

Sygn. akt: KIO 2674/13

WYROK
z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2013 r. przez **Odwołującego** - WITKO Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Instytut Biologii Doświadczalnej imienia Marcelego Nenckiego Polskiej Akademii Nauk, ul. Pasteura 3, 02-093 Warszawa, przy udziale **Wykonawcy** - Biotech Poland Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 202, 02-486 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - WITKO Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - WITKO Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Instytut Biologii Doświadczalnej imienia Marcelego Nenckiego PAN prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „System do przyżyciowego obrazowania procesów biologicznych z podziałem na 2 części. Odwołujący Witko sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczącej badania oferty Odwołującego i uznania jej za nieważną, badania oferty wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o., i uznaniu, że oferta tego wykonawcy podlega ocenie, wskazania wadliwego wyniku postępowania w części 1- poprzez wybranie oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 83 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt. 1, pkt. 2, art. 87 ust. 1 pkt., art. 91 ust. 1, art. 92 względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał okoliczność, iż Zamawiający „nie uzasadnił merytorycznie tych niezgodności w szeregu drobnych różnic parametrów technicznych, które w żaden sposób nie blokują Zamawiającemu wykonywanie wszystkich potrzebnych badań”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w procesie badania oferty konkurencji przyjął ofertę złożoną jako wariantową, która ma znacznie liczniejsze niezgodności jej treści w zakresie zaoferowanego sprzętu badawczego względem opisu przedmiotu zamówienia, niż oferta Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że ulotka załączona przez Biotech Poland sp. z o.o. opisuje dwa urządzenia: FI 16MP - o gorszych parametrach i niższej cenie, oraz BI 4MP - o lepszych parametrach i wyższej cenie. Nie zostało wskazane, które urządzenie jest oferowane w ofercie.

Załącznik nr 2.1 do SIWZ FORMULARZ PARAMETRY na część nr 1 postępowania punkt 1: Zamawiający postawił wymaganie: „Jedno urządzenie dokonuje pomiaru: fluorescencji, luminescencji, radioizotopów (PET-SPECT) oraz promieniowania X. Pomiar za pomocą promieniowania X dokonywany jednocześnie z pozostałymi pomiarami.” W piśmie zawierającym prośbę o wyjaśnienie, Odwołujący zadał następujące pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza urządzenie wykonujące pomiar fluorescencji, luminescencji oraz promieniowania X oraz promieniowania Cerenkova w sposób sekwencyjny, a nie jednoczesny? Uzasadnienie: Nie ma możliwości wykonywania w tym samym momencie czasowym każdego z wymienionych powyżej sposobów obrazowania. Rozumiemy, iż

intencją Zamawiającego jest zapewnienie możliwości sekwencyjnego wykonywania pomiarów bez konieczności przemieszczania zwierzęcia.” Zamawiający udzielił odpowiedzi „Nie”. W konsekwencji Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez firmę Biotech Poland sp. z o.o. nie spełnia ww. wymogu SIWZ i powinna zostać odrzucona, gdyż oferowany system Xtreme na czas pomiaru promieniowania X wymaga aby ekran fosforowy (radiographic phosphor screen) przekształcający promieniowanie X w obraz odbierany za pomocą kamery CCD lub ekran do obrazowania radioizotopów został umieszczony pomiędzy zwierzęciem a kamerą CCD. W tym momencie nie jest możliwe odbieranie sygnałów luminescencji ani fluorescencji pochodzących ze zwierzęcia, gdyż taki ekran zasłania zwierzę. Zatem nie ma możliwości dokonywania pomiaru za pomocą promieniowania X jednocześnie z pozostałymi pomiarami. Zamawiający również odrzuca możliwość sekwencyjnego wykonywania pomiarów bez konieczności przemieszczania zwierzęcia. Potwierdzenie takiej konstrukcji urządzenia znajduje się w dostarczonej przez Konkurenta ulotce: “Obsługa zwierzęcia łatwa, zautomatyzowana zmiana pomiędzy promieniami X oraz trybami obrazowania optycznego bez przemieszczania lub niepokojenia próbki” oraz w ulotce na stronie 2,2 akapit od wiersza 7 „Możliwość wysokiej wydajności urządzenia Xtreme i prostota obsługi, połączone z możliwością łatwym przełączaniem pomiędzy trybami obrazowania, przywraca kontrolę nad badaniami w twoje ręce”.

