

Sygn. akt: KIO 948/11

WYROK
z dnia 20 maja 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2011r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny, 82-550 Prabuty, ul. Kuracyjna 30**

przy udziale wykonawcy **ESAPROJEKT Sp. z o.o., 40-955 Katowice, ul. Bytkowska 1b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego, 82-550 Prabuty, ul. Kuracyjna 30** kwotę **3 848 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny, ul. Kuracyjna 30, 82-550 Prabuty, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa, zainstalowanie sprzętu komputerowego, oprogramowania oraz systemu informatycznego. Zamówienie podzielone zostało na trzy zadania: zadanie nr 1 - sprzęt komputerowy, zadanie nr 2 - oprogramowanie, zadanie nr 3 - system informatyczny. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S 14-021518.

W dniu 21 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym w zakresie zadania nr 3 za najkorzystniejszą uznano ofertę ESAPROJEKT sp. z o.o., ul. Bytkowska nr 1B, 40-955 Katowice (dalej „ESAPROJEKT sp. z o.o.”)

W dniu 2 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3 oraz zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez ESAPROJEKT sp. z o.o. pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia tej oferty, a nadto czynności wezwania ESAPROJEKT sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zarzucał czynnościom zamawiającego i zaniechaniu czynności, do której zamawiający był zobowiązany na mocy ustawy Pzp, naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ESAPROJEKT sp. z o.o., pomimo istnienia podstaw do jej odrzucenia wynikających z niezgodności tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
- 2) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie ESAPROJEKT sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących postanowień głównej części oferty zawartych w formularzu ofertowym.

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21 kwietnia 2011 r. z uwagi na nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia podstaw do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień ESAPROJEKT sp. z o.o.,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty ESAPROJEKT sp. z o.o.,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego,
- 5) przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący argumentował, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, a nadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę wyrażającą się utraceniem możliwości realizacji zamówienia i uzyskania wynagrodzenia z tego tytułu. Oferta odwołującego w zakresie zadania nr 3 znalazła się bowiem na drugiej pozycji w wyniku zastosowania kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Tym samym gdyby zamawiający nie naruszył ustawy Pzp i nie zaniechał odrzucenia oferty ESAPROJEKT sp. z o.o. najkorzystniejszą ofertą w zakresie zadania nr 3 byłaby oferta odwołującego. Odwołujący stwierdzał, iż z uwagi na powyższe jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, iż rozdział II pkt 4 SIWZ stanowi, że oferta powinna być przygotowana zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zgodnie natomiast z pkt 3 tego rozdziału ofertę należy przygotować na formularzu ofertowym wg załącznika do SIWZ. W załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający zamieścił formularz ofertowy dla zadania nr 3. W formularzu tym w pozycji II dotyczącej instalacji oprogramowania, w kolumnie piątej zawarte zostały wymagania dotyczące ilości roboczodni dla każdego z modułów oprogramowania podlegającego usługom instalacyjnym i szkoleniowym. Łączna ilość roboczodni wynikająca z tego formularza wynosiła 176 roboczodni. Jednocześnie w załączniku nr 3a do SIWZ, w pkt. 2 ppkt 5) zamawiający wprowadził wymóg: *"Usługi obejmujące instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania) w ilości łącznej nie mniejszej niż 176 roboczodni (1 roboczodzień ~ 7h pracy jednego pracownika Oferenta w szpitalu)"*. Następnie w wymaganiach ogólnych dotyczących oprogramowania w Załączniku Nr 3a pkt. 2 ppkt 19 wprowadzono wymóg: *"Przewidywana ilość roboczodni (1 roboczodzień ~ 7 godzin pracy 1*

pracownika Oferenta w szpitalu) przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowo w szpitalu nie może być mniejsza niż 185 roboczodni." Mając na uwadze powyższe sprzeczności w zakresie faktycznie wymaganej ilości roboczodni, zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 18 lutego 2011 r. odpowiedział, że ilość roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjne i szkoleniowe dotyczące oprogramowania aplikacyjnego wynosi nie mniej niż 185 - formułując odpowiedź na pytanie zawierające ten zakres usług w następujący sposób: „Ilość roboczodni nie mniejsza niż 185". Odwołujący powoływał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. KIO/UZP 1369/10, zgodnie z którym: „Specyfikację należy czytać łącznie z odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień specyfikacji". Uwzględniając powyższe, zdaniem odwołującego, należy uznać, że ostateczne stanowisko zamawiającego co do ilości niezbędnych roboczodni zostało wyrażone w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 18 lutego 2011 r. i jako autentyczna wykładnia postanowień SIWZ jest dla wykonawców wiążące. Tymczasem w złożonej przez ESAPROJEKT sp. z o.o. ofercie zaoferowano wyłącznie 176 roboczodni usług instalacyjno-szkoleniowych, ponieważ w formularzu ofertowym w części II a i b, która dotyczy usług instalacyjno-szkoleniowych zaoferowano właśnie 176 roboczodni. W załączniku do formularza ofertowego ESAPROJEKT sp. z o.o. powtórzyła sprzeczność wymagań istniejącą pierwotnie do czasu udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na pytania - w załączniku do formularza ofertowego nr 3a w opisie przedmiotu zamówienia, w pkt. 2 ppkt 5 ESAPROJEKT sp. z o.o. wskazała 176 roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe, a w części obejmującej wymagania ogólne systemu w pkt 19 wskazano 185 roboczodni. Tak złożona oferta, zdaniem odwołującego, w istocie nie spełnia wymagań SIWZ. Po udzieleniu przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców, stan prawny co do wymagań w zakresie minimalnej ilości roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe oprogramowania medycznego i administracyjnego, był jasny. Zamawiający wymagał minimum 185 roboczodni z przeznaczeniem na opisane wyżej usługi. Z oferty ESAPROJEKT sp. z o.o. nie sposób wyciągnąć takiego wniosku aby zaoferowana miała być liczba 185 roboczodni, ponieważ główna część oferty zawarta w formularzu ofertowym, która stanowi podstawę kalkulacji wynagrodzenia, zawiera jedynie 176 roboczodni przeznaczonych na instalację i szkolenia w zakresie oprogramowania medycznego i administracyjnego. Odwoływał się do tezy z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2642/10 zgodnie z którą: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w SIWZ wymagań merytorycznych zamawiającego (treść SIWZ)". W ocenie odwołującego z sytuacją taką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, w zakresie oferty ESAPROJEKT sp. z o.o. Treść oferty nie odpowiada bowiem merytorycznym wymaganiom

