

Sygn. akt: KIO/UZP 1029/09

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Członkowie:        Izabela Niedziałek – Bujak**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant:       Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47.**

### **Uzasadnienie**

Odwołujący – EXATEL S.A. w Warszawie uczestniczący w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Połączenie Centrali NFZ z oddziałami Wojewódzkimi NFZ siecią rozległą WAN” zarzucił Zamawiającemu – Narodowemu Funduszowi Zdrowia naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, zaniechanie wykluczenia wykonawcy – Crowley Data Poland sp. z o. o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.2 SIWZ - opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia – Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania 3 usług instalacji w zakresie WAN dla więcej niż 10 węzłów danej instalacji przy szybkościach transmisji nie mniejszych niż 1 Mb/s.

Wykonawca Crowley Data Poland sp. z o. o. wykazał w załączonym do oferty wykazie 5 usług, których odbiorcami byli: NBP, Comarch SA, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji m.st. Warszawy S.A., Instytut Pamięci Narodowej oraz Net-Serwis sp. z o. o.

Wskazał 3 usługi, które w jego ocenie nie spełniają warunku opisanego w pkt 3.2. SIWZ  
W odniesieniu do usługi wykonanej dla ComArch SA Odwołujący stwierdził, że budowa sieci WAN odbyła się wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, bowiem usługa transmisji danych świadczona przy wykorzystaniu tej sieci wykonywana jest od listopada 2005 r., co wynika z treści załączonych referencji.

Podobnie w odniesieniu do usługi wykonanej dla NET-Serwis sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że referencje wystawione zostały w okresie wcześniejszym tj. w lutym 2005 r., a tym samym nie potwierdzają zbudowania sieci WAN w okresie ostatnich 3 lat.

Oceniając usługę wykonaną na rzecz MPWiK S.A. Odwołujący stwierdził na podstawie treści referencji, że przedmiotem zamówienia była dostawa wraz z usługą, która miała trwać 32 miesiące począwszy od 6 kwietnia 2006 r., co oznacza, że zestawienie łączy musiało odbyć się przed kwietniem 2006 r., a więc wcześniej niż 3 lata przed wszczęciem postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że złożony przez wykonawcę dokument Protokołu końcowego odbioru prac (na rzecz NBP) nie zawiera żadnych informacji pozwalających na zidentyfikowanie odebranych prac, w szczególności nazwy ani zakresu rzeczowego zamówienia. Z treści tego protokołu wynika, że z dniem 27.12.2007 r. możliwe było rozpoczęcie świadczenia usługi ATM, co pozostaje w sprzeczności treścią wykazu usług, gdzie stwierdzono, że budowa sieci WAN trwała od grudnia 2007r. Odwołujący stwierdza, że sieć WAN musiała zostać zbudowana wcześniej.

Odnosnie usługi na rzecz IPN Odwołujący wskazał, że wbrew opisowi w Wykazie wykonanych usług, wykonawca Crowley Data Poland w dacie w nim wskazanej rozpoczął świadczenie usług transmisji danych, co oznacza, iż sama sieć powstała wcześniej, jednak brak jest informacji, w jakiej dacie i czy data ta mieści się w 3-letnim okresie przed wszczęciem postępowania.

Z przedstawionych względów, zdaniem Odwołującego, wykonawca podlega wykluczeniu, a Zamawiający nie miał podstaw zastosowania względem wykonawcy procedury z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, gdyż jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący powołał pkt 3.3.1. SIWZ - Oświadczenie o oferowanej cenie za realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym cena oferty powinna zostać przedstawiona jako opłata:

- 1/ łączna cena za realizację całości zamówienia w okresie obowiązywania umowy,
- 2/ miesięczna cena za świadczenie usługi w rozbiciu na łącze każdej lokalizacji.

Oferowane ceny należało wpisać w formularzu oferty (załącznik nr 3 do SIWZ).

Odwołujący stwierdził, że w wybranej przez Zamawiającego ofercie nie zawarto informacji w przedmiocie miesięcznej ceny za świadczenie usługi. Wskazał, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyznał, iż treść oferty nie jest zgodna z formularzem wskazanym w SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że w części Szczegółowy opis technicznej realizacji łączy dostępowych, wykonawca nie zawarł informacji odnośnie kategorii ruchu dla 25% łączy.

Wykonawca oświadczył, że w zakresie 25% łączy odbywał się będzie ruch produkcyjny z parametrami: opóźnienie poniżej 30 ms, jitter poniżej 15 ms, natomiast w zakresie 50% łączy odbywał się będzie ruch intranetowy charakteryzujący się opóźnieniem poniżej 50 ms. Z

zestawienia wynika, że wykonawca nie przydzielił Zamawiającemu 100% łącza, a jedynie 75%, czego konsekwencją jest obniżenie prędkości łącza, wskutek czego wymagane 8 Mb/s nie będzie dotrzymane.