Zamawiający w Załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 3: postawił wymaganie: „System rejestracji obrazu 4-bitowy za pomocą chłodzonej kamery typu CCD; soczewki f/1.1 f/16,58 mm.” Odwołujący wskazał, że brak jest w załączonej do oferty ulotce opisującej urządzenie, informacji dotyczącej spełnienia wymogu: „System rejestracji obrazu 4-bitowy”. Odwołujący zadał następujące pytanie: „4. Czy Zamawiający dopuszcza system rejestracji 16-bitowy? Uzasadnienie: System rejestracji 16-bitowy zapewnia zakres dynamiczny o kilka rzędów wielkości większy niż 4-bitowy.” Za pomocą systemu 4-bitowego można zarejestrować 16 kolorów (2 do potęgi 4), natomiast za pomocą systemu 16 bitowego można zarejestrować 65 536 kolorów (2 do potęgi 16). Zamawiający udzielił odpowiedzi „Nie”. Odwołujący wskazywał, że ilość bitów określa głębie kolorów, a nie rozdzielczość kamery, która wyrażona jest w megapikselach (MP). Argumentował, że oferta złożona przez firmę Biotech Poland sp. z o.o. nie spełnia tego wymogu i powinna zostać odrzucona, gdyż oferowany system Xtreme zawiera kamerę 16-bitową. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż nie akceptuje lepszego systemu, lecz wymaga systemu 4- bitowego. Informacja na temat urządzenia Carestream In Vivo Xtreme - obecnie Bruker In Vivo Xtreme.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 2: postawił wymaganie: „Źródło światła: lampa ksenonowa o mocy co najmniej 400 W, zakres długości

fali co najmniej od 400 nm do 750 nm.” Odwołujący podniósł, że w ulotce załączonej do oferty Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak jest potwierdzenia informacji dotyczącej spełnienia wymogu: „zakres długości fali co najmniej od 400 nm do 750 nm”.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 10 postawił wymaganie: „Moduł do rejestracji obrazów prześwietlanych promieniowaniem X ze źródłem promieniowania o zakresie energii co najmniej od 15 do 30 kVp, o zakresie kąta iluminacji co najmniej 30 stopni i wyposażonym co najmniej cztery różne filtry intensywności napromieniowania.” Odwołujący podniósł, że w ulotce załączonej do oferty Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak jest potwierdzenia parametru: „zakres kąta iluminacji 180 stopni”.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 12 postawił wymaganie: „Moduł do rejestracji obrazów prześwietlanych promieniowaniem X musi dawać rozdzielczość mniejsza lub równą 14 lp/mm.” Odwołujący podniósł, że w ulotce załączonej do oferty Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak jest potwierdzenia ww. parametru.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 20 postawił wymaganie: „Aparat wyposażony co najmniej w 28 filtrów wzbudzających i co najmniej 6 filtrów emisyjnych. Fluorescencja: wzbudzenie przynajmniej w zakresie 400-770nm, emisja przynajmniej w zakresie 535-830nm.” Odwołujący podniósł, że w ulotce załączonej do oferty Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak jest potwierdzenia spełniania wymogu: „emisja przynajmniej w zakresie 535-830nm.” W wymaganym minimalnym zakresie 535-830nm występują braki w postaci nie pokrywanych zakresów: od 552,5nm do 582,5nm, od 617,5nm do 682,5nm, od 717,5nm do 730,0nm.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania punkt 24 postawił wymaganie: „Urządzenie działa na podstawowych zakresach prądu (230 +/- 10 V, 15 A). Nie wymaga doprowadzania dodatkowej fazy.” Odwołujący podniósł, że w ulotce załączonej do oferty Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak jest potwierdzenia spełniania wymogu: „(230 +/- 10 V, 15 A)”.