SIWZ, które, uwzględniając odpowiedzi na pytania udzielone przez zamawiającego, wskazywały jasno, że minimalna ilość roboczodni dla usług instalacyjno-szkoleniowych dla oprogramowania medycznego i administracyjnego wynosi 185 roboczodni. Za odrzuceniem oferty ESAPROJEKT sp. z o.o., zdaniem odwołującego, przemawia również teza innego orzeczenia tj., w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r. KIO/UZP 2819/10, KIO/UZP 8/11, KIO/UZP 9/11, zgodnie z którym *„Błędy i niezgodności w kosztorysie ofertowym dotyczące zaniżenia ilości robót lub materiałów skutkują obliczeniem ceny w sposób niezgodny ze specyfikacją.”* Stanu tego nie mogły zmienić działania zamawiającego jakie podjął, kierując do ESAPROJEKT sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 11 kwietnia 2011, r., o którym odwołujący dowiedział się uzyskując dostęp do akt postępowania w dniu 29 kwietnia 2011 r.), w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie uwzględnił treści tego przepisu, która dopuszcza wystąpienie do wykonawcy o wyjaśnienia wyłącznie w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które to dokumenty i oświadczenia zostały wskazane w SIWZ. Treść oferty zawarta w formularzu ofertowym, nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem możliwość żądania wyjaśnień dotyczy tylko dokumentów i oświadczeń załączanych do oferty na potwierdzenie spełniania wymagań podmiotowych lub przedmiotowych, a nie treści samej oferty. Sam ten fakt przesądza o braku skuteczności takiego wezwania do złożenia wyjaśnień. Nawet więc w przypadku, gdyby załączniki do oferty wskazywały na inną ilość roboczodni, sprzeczność jaka istnieje pomiędzy treścią oferty a jej załącznikami nie nadaje się do usunięcia w żadnym trybie przewidzianym ustawą Pzp, w tym w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień. Potwierdza to stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia z dnia 4 maja 2010 r. KIO/UZP 532/10, wskazała, że: *„Kosztorys lub jego część, nieczytelny, nie podlega uzupełnieniu ani na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1, a tym bardziej art. 26 ust. 4 ustawy.”* Pośrednio potwierdza to również treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1748/10, KIO/UZP 1749/10, zgodnie z którą: *„Nie można wykluczyć jakiegokolwiek Wykonawcy bez przeprowadzenia obligatoryjnych wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp z wyjątkiem sytuacji, gdy sama oferta podlega odrzuceniu albo konieczne jest unieważnienie postępowania.”* Odwołujący podkreślał, iż niezależnie od zasadności powyższego stanowiska, należy wskazać, że wykonawca udzielając wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w istocie nie zmodyfikował ilości roboczodni przeznaczonych na usługi szkoleniowo instalacyjne w zakresie oprogramowania aplikacyjnego, które zostało opisane w załączniku nr 3a jako oprogramowanie HIS (Hospital Information System - Szpitalny System Informacyjny) i ERP (Enterprise Resource Planning -Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa).

ESAPROJEKT Sp. z o.o., wyjaśniając wskazała, że dodatkowe 10 roboczodni zawarto dla usług instalacji oprogramowania strony internetowej, co jednak nadal oznacza brak spełniania wymagania, bowiem oprogramowanie strony internetowej nie jest oprogramowaniem aplikacyjnym rozumianym jako oprogramowanie części medycznej i części administracyjnej Szpitalnego Systemu Informatycznego. Odwołujący dodawał, że nie może być uznany za argument przemawiający za spełnieniem wymagań SIWZ, złożenie oferty przez ESAPROJEKT sp. z o.o. na formularzu ofertowym wg pierwotnego wzoru z SIWZ z powołaniem się na fakt, że zamawiający po udzieleniu odpowiedzi na pytania z dnia 18 lutego 2011 r. nie opublikował zmienionego formularza ofertowego, na co wskazała ESAPROJEKT sp. z o.o. Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie opublikował również zmienionej treści SIWZ uwzględniającej liczbę 185 roboczodni w dwóch wymienionych wcześniej punktach załącznika nr 3 a do SIWZ, bowiem wystarczającym była odpowiedź na pytanie rozstrzygająca sprzeczność i stanowiąca wykładnię postanowień SIWZ. Argumentację wyrażoną w wyjaśnieniach ESAPROJEKT sp. z o.o. osłabia również fakt, że wykonawca ten swoją ofertę złożył, modyfikując jednocześnie wzór formularza ofertowego (dodana część IV „wytworzenie strony internetowej”) oraz modyfikując treść załącznika nr 3a (skreślono wymaganie dotyczące opinii biegłego rewidenta - pkt 2 ppkt 1 wymagań ogólnych systemu). Podsumowując, odwołujący wskazywał, że z uwagi na złożenie przez ESAPROJEKT sp. z o.o. oferty nie spełniającej wymagań SIWZ (zbyt mała liczba roboczodni dla usług instalacyjno-szkoleniowych oprogramowania aplikacyjnego) oraz z uwagi na brak możliwości konwalidacji oferty w tym zakresie w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - oferta ESAPROJEKT sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzeczna z treścią SIWZ. Co istotne utrzymanie decyzji o wyborze oferty ESAPROJEKT sp. z o.o. oznaczałoby, że premiowana jest kalkulacja cenowa, która uzyskała przewagę nad konkurencją poprzez zaniżenie liczby zadań niezbędnych dla realizacji przedmiotu umowy i wymaganych przez zamawiającego, a odwołujący zostałby na przegranej pozycji m.in. na skutek tego, że uwzględnił większą czasochłonność realizacji przedmiotu zamówienia w swojej ofercie.

W dniu 4 maja 2011 r. zamawiający wezwał w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania. W dniu 6 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego o stronie zamawiającego ESAPROJEKT sp. z o.o. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. W przystąpieniu ESAPROJEKT sp. z o.o. wносиła o oddalenie odwołania, wskazując na dopuszczalność wyjaśnień dotyczących treści oferty przewidzianą przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący podkreślał, że zamawiający miał prawo wezwać ESAPROJEKT sp. z o.o. do wyjaśnień, a z treści wezwania nie wynika, aby nastąpiło ono w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem przystępującego odwołanie opiera się na uznaniu, że w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 18 lutego 2011 r. zamawiający odpowiedział, że ilość roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjne i szkolenia dotyczące oprogramowania aplikacyjnego wynosi nie mniej niż 185 dni, podczas gdy w treści odpowiedzi zamawiającego użyto sformułowania „ilość roboczodni nie mniejsza niż 185”, nie precyzując, że ma dotyczyć tylko ilości roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjne i szkolenia dotyczące oprogramowania aplikacyjnego lub oprogramowania aplikacyjnego rozumianego jako oprogramowanie części medycznej i administracyjnej Szpitalnego Systemu Informatycznego. Zdaniem przystępującego wręcz przeciwnie z treści odpowiedzi wynika, iż ilość 185 roboczodni dotyczy roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe w szpitalu bez wskazania, iż dotyczą jedynie oprogramowania aplikacyjnego lub którego oprogramowania aplikacyjnego. W tej sytuacji wyjaśnienia złożone przez ESAPROJEKT sp. z o.o., z których wynika, że liczba roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe w szpitalu wynosi 185 dni są prawidłowe, a złożenie wyjaśnień dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co nie daje jakiegokolwiek podstawy do odrzucenia oferty przystępującego. Przystąpienie zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, zaś odpis z KRS został załączony do przystąpienia. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 17 maja 2011 r. na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego, przyznania od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w wysokości 284,13 zł. Wskazywał na niezasadność obu zarzutów odwołania. W zakresie zarzucanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający podkreślał, iż w oparciu o treść odpowiedzi na zapytanie wykonawcy udzielonej w dniu 18 lutego 2011 r. nie nakazał zmodyfikowania formularza ofertowego i w żaden sposób nie określił, czy zastępuje wcześniej określoną w załączniku nr 3 do SIWZ liczbę 176 roboczodni nową liczbą 185 roboczodni, a jeżeli tak, to jak należy dodatkowe 9 roboczodni rozdysponować. Zamawiający sam określił we wzorze formularza ofertowego w załączniku nr 3 do SIWZ minimalną ilość roboczodni przeznaczoną na poszczególne moduły oprogramowania medycznego. Nie pozostawił przy tym wolnego miejsca w formularzu ofertowym na propozycje oferentów, uważając podane przez niego wartości za wiążące. Wolne pola formularza dotyczyły natomiast proponowanego przez oferentów wynagrodzenia.

