

Sygn. akt: KIO 957/10

**WYROK**  
z dnia 14 czerwca 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o., 61-680 Poznań, ul. Hodowlana 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. Józefa Strusia z Zakładem Opiekuńczo – Lecznicznym SP ZOZ, 61-285 Poznań, ul. Szwajcarska 3**

przy udziale **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o., 61-680 Poznań, ul. Hodowlana 5** w ten sposób, że :

1) nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wpis uiszczony przez **Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o., 61-680 Poznań, ul. Hodowlana 5,**

2) zasądza kwotę 3 930 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) od **Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o., 61-680 Poznań, ul. Hodowlana 5** na rzecz **Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. Józefa Strusia z Zakładem Opiekuńczo – Lecznicznym SP ZOZ, 61-285 Poznań, ul. Szwajcarska 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz koszty dojazdu na posiedzenie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym SP ZOZ w Poznaniu wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę i wdrożenie oprogramowania dla Szpitala”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 marca 2010 r.

W dniu 11 maja 2010 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, w tym Odwołującego - Systemy Informatyczne ALMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu o wyborze oferty UHC Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. Czynność Zamawiającego poprzedziło wezwanie wybranego Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ze względu na rozbieżność w podanej cenie oferty w formularzu ofertowym oraz harmonogramie realizacji zamówienia.

Zamawiający wezwał w dniu 27 kwietnia br. UHC Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty w zakresie rozbieżności w cenach, ponieważ wykonawca podał w zakresie etapu III: cenę 461.160 zł brutto w formularzu ofertowym oraz 774.700 zł w harmonogramie, a w zakresie etapu V: cenę 244.000 zł w formularzu ofertowym oraz 366.000 zł w harmonogramie. W wyznaczonym terminie (do dnia 28 kwietnia) Wykonawca w ramach wyjaśnień, pismem z dnia 28 kwietnia br. przesłał harmonogram z tymi samymi cenami, które podał w harmonogramie załączonym do oferty, a następnie, po wyznaczonym terminie, dnia 4 maja br., dostał nowy harmonogram z cenami zgodnymi z podanymi w formularzu ofertowym.

Zamawiający uznał powyższe uzupełnienie za wystarczające i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - UHC Sp. z o.o.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 11 maja 2010 r., tj. w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z powyższą czynnością Zamawiającego i brakiem odrzucenia oferty UHC Sp. z o.o. nie zgodził się Odwołujący i w dniu 21 maja 2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty firmy UHC Sp. z o.o. i czynność wyboru oferty tej firmy jako najkorzystniejszej i naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 2, art. 91 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na fakt, iż oferta wybrana powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność z ustawą oraz treścią SIWZ, a w związku z tym to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z tym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert UHC sp. z o.o. ze względu na złożenie dwóch ofert, co naruszało przepis art. 82 ust. 1, nieuwzględniania wyjaśnień złożonych po wyznaczonym terminie, w trybie art. 87 ust. 1, które naruszają zakaz negocjowania treści oferty (cena oferty nie może być zmieniana przez Zamawiającego w tych okolicznościach sprawy) oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił przede wszystkim Zamawiającemu przyjęcie do oceny dwóch sprzecznych dokumentów ( formularz ofertowy i harmonogram) w zakresie podanej ceny powodujących niemożliwość powzięcia wiarygodnej informacji o cenie oferty i faktycznie świadczących, iż Wykonawca złożył Zamawiającemu dwie oferty, co stanowiło naruszenie art. 82 ust.1 ustawy Pzp.

