Sygn. aktV Ga 1/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2012 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący - SSO Maciej Wasilewski (spr.)

Sędziowie SO Małgorzata Holz, SO Anna Tkaczyk,

Protokolant sekr. sąd. A. Kochanek

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2012 r. w Olsztynie na rozprawie

sprawy ze skargi DAKO POLSKA Sp. z o. o. w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie

przy udziale wykonawcy ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie

na skutek skargi DAKO POLSKA Sp. z o.o. w Gdyni od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2515/11

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego DAKO POLSKA Sp. z o. o. w Gdyni na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie kwotę 1.200 zł (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed sądem II instancji;

III. zasądza od skarżącego DAKO POLSKA Sp. z o. o. w Gdyni na rzecz wykonawcy ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 1.200 zł (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed sądem II instancji.

Na oryginale właściwe podpisy

Na.<

3DPIS

Sygn. akt V Ga 1/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 201 lr. pod sygn. akt KIO 2515/11 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy w sprawie przetargu nieograniczonego na „zintegrowany system do barwień immunohistochemicznych i histochemicznych z możliwością odparafinowania i odkrywania preparatów". Rozstrzygniecie swe Izba oparła na tym, ze nie uwzględniła żadnych zarzutów odwołującego, które dotyczyły:

1. wymaganej w treści specyfikacji liczy aparatów;

2. wymaganych w treści specyfikacji parametrów aparatów;

3. wymaganych w treści specyfikacji buforów do rozcieńczeń przeciwciał.

Co do pierwszego zarzutu Izba stwierdziła, że 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 201 lr. na pytanie nr 8 zamawiający dopuścił „możliwość zaoferowania aparatu wykonującego deparafinizację i odsłanianie antygenu, automatycznie na pokładzie aparatu bądź na zewnętrznej przystawce".

Izba uważa, że zamawiającego i wykonawców podczas sporządzania i badania ofert obowiązują nie tylko postanowienia samej specyfikacji, ale także wszelkie odpowiedzi na pytania.

Pod ogólnym pojęciem specyfikacji obejmuje również wyjaśnienia treści specyfikacji, które to wyjaśnienia zostają dokonane przed upływem terminu składania ofert na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uniemożliwia na podstawie art.89 pkt 2 Pzp odrzucić ofertę.

Tak rozstrzygając Izba miała na uwadze, że 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 rozwiałoby wątpliwości odwołującego do faktycznych zamawianych urządzeń. Izba stwierdziła, 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 zakresie postanowieniom specyfikacji.

Co do drugiego zarzutu, Izba stwierdziła, że zamawiający ustanowił w rubryce nr 5 załącznika nr 4 do specyfikacji wymóg posiadania elastycznego „oprogramowania, które umożliwia zastosowanie co najmniej 140 różnorodnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy".

Jednak zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, że oprogramowanie zaoferowane przez przystępującego nie umożliwia zastosowania 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 uniemożliwia zastosowania co najmniej 140 różnorodnych przeciwciał i 140 różnych protokołów w jednym cyklu pracy, a zwłaszcza odwołujący nie odnosił swoich wywodów do oprogramowania.

Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach przystępujący potwierdził, że zaoferowany system posiada możliwość wybarwienia 120 szkiełek w jednym cyklu pracy (4 aparaty po 30 szkiełek) oraz „posiada możliwość korzystania z nieograniczonej liczy protokołów w jednym cyklu pracy".

Nadto podczas rozprawy przystępujący uszczegółowił swoje wyjaśnienia stwierdzając, że „wymóg w rubryce 5 zał. Nr 4 odnosił się do oprogramowania i przystępujący zaoferował 140 protokołów i 140 przeciwciał zgodnie z wymogami zamawiającego.

Izba biorąc pod uwagę treść specyfikacji, wyjaśnień zamawiającego przekazanych wykonawcom zgodnie z art. 38 ust.l Pzp oraz pytań i wyjaśnień dotyczących oferty z 3 i 8 listopada zgodnie z art.87 ust.l Pzp- stwierdziła, że treść oferty przystępującego odpowiada treści specyfikacji.

Co do zarzutu trzeciego, Izba także go nie uwzględniła, lecz zarzut ten nie został już ponowiony w skardze do sądu.

Z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej nie zgodził się wykonawca DAKO Polska sp. z o.o. w Gdyni i wywiódł skargę do sądu.

Wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej- w zakresie Pakietu 1,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu- w zakresie Pakietu nr 1, w tym nakazanie odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie, jako oferty nieodpowiadającej swą treścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

oraz orzeczenie o kosztach postępowania.