Ponadto zamawiający w pozycji tabelarycznej nr 19 załącznika nr 3a do SIWZ określił przewidywaną ilość roboczodni przeznaczonych ogólnie na usługi instalacyjno-szkoleniowe w szpitalu na poziomie nie mniejszym niż 185 roboczodni, która nie wykluczała jednak 176 roboczodni przeznaczonych na poszczególne moduły oprogramowania medycznego. Poza tymi usługami znaleźć się miały bowiem przykładowo czynności instalacyjne dotyczące oprogramowania strony internetowej lub też czynności związane z całościową konfiguracją wszystkich modułów. Wskazuje na to nieenumeratywne sformułowanie pkt 2 załącznika nr 3a do SIWZ, który brzmi "przedmiot zamówienia obejmuje, w szczególności (...)". Zamiarem zamawiającego było więc, aby oferenci zapewнили 185 roboczodni z przeznaczeniem na wszystkie usługi instalacyjno-szkoleniowe, z uwzględnieniem jednak konkretnych, minimalnych wartości odnośnie instalacji poszczególnych modułów oprogramowania medycznego. Podczas oceny złożonych w postępowaniu ofert, zamawiający zauważył, że postanowienia SIWZ oraz dołączonych do SIWZ załączników po uwzględnieniu udzielonych odpowiedzi na zadane przez oferentów pytania, mogą być różnie interpretowane. Odwołujący dokonał bowiem samodzielnie zmiany w formularzu ofertowym i zmodyfikował podane przez zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ minimalne wartości roboczogodzin, natomiast ESAPROJEKT sp. z o.o. nie dokonała zmian w tym zakresie. Obaj oferenci zapewнили jednak w ramach zadania nr 3 185 roboczodni. Aby wykluczyć wszelkie wątpliwości zamawiający wezwał ESAPROJEKT sp. z o.o. do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy liczbą roboczodni na poziomie 176 i 185. Udzielona przez tego wykonawcę odpowiedź pismem z dnia 13 kwietnia 2011 r. była dla zamawiającego wystarczająca, ponieważ potwierdzona została gotowość do wykonania zadania nr 3 w wymiarze przynajmniej 185 roboczodni, w tym na instalację oprogramowania związanego z wytworzeniem strony internetowej. Jednocześnie zamawiający zauważał, iż nie prowadził z ESAPROJEKT sp. z o.o. żadnych negocjacji odnośnie złożonej przez nią oferty, a także nie dokonał w jej treści jakichkolwiek zmian. Ponieważ wobec nieścistości SIWZ nawet po udzieleniu odpowiedzi z dnia 18 lutego 2011 r. odnośnie różnicy pomiędzy 176 roboczodniami a 185 roboczodniami i wobec wyjaśnień ESAPROJEKT sp. z o.o., zamawiający uznał złożone przez odwołującego i ESAPROJEKT sp. z o.o. oferty za prawidłowe i spełniające wymagania SIWZ. Zamawiający zauważał, iż odwołujący dokonał zmian w formularzu ofertowym, podwyższając niektóre ilości roboczodni według własnego uznania, oferując jednak ostatecznie 185 roboczodni. ESAPROJEKT sp. z o.o. nie dokonała zmian formularza ofertowego, ponieważ nie było takiego polecenia ze strony zamawiającego. ESAPROJEKT sp. z o.o. zaoferowała zatem zgodnie z formularzem ofertowym minimum wymagane przez zamawiającego na instalację poszczególnych modułów oprogramowania medycznego (176 roboczodni), które to minimum zawierało się w 185 roboczodniach przeznaczonych ogólnie na wszystkie czynności instalacyjne i

szkoleniowe. Zarówno więc odwołujący, jak i ESAPROJEKT sp. z o.o. zaoferowali zamawiającemu gotowość świadczenia określonych usług w zakresie 185 roboczodni. Zamawiający powoływał się na bogatą i utrwaloną linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie powyższej problematyki. Powoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1096/10, gdzie stwierdzono, iż aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych postanowień specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Podobne stanowisko wynika także z wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 48/09 czy z dnia 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 844/08. Zamawiający powoływał także pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 6 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 151/08, gdzie wskazano, iż użyte w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pojęcia "treść oferty" i "treść SIWZ" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Zamawiający podkreśla że wbrew twierdzeniom odwołującego ESAPROJEKT sp. z o.o. zaproponowała realizację całego opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia odnośnie zadania nr 3, czyli 185 roboczodni poświęconych czynnościom instalacyjnym i szkoleniowym. Zatem nie może ostać się stanowisko odwołującego w przedmiocie nieodpowiadania oferty ESAPROJEKT sp. z o.o. treści SIWZ. Ponadto mając na względzie sformalizowany charakter procedury udzielania zamówienia publicznego wykonawcy mogli żywić uzasadnione obawy, że, dokonując samodzielnie zmian w formularzu cenowym, narażą złożone przez siebie oferty na odrzucenie. W niniejszej sprawie pogląd taki jest tym bardziej uprawniony, że zamawiający, stwierdzając w odpowiedzi na pytanie "ilość roboczodni nie mniejsza niż 185" nie określił, jednocześnie, czy należy zmodyfikować formularz ofertowy, czy zastępuje wcześniej określoną minimalną liczbę 176 roboczodni nową liczbą 185 roboczodni i nie wskazał, jak ewentualnie rozdysonować dodatkowymi 9 roboczodniami. Samowolna modyfikacja formularza ofertowego była tym bardziej wątpliwa, że w odpowiedzi na pytanie dotyczące strony internetowej zamawiający poinformował, iż formularz ofertowy do zadania nr 3 zostaje rozszerzony i po pozycji nr 41 zostaje dodany rozdział IV "wytworzenie strony internetowej". Tutaj zamawiający jasno polecił dokonanie zmian w formularzu ofertowym. Zamawiający podkreślał, że sprzeczność oferty z treścią SIWZ to sprzeczność oferty w rozumieniu art. 66 Kc z konkretnym postanowieniem SIWZ. Taka sprzeczność powoduje, iż wykonawca oferuje coś innego niż to, czego oczekuje zamawiający. Jest wówczas sprawą oczywistą, iż taką ofertę należy z postępowania wyeliminować. W niniejszej sprawie, zdaniem zamawiającego, nie może być mowy o tym, aby oferta ESAPROJEKT sp. z o.o. zapewniająca 185 roboczodni na czynności instalacyjne i szkoleniowe nie była tym, czego oczekiwał zamawiający. Odnosząc się do drugiego z zarzutów odwołania, zamawiający wskazywał, że jest on

bezzprzedmiotowy. Podkreśla że z samej treści wezwania do wyjaśnień z 11 i 12 kwietnia 2011 r. nie wynikało, aby ich podstawą prawną był przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wspomniane pisma mają uzasadnienie w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i tak też należy je traktować, bez względu na ewentualną kwalifikację prawną zamawiającego. Zamawiający podnosił, iż w toku badania o oceny ofert ma prawo, graniczące z obowiązkiem, żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż zaniechanie przez zamawiającego zastosowania tego trybu w sytuacji, gdy istniały wątpliwości co do treści oferty, może zostać uznane za naruszenie przepisów postępowania (wyrok KIO z dnia 5 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1443/09, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1327/09). Ponadto prawo do żądania wyjaśnień obejmuje ofertę sensu largo, wraz z załącznikami i innymi elementami, a nie tylko ofertę sensu stricte sporządzoną zwykle na formularzu ofertowym w kształcie zaproponowanym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 867/09). Podkreślał, iż odpowiedź ESAPOROJEKT sp. z o.o. w żadnej mierze nie prowadziła do zmiany treści oferty tego wykonawcy, lecz ograniczała się do wskazania sposobu rozumienia jej treści, co jest prawnie dopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowisko stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w rozdziale II pkt 3 SIWZ przewidział, że oferty mają być sporządzone na formularzu ofertowym według załącznika do SIWZ. Z kolei w rozdziale IV pkt 1 wymagał, aby wykonawca przedłożył formularz ofertowy wraz z załącznikiem. Rozdział V przewidywał, iż jedynym kryterium oceny ofert jest wartość brutto. Cena powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Opis techniczny i parametry wymagalne zawarte są w załączniku nr 3a do SIWZ – po wypełnieniu należy dołączyć do formularza ofertowego (załącznik nr 3a jest integralną częścią formularza ofertowego). Brak wypełnionego załącznika 3a spowoduje odrzucenie oferty. W formularzu ofertowym w pkt II "Pierwsza instalacja (instalacja, szkolenia użytkowników, wizyty konsultacyjne) określono pkt II.A "Pierwsza instalacja części administracyjnej" oraz pkt II.B "Pierwsza instalacja części medycznej". W kolumnie piątej w ramach tej części formularza ofertowego wskazano "Minimalna wymagana ilość osobodni (~7h pracy pracownika Oferenta w szpitalu), przy czym minimalną liczbę osobodni w ramach instalacji poszczególnych modułów określił