Zamawiający w załączniku nr 2.1 do SIWZ dla części nr 1 postępowania postawił wymaganie: „W złożonej ofercie znajduje się katalog/ znajdują się katalogi dokładnie opisujące wszystkie parametry oferowanego przedmiotu zamówienia.” Odwołujący podniósł, że w ofercie Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. brak katalogów dokładnie opisujących następujące elementy przedmiotu zamówienia: system UPS - punkt 25 ww załącznika,

zestaw startowy fluorochromów zawierający: Neutrophil Elastase 680 FAST Fluorescent Imaging, Agent; Product number: NEV11169,2 Vials (Perkin Elmer); MMPsense 750 FAST Fluorescent Imaging Agent, Product number: NEV10168,2 Vials (Perkin Elmer); Near-infrared integrin imaging agent IRDye 680RD RGD, Product number: 926-09888,2x 25 nmoli (LI-COR); The CellVue Burgundy Fluorescent Celi Labeling Kit, 2 vials 0.1 mL (LI-COR) - punkt 28 ww załącznika.

Odwołujący wskazał, że ulotka załączona przez Wykonawcę Biotech Poland sp. z o.o. do oferty opisuje dwa urządzenia: FI 16MP - o gorszych parametrach i niższej cenie, BI 4MP - o lepszych parametrach i wyższej cenie. Wykonawca w ofercie nie wskazał, które urządzenie jest oferowane to znaczy, które parametry są potwierdzone przez załączoną do oferty ulotkę. W związku z czym nie można jednoznacznie określić, czy niedoprecyzowane urządzenie spełnia następujące punkty Załącznika: 5,6,11,14. Zamawiający nie wyjaśniał treści oferty.

Odwołujący podnosił, że oferta Wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o. jest nieodpowiednia względem zapisów siwz dotyczących szeregu parametrów technicznych oraz treść ulotek opisujących oferowany sprzęt obejmuje co najmniej dwa urządzenia, co powoduje wariantowość jej złożenia.

W ocenie Odwołującego, działania zamawiającego naruszają: art. 7, art. 83 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt. 1, pkt. 2, art. 87 ust. 1 pkt. 1), art. 91 ust. 1, art. 92 ustawy oraz art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, przywrócenie do postępowania oferty Odwołującego i odrzucenie oferty wykonawcy Biotech Poland sp. z o.o., unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazanie oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu na ofertę Odwołującego, wskazania terminu zawarcia umowy, równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie III.3 SIWZ zawarł postanowienie: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku 2.1 do SIWZ – Parametry.” Załącznik nr 2.1 do SIWZ stanowiła tabela, w której Zamawiający w 28 punktach wskazał parametry, jakie są wymagane dla oferowanego urządzenia. W jednej z kolumn tabeli, Wykonawcy zobowiązani byli zaznaczyć opcję „tak” albo „nie” przy każdym z oferowanych parametrów urządzenia, deklarując tym samym, zgodnie z opisem pozycji tabeli, zgodność lub brak zgodności oferowanego parametru urządzenia z wymaganiami minimalnymi SIWZ. W kolejnej pozycji tabeli pozostawiono wykonawcom możliwość opisanie parametrów technicznych, modelu, producenta (jeśli dotyczyło).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty oryginalne katalogi potwierdzające parametry oferowanych urządzeń.

Izba ustaliła także, że Odwołujący załączył do oferty wypełnioną tabelę (załącznik 2.1). W pozycjach 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 22 wpisał jako deklarację zgodności oferowanego parametru urządzenia z wymaganiami minimalnymi SIWZ słowo NIE, co oznacza, że parametry oferowanego przez niego urządzenia nie spełniają minimalnych wymagań SIWZ.

Wykonawca Biotech Poland sp. z o.o. również załączył wypełnioną tabelę (załącznik 2.1). Jako deklarację zgodności oferowanego parametru urządzenia z wymaganiami minimalnymi SIWZ zaznaczył w każdej z pozycji słowo TAK, co oznaczało potwierdzenie spełnienia wszystkich minimalnych wymagań SIWZ. Wykonawca ten załączył także katalog zawierający parametry oferowanego urządzenia.

