością odparafinowania i odkrywania preparatów obejmuje w Pakiecie nr 1 (barwienia immunohistochemiczne/immunocytochemiczne) m.in. dostawę:

- zestawu odczynników do podwójnego barwienia, zawierającego dwa chromogeny – czerwony i brązowy, barwiącego dwa przeciwciała monoklonalne lub dwa przeciwciała poliklonalne (900 szt.),
- zestawu odczynników do podwójnego barwienia zawierającego dwa chromogeny – czerwony i brązowy, barwiącego mieszaniny przeciwciał monoklonalnych z poliklonalnymi (koktajle) (900 szt.).

Tymczasem wykonawca Roche zaoferował dwa odczynniki: system UltraView DAB Detection Kit (numer katalogowy 5269806001) oraz UltraView RedDetection Kit (numer katalogowy 5269814001), które są systemami uniwersalnymi, tzw. dual link, czyli przeznaczonymi do barwienia przeciwciał monoklonalnych i poliklonalnych. Nie ma przy tym możliwości zastosowania zaoferowanych przez wykonawcę Roche systemów do mieszaniny przeciwciał (koktajli) tak, aby uzyskać dwie różne barwy – czerwoną i brązową – na jednym szkiełku (poz. 109 str. 10 Załącznika nr 2 do specyfikacji).

Jeżeli mieszać, jako koktajl przeciwciało monoklonalne z poliklonalnym (nawet jeżeli monoklonalne jest przeciwciałem króliczym), to stosując system wizualizacyjny (detekcyjny) UltraView DAB Detection Kit uzyskuje się związaną antymysich i antykróliczych multimerów z systemu z przeciwciałami pierwotnymi zawartymi w mieszaninie (koktajlu) – zarówno monoklonalnymi (mysimi) z przeciwciałami poliklonalnymi (króliczymi), jednocześnie uzyskując barwę brązową w przypadku obu przeciwciał pierwotnych. Aplikując następnie

system UltraView Red Detection Kit nie uzyska się żadnego wiązania (żadnej reakcji), ponieważ wszystkie przeciwciała pierwotne ulegną związaniu z pierwszym systemem detekcyjnym i dadzą w konsekwencji barwę brązową (DAB).

Analogicznie sytuacja przedstawiać się będzie w przypadku aplikacji, jako pierwszego systemu detekcyjnego UltraView Red Detection Kit – wszystkie przeciwciała pierwotne z mieszaniny monoklonalnych z poliklonalnymi (koktajl) dadzą barwę czerwoną; po zastosowaniu drugiego systemu detekcyjnego UltraView DAB Detection Kit – nie zajdzie już żadna reakcja, bowiem wszystkie przeciwciała pierwotne będą związane z pierwszym systemem.

Znajduje to potwierdzenie w opinii specjalistów z Zakładu Patologii Nowotworów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu. Zgodnie z tą opinią cyt. „w barwieniach podwójnych przy zastosowaniu koktajlu złożonego z przeciwciał mysich i króliczych należy zastosować dwa odrębne systemy detekcyjne, np. jeden dla przeciwciał mysich znakowanych HRP, drugi dla przeciwciał króliczych znakowany AP. W przypadku zastosowania jednego uniwersalnego systemu detekcji dla przeciwciał mysich i króliczych otrzymamy tylko jeden produkt reakcji barwnej”.

Gdyby natomiast mieszać system UltraView DAB razem z systemem UltraView Red, nastąpiłaby reakcja chaotyczna, niespecyficzna i obydwa systemy „rywalizowałyby” o to, który multimer szybciej zwiąże się z monoklonalnymi, a który z poliklonalnymi przeciwciałami pierwotnymi w mieszaninie przeciwciał pierwotnych (koktajlu); wyniki takiej reakcji są niespecyficzne i nie dają efektu takiego, że przeciwciało monoklonalne z koktajlu wiąże się z jednym barwnikiem (np. brązowym DAB'em), a drugie przeciwciało z koktajlu wiąże się z drugim barwnikiem (z czerwonym RED'em).

Świadczy to o niezgodności treści oferty wykonawcy Roche z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp).

Pismem z 3 listopada 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Roche w trybie art. 87 Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie możliwości uzyskania dwóch wymaganych przez zamawiającego barw (czerwonej i brązowej) przy użyciu zaoferowanych zestawów odczynników do podwójnego barwienia.