Skarżący zarzucił:

- naruszenie art.233 §1 kpc w zw. z art. 13 §1 i §2 kpc w zw. z art. 185 ust.7 Pzp wyrażające się w sprzeczności istotnych ustaleń ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym (przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów) poprzez przyjęcie że:

a) Zamawiający dopuścił zaoferowanie 4 aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych, w których m.in. proces hybrydyzacji zachodzi na pokładzie tych aparatów zamiast 3 aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych oraz 1 hybrydyzatora (w postaci dodatkowego modułu/przystawki),

b) wymóg dotyczący możliwości zastosowania przez zaoferowane aparaty 140 różnych przeciwciał i 140 różnych protokołów dotyczył wyłącznie oprogramowania a nie aparatów, na których oprogramowanie jest zainstalowane, oraz że 1 cykl pracy aparatu oznacza 1 dzień pracy laboratorium.

c) treść oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie odpowiada treści SIWZ pod względem:

zaoferowanej liczy aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych,

liczby możliwych do zastosowania przy pomocy zaoferowanych aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych protokołów barwienia oraz przeciwciał w jednym cyklu pracy;

Nadto zarzucił:

- naruszenie art.277 kpc, 278 §1 kpc oraz art.217§2 kpc w zw. z art. 13§ 1 i 2 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp oraz art. 190 ust.4 Pzp i art. 190 ust.6 Pzp, wyrażajże się w zaniechaniu dokonania istotnych dla sprawy ustaleń faktycznych poprzez niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania dowodów w postaci dowodu z opinii biegłego na okoliczność liczy protokołów i liczby przeciwciał możliwej do zastosowania w 1 cyklu pracy przy zastosowaniu 3 i 4 aparatów BenchMark XT.

- naruszenie art. 192 ust.2 i ust.3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 89 ust.l pkt 2, art.82 ust.3 i art.7 ust.l- przez niezastosowanie, tj. poprzez nieuwzględnienie odwołania i niewydajnie orzeczenia stosownie do art. 192 ust.3 pkt 1 Pzp, pomimo iż w sprawie zachodziło naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy (zaniechanie odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu i jej wybór jako najkorzystniejszej).

W motywach skargi szczegółowo rozwinięto podniesione zarzuty. W szczególności skarżący wskazał, że mimo bezspomości, iż oferta firmy Roche

Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie była korzystniejsza cenowo, to powinna być odrzucona.

Przedmiotem zamówienia był system do barwień immunohistochemicznych i histochemicznych z możliwością odparafinowania i odkrywania preparatów obejmował w Pakiecie nr 1 (barwienia immunohistochemiczne/ immunocytochemiczne):

- 3 aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych, spełniających parametry szczegółowo opisane w Załączniku nr 4 do SIWZ,

- 1 hybrydyzatora z niezbędnym oprzyrządowaniem- w przypadku wystąpienia przystawki, czyli opcjonalnie.

Niezgodność liczy zaoferowanych przez Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych (4 szt.) z treścią SIWZ zdaniem skarżącego dyskwalifikuje ofertę tej firmy.

W przypadku gdy w oferowanym systemie proces hybrydyzacji in situ (ISH)[3] nie jest wykonywany na pokładzie aparatu do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych (IHC), wykonawcy mieli według SIWZ zaoferować 3 aparaty podstawowe , czyli do barwień IHC, oraz 1 hybrydyzator ISH będący przy stawką (dodatkowym modułem do aparatu podstawowego). System tak złożony miał spełniać wymagania określone w załączniku nr 4 do SIWZ.

Skarżący uważa, że rzeczywistego powodu zaoferowania przez Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie aż 4 aparatów do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych (IHC), na których pokładzie zachodzi także proces hybrydyzacji (ISH), zamiast 3 takich aparatów należy upatrywać w tym, że zaoferowanie jedynie 3 aparatów nie pozwoliłoby przystępującemu sprostać wymaganiu określonemu w poz.6 tabeli wymaganych parametrów aparatów do badań immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych zawartej w Załączniku nr 4 do SIWZ, a mianowicie przepustowości systemu wynoszącej co najmniej 120 szkiełek na 3 godziny.

Natomiast zaoferowane przez Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie aparaty do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych dysponują fizycznie 30 miejscami na szkiełka z preparatami, innymi słowy 30 miejscami na preparaty. Z powyższego wynika, że trzy takie aparaty dysponują więc łącznie 90 miejscami na szkiełka z preparatami i

mogą wybarwić tylko 90 preparatów przez 3 godziny, zaś dopiero cztery aparaty pozwalają osiągnąć wymaganą SIWZ przepustowość 120 szkiełek na 3 godziny.

Co do możliwości korekt przez zamawiającego to skarżący uważa, że artykuł 87 ust.2 pkt 3 Pzp został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki". Z założenia 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.

Nieprawidłowo zatem- zdaniem skarżącego- Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie upatrywał dopuszczenia takiego „rozwiązania alternatywnego" (4 aparaty do barwień zamiast 3) 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).

Nie mieści się to w pojęciu błędu.

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy ustalił, co następuje:

W istocie, mimo zarzutu co do przekroczenia zasad swobodnej oceny materiału dowodowego, stan faktyczny niezbędny do prawidłowego rozstrzygnięcia jawi się jako bezsporny.

Do elementów tego stanu faktycznego należy to ze:

zamawiający określił, że aparaty (urządzenia) do barwień immunohistochemicznych/ immunocytochemicznych będą składać się z 3 urządzeń oraz 1 hybrydyzatora w postaci dodatkowego urządzenia przystawki.