Odwołujący w treści odwołania podniósł zarzuty wyłącznie wobec oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. Odwołujący w treści odwołania wskazywał okoliczność, iż Zamawiający nie uzasadnił merytorycznie niezgodności w szeregu różnic parametrów technicznych, jakie występują pomiędzy urządzeniem zaoferowanym przez Odwołującego a wymogami SIWZ. Zdaniem Odwołującego, niezgodności te mają charakter „drobny” i w żaden sposób nie blokują Zamawiającemu wykonywania wszystkich potrzebnych badań. Jednocześnie Odwołujący nie wskazywał, że jego oferta nie jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący nie podniósł także zarzutów tj. okoliczności faktycznych, dotyczących odrzucenia jego oferty, w tym zarzutu naruszenia przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ, na

podstawie którego oferta Odwołującego została odrzucona. Odwołujący nie przedstawił także ani w treści odwołania, ani w trakcie rozprawy, żadnych argumentów na okoliczność bezprawnego uznania jego oferty za odrzuconą, tj. nie wykazał, że jego oferta była zgodna z treścią SIWZ i jako taka nie podlegała odrzuceniu. Odwołujący w treści odwołania nie zawarł nawet jednego zdania, w którym zawarte byłoby oświadczenie o zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący jednoznacznie zmierza w treści odwołania wyłącznie do uzyskania rozstrzygnięcia, polegającego na nakazaniu Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o.

W ocenie Izby, Odwołujący pominał istotną okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ocenia każdą złożoną ofertę osobno pod względem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz jej zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający, przewidując kryterium cena 100% (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu) nie porównuje ze sobą ofert pod kątem ustalenia, która z nich ma, jak to wskazał Odwołujący „znacznie liczniejsze niezgodności jej treści w zakresie zaoferowanego sprzętu badawczego względem opisu przedmiotu zamówienia” i po dokonaniu tego porównania nie dokonuje wyboru oferty mniej niezgodnej z treścią SIWZ. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Zamawiający ma obowiązek zbadania każdej oferty osobno co do okoliczności zgodności z treścią SIWZ i w przypadku stwierdzenia braku takiej zgodności, odrzucenia takiej oferty.

Zatem Izba miała na uwadze, że wniesione odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności faktycznych, wskazujących na brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, a tym samym, w ocenie Izby w rzeczywistości treść odwołania zmierza jedynie do uzyskania rozstrzygnięcia w postaci odrzucenia oferty konkurencyjnej, złożonej w postępowaniu (oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o.).

Dlatego też, w ocenie Izby, wykonawca, który nie podnosi zarzutów wobec odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego lub też podnosi takie zarzuty w sposób pozorny, a treść odwołania zmierza wyłącznie do odrzucenia oferty konkurencyjnej złożonej w postępowaniu, nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, z uwagi na powyższe, bez znaczenia pozostaje przedstawione żądanie Odwołującego o przywrócenie jego oferty do postępowania. Z treści odwołania nie wynika, dlaczego Odwołujący uważa, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, a więc, że oferta ta miała być zgodna z SIWZ. Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę, że bez podniesienia argumentacji, wykazującej brak podstaw do odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, wniesione odwołanie jest całkowicie bezpodstawne.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie

Izba, Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, z uwagi na fakt, że nie podnosi argumentacji co do niesłusznego odrzucenia jego oferty, tym samym nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w istocie dąży do odrzucenia oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o., a nie do przywrócenia do postępowaniu w własnej oferty Odwołującego.

Skoro Odwołujący nie dąży do uzyskania zamówienia, nie może ponieść szkody w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiającego, polegającego na wyborze oferty innego wykonawcy.

Norma prawna art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Nie można mówić o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jeżeli Odwołujący kwestionuje w rzeczywistości wyłącznie ofertę innego wykonawcy i nie wykazuje braku podstaw do odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, istnienia jego interesu nie potwierdza powoływana dyrektywa nr 89/665/EWG z dnia 21.12.1989 r. dotycząca koordynowania przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Co więcej, z powołanego przez Odwołującego art. 1 ust. 3 tej dyrektywy wprost wynika, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Interes we wniesieniu odwołania nie jest interesem hipotetycznym, lecz konkretnym, związanym z postępowaniem, w którym uczestniczy dany wykonawca. Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych opisuje interes we wniesieniu odwołania w sposób zgodny z dyspozycją zawartą w dyrektywie, stąd też powoływanie się przez Odwołującego na uregulowania dyrektywy nie ma znaczenia prawnego. Izba ponownie podkreśla, że ograniczenie zarzutów zawartych w odwołaniu wyłącznie do kwestionowania oferty innego wykonawcy bez zakwestionowania konkretnych przyczyn odrzucenia oferty własnej, oznacza, że wykonawca wnoszący odwołanie nie ma interesu w jego wniesieniu.

