

Sygn. akt: KIO 497/14

**WYROK**  
**z dnia 3 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 marca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez wykonawcę: **Werfen Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze,**

przy udziale wykonawcy **Biomedica Poland Sp. z o.o., ul. Raszyńska 13, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 497/14 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Werfen Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa,** i :
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Werfen Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę odczynników do koagulologii wraz z dzierżawą analizatorów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 lutego 2014 r. pod nr 38084 – 2014.

Wykonawca: Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Pakietu nr 1, tj.:

1. odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 1, jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 1 jako najkorzystniejszej,
4. dokonania wyboru oferty Biomedica Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- c) art. 36 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez konkretyzowanie wymogów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pkt 17 tabeli Pakiet nr 1 Załącznika nr 5 do SIWZ oznaczenia parametru „białko S” na etapie oceny ofert oraz w konsekwencji dokonywanie oceny ofert w oparciu o wymogi, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ i które w związku z tym nie mogły stanowić podstawy weryfikacji ofert,
- d) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty Biomedica Poland Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- e) art. 7 ust 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Biomedica Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Werfen Polska Sp. z o.o.,

2. powtórzenia czynności oceny oferty Werfen Polska Sp. z o.o.
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz Werfen Polska Sp. z o.o. kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 24 lutego 2014 r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie, poprzez wybór oferty złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W związku z otrzymaniem od firmy Biomedica Poland Sp. z o.o. w trybie art. 181 ust 1 Pzp informacji o czynności niezgodnej z przepisami lub zaniechanej - uznał jednak za zasadne część zarzutów i dokonał ponownie czynności oceny ofert. Zgodnie z pismem z dnia 10 marca 2014 r., zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert wybrał ofertę Biomedica Poland Sp. z o.o. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że „w poz. 17 Pakietu nr 1 (Załącznik nr 5) wymagał oznaczenia białka S, tymczasem odwołujący zaoferował oznaczenie wolnego białka S, czyli oznaczanie tylko części białka S (oznaczanie tylko ok. 40 % całości białka).”

Zdaniem odwołującego, zamawiający przyjął nieprawidłowe stanowisko prezentowane przez Biomedica Poland Sp. z o.o., że tylko metoda wykrzepiania przy użyciu osocza deficytowego białka S służy do oznaczania białka S (jest to tzw. metoda funkcjonalna, czynnościowa, pomiar aktywności).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ pkt 17 tabeli Pakiet nr 1 zamawiający wymagał odczynników do oznaczenia parametru „białko S”. Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował wymagań dotyczących odczynników do oznaczenia tego parametru, w szczególności nie sformułował szczególnych wymagań w stosunku do metody oznaczenia białka S, co potwierdza, że ten element nie był dla zamawiającego istotny. W związku z tym, zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy mogli zaoferować dowolną metodę oznaczania białka S. Należy zauważyć, że w sytuacji, gdy zamawiający wymagał do oznaczenia danego parametru konkretnej metody, wyraźnie wskazywał tę metodę w treści SIWZ (np. w Załączniku nr 5 do SIWZ w pkt. 16 tabeli Pakiet nr 1 - metody chromogenna do oznaczenia parametru „białko C”).

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, mocą przepisu art. 36 ust. 1 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do opisu przedmiotu zamówienia i skonkretyzowania swoich wymagań w tym zakresie na etapie SIWZ. Za niedopuszczalne należy uznać skonkretyzowanie wymogów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia na etapie oceny ofert. Wszelkie intencje zamawiającego, które w SIWZ nie zostały wyartykułowane, nie mogą stanowić podstawy weryfikacji ofert (wyrok KIO z dnia 4 maja 2011 r., sygn. KIO 812/11).