- wykonawca- firma Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie zaoferowała 4 urządzenia, z tym, że hybrydyzacja zachodzi bez potrzeby użycia przystawki na pokładzie aparatu podstawowego,

- przepustowość aparatu firmy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie wynosi 30 szkiełek czyli łącznie 120 szkiełek na 3 godziny pracy, a możliwości oprogramowania przekraczają 140 różnych protokołów.

W ramach procedury przetargowej na skutek zapytań zamawiającego, mając na względzie, że hybrydyzacja przebiega na pokładzie urządzenia podstawowego dopuszczono 4 urządzenia (aparaty) o przepustowości 120 szkiełek.

Istota rozstrzygnięcia sprowadza się czy w procedurze wyjaśnień ofert takie odstępstwo było dopuszczalne, skutkiem czego przy założeniu, że firma Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie dostarczy 4 aparaty, to jednocześnie spełni pozostałe warunki oferty.

Sąd zważył, co następuje:

Znamienne jest to, że art.87 Pzp jest odmiennie zredagowany od podobnych uregulowań proceduralnych dotyczących usuwania błędów. W procedurach sadowych (np. art.350§ 1 kpc) dopuszcza się sprostowania błędów i niedokładności, które w zasadzie są oczywiste. Niewątpliwie pkt 1 i 2 art.87 Pzp ma podobny charakter.

Jednak w pkt.3 dopuszcza się możliwość poprawienia innych omyłek (innych, tzn. tych którymi nie objęta jest dyspozycja pkt.l i 2) polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówień, niepowodujących zmian w treści oferty. Komentatorzy, tę możliwość określają od tzw. oczywistych omyłek, korektą. Oczywiste jest, uwzględniając treść pkt. 3 in

fine, że tak rozumiana korekta nie może prowadzić do zmiany treści oferty.

Przepis art.87 ust.l umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Należy jednak podkreślić, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Skoro z tej możliwości skorzystał, to nie można mu z tego tytułu czynić zarzutów. Przy ocenie ofert miały być brane pod uwagę wyjaśnienia udzielone zamawiającemu w trybie art.89 Pzp.

Natomiast ocena, czy wyjaśnienia zmieniły treść oferty, musi być oceniane pod kątem czy naruszyły istotę zamówienia. A trzeba mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia było nie jedno urządzenie, ale zintegrowany system do badań immunohistochemicznych i immunocytochemicznych. Techniczny opis takiego sytemu w zamówieniu nie zawsze będzie łatwy i precyzyjny, w szczególności, gdy poszczególne urządzenia sytemu wykonują różne funkcje, czy to łącznie czy oddzielnie. Dlatego ofertę zamawiającego tłumaczyć należy nie tylko przez, jak stanowi art.29 ust.l Pzp, dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia (w niniejszym przypadku takie określenia jak urządzenia, aparaty, przystawki), ale także przez uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na wybór oferty. Z racji tego, że semantyczne rozumienie aparatu, urządzenia jest wieloznaczne, ale może sugerować autonomiczność techniczną w przeciwieństwie do przystawki, trzeba mieć na uwadze ogólną funkcjonalność zamawiającego sprzętu, który miał mieć cechę zintegrowanego systemu. Przy takim rozumieniu systemu, staje się już obojętne czy jest to 3+1 czy 4. Można nawet stwierdzić, że system składający się li tylko z elementów autonomicznych jest bardziej zintegrowany. Drążenie niuansów technicznych poszczególnych składników systemu (przy założeniu, ze 4 elementy systemu spełniają założenie systemu) mogło by tylko prowadzić do eliminacji partnera w przetargu z przyczyn czysto związanych z opisem przedmiotu zamówienia, a nie głównego kryterium przetargu jakim jest cena. Takie rozumienie przedmiotu zamówienia wynika z art.29 ust.l Pzp.

Nie bez znaczenia jest i to, ze do przetargu stanęło tylko dwóch przedsiębiorców oferując sprzęt o zbliżonych parametrach i należy unikać sytuacji, aby jednego z nich wyeliminować w ramach środków ochrony prawnej, przez interpretację zarówno przepisów, jak i przedmiotu oferty przez ścisłą zawężającą interpretację gramatyczną.

Takie postępowanie może być nawet uznane za przeprowadzone bez zachowania zasad uczciwej konkurencji. Z przepisu art.7 ust.l Pzp wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne:

- równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);

- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

W ocenie sądu, w przetargu będącym pod kontrolą sądu, te zasady zostały zachowane, wobec tego skargę należy uznać za niezasadną.

Nie zostały naruszone przepisy, co do których poczyniono zarzuty. Rozstrzygnięcie sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych, a zatem dopuszczenie dowodu z opinii biegłego było zbędne.

Dlatego na mocy art. 198 ust.2 zdanie pierwsze Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 198 f ust.5 Pzp.

Na oryginale właściwe podpisy

pod Disy sędziów
jąc ność