Na marginesie należy także wskazać, że nawet w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, to i tak odwołanie nie zasługiwałoby na uwzględnienie.

Na marginesie zatem Izba zauważa, że: Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, gdyż jest niezgodna z treścią SIWZ. Jako uzasadnienie faktyczne wskazał, że parametry zaoferowanego urządzenia są niezgodne z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego, które zostały określone w załączniku 2.1 do SIWZ – Parametry. W ofercie Odwołującego przedstawiono urządzenie niezgodne z opisem zamieszczonym w tabeli

wiersz nr 1,2,5,6,8-16, 20 i 22. Tym samym Zamawiający podał zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne odrzucenia oferty Odwołującego. Należy podkreślić, że Odwołujący miał pełną świadomość, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ we wskazanych pozycjach, gdyż samodzielnie wpisał do treści oferty deklarację, że w tych pozycjach zaoferowane przez niego urządzenie nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów. Wobec jednoznacznej deklaracji Odwołującego, że nie spełnia wymagań SIWZ w określonych powyżej punktach, informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wymagała, w ocenie Izby, dodatkowego uzasadnienia.

Co więcej, w kolumnie tabeli, w której należało opisać parametry techniczne oferowanego urządzenia, określić model, producenta, Odwołujący wprost wskazywał na zaoferowanie urządzenia o innych parametrach, niż wymagane przez Zamawiającego. Ponownie należy podkreślić, że Odwołujący nie wskazał także w treści odwołania żadnych argumentów, nie przywołał żadnej pozycji w tabeli (wcześniej zadeklarowanej jako niespełniającej wymagań SIWZ), z których wynikałoby, że oferta Odwołującego spełniała wymagania SIWZ.

Na marginesie zauważyć należy, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty wobec oferty Przystępującego Biotech Poland sp. o.o. były niezasadne.

Odwołujący w treści odwołania podnosił, że w ofercie Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. zaoferowano urządzenie, w którym nie ma możliwości dokonywania pomiaru za pomocą promieniowania X jednocześnie z pozostałymi pomiarami. Zdaniem Odwołującego, wobec faktu, że Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. zaoferował urządzenie, które nie posiadało możliwości jednoczesnego wykonania wszystkich badań, jego oferta, wobec nieuwzględnienia wymagań zawartych w treści SIWZ, a konkretnie w treści odpowiedzi na pytanie, jest niezgodna z SIWZ.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący na etapie poprzedzającym złożenie ofert, zadał pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza urządzenie wykonujące pomiar fluorescencji, luminescencji oraz promieniowania X oraz promieniowania Cerenkova w sposób sekwencyjny, a nie jednoczesny?”

Uzasadnienie: Nie ma możliwości wykonywania w tym samym momencie czasowym każdego z wymienionych powyżej sposobów obrazowania. Rozumiemy, iż intencją Zamawiającego jest zapewnienie możliwości sekwencyjnego wykonywania pomiarów bez konieczności przemieszczania zwierzęcia.”

Zamawiający w piśmie z dnia 30.09.2013 r. na to pytanie udzielił odpowiedzi „Nie”.

Izba zwraca jednak uwagę, że treść pytania dotyczy możliwości dopuszczenia zaoferowania urządzenia wykonującego pomiar fluorescencji, luminescencji oraz promieniowania X oraz promieniowania Cerenkova w sposób sekwencyjny. Zamawiający nie zgodził się na

dopuszczenie takiego urządzenia, które będzie wykonywało pomiary zaproponowane przez Odwołującego, gdyż nie są to pomiary, których oczekiwał Zamawiający. Zamawiający wymagał bowiem jednego urządzenia dokonującego pomiaru fluorescencji, luminescencji, radioizotopów (PET-SPECT) oraz promieniowania X. Treść pytania Odwołującego dotyczyła urządzenia, które zamiast wymaganego przez Zamawiającego pomiaru radioizotopów, wykonywałoby pomiar promieniowania Cerenkova.