W wyjaśnieniach z 8 listopada 2011 r., udzielonych na skutek wezwania zamawiającego, wykonawca Roche – niezgodnie z prawdą i wyżej zacytowaną opinią specjalistów w dziedzinie patologii nowotworów z Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu – podał, że zaoferował odczynniki rutynowo używane przez Benchmark XT do barwień podwójnych oraz barwienia koktajli, dające 2 rodzaje barwy na szkiełku – brązowy (DAB Detection Kit) oraz czerwony (RED Detection Kit).

Dodatkowo wykonawca Roche, chcąc przerzucić odpowiedzialność na zamawiającego, dodał, że konstrukcja pakietów w postępowaniu (koktajle znajdowały się w pakiecie nr 3, na

który wykonawca Roche nie złożył oferty) cyt. „uniemożliwiła przewidzenie przez oferenta, jakie koktajle zostaną przez zamawiającego finalnie zakupione”. Słowo koktajl nie dotyczy tylko komercyjnych koktajli (które są objęte pakietem nr 3); koktajl to po prostu mieszanina dowolnych przeciwciał mysich i króliczych, które będą mieszane w miarę potrzeb i w miarę rozwoju nauki i wiedzy o nowotworach dostępnej informacji na temat różnicowania i diagnozowania nowotworów (w ciągu 3 lat trwania umowy). Koktajle można stworzyć ze wszystkich przeciwciał zaproponowanych w pakiecie nr 1 oraz pakiecie nr 3 pod warunkiem, że jedno przeciwciało będzie mysie, a drugie królicze. Spełnienie wymagań specyfikacji umożliwia system DUOFLEX zaoferowany przez odwołującego, a nie umożliwiają dwa systemy mysio-królicze znakowane jeden HRP i drugi AP zaoferowane przez wykonawcę Roche.

Odwołujący przesłał 25 listopada 2011 r. w ustawowym terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał 25 listopada 2011 r. w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom i zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 Pzp).

Wykonawca Roche 28 listopada 2011 r. złożył: (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający 5 grudnia 2011 r. wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Pierwszym zarzutem odwołującego jest błędna liczba aparatów zaoferowana przez wykonawcę Roche. Odwołujący wskazuje, że zamawiający żądał dzierżawy 3 aparatów do barwień immunohistochemicznych i jednego hybrydyzatora. Zdaniem wykonawcy Dako odpowiedź na pytanie nr 8 z 30 sierpnia 2011 r. (dokument „Pytania i Odpowiedzi”), dopuszczająca możliwość pominięcia aparatu do hybrydyzacji z racji zajęcia procesu hybrydyzacji na pokładzie aparatu do barwień immunohistochemicznych nie stanowi modyfikacji specyfikacji w tym zakresie. Zdanie zamawiającego jest odmienne. Potwierdza to wyrok z 12 maja 2010 r. (sygn. KIO/729/10), cyt. „Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do specyfikacji ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert”.

Wyrok ten potwierdza, że zasadą jest, że odpowiedź na pytanie z definicji modyfikuje treść specyfikacji. Zdaniem zamawiającego taka sytuacja miała miejsce 30 sierpnia 2011 r. podczas odpowiedzi na pytanie nr 8. W pierwotnym brzmieniu specyfikacji, zamawiający chciał dzierżawić całkowitą liczbą 4 aparatów, tj. 3 aparaty do barwień immunohistochemicznych i jeden aparat do hybrydyzacji.

Zaniechaniem zamawiającego było nie nazwanie hybrydyzatora wprost „Aparatem”, co pozbawiłoby wątpliwości odwołującego do faktycznej liczby aparatów przeznaczonych do dzierżawy. Faktem jest jednak, że obaj wykonawcy zaoferowali 4 aparaty, których działanie nastawione jest na osiągnięcie tego samego celu – barwienia co najmniej 120 szkiełek w cyklu pracy i możliwość deparafinizacji i odsłaniania antygenu. Celem zamawiającego było wyłonienie wykonawcy, który zapewni system barwień immunohistochemicznych (w zakresie pakietu, którego dotyczy odwołanie). Wobec takiego przedmiotu zamówienia należało od początku przyjąć możliwość odmiennych konstrukcji takich systemów u różnych wykonawców.