Powyższe stanowi o niekompletności oferty, która w ocenie Odwołującego powinna być odrzucona.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności z SIWZ oraz uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Zamawiający uznał podniesione zarzuty za nieuzasadnione i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że bezsporne jest, iż wymienione przez wykonawcę usługi zrealizowane zostały w okresie wymaganym postanowieniami SIWZ i ogłoszenia.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) istotnym dla wykazania się posiadaniem doświadczenia jest to, żeby zamówienia były wykonywane w określonym ustawowo czasie. Nie jest istotne dla wykazania doświadczenia, że wykonywanie danego zamówienia rozpoczęło się przed ustawowym terminem, ważne, iż trwało również w okresie, który wymagał Zamawiający. Zamawiający stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że wymagane usługi są zaliczane do usług obejmujących świadczenia okresowe, zatem przedłożony przez wykonawcę wykaz usług jest zgodny z treścią rozporządzenia i spełnia wszystkie przesłanki wynikające z przepisów ustawy oraz wymagania Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu braku informacji odnośnie kategorii ruchu dla 25% łącza, Zamawiający stwierdził, iż w części szczegółowy opis techniczny realizacji łącz dostępowych, Wykonawca zawarł informacje:

- pierwsza kategoria (A) – ruch produkcyjny (zagwarantowane nie mniej niż 25% pasma dostępowego, wymagane jest, aby średnia wartość opóźnienia w jednym kierunku między Centralą NFZ a Oddziałem Wojewódzkim NFZ nie wynosiła więcej niż 30 ms, a średnia wariancja opóźnienia pakietu IP – jitter (ang. IP Delay Variation) nie wynosiła więcej niż 15 ms). Kategoria (A) ruchu produkcyjnego musi posiadać najwyższy priorytet.
- druga kategoria (B) ruch intranetowy (zagwarantowane nie mniej niż 50% pasma dostępowego, wymagane jest, aby średnia wartość opóźnienia w jednym kierunku pomiędzy Centralą NFZ a Oddziałem Wojewódzkim NFZ nie wynosiła więcej niż 50 ms),

Pozostałe 25% ma stanowić trzecia kategoria tj.

- trzecia kategoria (C) - ruch internetowy (pozostała część pasma dostępowego).

W ocenie Zamawiającego kategorie wymagające parametryzacji (A i B) zostały wyszczególnione w ofercie, a jest oczywiste, że pozostałe 25% stanowi kategorię trzecią (C) tj. „pozostała część pasma dostępowego”.

Odnosząc się do zarzutu nie zawarcia informacji o miesięcznej cenie za świadczenie usługi, Zamawiający stwierdził, że treść oferty nie jest zgodna z formularzem wskazanym w SIWZ, jednakże treść oferty odpowiada treści SIWZ. Zamawiający stwierdził, że w treści formularza oferty są wszystkie wymagane przez niego dane dotyczące oferowanej ceny za realizację zamawianej usługi, a z treści załączonej oferty cenowej wykonawcy Zamawiający nie ma wątpliwości, jaką cenę miesięczną będzie płacił za świadczenie usługi. Wskazał nadto, że formularz cenowy w ofercie jest zgodny z treścią zmodyfikowanego dnia 17 czerwca 2009 załącznika nr 3 do SIWZ.

Przystępujący Crowley Data Poland sp. z o. o. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska przedstawione przez strony, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznaje, że Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie podniesionych zarzutów dałoby mu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu skład orzekający stwierdza.

Zgodnie z pkt 3.2. tiret 4 SIWZ o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: wykonali co najmniej 3 usługi, w okresie ostatnich trzech lat (maj 2006 r. – maj 2009 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. instalacjami w zakresie WAN (więcej niż 10 węzłów danej instalacji przy szybkościach transmisji nie mniejszych niż 1 Mb/s), z podaniem przedmiotu, dat wykonania, odbiorców usług oraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Wykonawca Crowley Data Poland sp. z o. o. złożył w ofercie wykaz wykonanych usług przedstawiając 5 realizacji, w tym w okresie od grudnia 2007 r. do chwili obecnej, na rzecz Narodowego Banku Polskiego, w okresie od listopada 2005 r. do chwili obecnej, na rzecz ComArch S.A., od kwietnia 2006 r. do listopada 2008 r. na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji m. st. Warszawy S.A., w okresie od września 2007 r. do sierpnia 2008 r. na rzecz Instytutu Pamięci Narodowej i w okresie od listopada 2003 do kwietnia 2008 r. na rzecz Net-Serwis Sp. z o. o.