Podkreślić więc należy, że Odwołujący świadomie zadał pytanie, które miało na celu zmianę wymagania Zamawiającego w zakresie określonego promieniowania (w tym usunięcie promieniowania radioizotopów). Faktem jest, że uzasadnienie pytania odnosi się do problematyki możliwości jednoczesności wykonania wszystkich badań, jednakże głównym trzonem pytania jest jego treść, nie zaś uzasadnienie. Co więcej, Izba ustaliła, że bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że nie istnieje na rynku urządzenie, które posiada funkcję wykonania w jednej jednostce czasu wszystkich pomiarów, w tym pomiaru promieniowania X. Dla wszystkich stron było oczywiste, że nie ma możliwości zrealizowania takiego wymagania, bowiem jest to sprzeczne z prawami fizyki. Odwołujący miał zatem pełną świadomość co do tego, że urządzenie takie nie istnieje, zatem nie jest możliwe wymaganie niemożliwego. Nie złożył odwołania na taką treść SIWZ.

W ocenie Izby nie można uznać, że Zamawiający w treści SIWZ wymagał urządzenia, którego skonstruowanie nie jest możliwe, gdyż wykluczają to prawa fizyki.

Treść odpowiedzi Zamawiającego odnosiła się do kwestii jednoczesności pomiaru wykonywanego w urządzeniach, które umożliwiają pomiary w zakresie promieniowania fluorescencji, luminescencji oraz promieniowania X oraz promieniowania Cerenkova, zatem do innej okoliczności niż opisana w treści SIWZ.

W ocenie Izby bezzasadne jest stwierdzenie, że oferta Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby urządzenie posiadało „Moduł do rejestracji obrazów prześwietlanych promieniowaniem X ze źródłem promieniowania o zakresie energii co najmniej od 15 do 30 kVp, o zakresie kąta iluminacji co najmniej 30 stopni i wyposażonym co najmniej cztery różne filtry intensywności napromieniowania. Odwołujący twierdził, iż brak jest informacji na ten temat w załączonej do oferty ulotce. Ulotka nie potwierdza wymaganego kąta iluminacji 180°. „W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny. W dokumentacji technicznej zostało określone, że źródło promieniowania rentgenowskiego w urządzeniu In-vivo umożliwia obrazowanie w zakresie 15-45 kVp. Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. wskazał, że źródło promieniowania rentgenowskiego znajduje się w górnej części układu, a tym samym w 180 stopniach lub

trans położeniu do CCD, co wykazał na znajdującym się na rysunku w ulotce urządzeniu. Odwołujący nie wykazał, aby powyższe twierdzenie nie było prawdziwe i aby z ulotki nie wynikała możliwość obrazowania zgodnie z wymaganiami SIWZ. Należy w tym miejscu podkreślić, że nie ulega wątpliwości, iż katalogi, jakich żądał Zamawiający celem potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia pochodzą od producenta urządzenia i są niezależne od wykonawcy. Zatem niekoniecznie wszystkie parametry urządzenia muszą być w nich ujawnione. Może zdarzyć się, jak w niniejszym przypadku, że niektóre parametry urządzenia wynikają z innych, co umożliwia w sposób pośredni wyczytanie spełnienia pozostałych parametrów i co jest równoznaczne ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący twierdził, że oferowane przez Biotech Poland sp. z o.o. urządzenie nie spełnia następującego wymogu: „System rejestracji obrazu 4-bitowy za pomocą chłodzonej kamery typu CCD; soczewki f/1.1 - f/l 6, 58 mm”. Zdaniem Odwołującego, oferowany przez Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. sprzęt Xtreme posiada system 16 bitowy, a twierdzenia Odwołującego w tym zakresie potwierdzać ma ulotka producenta sprzętu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w załączonej do oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. ulotce brak jest stwierdzenia, że oferowane urządzenie posiada system 16 bitowy. W załączonej do oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. ulotce wskazano jedynie: "Możesz skonfigurować swój system stosując oświetlenie od tyłu kamerą 4-MP (mega pixel). Lub możesz wybrać oświetlenie przednie kamerą 16-MP. Wybór jest Twój". Należy zauważyć, że MP oznacza mega pixel i wskazuje na liczbę pikseli w kamerze CCD dla użytej kamery CCD, nie wskazuje natomiast, jaki system rejestracji obrazu zastosowano w urządzeniu. Zarzuty Odwołującego świadczą o mieszaniu pojęć.