Nie można jednak wysunąć zarzutu o błędnej konstrukcji specyfikacji, która miałaby faworyzować któregokolwiek wykonawcę czy zarzutu dotyczącego nieporównywalności ofert. Wskutek odpowiedzi zamawiającego na zadane pytania, zamawiający otrzymał dwie oferty zawierające całkowitą liczbę czterech aparatów przeznaczonych do dzierżawy, co pozwoli zamawiającemu na wykonanie barwień immunohistochemicznych w ramach wymaganego systemu.

Równolegle odwołujący przedstawił zarzut niespełnienia przez wykonawcę **Roche** wymogu przeprowadzenia na oferowanych aparatach min. 140 protokołów w ramach cyklu pracy. Ten zarzut również jest chybiony z przyczyn przedstawionych powyżej. W odpowiedzi na pytanie nr 3 z 30 sierpnia 2011 r., zamawiający w sposób bezsprzeczny dopuścił możliwość zaoferowania aparatów, które będą posiadały przepustowość min. 120 szkiełek w ciągu cyklu pracy. Taka odpowiedź, w świetle przytoczonego wyroku KIO oznacza modyfikację treści specyfikacji. Sam odwołujący w treści dowołania wskazuje, że pojęcie protokołu i barwienia są pojęciami takimi samymi w zakresie oferowanych aparatów.

Z treści samej odpowiedzi na pytanie można wywnioskować, że zamawiający nie wyraził zgody jedynie na modyfikację załącznika do specyfikacji, określającego wymagane parametry, a dopuścił możliwość zaoferowania aparatów o przepustowości min. 120 szkiełek na cykl pracy, czyli faktycznie również na 120 protokołów w cyklu pracy. W rozumieniu przytoczonych argumentów, nie można oddzielnie traktować pojęć odkrywania szkiełek i wykonania protokołów.

Odwołujący przedstawił również zarzut nieprawidłowości w ofercie wykonawcy Roche w zakresie braku buforów do rozcieńczeń przeciwciał oraz wadliwości w zakresie zestawów do barwień podwójnych. Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotem postępowania jest system nie

zaś bufory do rozcieńczeń. Nie ma możliwości określenia wszystkich elementów systemu tak, aby w postępowaniu mogła złożyć prawidłową ofertę więcej niż jedna firma – z uwagi na odmienność oferowanych systemów.

W zakresie zestawów do barwień podwójnych zamawiający zwrócił się do wykonawcy Roche z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty w zakresie m.in. zestawów do barwień podwójnych. Na podstawie posiadanych dokumentów i złożonych wyjaśnień zamawiający stwierdził zgodność oferty wykonawcy z wymaganiami określonymi w specyfikacji. Zamawiający nie wie, jakie jest źródło posiadanej przez odwołującego wiedzy na temat zestawów do barwień podwójnych wykonawcy Roche Diagnostics, niemniej wiedza ta nie znajduje potwierdzenia w dokumentach załączonych do oferty wykonawcy Roche.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) wydruki z systemu aparatów obecnie działających u zamawiającego będące dowodem, że zamawiający przeprowadza minimum 140 protokołów dziennie w ciągu 5 godzinnego cyklu pracy: 186, 196, 139, 156 protokołów dziennie;**
- 2) (dowód nr 2) rysunek na dowód, że wykonawca Roche nie spełnia wymogów pkt 109 zał. nr 2 specyfikacji, gdyż zastosowanie dwóch zestawów zaoferowanych przez przystępującego nie daje w efekcie dwóch zabarwień tak jak wymagał tego zamawiający**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody złożone podczas rozprawy przez odwołującego.

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.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji i naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niezastosowanie tego przepisu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił odwołującemu, że zaniechał zastosowania się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenia oferty przystępującego, mimo że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż przystępujący nie zaoferował:

- 1) wymaganej w treści specyfikacji liczby aparatów;
- 2) wymaganych treści specyfikacji parametrów aparatów;
- 3) wymaganych treści specyfikacji buforów do rozcieńczeń przeciwciał.