Nadto Odwołujący podniósł, iż umowa nie wskazała wprost, z którego z powyższych dokumentów zostaną przepisane ceny. Zauważył on również, iż w okolicznościach sprawy, element oferty jakim jest cena, (będąca essentialia negotii zawieranej umowy) zalicza się do tych części oferty, których zmiana wpływa w istotny sposób na jej treść i nie może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego nie ma również możliwości zakwalifikowania błędnie podanej ceny jako oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów. Taka czynność nie jest możliwa do podjęcia przez Zamawiającego w oparciu o treść harmonogramu realizacji zamówienia. Powyższy błąd w podaniu ceny nie może być też wyjaśniony w trybie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena będąca kryterium oceny ofert i wpływająca na wybór Wykonawcy nie może być zmieniona po otwarciu ofert, ponieważ stanowiłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymianę pism między Zamawiającym a Wykonawcą, której efektem byłaby zmiana ceny oferty należałoby interpretować jako negocjowanie treści oferty i naruszenie przepisu art. 87 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że zmiana wartości wynagrodzenia wskazanych za poszczególne etapy w harmonogramie realizacji zamówienia prowadziłyby do zmiany zasad i terminów zapłaty wynagrodzenia. W pkt 2.4 SIWZ zamawiający wskazał, bowiem na możliwość zapłaty z podziałem na etapy przyjętym w pkt 3.2. Ten podział z pkt 3.2 jest – zdaniem Odwołującego - zgodnie z pkt 4.4.5 odzwierciedlany w harmonogramie, oraz powtórzony w umowie. Wskazanie w pierwotnej wersji oferty innych kwot do zapłaty (wartości) na poszczególnych etapach, a następnie ich zmiana w odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienia treści oferty prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany warunków realizacji zamówienia wskazywanych w ofercie.

Odwołujący również podkreślił, iż dopuszczenie zmiany treści oferty (treści harmonogramu realizacji zamówienia) w okolicznościach sprawy uderzyłoby bezpośrednio w interes Odwołującego, ponieważ suma cen jednostkowych za poszczególne etapy, a zatem cena oferty UHC Sp. z o.o. wymieniona w harmonogramie wynosi 1.944.700 zł i jest od ceny Odwołującego (1.573.800 zł) wyższa.

Ostatecznie Odwołujący zaznaczył, iż w omawianym postępowaniu Wykonawca - UHC Sp. z o.o. w pierwotnym terminie złożył wbrew ustawie dwie oferty, zawierające różne warunki spełniania świadczenia, co stanowiło naruszenie pkt 1.6 SIWZ oraz art. 82 ust. 1 ustawy Pzp i samoistną przesłankę odrzucenia oferty opisaną w art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Analizując zaś działania Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę 27 kwietnia br. do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Odwołujący podkreślił, iż odpowiedź przesłana w terminie stanowiła potwierdzenie błędu w zakresie ceny oferty, zaś wyjaśnienia, które wpłynęły 4 maja zostały złożone po terminie. Odwołujący treść złożonych 4 maja wyjaśnień uważał za niedozwoloną zmianę i przejaw negocjowania treści oferty w rozumieniu art. 87 ustawy Pzp. i jako takie nie mogły one stanowić podstawy do uznania oferty za zgodną z SIWZ.

W dniu 24 maja 2010r. wykonawca - UHC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że jedynie cena z formularza ofertowego była wiążąca zgodnie z pkt. 12.1 SIWZ.

Przystępujący uznał, iż Zamawiający zasadnie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie naruszając przy tym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia Spółki UHC nie doprowadziły do zmiany złożonej oferty. Sama oferta była zaś zgodna z treścią SIWZ jak również z ustawą Pzp i tym samym nie podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Wybór oferty Spółki UHC został więc dokonany zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo Przystępujący argumentował, iż to Odwołujący powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału określonych w treści ogłoszenia oraz SIWZ, przedstawiając w tym zakresie stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 27.04.2010r. skierowanego do Przystępującego oraz odpowiedzi na to pismo z dnia 28.04.2010r. i 4.05.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism procesowych, Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia. Na posiedzeniu pełnomocnik Przystępującego cofnął część treści przystąpienia w zakresie wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako wniosek zgłoszony po terminie.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący wnosili zgodnie o oddalenie odwołania.

Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.).

Przede wszystkim Izba doszła do przekonania, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył jedną ofertę zawierającą jedną cenę.

Wniosek powyższy należało wyprowadzić z jednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny oferty.