Odwołujący, do oznaczenia parametru „białko S” zaoferował odczynniki Free Protein S (Instrumentation Laboratory), tj. odczynniki do oznaczania białka S, które spełniają wymagania określone w SIWZ. Zaoferowana przez odwołującego immunologiczna metoda

oznaczania wolnego białka S jest powszechną metodą, stosowaną w laboratoriach klinicznych na równi z metodami krzepnięciowymi (funkcjonalnymi, czynnościowymi), i z całą pewnością jest kwalifikowana jako metoda do oznaczania białka S. W katalogach firmy Stago, której odczynniki zostały zaoferowane przez Biomedica Poland Sp. z o.o., zarówno odczynniki do metody funkcjonalnych krzepnięciowych oznaczeń, jak i odczynniki oznaczające wolne białko S, zaliczane są do tej samej kategorii - odczynników służących do oznaczeń białka S. Metody oznaczania wolnego białka S obecnie coraz częściej zastępują metody funkcjonalne krzepnięciowe i przez wielu autorów są preferowane w praktyce laboratoryjnej w ocenie sprawności działania białka S.

Nie jest też prawdą, że odczynniki do metody krzepnięciowej (funkcjonalnej) wykrywają całkowity poziom białka S. Powszechnie uważa się, że biologiczną aktywność antykoagulacyjną, którą mierzymy tymi metodami, przejawia tylko wolna forma białka S. Fakt ten jest odzwierciedlony w ulotkach odczynników do tych metod. I tak:

- 1) w ulotce testu STACLOT® PROTEIN S (Stago) - odczynnika zawartego w ofercie Biomedica Poland Sp. z o.o. czytamy: „Zasada testu jest oparta na aktywności białka S jako kofaktora, które potęguje antykoagulacyjną aktywność białka C.” „W warunkach fizjologicznych osiągnięta jest równowaga, w której egzystują dwie formy białka S:
  - wolne białko S, które działa jako kofaktor aktywowanego białka C i reprezentuje 40% całkowitego białka S;
  - wysokocząsteczkowa forma białka S związanego z C<sub>4B</sub>-BP, która nie posiada aktywności jako kofaktor aktywowanego białka C i reprezentuje ok. 60% całkowitego białka S.”

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w metodzie testu opartej na pomiarze działania białka S jako kofaktora białka C, mierzona jest wyłącznie wolna forma białka S.

- 2) w ulotce testu podobnego do powyższego (również funkcjonalnego krzepnięciowego) PROTEIN S ACTIVITY (Instrumentation Laboratory), będącego w katalogu produktów Werfen Polska Sp. z o.o., i który według uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego spełniałby jego wymagania, czytamy, że test ten jest „krzepnięciowym, funkcjonalnym testem do oznaczania wolnego białka S”.

W związku z powyższym, nie jest prawdą, że oznaczenie białka S metodą immunologicznego oznaczania antygeny wolnego białka S jest „zawężonym zakresem badania” w stosunku do metod krzepnięciowych, jak twierdzi zamawiający, ponieważ nie obejmuje formy białka S związanego z C<sub>4B</sub>-BP. W obu tych typach metod oznaczana jest bowiem tylko wolna, aktywna biologicznie forma białka S.

W tych okolicznościach wybór jako najkorzystniejszej oferty Biomedica Poland Sp. z o.o. oferującej w istocie oznaczanie wolnego białka S (bo tylko taka forma białka posiada