Odnosnie do pkt 1 dotyczącego nie zaoferowania przez przystępującego wymaganej w treści specyfikacji liczby aparatów skład orzekający Izby stwierdza:

Zamawiający ustanowił w specyfikacji wymóg dzierżawienia całkowitej liczby 4 aparatów, tj. 3 aparaty do barwień immunohistochemicznych i 1 aparat do hybrydyzacji. Jednak w odpowiedzi z 30 sierpnia 2011 r. na pytanie nr 8 zamawiający dopuścił cyt. »możliwość zaoferowania aparatu wykonującego deparafinizację i odsłanianie antygeny, automatycznie na pokładzie aparatu bądź na zewnętrznej przystawce«.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie zmodyfikował specyfikacji w zakresie liczby aparatów, którą mieli zaoferować wykonawcy i liczba ta miała wynosić 3 aparaty do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych oraz 1 hybrydyzator. Natomiast przystępujący zaoferował 4 aparaty do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiającego i wykonawców podczas sporządzania i badania ofert obowiązują nie tylko postanowienia samej specyfikacji, ale także wszelkie odpowiedzi na pytania. Ponadto wzory dokumentów dodawane do specyfikacji nie mogą stanowić formularzy do wypełnienia, a stanowią wzory, których treść wykonawcy muszą wziąć pod uwagę i na podstawie m.in. wzorów sformułować treść swoich ofert. Jeżeli zamiast tabelarycznego układu oświadczenia żądanego przez zamawiającego, wykonawca zawrze żądane informacje w formie zwykłego pisma, to takie postępowanie prawdopodobnie utrudni zamawiającemu badanie ofert, ale nie uniemożliwi tego badania i nie będzie mogło być podstawą do odrzucenia oferty, gdyż nie forma oferty się liczy, ale jej treść, co zostało unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Na podstawie tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Przepis ten pod ogólnym pojęciem specyfikacji obejmuje również wyjaśnienia treści specyfikacji, które to

wyjaśnienia zostają dokonane przed upływem terminu składania ofert, na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, w odpowiedzi z 30 sierpnia 2011 r. na pytanie nr 8 zamawiający dopuścił cyt. »możliwość zaoferowania aparatu wykonującego deparafinizację i odsłanianie antygeny, automatycznie na pokładzie aparatu bądź na zewnętrznej przystawce« wykonawca zamiast czwartego urządzenia – hybrydyzatora zaoferował czwarte urządzenie identyczne z poprzednimi trzema – aparat do badań immunohistochemicznych/immunocytochemicznych, czyli w sumie zaoferował cztery urządzenia, jak tego wymagał zamawiający.

Ponadto zamawiający przyznał, że zaniechał nazwania hybrydyzatora wprost aparatem, co rozwiałyby wątpliwości odwołującego do faktycznych nazw urządzeń przeznaczonych do dzierżawy i ich liczby. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zamawiający nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawców, gdyby te konsekwencje wynikały z przyczyn nie najprecyzyjniejszych sformułowań specyfikacji, jak miało to miejsce w rozpoznawanym postępowaniu – zaniechanie nazwania urządzenia aparatem, przy czym brak tej części nazwy nie powoduje zmiany cech urządzenia i jego przeznaczenia.

Skład orzekający Izby – biorąc pod uwagę treść specyfikacji oraz wyjaśnień zamawiającego przekazanych wykonawcom zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp – stwierdza, że treść oferty przystępującego odpowiada treści specyfikacji mimo rozbieżności w nazwach zamawianych i zaoferowanych urządzeń, jednak liczba tych urządzeń i ich cechy odpowiadają w wymaganym w zakresie postanowieniom specyfikacji.

Odnosnie do pkt 2 dotyczącego nie spełnienia w ofercie przystępującego wymaganych parametrów aparatów zgodnych z wymogami treści specyfikacji skład orzekający Izby stwierdza:

Zamawiający ustanowił w rubryce nr 5 załącznika nr 4 do specyfikacji wymóg posiadania elastycznego cyt. »oprogramowania, które umożliwia zastosowanie co najmniej 140 różnorodnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy«.

Odwołujący podniósł – niezgodnie z wyżej przytoczonym postanowieniem, że cyt. »zamawiający postawił wymóg, aby oferowane aparaty umożliwiały zastosowanie co najmniej 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy (w jednym „biegu”)«.