Nadto, Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. oświadczył w wypełnionym załączniku 2.1, że oferowany przez niego sprzęt jest 4-, a nie 16-bitowy. Zatem należy w tym miejscu podkreślić, że Odwołujący nie zakwestionował ostatecznie możliwości istnienia sprzętu, który ma 4-bitową kamerę.

Tym samym należy stwierdzić, że Odwołujący nie dowiódł, że oferowane przez Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. urządzenie jest niezgodne z treścią SIWZ. Zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie, Wykonawca ten zaoferował kamerę charakteryzującą się systemem rejestracji obrazu 4-bitowym.

Odwołujący podniósł, że ulotka załączona do oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. opisuje dwa instrumenty: FI 16 MP o gorszych parametrach i niższej cenie, BI 4 MP o lepszych parametrach i wyższej cenie. Odwołujący twierdził, iż Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. nie zaznaczył, które urządzenie oferuje, przez co nie można stwierdzić jakie

urządzenie zaoferował Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. i czy są spełnione wymagania Zamawiającego z pkt. 5, 6, 11, 14 SIWZ. W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezpodstawny. Przystępujący Bioetch Poland sp. z o.o. zaoferował jedno urządzenie, umożliwiające wybór dwóch wariantów w zakresie kamer. Nie jest to więc oferta wariantowa, obejmująca dwa urządzenia. Kamery instalowane są zamiennie, wg. wyboru użytkownika. Linia 1) jest dla systemu 16 MP, podczas gdy linia 2) jest dla systemu 4 MP. Podkreślić przy tym należy, że ulotka jest dokumentem uzupełniającym ofertę. Wszystkie żądane parametry zostały jasno określone w ofercie i są zgodne z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z treści oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. jednoznacznie wynika, jakie urządzenie oferowane jest przez tego wykonawcę i urządzenie to jest zgodne z wymogami SIWZ.

Podkreślić także należy, że nawet w sytuacji, gdy ulotka lub katalog, a więc dokumenty pochodzące od producenta i często niezależne od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, przewidują kilka wariantów części danego urządzenia, nie oznacza to, że wykonawca ten złożył ofertę wariantową. Przy analizie treści oferty należy bowiem analizować wszystkie oświadczenia i dokumenty składające się na treść oferty, a więc także należy brać pod uwagę złożone w ofercie oświadczenie wykonawcy. Brak wymagań Zamawiającego w treści SIWZ w określonym zakresie nie stanowi o wariantowości oferty.

Zamawiający wymagał, aby zaoferowane urządzenie spełniało wymaganie „Źródło światła: lampa ksenonowa o mocy co najmniej 400 W, zakres długości fali co najmniej od 400 nm do 750 nm”. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. nie potwierdził tego parametru w załączonej do oferty ulotce. W ocenie Izby zarzut ten jest bezpodstawny. Parametr ten został potwierdzony w ulotce rozdział: "Fluorescence Specifications", linia pierwsza i trzecia.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ „Moduł do rejestracji obrazów prześwietlanych promieniowaniem X musi dawać rozdzielczość mniejsza lub równą 14 lp/mm”. Odwołujący podniósł, że załączona do oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. ulotka nie potwierdza wymaganych przez Zamawiającego parametrów. W ocenie Izby, podniesiony zarzut jest bezpodstawny. Dołączona do ofert Przystępującego Biotech sp. z o.o. specyfikacja techniczna oferowanego urządzenia In-Vivo Xtreme określa pary linii na milimetr (linepairs (lp) per millimetr (mm)). Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. wyjaśnił, że „Rozdzielczość może być wyrażona w parach linii na milimetr (lp/mm). Jednostka ta wyraża ilość/liczbę par linii, jaką można policzyć na odcinku jednego milimetra obrazu. Jedną parę stanowi czarna linia i biała linia obok siebie, w tym samym kierunku i tej samej szerokości. Jeśli jest np. rozdzielczość 18 lp / mm obiektywu, oznacza to, że znajduje się 18 czarnych i