zamawiający. Kolejne kolumny dotyczyły wyliczenia wartości netto, podatku VAT oraz wartości brutto. Ponadto wykonawca w formularzu ofertowym miał podać wartość netto oraz wartość brutto całości oferty. W załączniku nr 3a Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2 ppkt 5 wskazano, iż: „Usługi obejmujące instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania) w ilości łącznej nie mniejszej niż 176 roboczodni (1 roboczodzień ~7h pracy jednego pracownika Oferenta w szpitalu). Z kolei w załączniku nr 3a Wymagane funkcje systemu w pkt 2 Wymagania ogólne dotyczące oprogramowania aplikacyjnego HIS i ERP w ppkt 19 wskazano: „Przewidywana ilość roboczodni (1 roboczodzień ~7h pracy 1 pracownika Oferenta w szpitalu) przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowo w szpitalu nie może być mniejsza niż 185 roboczodni”. We wzorze umowy w § 2 przewidziano konieczność podania jednej wartości przedmiotu zamówienia, której wypłata nastąpi po otrzymaniu faktury i protokołu zdawczo-odbiorczego. Załącznikiem do umowy był formularz ofertowy. Z kolei w załączniku nr 3 a "Wymagane funkcje systemu" pkt 3 "Wymagania dotyczące etapów instalacji i szkoleń i szczegółowy harmonogram działań" przewidziano określone etapy procesu instalacji oprogramowania oraz szkoleń, których zakończenie wymaga akceptacji przez zamawiającego protokołów zakończenia poszczególnych etapów (protokół odbioru oprogramowania aplikacyjnego i bazodanowego, protokół zakończenia instalacji oprogramowania aplikacyjnego i bazodanowego, protokół zakończenia szkoleń administratorów z zakresu obsługi aplikacji, protokół zakończenia konfiguracji wstępnej, protokół zakończenia szkoleń użytkowników, protokół zakończenia konsultacji uzupełniających). W ppkt 7 wskazano, iż warunkiem zakończenia etapu jest akceptacja przez zamawiającego protokołu odbioru końcowego. W ppkt 8 "Zakres Pierwszej Instalacji - realizacji projektu" określono zakres pierwszej instalacji ze wskazaniem poszczególnych modułów obejmujący instalację, szkolenia użytkowników i wizyty konsultacyjne, gdzie określono także minimalną wymaganą ilość osobodni (~7h pracy pracownika Oferenta w szpitalu), która odpowiada treści formularza ofertowego i przewiduje łącznie 176 osobodni (pojęcie tożsame z roboczodniami).

W odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 18 lutego 2011 r. w zakresie pytania nr 22: „W Załączniku nr 3a do SIWZ, w pkt. 2, ppkt. 5) Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia: *“Usługi obejmujące instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania) w ilości łącznej nie mniejszej niż 176 roboczodni (1 roboczodzień ~ 7h pracy jednego pracownika Oferenta w szpitalu). Natomiast wg opisu w Wymaganiach ogólnych dotyczący oprogramowania aplikacyjnego HIS i ERP w Załączniku Nr 3a, pkt. 2, ppkt 19 “Przewidywana ilość roboczodni (1 roboczodzień ~ 7 godzin*

pracy 1 pracownika Oferenta w szpitalu) przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowo w szpitalu nie może być mniejsza niż 185 roboczodni.” Proszę o sprostowanie informacji dotyczącej ilości roboczodni gdyż powyższe ilości są sprzeczne” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Ilość roboczodni nie mniejsza niż 185”.

W dniu 18 lutego 2011 r. oddzielnym pismem zamawiający przekazał także wykonawcom informację o modyfikacji SIWZ w zakresie załącznika nr 3 – Formularz ofertowy – system informatyczny zadanie nr 3 po pozycji nr 41 „Oprogramowanie bazowe” został dodany rozdział IV- Wytworzenie strony internetowej, a w załączniku nr 3a – Opis przedmiotu zamówienia na zadanie nr 3 w rozdz. nr II „Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności” został dodany pkt 7:

„7. Wytworzenie strony internetowej, która zawiera:

- a. przygotowanie indywidualnego projektu graficznego w dwóch wzorach – do wyboru dla Zamawiającego. Możliwość zmiany motywu koloru (co najmniej trzy motywy) całej strony internetowej. Zmiana motywu koloru ma odbywać się z poziomu administratora.
 - b. realizację projektu z wykorzystaniem najnowszych dostępnych technologii i standardów tworzenia prawidłowych i profesjonalnych stron internetowych (W3C: XHTML 1.0, CSS 2.0, AJAX , Javascript 2.1, Flash™ 10.1, PHP 5.2),
 - c. możliwość stworzenia co najmniej dziesięciu motywów graficznych w standardzie Flash 10.1 i nieograniczonej ilości Javascript 2.1 uzgodnionych z Zamawiającym jeżeli funkcjonalność i wzornictwo będzie tego wymagało,
 - d. nieograniczona ilość stron i podstron,
 - e. przygotowanie schematu bazy danych,
 - f. instalację na serwerach internetowych Wykonawcy,
 - g. przeszkolenie wyznaczonego personelu Zamawiającego w zakresie obsługi oprogramowania. Wykonawca w ramach niniejszej umowy zapewnia nieodpłatnie 8 godzin szkoleniowych które mogą być podzielone na dwie tury po 4 godz. każda w terminach ustalonych przez strony lub wykorzystane jednorazowo.
- 7.1. Wykonawca w zakresie swojej działalności gospodarczej, przy braku przeszkód technicznych lub organizacyjnych oraz na podstawie odrębnych ustaleń zapewnia możliwość aktualizacji oraz modernizacji Oprogramowania, jak również może świadczyć usługi dodatkowe, m.in.:
- a) utrzymanie Oprogramowania na serwerach internetowych Wykonawcy
 - b) obsługa DNS dla domeny internetowej Zamawiającego
 - c) internetowa poczta e-mail

7.2. Wymagania techniczne niezbędne do uruchomienia Oprogramowania

W przypadku gdyby Zamawiający zdecydował o uruchomieniu Oprogramowania będącego przedmiotem niniejszej umowy na serwerze strony trzeciej, wymagane jest spełnienie warunków minimalnych:

- a. Serwer WWW Apache w wersji 2.2 i wyższej lub kompatybilny,*
- b. Skryptowy język programowania PHP w wersji 5.2.2 lub wyższej,*
- c. Moduły rozszerzające PHP*

php5-5.2.9, php5-bz2-5.2.9, php5-ctype-5.2.9, php5-curl-5.2.9, php5-dom-5.2.9, php5-exif-5.2.9, php5-extensions-1.3, php5-filter-5.2.9, php5-ftp-5.2.9, php5-gd-5.2.9, php5-gettext-5.2.9, php5-hash-5.2.9, php5-iconv-5.2.9, php5-imap-5.2.9, php5-json-5.2.9, php5-mbstring-5.2.9, php5-mcrypt-5.2.9, php5-mysql-5.2.9, php5-openssl-5.2.9, php5-pcre-5.2.9, php5-pdo-5.2.9, php5-posix-5.2.9, php5-ldap-5.2.9, php5-redis-5.2.9, php5-session-5.2.9, php5-simplexml-5.2.9, php5-sockets-5.2.9, php5-spl-5.2.9, php5-sqlite-5.2.9, php5-tidy-5.2.9, php5-tokenizer-5.2.9, php5-xml-5.2.9, php5-xmlreader-5.2.9, php5-xmlwriter-5.2.9, php5-zip-5.2.9, php5-zlib-5.2.9,

- d. Baza danych MySQL w wersji 5.*

7.3 Zamawiający otrzyma prawa autorskie w zakresie motywu graficznego i zawartości z możliwością swobodnej ingerencji w strukturę strony i motywu graficznego oraz bezterminową licencję na wszystkie programy, które będą niezbędne do prawidłowego funkcjonowania strony”.