Wykonanie wymienionych prac zostało potwierdzone dokumentami wystawionymi przez usługobiorców, z których trzy są nazwane referencjami, jeden jest protokołem odbioru prac wykonanych na rzecz NBP i jeden, sporządzony przez Net-Serwis sp. z o.o. w lutym 2005 r. potwierdzający należyte wykonanie umowy, której przedmiotem jest budowa infrastruktury telekomunikacyjnej.

W kontekście powołanego warunku SIWZ skład orzekający Izby uznaje, że wykonawca wykazał wykonanie co najmniej trzech usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Izba uznaje że wymagane usługi są zaliczane do usług obejmujących świadczenia okresowe, które niezależnie od daty rozpoczęcia ich wykonywania mogą być uznane jako potwierdzające posiadane doświadczenie w sytuacji, gdy są wykonywane w okresie wskazanym w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) (Dz. U. Nr 87, poz. 665 ze zm.) oraz postanowień SIWZ.

W ocenie Izby w pkt 3.2. tiret 4 SIWZ określono wymóg doświadczenia w zakresie wykonania usługi w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, jaką jest usługa połączenia centrali z jednostkami oraz świadczenie usług dostępu do sieci. Oznacza to, że wymóg doświadczenia dotyczy usług odpowiadających swoim rodzajem usługom odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj. instalacji i uruchomienia. Izba stwierdza przy tym, że również przy uwzględnieniu stanowiska Odwołującego oczekującego węższego rozumienia pojęcia „instalacja”, Przystępujący wykazał wymagane doświadczenie dowodami przedłożonymi na rozprawie w postaci informacji uzupełniającej ComArch S.A. z dnia 12.08.2009 r. i oświadczeniem Instytutu Pamięci Narodowej z dnia 18.08.2009 r.

W świetle dokonanego ustalenia Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Analizując zarzut braku informacji odnośnie kategorii ruchu dla 25% łączy stwierdzono, że w ofercie Przystępującego na stronie 11, w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania zawarto oświadczenie:

„Pozostałe parametry łączy, z podziałem wartości parametrów dla poszczególnych klas ruchu będą zgodne z SIWZ:

„Ruch produkcyjny (25% przepustowości łączy):

- czas opóźnienia poniżej 30 ms
- jitter (wariancja opóźnienia) poniżej 15 ms

„Ruch intranetowy” (50% przepustowości łączy):

- czas opóźnienia poniżej 50 ms”.

Należy stwierdzić, że wykonawca nie wskazał wprost parametrów pozostałych 25% łączy obejmujących pozostałą część pasma dostępowego.

Jednakże wobec zaoferowania wymaganej gwarantowanej przepustowości i zaoferowaniem wymaganej części pasma dostępowego dla ruchu produkcyjnego i intranetowego ze szczególnymi parametrami (kategoria A i B) uzasadnione jest stwierdzenie, że pozostała część zaoferowanej przepustowości dotyczy ruchu internetowego (kategoria C), co oznacza wystarczające zdefiniowanie pasma dostępowego.

Odnosząc się do zarzutu nie zawarcia informacji o miesięcznej cenie za świadczenie usługi, należy stwierdzić, że istotnie oferta cenowa nie została sporządzona na formularzu identycznym ze wskazanym w załączniku nr 3 do SIWZ wobec pominięcia pozycji B „Oferuję miesięczną cenę za świadczenie usługi w następującej wysokości”, jednakże uwaga ta dotyczy pierwotnego formularza ofertowego. Jak wynika z ustaleń poczynionych w toku postępowania dowodowego Zamawiający wprowadził pismem z dnia 17.06.2009 r. zmiany w formularzu i dotychczasowemu punktowi B na stronie 26 i 27 nadał nowe brzmienie wprowadzając zmienioną tabelę opłat za łącza w poszczególnych lokalizacjach, która zastąpiła dotychczasową treść całego punktu B formularza, w tym część opisową i poprzednią tabelę.

W treści nowej tabeli zawartej również w formularzu oferty są ujęte wszystkie wymagane postanowieniami specyfikacji dane dotyczące oferowanej ceny za realizację zamawianej usługi wraz z określeniem, jaką cenę miesięczną Zamawiający będzie płacił za świadczenie usługi. Powyższe potwierdza treść oferty na stronie 3 i 4, gdzie zawarto kwoty miesięcznych opłat za świadczenie usługi dla wszystkich lokalizacji oraz cenę łączną.

Dokonane ustalenia prowadzą do wniosku, że żądanie odrzucenia wybranej oferty jest nieuzasadnione.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp tj. stosownie do jego wyniku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....