Zgodnie z postanowieniami pkt 12.1 Zamawiający wymagał, by cena podana na formularzu ofertowym (...) obejmowała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym przepisane prawem podatki (także podatek VAT), opłaty celne i graniczne, akcyzę oraz koszty transportu i ubezpieczenia, a także koszty realizacji zadań związanych z wykonaniem zamówienia m.in. przeszkolenia personelu.

Izba zwróciła również uwagę, że w tym opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający w tym samym punkcie żądał, aby cena za całość przedmiotu zamówienia musiała być sumą cen za wykonanie głównych etapów zamówienia (...). Zarówno ceny za poszczególne etapy, jak i cenę za całość przedmiotu zamówienia należało podać w formularzu ofertowym.

Z takiej treści SIWZ – zdaniem Izby – wynika pierwszorzędna dyrektywa związania cenowego na podstawie formularza ofertowego. Według Izby powołane wyżej postanowienia SIWZ w sposób oczywisty wyznaczają granicę woli Zamawiającego.

Umieszczenie w harmonogramie ceny miało zaś charakter wymogu informacyjnego dla Zamawiającego, lecz nie stanowiło o essentialia negotii, które były zawarte w formularzu cenowym.

Pojęcie harmonogramu zostało zdefiniowane w słowniku języka polskiego (wyd. naukowe PWN, 2007). Harmonogram jakiegoś przedsięwzięcia to opis kolejności i czasu trwania poszczególnych jego etapów, przedstawiany często w postaci wykresu.

Powyższa definicja nie przewiduje zatem innych elementów jako koniecznych jak cena dla wypełnienia treści tego pojęcia.

Izba również wzięła pod uwagę, z powyższych względów wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego złożone na rozprawie, wskazujące, iż w zasadzie wystąpienie o wyjaśnienie rozbieżnej ceny z formularza ofertowego i informacji cenowej z harmonogramu miało tylko charakter formalny, bowiem Zamawiający nie miał w zasadzie wątpliwości co do jednolitości ceny.

Nadto należy wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego znajdujące się w piśmie z dnia 27.04.2010r. zawierają jego oświadczenie o zgodności kwot z harmonogramu za wykonanie etapu III i IV z kwotami zadeklarowanymi w formularzu ofertowym.

Izba reprezentuje również zapatrywanie, że w niniejszej sprawie nie doszło do prowadzenia negocjacji między Zamawiającym a Odwołującym dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie prowadzenia takich negocjacji. Akta prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierają dokumentów świadczących o prowadzeniu negocjacji czy dokonywaniu zmiany ceny w formularzu ofertowym.

Jednocześnie Izba zauważa, iż uprawnieniem Zamawiającego w toku badania i oceny ofert jest możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert(art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp).

W rozważanej sprawie Zamawiający – według Izby - nie musiał zwracać się do Przystępującego o wyjaśnienie rozbieżności w cenach określonych w harmonogramie i tych podanych w formularzu ofertowym, bowiem istotne znaczenie dla treści oferty miały jedynie te drugie.

Izba uważa jednak, że zastosowanie przez Zamawiającego art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp miało jednak charakter ostrożnościowy i zmierzało jedynie do wyeliminowania formalnych sprzeczności, błędów w podanej w harmonogramie cenie. Z tego powodu nie można uznać działania Zamawiającego jako za naruszające cyt. przepis ustawy.

Jednocześnie w powyższym kontekście Izba podziela argumentację Odwołującego o braku podstaw prawnych do skorzystania przez Zamawiającego z art.87 ust.2 ustawy Pzp, skoro nie występowały w podanych cenach w harmonogramie omyłki, lecz błędy nie wpływające na treść oferty.

Izba również nie widzi zagrożenia dla wykonania umowy w zakresie zasad i terminów zapłaty wynagrodzenia, jeżeli sprzeczności cen z harmonogramu zostały ostatecznie wyjaśnione, a wiążące są ceny z formularza ofertowego w rozbiciu na etapy wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....