Zamawiający prosił o uwzględnienie powyższych zmian w swojej ofercie i wskazywał, iż brak dopisania rozdziału IV w formularzu ofertowym - załącznik nr 3 oraz wyceny tej pozycji spowoduje odrzucenie oferty jako nie spełniającej wymogów SIWZ. W związku ze zmianą zapisów w SIWZ zamawiający przedłużył też termin składania ofert.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. skierowanym do wykonawcy ESAPROJEKT sp. z o.o. wskazał, iż w odpowiedziach na pytania z dnia 18 lutego 2011 r. w pkt 22 określił, że: „Usługi obejmujące instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania mają być w ilości nie mniejszej niż 185 roboczodni. W wymaganiach ogólnych dotyczących oprogramowania aplikacyjnego HIS i ERP w pkt 19 ESAPROJEKT sp. z o.o. potwierdziła przewidywaną ilość roboczodni nie mniejszą niż 185. W opisie przedmiotu zamówienia dołączonym do oferty ESAPROJEKT sp. z o.o w pkt 5 jest: ilości łącznej nie mniejszej niż 176 dni”. W ofercie ESAPROJEKT sp. z o.o. w rozdziale II „Pierwsza instalacja” – wymieniono 176 dni. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie tych rozbieżności. Pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. zamawiający wskazał, iż

odpowieź na pismo z dnia 11 kwietnia 2011 r. naleŹy dostarczyċ faxem do 13 kwietnia 2011 r., a w oryginale do 15 kwietnia 2011 r. g. 13.00.

W wyjaŹnieniach z dnia 13 kwietnia 2011 r. wykonawca ESAPROJEKT sp. z o.o oŹwiadczyĹ, iŹ w jego ofercie zostaĹy zadeklarowane wymagane 185 roboczodni dotyczĄcych instalacji oprogramowania aplikacyjnego. W tabeli, na kturĄ powoĹuje siċ zamawiajĄcy, liczba wymaganych dni dla poszczegolnych pozycji byĹa podana bezpoŹrednio przez zamawiajĄcego i definiowaĹa wartoŹci minimalne dla poszczegolnych moduĹow. ZamawiajĄcy nie zdefiniowaĹ dla kturwego moduĹu ma byċ przeznaczony wiċcej godzin, pozostawiajĄc tċ decyzjċ oferentowi. ZamawiajĄcy nie zmodyfikowaĹ tego formularza po odpowiedziach na zadane pytania. ESAPROJEKT sp. z o.o. potwierdzajĄc zaoferowanie 185 roboczodni rŹwnoczeŹnie skalkulowaĹa ich koszty w przytaczanej tabeli. ESAPROJEKT sp. z o.o wskazywaĹa, iŹ 10 roboczodni przeznaczonych jest na instalacjċ oprogramowania zwiĄzanego z wytworzeniem strony internetowej, kturę mieszczĄ siċ w zakresie „UsĹug obejmujĄcych instalacjċ oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie uŹytkownikŹw i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania)”. Przeznaczone 10 roboczodni speĹnia zarŹwno minimalny warunek 1 roboczodni z tabeli wymagany przez zamawiajĄcego , a rŹwnoczeŹnie potwierdza zaoferowanie 185 roboczodni. Dodatkowym potwierdzeniem tego jest pkt 19 wymagaĹ ogolnych dotyczĄcych oprogramowania aplikacyjnego HIS i ERP, gdzie wykonawca potwierdziĹ przewidywanĄ iloŹ roboczodni nie mniejszĄ niŹ 185. W pkt 5 przedmiotu zamŹwienia omyĹkowo wpisaĹ ĹącznĄ wartoŹ roboczodni nie mniejszĄ niŹ 176, jednak oŹwiadczyĹ, iŹ przeznaczy na ten cel nie mniej niŹ 185 roboczodni.

W oparciu o powyŹszy stan faktyczny Izba zwaŹyĹa, co nastċpuje.

W pierwszej kolejnoŹci Izba ustaliĹa, Źe odwoĹanie nie zawiera brakŹw formalnych (braki formalne usuniċto w wyznaczonym terminie), uiszczono od niego wpis, jak rŹwnieŹ nie zaistniaĹy przesĹanki odrzucenia odwoĹania okreŹlone ustawĄ Pzp. W szczegolnoŹci Izba nie stwierdziĹa, aby takĄ przesĹankĄ byĹa okolicznoŹ, iŹ kopia odwoĹania przesĹana zamawiajĄcemu faxem byĹa w zakresie czċŹci zaĹĄcznikŹw zawartych na stronie 15-17 oraz 22-23 nieczytelna. ZamawiajĄcy nie przedstawiĹ dowodu potwierdzajĄcego, iŹ poinformowaĹ o tej okolicznoŹci odwoĹujĄcego, a ponadto nieczytelne zaĹĄczniki byĹy dokumentami z postċpowania o udzielenie zamŹwienia znanymi zamawiajĄcemu. Tym samym uprawnienie zamawiajĄcego do zapoznania siċ z treŹciĄ odwoĹania nie zostaĹo w Źaden sposŹb ograniczone.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego oferta została sklasyfikowana jako druga na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ, a zatem ma on możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ESAPROJEKT sp. z o.o., pomimo iż była ona sprzeczna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawca ten w treści swojej oferty nie uwzględnił zmiany SIWZ dokonanej przez zamawiającego w wyniku wyjaśnień z dnia 18 lutego 2011 r. i nie zaoferował wymaganej minimalnej liczby 185 roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe w zakresie oprogramowania aplikacyjnego, Izba uznaje zarzut za niezasadny. Odwołujący wskazywał, iż w wyniku wyjaśnień zamawiającego dotyczących załącznika nr 3a pkt 2 ppkt 5 "Usługi obejmujące instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania) w ilości łącznej nie mniejszej niż 176 roboczodni (1 roboczodzień ~ 7 godzin pracy 1 pracownika oferenta w szpitalu) i załącznika nr 3a pkt 2 pkt 19 Wymagania ogólne "Przewidywana ilość roboczodni (1 roboczodzień ~ 7 godzin pracy 1 pracownika oferenta w szpitalu) przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowo w szpitalu nie może być mniejsza niż 185 roboczodni" ustalono, iż ilość roboczodni ma być nie mniejsza niż 185. Zdaniem odwołującego powyższe wyjaśnienie stanowiło wystarczającą podstawę dla wykonawców do dokonania odpowiednich zmian w formularzu ofertowym, które odzwierciedlałyby treść wyjaśnień, tj. aby wynikało z niego, iż oferują 185 roboczodni. Należy jednak podkreślić, iż zgodnie z ustaloną przez zamawiającego i wiążącą dla wykonawców treścią SIWZ wykonawcy byli zobligowani do złożenia oferty na formularzu ofertowym, którego wzór został narzucony przez zamawiającego. Powyższego wymogu nie sposób rozpatrywać jedynie jako posiadającego wymiar formalny, gdyż formularz ofertowy wskazywał na określoną, a zatem istotną dla zamawiającego treść. W ramach formularza ofertowego zamawiający określił minimalną ilość roboczodni przeznaczonych na pierwszą instalację części administracyjnej i medycznej oprogramowania aplikacyjnego, obejmującą instalację, szkolenia użytkowników i wizyty konsultacyjne, szczegółowo precyzując ilość dni przeznaczonych na poszczególne moduły. Zamawiający w treści tegoż formularza nie pozostawił miejsca na własne propozycje oferentów, zakładając, iż przedmiot oferty, a zarazem i wyceny, powinien uwzględniać dane przedstawione przez zamawiającego. Oznacza to zatem, iż kompetencja do ustalenia