18 białych linii na odcinku 1 mm. Maksymalna rozdzielczość dla BI 4 MP wynosi 18 lp/mm, a zatem należy uznać, że odpowiadała wymaganej specyfikacji zamówienia, rozdzielczość zawsze bowiem może być obniżona”. Odwołujący nie zaprzeczył temu twierdzeniu. Zatem należało uznać, że pomiędzy stronami bezsporne jest, że oferowany sprzęt odpowiada wymaganiom SIWZ.

Zamawiający postawił wymóg, aby oferowane urządzenie działało „na podstawowych zakresach prądu (230 +/- 10 V, 15 A). Nie wymaga doprowadzania dodatkowej fazy.” Odwołujący podniósł, że załączona do oferty Przystępującego Biotech Poland sp. z o.o. ulotka nie potwierdzała spełnienia tego parametru. W ocenie Izby zarzut jest bezzasadny, gdyż Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. załączył na wezwanie Zamawiającego certyfikat TUV CB TEST i wskazał, że dla powyższego certyfikatu natężenie i napięcie prądu zostało określone. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nadto Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. oświadczył, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że system posiada certyfikat TUV, oznakowanie CE, ASN i certyfikat ISO 9000, złożone w ofercie.

Zamawiający w treści SIWZ przedstawił wymaganie: „Aparat wyposażony co najmniej w 28 filtrów wzbudzających i co najmniej 6 filtrów emisyjnych. Fluorescencja: wzbudzenie przynajmniej w zakresie 400-770nm, emisja przynajmniej w zakresie 535-830nm”. Odwołujący podniósł, że występują braki w wymaganym minimalnym zakresie 535 -830 nm w postaci nie pokrywanych zakresów. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że jest możliwość działania urządzenia wyłącznie w pełnym zakresie oraz że urządzenie nie będzie działało we wskazanym zakresie nm. Przystępujący zaoferował, zgodnie z wymaganiami co najmniej 6 filtrów emisyjnych we wskazanym zakresie.

Odwołujący twierdził, że Przystępujący Biotech Poland sp. z o.o. nie potwierdził szczegółów odnośnie system UPS I zestawu odczynników.

Należy jednak zauważyć, że specyfikacja nie zawierała żadnych wymagań dotyczących szczegółów odnośnie systemu UPS -Zestaw kitów: Neutrophil Elastase 680 FAST Fluorescent Imaging Agent; Product number: NEV11169, 2 Vials (Perkin Elmer); MMPsense 750 FAST Fluorescent Imaging Agent, Product number: NEV10168, 2 Vials (Perkin Elmer); Near-infrared integrin imaging agent IRDye Ó80RD RGD, Product number: 926-09888, 2x 25 nmol (LI-COR); The CellVue Burgundy Fluorescent Cell Labeling Kit, 2 vials 0.1 mL (LI-COR).

W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezpodstawny, gdyż Zamawiający nie żądał wskazania szczegółów. Wymagano określenia, czy odczyn wchodzi w skład zestawu. Zestaw odczynników był szczegółowo opisany specyfikacji, zawierał nr katalogowe oraz ilości.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut naruszenia artykułu 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten formułuje uprawnienie (nie obowiązek) do żądania wyjaśnień dotyczących złożonych ofert. Analiza treści oferty Uczestnika oraz załączonych do niej materiałów prezentowała specyfikę urządzenia, jego cechy i sposób wykorzystywania. Podobnie ocenić należy zarzut dotyczący naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wymagania Zamawiającego w zakresie warunków technicznych urządzenia zostały określone w postępowaniu w sposób obiektywny i przejrzysty. Fakt, iż nie wszystkie oferowane na rynku urządzenia (w tym Odwołującego) posiadają wymagane przez Zamawiającego parametry nie jest równoznaczne z dopuszczeniem się przez Zamawiającego naruszenia omawianej normy generalnej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....