czynnościową aktywność biologiczną) w sytuacji odrzucenia z tego powodu oferty odwołującego, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynności zamawiającego ewidentnie świadczą o uprzywilejowaniu wykonawcy Biomedica Poland Sp. z o.o. i dążeniu do wyboru oferty tego wykonawcy. Zamawiający przy ocenie ofert nie może kierować się jedynie informacjami składanymi przez konkurującego wykonawcę. Natomiast jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 10 marca 2014 r., ponowna ocena ofert i odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło wyłącznie na podstawie informacji złożonej przez Biomedica Poland Sp. z o.o. w trybie art. 181 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Biomedica Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że odwołujący zaoferował test niespełniający wymagań SIWZ i niepodlegający poprawie. Białko S i wolne białko S są różnymi parametrami, dającymi inne wyniki liczbowe i kliniczne i stąd dokładne podanie przez zamawiającego parametru, którego wymagał. W ocenie przystępującego nie było potrzeby wskazywania w tych okolicznościach metody oznaczania białka S. Wynik badania białka S jest oceną czynnościową białka S. Zaproponowany przez odwołującego odczynnik służy do pomiaru antygeny wolnego białka S metodą immunoturbidymetryczną i nie jest parametrem wymaganym przez zamawiającego w SIWZ. Przystępujący podniósł, że odwołujący mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w powyższym zakresie. Na etapie oceny ofert zamawiający miał prawo zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty odwołującego. Przystępujący wyjaśnił, że różnicowanie chorób związanych z niedoborem białka S jest uzależnione zarówno od aktywności białka S i stężenia wolnego białka S np. w typie II występuje redukcja aktywności białka S przy zachowaniu stężenia wolnego białka S. Ta jednostka chorobowa potwierdza, że białko S i wolne białko S ma różną aplikację kliniczną, a twierdzenie, że są one tożsame jest dalece nieprawdziwe. Ponadto, w wielu przetargach w jednostkach służby zdrowia, zamawiający wymagają dostarczenia testów do oznaczania białka S i wolnego białka S. Firma odwołującego również posiada test do oznaczania białka S oraz test do oznaczania wolnego białka S. W odniesieniu do białka C zamawiający wskazał w SIWZ jedną z dostępnych metod, które są używane do pomiaru tego samego parametru, tj. odmiennie niż w przypadku białka S i wolnego białka S.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że w poz. 17 (załącznik nr 5, pakiet nr 1) wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania parametru „Białko S”. Odwołujący zaoferował odczynnik „Free Protein S”, który jest odczynnikiem do badania parametru „wolnego białka S”, tj. innego niż wymagany w SIWZ. Odczynnik Free Protein S nie jest inną

metodą badania „Białka S”. Jest to odczynnik do badania innego parametru. Zakres referencyjny poziomu „Białka S” w organizmie zdrowego człowieka to: 60-140 % podczas gdy „Wolnego Białka S” to: u kobiet 54-123%, u mężczyzn 74-146%. Jednostki parametru „Białko S” to „% aktywności białka S”, a „Wolnego Białka S” - to „% wolnego białka S”. Zarówno odwołujący jak i przystępujący posiadają w swojej ofercie handlowej dwa odrębne odczynniki do oznaczania tych dwóch parametrów. Zamawiający w praktyce nie wykonuje testów na oznaczanie „Wolnego Białka S” i nigdy takich odczynników nie nabywał do tej pory. Na tym etapie postępowania spóźniona jest dyskusja o tym, który test lub parametr jest lepszy w praktyce laboratoryjnej. Na etapie opracowania SIWZ nie wpłynęło do zamawiającego żadne pytanie od wykonawców w tej kwestii.

Ponadto, parametry „Białko S” i „Wolne Białko S” nie są stosowane zamiennie. Praktyka laboratoryjna wskazuje, że występują one jako zupełnie odmienne i oddzielne. Zamawiający przedstawił wyciągi z SIWZ, cenniki usług 2013 r. oraz skierowanie na badania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego podlegałaby przywróceniu do postępowania oraz podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Biomedica Poland Sp. z o.o. po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 oraz stosownie do art. 185 ust. 3 Pzp wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, co oznaczałoby dla przystępującego podtrzymanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, w odniesieniu do czynności zamawiającego, o których mowa w art. 180 ust.2 Pzp.

Izba dokonała oceny następujących dowodów przedłożonych przez strony:

- opinia dr hab. J..... G..... z UM w Łodzi w sprawie laboratoryjnych standardów doboru metod i odczynników służących do oznaczania (niedoborów) białka S - pismo z dnia 19 marca 2014 r.,
- wyciąg z SIWZ Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 17 kwietnia 2013 r.,
- tłumaczenie fragmentu ulotki STA – Staclot Protein S,
- fragment katalogu firmy Stago,
- opinia dr hab. J..... G..... – Uniwersytet Medyczny w Łodzi,
- opinia Centralnego Laboratorium Klinicznego w Gdańsku,
- cennik badań Pracowni Hemostazy,
- cennik usług Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku,
- sprawozdanie z badań laboratoryjnych,
- zlecenie wykonania badań laboratoryjnych,
- wyciąg z opracowania „Diagnostyka Laboratoryjna w hemostazie” pod red. Marii Jastrzębskiej,
- tłumaczenie fragmentu ulotki testu Free Protein S oraz fragmentu ulotki testu Hemosil Protein S Activity,
- materiał informacyjny „Linia odczynnikowa Hemosil”.