sposobu rozdysponowania wymaganą minimalną ilością roboczodni przysługiwała zamawiającemu, a nie oferentom. Tym samym w oparciu o treść wyjaśnień z dnia 18 lutego 2011 r. nie dysponowali wystarczającą wiedzą co do sposobu dokonania zmian formularza oferty. Niewątpliwie w treści formularza ofertowego w kolumnie piątej zamawiający, ustalając minimalną ilość roboczodni przeznaczoną na poszczególne moduły, ujął tylko 176 dni. Powyższe pozostawało w zgodzie z treścią pkt 3 ppkt 8 załącznika nr 3a zawierającego grafik pierwszej instalacji, jak również z załącznikiem 3a Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 5, gdzie także wskazano na liczbę 176 roboczodni na usługi instalacyjne i pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne). Jedyne załącznik nr 3a Wymagania funkcjonalne systemu pkt 2 ppkt 19 dotyczący wymagań ogólnych systemu odnosił się do 185 roboczodni, wskazując na przewidywaną ilość roboczodni przeznaczonych na usługi instalacyjno-szkoleniowe w szpitalu. Tym samym SIWZ zawierała treść, której zarzucić można wewnętrzną sprzeczność, jeśli przyjąć, iż zamiarem zamawiającego było ustalenie jednolitej liczby roboczodni poświęconych na usługi instalacyjno-szkoleniowe wymienione w załączniku nr 3a Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 5 oraz załączniku nr 3a Wymagane funkcje systemu pkt 2 ppkt 19. W tym zakresie zamawiający nie był w swym stanowisku konsekwentny. Wskazywał bowiem na rozprawie, iż jego zamiarem było, aby oferenci zapewnili 185 roboczodni z przeznaczeniem na wszystkie czynności instalacyjno-szkoleniowe, z uwzględnieniem konkretnych minimalnych wartości dotyczących instalacji poszczególnych modułów oprogramowania medycznego. Pozostałe 9 roboczodni mogłyby zatem dotyczyć np. konfiguracji całościowej systemu czy instalacji strony internetowej, zależnie od potrzeb zamawiającego. Sposób sformułowania SIWZ mógł jednak być odczytywany przez wykonawców także w inny sposób, a mianowicie jako wymóg 185 dni na czynności instalacyjno-szkoleniowe tylko w zakresie poszczególnych modułów oprogramowania aplikacyjnego (tak jak w formularzu ofertowym), co sugerowało umiejscowienie powyższego wymogu w pkt dotyczącym wymagań ogólnych oprogramowania aplikacyjnego HIS i ERP. Przedmiotowa sprzeczność jedynie pozornie została usunięta poprzez wyjaśnienia z dnia 18 lutego 2011 r., w których zamawiający wskazał na 185 jako właściwą liczbę roboczodni. Zamawiający odniósł się bowiem do zapytania wykonawcy w sposób bardzo ogólnikowy, nie precyzując, czy liczba 185 dotyczy wszelkich przewidywanych usług instalacyjno-szkoleniowych, czy też usług związanych jedynie z pierwszą instalacją oprogramowania aplikacyjnego. Nie dokonał równocześnie modyfikacji SIWZ w żadnym zakresie w trybie wskazanym ustawą Pzp ani nie nakazał takiej modyfikacji wykonawcom. Zamawiający, formułując treść odpowiedzi, pominął fakt, iż budząca wątpliwości liczba 176 roboczodni wskazana została także w innych postanowieniach SIWZ, w szczególności w formularzu ofertowym, który należało wypełnić, podając ceny za instalację poszczególnych modułów,

przy czym ceny te ustalane były w oparciu o wskazaną przez zamawiającego ilość roboczodni przeznaczoną na poszczególne moduły. Oznacza to zatem, iż wykonawcy zostali przez zamawiającego postawieni w sytuacji niejako patowej: mieli przedstawić swoją ofertę w oparciu o formularz ofertowy, w którym jednoznacznie wskazano na 176 roboczodni na usługi pierwszej instalacji, a nie 185 dni, a jednocześnie w wycenie winni uwzględnić nie 176, lecz 185 roboczodni, choć formularz ofertowy nie zawierał miejsca, gdzie należało to uczynić. Ponadto także zakres ujęty w 185 roboczodniach mógł budzić wątpliwości z uwagi na ogólnikową treść wyjaśnień. Brak było również wytycznych zamawiającego, jak dokonać ewentualnej zmiany formularza ofertowego. Zmiana formularza ofertowego poprzez modyfikację liczby roboczodni przeznaczonych na poszczególne moduły mogła zatem wiązać się z zarzutem złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ, jak i brak takiej modyfikacji mógł być obciążony takim samym ryzykiem z uwagi na potencjalny zarzut braku wyceny 185 roboczodni. Wniosek taki mógł być tym bardziej uprawniony, że w tej samej dacie, choć odrębnym pismem, zamawiający zmodyfikował formularz ofertowy oraz załącznik nr 3a, dodając postanowienia dotyczące wytworzenia strony internetowej i wskazując, iż nieuwzględnienie tych zmian i brak wyceny stworzenia strony internetowej w formularzu skutkować będzie odrzuceniem oferty. Skutkiem powyższej sprzeczności nie sposób jednak obciążać wykonawcę. Zamawiający słusznie powołał się na utrwaloną linię orzeczniczą, iż negatywne konsekwencje braku staranności zamawiającego w redakcji SIWZ obciążają zamawiającego, a wątpliwości interpretacyjne postanowień SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Działa on bowiem w zaufaniu do zamawiającego zobligowanego do jednoznacznego i jasnego formułowania postanowień SIWZ. Konsekwencje w postaci uznania treści oferty za sprzeczną z SIWZ odnosić należy do jej postanowień nie budzących wątpliwości interpretacyjnych. Tym samym, zdaniem Izby, nie jest zasadnym przyjęcie, iż ofertę ESAPROJEKT sp. z o.o. należy uznać za sprzeczną z SIWZ, ponieważ w treści formularza ofertowego wykonawca ten wskazał jedynie 176 roboczodni, podczas gdy, zdaniem odwołującego, w oparciu o wyjaśnienia zamawiającego z 18 lutego 2011 r. winien dokonać modyfikacji formularza tak, aby wynikało z niego 185 dni roboczych. Trzeba ponownie podkreślić, iż zamawiający ani nie nakazał modyfikacji formularza ofertowego ani też grafiku zawartego w załączniku nr 3a pkt 3 Wymagania dotyczące etapów instalacji i szkoleń i szczegółowy harmonogram działań ppkt 8 zbieżnego z treścią formularza ani nie wskazał podstaw do dokonania takiej modyfikacji. Należy zatem uznać, iż dotychczasowe brzmienie formularza było dla wykonawców wiążące, zaś zmiany tego formularza poczynione samodzielnie przez wykonawców mogłyby być związane z ryzykiem zarzutu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Odwołujący nie może zatem postrzegać własnego sposobu działania, tj. modyfikacji formularza ofertowego w wybranym przez siebie zakresie, jako jedyne właściwego wypełnienia dyspozycji zamawiającego. Co więcej

wątpliwości co do uprawnienia do samodzielnej korekty SIWZ podnieść można także w odniesieniu do załącznika nr 3a pkt 2 ppkt 5. Zamawiający narzucił bowiem pewne rozumienie treści SIWZ, jednak uczynił to w sposób na tyle lakoniczny, iż samodzielne poprawienie załącznika nr 3a załączanego obligatoryjnie do formularza ofertowego także mogło budzić wątpliwości wykonawcy, skoro nie było takiego polecenia ze strony zamawiającego. Tym samym ani niedokonanie zmiany formularza ofertowego ani nieuwzględnienie w załączonym do formularza ofertowego załączniku nr 3a korekty liczby 176 na 185, wobec braku stanowczej, precyzyjnej i jednoznacznej decyzji zamawiającego w tej mierze, nie może być postrzegane jako wystarczające do uznania, iż oferta ESAPROJEKT sp. z o.o. jest sprzeczna z SIWZ. SIWZ nie została bowiem zmodyfikowana w sposób przewidziany ustawą Pzp, a wykonawcy nie są zobligowani do zastępowania w tym zakresie zamawiającego poprzez ustalanie interpretacji niejasnych czy sprzecznych treści SIWZ. Ponadto nawet gdyby uznać, iż wskutek wyjaśnień z 18 lutego 2011 r. należało dokonać korekty załącznika nr 3a pkt 2 ppkt 5 poprzez zastąpienie liczby 176 liczbą 185, to brak takiej korekty, uwzględniając niejasne stanowisko zamawiającego, mógłby podlegać poprawieniu przez zamawiającego jako omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było bowiem umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziły to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Bez wątpliwości bowiem wykonawca w tym samym formularzu ofertowym w pkt 2 ppkt 19 złożył oświadczenie o zaoferowaniu 185 roboczo-dni na czynności instalacyjno-szkoleniowe, a brak dokonania zmian w załączniku nr 3a pkt 2 ppkt 5 przypisać można niejednoznaczniemu stanowisku zamawiającego.