Jednak zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał, że oprogramowanie zaoferowane przez przystępującego nie umożliwia zastosowanie co najmniej 140 różnorodnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy, gdyż odwołujący skupił się na dowiedzeniu, że sam zaoferowany aparat (zestaw aparatów) nie umożliwia zastosowania co najmniej 140 różnorodnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy, a zwłaszcza odwołujący nie odnosił swoich wywodów do oprogramowania.

Zamawiający pismem z 3 listopada 2011 r. wezwał przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wymaganych parametrów – poz. 5 i 6 załącznika, czy zaoferowany system posiada możliwość przeprowadzenia 140 protokołów oraz 120 barwień w jednym cyklu pracy.

W wyjaśnieniach z 8 listopada 2011 r. przystępujący potwierdził, że zaoferowany system posiada możliwość wybarwienia 120 szkiełek w jednym cyklu pracy (4 aparaty po 30 szkiełek) oraz cyt. »posiada możliwość korzystania z nieograniczonej liczby protokołów w jednym cyklu pracy«, a ponadto wykonawca ten stwierdził cyt. »W przypadku zgody zamawiającego na system wykonujący 120 oznaczeń w jednym cyklu pracy jest możliwość skorzystania tylko ze 120 protokołów barwienia w jednym cyklu pracy«. Z tych słów odwołujący wywnioskował, że przystępujący przyznał, że zaoferowany system nie zapewnia możliwości zastosowania 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy, ale odwołujący nie odniósł się do potencji oprogramowania [co było istotą tej części specyfikacji], a tylko skierował swoje zarzuty na niewydolność aparatury, podczas gdy zamawiający wymagał, aby oprogramowanie posiadało określone cechy.

Przystępujący wyjaśnił, że cyt. oferowany system cyt. »posiada możliwość korzystania z nieograniczonej liczby protokołów w jednym cyklu pracy«, a zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające.

Podczas rozprawy przystępujący uszczegółowił swoje wyjaśnienia stwierdzając, że cyt. »Wymóg w rubryce 5 zał. nr 4 odnosił się do oprogramowania i przystępujący zaoferował 140 protokołów i 140 przeciwciał zgodnie z wymogami zamawiającego. Oferując elastyczne oprogramowanie i większą liczbę protokołów niż przepustowość określona w rubryce nr 6 [przepustowość aparatu min. 120 szkiełek na 3 godziny] ze względu na to, że cykl pracy trwa nie 3 godziny, a cały dzień [...] w ciągu dnia pracy może zaistnieć więcej niż 1 cykl trwający 3 godzinny«.

Skład orzekający Izby – biorąc pod uwagę treść specyfikacji, wyjaśnień zamawiającego przekazanych wykonawcom zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp oraz pytań i wyjaśnień dotyczących oferty z 3 i 8 listopada zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp – stwierdza, że treść oferty przystępującego odpowiada treści specyfikacji.

Odnosnie do pkt 3 dotyczącego nie zaoferowania przez przystępującego buforów do rozcieńczeń przeciwciał zgodnych z wymogami treści specyfikacji skład orzekający Izby stwierdza:

Zamawiający ustanowił w specyfikacji, aby wykonawcy zaoferowali m.in. dostawę buforów do rozcieńczeń przeciwciał, w liczbie właściwej do wykonania 90.000 oznaczeń w trwania ciągu całego zamówienia (36 miesięcy).

Odwołujący podniósł, że przystępujący w złożonym w ofercie formularzu cenowym zamieścił w odnośnej pozycji tabeli asortymentu związanego z dostawą odczynników wzmiankę następującej treści »Nie dotyczy. Wszystkie zaoferowane przeciwciała są gotowe do użycia«.

Zdaniem składu orzekającego Izby takie stwierdzenie nie może zostać potraktowane, jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż wykonawca zaoferował inną technologię niż przewidziana przez zamawiającego w formularzu załącznika. Skład orzekający Izby stwierdza, że w takim przypadku oferowanie buforu do rozcieńczeń przeciwciał w technologii, która nie wymaga stosowania rozcieńczeń, gdyż zaoferowane przeciwciała są gotowe do użycia nie mogłoby być uznane za właściwe wypełnienie wymagań specyfikacji. Natomiast przystępujący postąpił właściwie wpisując w odpowiednią rubrykę specyfikacji stwierdzenie, że wymóg ten nie dotyczy oferty, gdyż zaoferował inną technologię.

Skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu odwołującego, że jeżeli zamawiający zechce pracować na oferowanych przez przystępującego aparatach, przy zastosowaniu stężonych przeciwciał innych producentów, to zamawiający będzie zmuszony odrębnie zakupić stosowne buforu do rozcieńczeń, a więc ponieść dodatkowe koszty.

W takim przypadku zamawiający musiałby podać w specyfikacji taki dodatkowy wymóg i określić np. liczbę przewidywanych do przeprowadzenia badań z zastosowaniem stężonych przeciwciał innych producentów, a takie postanowienia w nie znalazły się w rozpoznawanej specyfikacji.

Skład orzekający Izby – biorąc pod uwagę treść specyfikacji, wyjaśnień zamawiającego przekazanych wykonawcom zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp oraz pytań i wyjaśnień dotyczących oferty z 3 i 8 listopada zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp – stwierdza, że treść oferty przystępującego odpowiada treści specyfikacji.

Oдноśnie do niezgodności oferowanego zestawu odczynników do podwójnego barwienia koktajli (mieszanin przeciwciał) z treścią specyfikacji skład orzekający Izby stwierdza:

Zamawiający nie ustanowił w specyfikacji, że w wyniku barwienia zamawiający musi uzyskać na jednym szkiełku dwie barwy.

Mimo to, odwołujący podniósł, że przystępujący zaoferował dwa odczynniki: system UltraView DAB Detection Kit (numer katalogowy 5269806001) oraz UltraView RedDetection Kit (numer katalogowy 5269814001), które są systemami uniwersalnymi, tzw. dual link, czyli przeznaczonymi do barwienia przeciwciał monoklonalnych i poliklonalnych. Nie ma przy tym możliwości zastosowania zaoferowanych przez przystępującego systemów do mieszaniny

przeciwiał (koktajli) tak, aby uzyskać dwie różne barwy – czerwoną i brązową – na jednym szkiełku.

Zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał, że zamawiający żądał w specyfikacji, aby na jednym szkiełku uzyskać dwie barwy. Dlatego zamawiający, po upływie terminu składania ofert, nie mógł wymagać uzyskania dwóch barw na jednym szkiełku i w związku z tym nie mógł odrzucić oferty przystępującego.

Ponadto odwołujący mimo zarzutów, że wyjaśnienia z 8 listopada 2011 r. przystępującego są niezgodnie z prawdą i specyfikacją, cyt. »Zaoferowaliśmy odczynniki rutynowo używane przez nasz aparat [Benchmark XT] do barwień podwójnych oraz barwienia koktajli, dające 2 rodzaje barwy na szkiełku – brązowy – DAB Detection Kit oraz czerwony – RED Detection Kit«. Ani w wymaganiach zamawiającego ani w odpowiedzi nie było mowy o uzyskaniu na szkiełku dwóch zabarwień równocześnie. Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie mógł wymagać tego po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższymi argumentami skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego – nie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na to, że nie zaistniały przesłanki ustanowione w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji i nie podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, której to czynności odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niezastosowanie oraz art. 7 ust. 1 Pzp z powodu nierównego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający nierówno traktował wykonawców, czym by naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający miał powody do odrzucenia oferty przystępującego, a więc również zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, o czym była mowa powyżej.

Również skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji, a więc odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 82 ust. 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodów złożonych przez odwołującego, gdyż:

- 1) dowód nr 1 (wydruki z systemu aparatów obecnie działających u zamawiającego) został złożony w języku obcym bez tłumaczenia na język polski, a ponadto dowód ten był złożony na okoliczność niesporną, że zamawiający może wykonywać dziennie więcej niż 140 protokołów;
- 2) dowód nr 2 (schemat postępowania do uzyskania dwóch barw na jednym szkiełku) nie dotyczył wymagania zamawiającego zawartego w specyfikacji.

Również opinia Zakładu Patologii Nowotworów Wielkopolskiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Poznaniu załączona jako dowód do odwołania nie dotyczyła niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, czego dotyczył zarzut.

Ponadto izba oddaliła wniosek dowodowy odwołujący przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych, gdyż nie wnosiłby nic do postępowania, bo odwołujący nie dowiódł, że przystępujący złożył swoją ofertę niezgodnie z wymaganiami zamawiającego ani dowód nie dotyczył tej niezgodności.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....