Ustalono następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – poz. 17 tabeli Pakiet nr 1, zamawiający wymagał w ramach przedmiotu zamówienia zaoferowania odczynników do oznaczenia parametru „białko S”.

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty: Werfen Polska Sp. z o.o. i Biomedica Poland Sp. z o.o. Wykonawca Werfen Polska Sp. z o.o. zaoferował w odniesieniu do poz. 17 dla Pakiet nr 1 Załącznik nr 5 do SIWZ odczynnik Free Protein S do oznaczania „antygeny wolnego białka S” (metoda immunologiczna), natomiast wykonawca Biomedica Poland Sp. z o.o. zaoferował odczynnik STA Staclot Protein S do oznaczania „aktywności białka S” (metoda czynnościowa).

W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, po otwarciu ofert, w dniu 17 lutego 2014 r. zamawiający otrzymał pisemne wystąpienie wykonawcy Biomedica Poland Sp. z o.o. w trybie art. 181 ust. 1 Pzp wskazujące na nieprawidłowości stwierdzone w treści oferty odwołującego, w tym m.in. w zakresie zaoferowania testów Free Protein S - do oznaczania białka S w ramach Pakietu nr 1. W dniu 19 lutego 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie. Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 20 lutego 2014 r. W dniu 24 lutego 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. W dniu 26 lutego 2014 r. zamawiający



ponownie otrzymał pismo od wykonawcy Biomedica Poland Sp. z o.o. w trybie art. 181 ust 1 Pzp zawierające powtórzenie zarzutów z dnia 19 lutego 2014 r. W dniu 10 marca 2014 r. zamawiający dokonał ponownej oceny ofert, w ramach której odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Zamawiający uznał, że oferta odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ w zakresie odczynnika do oznaczania „białka S”, gdyż odwołujący zaoferował odczynnik Free Protein S do oznaczania „wolnego białka S”.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie wymagania określonego w poz. 17 – Pakiet nr 1, Załącznik nr 5 do SIWZ, tj. w zakresie zaoferowania przez odwołującego odczynnika do oznaczania „białka S”.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że treść wymagania zawartego w poz. 17 (Pakiet nr 1, Załącznik nr 5 do SIWZ) została określona przez zamawiającego w sposób, który nie budzi wątpliwości, w szczególności nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych wśród profesjonalistów w danej branży. Jak wynika z treści złożonych w sprawie dokumentów (m.in. opinia dr hab. J..... G..... – Uniwersytet Medyczny w Łodzi złożona przez odwołującego, opinia Centralnego Laboratorium Klinicznego w Gdańsku złożona przez przystępującego, sprawozdanie z badań laboratoryjnych, cennik usług Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku – pozycja nr 61 i pozycja nr 324, wyciągi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez inne szpitale w Polsce przedłożone przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie) pojęcie „białko S” jest używane niezależnie w praktyce laboratoryjnej obok pojęcia „wolne białko S”. Nie są to pojęcia, które byłyby używane zamiennie, co oznacza, że zakres znaczeniowy obu tych pojęć jest różny i rozpoznawalny w branży laboratoryjnej. Podobnie rozróżnia się testy do oznaczania tych obu parametrów. Zarówno wśród produktów oferowanych przez odwołującego, jak i produktów oferowanych przez przystępującego znajdują się testy do oznaczania „Białka S” i „wolnego białka S”. Okoliczności tej nie zaprzeczali wykonawcy ani zamawiający w toku postępowania.