Należy zatem rozważyć, czy dopuszczalnym jest przyjęcie, jak czyni to odwołujący, iż w ofercie ESAPROJEKT sp. z o.o. nie ujęto pełnego kosztu wykonania zamówienia, tj. kosztu 185 roboczo-dni usług instalacyjno-szkoleniowych, co przemawiałoby za uznaniem, iż wykonawca ESAPROJEKT sp. z o.o. poprzez zaniżenie zakresu zadań nie zaproponował realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jego oferta jest przez to niezgodna z SIWZ. Zdaniem Izby w świetle okoliczności niniejszej sprawy brak jest podstaw dla słuszności powyższego stanowiska. W wyjaśnieniach ESAPROJEKT sp. z o.o. zapewniła, iż treść jej oferty obejmuje 185 dni roboczych dotyczących instalacji

oprogramowania aplikacyjnego. Przystępujący podnosił, iż zamawiający nie wskazał przesłanek do zmiany formularza ofertowego, toteż wykonawca nie znajdował podstaw do jego samodzielnej modyfikacji w świetle dotychczasowego brzmienia formularza, który w zakresie minimalnej liczby roboczodni na poszczególne moduły był ustalony przez zamawiającego. Jednakże, jak oświadczył, koszty zostały przez wykonawcę uwzględnione. W ocenie Izby okoliczność braku możliwości zamieszczenia w formularzu ofertowym wyceny spowodowana niezmodyfikowaniem go przez zamawiającego nie jest tożsama z domniemaniem czy przesądzeniem braku wyceny w ofercie wymaganych roboczodni zwłaszcza, że liczba 185 dni pojawiła się już w pierwotnej treści SIWZ i bez wątplenia wykonawca zadeklarował w treści oferty 185 roboczodni na usługi instalacyjno-szkoleniowe w szpitalu (w załączniku nr 3a pkt 2 ppkt 19 wpisał „TAK”). W ocenie Izby nie jest zasadne przyjęcie, jak uczynił to odwołujący, że sam fakt, iż główna część oferty zawarta w formularzu ofertowym, która stanowić miała podstawę kalkulacji wynagrodzenia, zawiera jedynie 176 roboczodni przeznaczonych na instalację i szkolenie w zakresie oprogramowania medycznego i administracyjnego. Okoliczność ta w ocenie Izby nie przekłada się bezpośrednio na fakt wyceny lub braku wyceny wymaganych 185 roboczodni. Nie jest bowiem w żaden sposób wykluczone, iż wykonawca w formularzu ofertowym, stosując się do instrukcji zamawiającego, ujął wprawdzie 176 dni, jednak objął wyceną rzeczywisty koszt wynikający z wymagań SIWZ zaakceptowanych i potwierdzonych przez wykonawcę (tj. 185 dni). Nie można bowiem pomijać faktu, iż poprzez załączenie do formularza ofertowego załącznika nr 3a, gdzie w pkt 2 ppkt 19 wpisał „TAK”, zaoferował gotowość wykonania usług instalacyjno-szkoleniowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie. Wprawdzie treść wyjaśnień ESAPROJEKT sp. z o.o., w których podnosił, iż 10 roboczodni przeznaczonych jest na instalację oprogramowania związanego z wytworzeniem strony internetowej, które mieszczą się w zakresie „Usług obejmujących instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania), co spełnia zarówno minimalny warunek 1 roboczodni z tabeli wymagany przez zamawiającego, jak i potwierdza zaoferowanie 185 roboczodni, może budzić wątpliwość co do dokonanej przez wykonawcę ESAPROJEKT sp. z o.o. kwalifikacji instalacji oprogramowania związanego z wytworzeniem strony internetowej jako dotyczącego oprogramowania aplikacyjnego, jednak w ocenie Izby sposób i miejsce dokonania takiej wyceny w formularzu ofertowym, w świetle braku precyzyjnych postanowień SIWZ wskazujących wykonawcy sposób postępowania w takim przypadku, winno być uznawane za nie posiadające rozstrzygającego znaczenia. Zwłaszcza uwzględniając ogólny charakter odpowiedzi zamawiającego z dnia 18 lutego 2011 r. wykonawca miał podstawy uznawać, na co zresztą zasadnie wskazywano w przystąpieniu, iż wymiar 185 roboczodni może dotyczyć

wszelkich czynności szkoleniowych i instalacyjnych w szpitalu. Ponadto skoro zamawiający nie zawarł w SIWZ ani wyjaśnieniach do SIWZ żadnej instrukcji co do sposobu rozdysponowania dodatkowymi 9 roboczodniami, należy przyjąć, iż decyzja co do ich wykorzystania pozostawać będzie w sferze dyspozytywnej zamawiającego, a zatem kwalifikacja dokonana przez wykonawcę ma w gruncie rzeczy charakter drugorzędny. Istotne jest natomiast, iż bez wątplenia zakresem oświadczenia woli wykonawcy objęta była gotowość wykonania zamówienia w wymaganym zakresie 185 roboczodni. Nie sposób też pominąć okoliczności, iż wykonawcy nie zostali poinformowani, w jak zobrazować fakt wyceny zadeklarowanych 185 dni, skoro formularz ofertowy dotyczy jedynie 176 dni. Ponadto nawet ujęcie tej wyceny w niewłaściwy sposób nie wpływa na okoliczność, iż należy uznać, iż takiej wyceny w ogóle brak. To bowiem zamawiający poprzez nieprawidłową redakcję SIWZ wymusił niejako na wykonawcach poszukiwanie rozwiązania, które z jednej strony uwzględniałoby wzorcowy charakter formularza ofertowego, z drugiej natomiast respektowało wymogi SIWZ, z którymi formularz ofertowy nie jest w pełni zgodny. Jak było już wskazane powyżej, konsekwencje takiej redakcji SIWZ nie mogą obciążać wykonawcy. Ponadto należy uwzględnić charakter formularza ofertowego oraz sposób określenia wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak wynika choćby z treści pisma zamawiającego z dnia 18 lutego 2011 r. dotyczącego modyfikacji SIWZ w zakresie wytworzenia strony internetowej formularz ofertowy miał m.in. na celu weryfikację, czy wykonawca zaoferował wykonanie całości zamówienia oraz kalkulację tego wynagrodzenia. Miał zatem walor głównie informacyjny, ponieważ zgodnie z treścią wzoru umowy dostawy obowiązującego we wszystkich zadaniach (§ 2) wynagrodzenie za wykonanie zamówienia nie ma charakteru kosztorysowego, lecz ryczałtowy. Tym samym formularz ofertowy nie stanowi kosztorysu służącego do rozliczenia umowy, przynajmniej okoliczność taka nie wynika z załączonego do SIWZ wzoru umowy. Tym bardziej zatem brak należytej staranności zamawiającego w formułowaniu tegoż formularza ofertowego (czy też załączników do niego) nie może decydować o uznaniu, iż oferta wykonawcy ESAPROJEKT sp. z o.o., który zastosował się do jego literalnej treści, podlega odrzuceniu jako sprzeczna z SIWZ. Nie sposób bowiem pominąć czy uznać za nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy, iż wykona zamówienie w wymaganym zakresie, jak i w takim zakresie je wycenił.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie ESAPROJEKT sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących postanowień głównej części oferty zawartych w formularzu ofertowym Izba uznaje za bezzasadny. Odwołujący wskazywał, iż treść oferty zawarta w formularzu ofertowym nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten odnosi się do wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. załączanych do

oferty na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych oraz warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia (warunków przedmiotowych), a nie treści samej oferty zawartej w formularzu ofertowym. Zdaniem odwołującego już ten fakt przesądza o braku skuteczności wezwania do wyjaśnień. Nawet więc w przypadku, gdyby załączniki do oferty wskazywały na inną ilość roboczdni, sprzeczność, jaka istnieje pomiędzy treścią oferty i jej załączników, nie nadaje się do usunięcia w żadnym trybie przewidzianym ustawą Pzp, w tym w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień. Izba stwierdza, iż odwołujący w swoich wywodach pomija okoliczność, iż z samej treści pism z 11 i 12 kwietnia 2011 r. skierowanych do ESAPROJEKT sp. z o.o. i wzywających do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej liczby roboczdni w zakresie usług obejmujących instalację oprogramowania aplikacyjnego oraz pierwsze uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego (w tym szkolenie użytkowników i wizyty konsultacyjne przy i po uruchomieniu oprogramowania aplikacyjnego) nie wynika podstawa prawna wezwania. Wyjaśnienia dotyczyć miały formularza ofertowego oraz załącznika nr 3a stanowiącego zgodnie z postanowieniami SIWZ jego integralną część, a zatem zasadniczej części oferty, nie zaś dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych czy przedmiotowych. Tym samym wniosek odwołującego, aby postawy tej upatrywać w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za nie posiadający oparcia ani w stanie faktycznym sprawy ani w charakterze dokumentu podlegającego wyjaśnieniu. Równie uprawnione jest zatem twierdzenie, iż podstawę taką stanowi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, który przyznaje zamawiającemu prawo do wyjaśniania treści oferty, jeśli podejmie w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości. Jest to prawo zamawiającego, z którego może skorzystać w każdym przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty, a niewątpliwie formularz ofertowy i załącznik nr 3a stanowi treść oferty. To właśnie zaniechanie wezwania do wyjaśnień i odrzucenie oferty, w sytuacji gdy istniały wątpliwości co do jej treści, mogłoby być związane z zarzutem naruszenia ustawy Pzp, ponieważ art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak przyjmuje się w orzecznictwie, należy rozpatrywać raczej jako kompetencję zamawiającego, która staje się jego obowiązkiem w celu zachowania należytej staranności w przeprowadzaniu badania i oceny oferty (tak wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1519/09 KIO/UZP 1520/09). Oczywiście w świetle brzmienia art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp tryb wyjaśnień może służyć wyłącznie do uzyskania wykładni autentycznej złożonego oświadczenia woli stanowiącego ofertę, nie może natomiast stanowić podstawy do negocjacji treści oferty czy dokonywania w niej zmian, choć w indywidualnych przypadkach jest dopuszczalny dla ustalenia, czy np. zaistniała przesłanka określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/09). Tym samym należy uznać, iż słuszne jest stanowisko zamawiającego, który wobec sprzecznych

sformułowań SIWZ i niedoprecyzowanej treści wyjaśnień z dnia 18 lutego 2011 r. wystąpił do wykonawcy ESAPROJEKT sp. z o.o. o wyjaśnienia treści oferty. Izba pragnie zauważyć, iż to nie podstawa prawna decyduje o prawidłowości złożenia wyjaśnień. Nawet jeżeli podstawa prawna wezwania do wyjaśnień jest nieprawidłowa (choć w niniejszym przypadku w ogóle jej nie wskazano), to wykonawca, który zastosował się do wystosowanego wezwania, nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami zamawiającego. W ocenie Izby kwalifikacja podstawy prawnej żądania wyjaśnień ma znaczenie drugorzędne, lecz badać należy, czy zastosowanie procedury wyjaśnień w danym stanie faktycznym było uprawnione. Ponadto przywoływane przez odwołującego orzecznictwo jest nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. Wyrok KIO z dnia 4 maja 2010 r. KIO/UZP 532/10 dotyczy sytuacji, gdy kosztorys ofertowy był częściowo nieczytelny (nie można było ustalić treści niektórych stron), a wynagrodzenie za wykonanie zamówienia miało charakter kosztorysowy, co było w sprawie bezsporne. Tym samym tezy wynikające z tego orzeczenia nie mogą stanowić uzasadnienia dla poczynionej przez odwołującego generalizacji, iż kosztorys ofertowy nie podlega procedurze wyjaśniania. W stanie faktycznym tamtejszej sprawy wniosek powyższy był uprawniony, ponieważ bezprzedmiotowe jest wyjaśnianie nieczytelnej treści oferty. Natomiast przywołany wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1748/10 potwierdza jedynie obligatoryjny charakter instytucji przewidzianych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a zatem, iż żadne domniemania co do bezskutecznego charakteru tych wezwań nie zwalniają z obowiązku ich zastosowania z wyłączeniem dwóch wyjątków wskazanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie do wyjaśnień w niniejszej sprawie odnosiło się do ustalenia okoliczności dotyczących zgodności oferty z treścią SIWZ, oferta nie podlegała odrzuceniu z jakiegokolwiek innej przyczyny, stąd, niezależnie od niewłaściwej argumentacji odwołującego co do podstawy prawnej wezwania, nie zachodzi żadna okoliczność, która powyższe wezwanie czyniłaby bezprawnym czy niecelowym. Jak było to wskazane powyżej, wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, co jest niedozwolone po jej złożeniu – mogą ograniczać się tylko do rozumienia jej treści. W przedmiotowym przypadku nie doszło do zmiany treści oferty, a i odwołujący takiego zarzutu nie postawił, stwierdzając, iż wykonawca ESAPROJEKT sp. z o.o., udzielając wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, w istocie nie zmodyfikował ilości roboczodni przeznaczonych na usługi szkoleniowo-instalacyjne w zakresie oprogramowania aplikacyjnego, które zostało opisane w załączniku nr 3a jako oprogramowanie HIS (Hospital Information System – Szpitalny System Informacyjny) oraz ERP (Enterprise Resource Planning – Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa). Odwołujący podnosił, iż ESAPROJEKT sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazała, że dodatkowe 10 roboczodni zawarto dla usługi instalacji oprogramowania strony internetowej, co jednak nadal nie oznacza spełnienia wymagania, ponieważ oprogramowanie strony internetowej nie

jest oprogramowaniem aplikacyjnym, rozumianym jako oprogramowanie części medycznej i administracyjnej Szpitalnego Systemu Informacyjnego. Powyższa argumentacja dotyczy zatem w istocie zarzutu niespełnienia przez ofertę ESAPROJEKT sp. z o.o. wymagań SIWZ (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), do czego Izba odniosła się powyżej, nie zaś naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Na rozprawie odwołujący wskazywał, iż zarzut dotyczący niezgodnego z ustawą Pzp żądania wyjaśnień odnosi się również do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje uzasadnienie odwołania. Izba podnosi, iż w jej ocenie powyższe stwierdzenie stanowi de facto rozszerzenie zarzutów odwołania, gdyż odwołujący w treści odwołania nie powołuje się w żadnym zakresie na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lecz jednoznacznie referuje swoją argumentację do zakresu i przesłanek zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże oceniając zasadność zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz uwzględniając w tym zakresie stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Izba stwierdza, iż powyżej odniosła się również do dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszym przypadku.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3600 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą w wysokości 231 zł wynikające z przedłożonych biletów. Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztu dojazdu na podstawie faktury VAT przedłożonej przez pełnomocnika w wysokości 284,13 zł (kwota 231 zł powiększona o podatek VAT w wysokości 23%), uznając, iż uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego związane z dojazdem na posiedzenie lub rozprawę przed Izbą obejmują wyłącznie rzeczywiste koszty dojazdu (tu: bilety PKP), natomiast ustalony pomiędzy zamawiającym a pełnomocnikiem sposób rozliczenia tych kosztów (tu: na podstawie faktury VAT) nie może w sposób negatywny rzutować na zakres obowiązku zwrotu obciążający stronę przegrywającą.

Przewodniczący:

.....