Nie można się zgodzić z odwołującym, że brak określenia przez zamawiającego metody badania parametru „białko S” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

oznacza, że „ten element nie był dla zamawiającego istotny”, a zatem, że w przedmiotowym postępowaniu do oznaczania „białka S” można było zaoferować testy służące do oznaczania „wolnego białka S”. Zauważyć należy, że określenie wybranej (preferowanej) przez zamawiającego metody do oznaczania danego parametru byłoby uzasadnione jedynie wówczas, gdyby istniało kilka równorzędnych metod do oznaczania tego samego parametru. Takie preferencje (brak dopuszczenia metod równoważnych) zamawiający musiałby jednak uzasadnić obiektywnymi okolicznościami, z uwagi na obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie ogranicza w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz z obowiązkiem dopuszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych produktów równoważnych (art. 29 ust. 2 i 3 Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy mogli zaoferować testy (a tym samym metodę badania), które służą do oznaczania konkretnego wymaganego przez zamawiającego parametru – „białka S”. Jednocześnie zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza, że testy do oznaczania „białka S” są stosowane do oznaczania „wolnego białka S” oraz że testy do oznaczania „wolnego białka S” są stosowane do oznaczania „białka S”. Zakładając racjonalność działania zamawiającego przy określeniu przedmiotu zamówienia, co nie było kwestionowane przez odwołującego, należy przyjąć, że zamawiający określił w sposób jednoznaczny parametr „białko S”, do oznaczania którego wymagał zaoferowania testów. Powyższe oznacza, że zamawiający nie dopuścił w tym miejscu SIWZ możliwości zaoferowania testów do oznaczania parametru „wolne białko S”. Podkreślić należy, że wykonawcy nie zgłaszali zapytań w powyższym zakresie do zamawiającego na etapie wyjaśniania treści SIWZ i formułowania ostatecznej treści warunków zamówienia.

Odwołujący w toku postępowania przyznał fakt, że do oznaczenia parametru „białko S” zaoferował odczynniki Free Protein S (Instrumentation Laboratory), tj. odczynniki do oznaczania „wolnego białka S” za pomocą metody immunologicznej.

Fakt, że w katalogach firmy Stago, której odczynniki zostały zaoferowane przez Biomedica Poland Sp. z o.o., zarówno odczynniki wykorzystujące metody funkcjonalnych krzepnięciowych oznaczeń białka S, jak i odczynniki do oznaczania wolnego białka S (metoda immunologiczna) zaliczane są do tej samej kategorii - odczynników służących do oznaczeń białka S, nie dowodzi okoliczności, że za pomocą tych różnych metod oznacza się ten sam parametr. Podobnie okoliczność, że „metody oznaczania wolnego białka S obecnie coraz częściej zastępują metody funkcjonalne krzepnięciowe i przez wielu autorów są preferowane w praktyce laboratoryjnej w ocenie sprawności działania białka S” nie dowodzi faktu, że za pomocą obu tych testów oznaczany jest ten sam parametr.

Jak wyjaśniły strony, w warunkach fizjologicznych osiągana jest równowaga, w której egzystują dwie formy białka S, tj. wolne białko S, które posiada aktywność jako kofaktor

aktywowanego białka C i reprezentuje 40% całkowitego białka S oraz wysokocząsteczkowa forma białka S związanego z C<sub>4B</sub>-BP, która nie posiada aktywności jako kofaktor aktywowanego białka C i reprezentuje ok. 60% całkowitego białka S. Chociaż w obu typach testów zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oznaczana jest „aktywna biologicznie forma białka S”, to jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego białko S i wolne białko S są to dwa różne parametry, które stanowią odrębny przedmiot badań laboratoryjnych.

Zamawiający wyjaśnił, że w swojej praktyce nie wykonuje testów na „wolne białko S”, czego odwołujący nie kwestionował. W ramach wstępnej diagnostyki oznaczany jest poziom aktywności białka S (norma 60-140%), a dopiero przy przekroczeniu tej normy wykonywane są ewentualne badania bardziej szczegółowe, tj. oznaczanie wolnego białka S. Jedynie metoda wykrzepiania pozwala na powyższe oznaczenie białka S (tj. poziomu aktywności białka S). Złożony przez odwołującego na rozprawie dowód w postaci wyciągu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie – Specyfikacja Asortymentowo - Cenowa potwierdza, że wolne białko S i białko S - to są dwa różne parametry (poz. 26 i 27 zał. nr 1 do SIWZ), do oznaczania których przypisane są konkretne metody.

Nie potwierdziła się również teza prezentowana przez odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu w Zał. nr 6 do SIWZ w pkt 3 określono wymagania dopuszczające trzy różne metody oznaczania m.in. białka S. W punkcie tym podane jest bowiem jedno z wymagań dotyczących analizatora, tj. urządzenia do wykonywania badań, co nie ma wprost żadnego związku z rodzajem odczynnika (i metody zarazem) do oznaczania białka S, którą należało zaoferować.

W powyższych okolicznościach niezasadny jest zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez konkretyzowanie przez zamawiającego wymogów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie oznaczenia parametru „białko S” (pkt 17 tabeli Pakiet nr 1 Załącznika nr 5 do SIWZ) na etapie oceny ofert oraz dokonywanie oceny ofert w oparciu o wymogi, które nie zostały zawarte w SIWZ. Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o literalną wykładnię treści SIWZ, którą w szczególności w odniesieniu do specjalistycznych określeń i pojęć należy uznać za prawidłową. W ocenie Izby, to odwołujący zaproponował w odwołaniu nadinterpretację (wykładnię rozszerzającą) pojęcia „białko S” użytego w SIWZ.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści

złożonej oferty, w zakresie zaoferowanego przez odwołującego odczynnik „Free Protein S”. Izba zważyła, że zamawiający w dniu 19 lutego 2014 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie dotyczącym m.in. zaoferowanego odczynnika do oznaczania parametru „Białko S”. Stosowne wyjaśnienia zostały złożone przez odwołującego pismem z dnia 20 lutego 2014 r. Treść wyjaśnień jest zrozumiała i jednoznaczna. Na tle złożonych wyjaśnień nie powstały żadne dalsze wątpliwości, które podlegałyby dodatkowemu wyjaśnieniu. Takich wątpliwości nie wskazywał również odwołujący ani w toku rozprawy, ani w odwołaniu.

Fakt, że zamawiający w dniu 10 marca 2014 r. dokonał zmiany swojego stanowiska w zakresie oceny treści oferty odwołującego, z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie stanowi uzasadnienia do ponowienia wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, który był już uprzednio wyjaśniany przez wykonawcę.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Pzp, tj. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący, oferując do oznaczania parametru „białko S” odczynnik „STA Staclof Protein S”, zaoferował de facto odczynnik do oznaczania „wolnego Białka S” tj. tego samego parametru, do oznaczania którego służy odczynnik zaoferowany przez odwołującego tj. Free Protein S. Jak wskazano powyżej, materiał dowodowy zebrany w niniejszej sprawie nie potwierdza, że oferta odwołującego w spornym zakresie zawiera test do oznaczania parametru „białko S”, który był wymagany w SIWZ. Ponadto, żaden z dowodów przedłożonych w sprawie nie potwierdza, że test zaoferowany przez przystępującego służy do oznaczania „wolnego białka S”, tak jak test „Free Protein S” zaoferowany przez odwołującego. Zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie uzasadnia również fakt, że zamawiający uwzględnił argumentację konkurencyjnego wykonawcy przedstawioną w trybie art. 181 ust. 1 Pzp oraz że zamawiający na tej podstawie zmienił swoją wcześniejszą decyzję co do oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym w zakresie odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający ma bowiem prawo do korygowania własnych decyzji w postępowaniu, jeśli dojdzie do przekonania, że były one błędne.

W konsekwencji w ustalonych okolicznościach Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz poprzez dokonanie wyboru oferty Biomedica Poland Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....