

znak:

Warszawa, dnia 22 maja 2009 r.

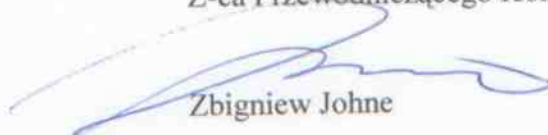
Do wszystkich zainteresowanych,
którzy pobrali SIWZ

Stosownie do art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala informuje, że w dniu 21.05.2009 r. do NFZ wpłynął protest w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **„Połączenie Centrali NFZ z Oddziałami Wojewódzkimi NFZ siecią rozległą WAN”**. Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu. Zgodnie z art. 181 ust. 4 ustawy Wykonawcy, którzy przystąpią do postępowania w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma stają się uczestnikami postępowania dotyczącego wniesionego protestu.

W załączeniu kopia protestu.

Z poważaniem

Z-ca Przewodniczącego Komisji



Zbigniew Johne

Warszawa, dnia 21 maja 2009r.

Zamawiający:
Narodowy Fundusz Zdrowia w
Warszawie
ul. Grójecka 186
02-390 Warszawa
fax 22 572 63 05

Protestujący:
Crowley Data Poland Sp. z o.o.
ul. Stawki 2
00 – 193 Warszawa



PROTEST

- I. Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2007 roku, numer 223, poz. 1655 ze zm., dalej: „ustawa” lub „Pzp”), Crowley Data Poland sp. z o.o. (zwany dalej „Protestującym”) składa protest dotyczący postanowień Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanym w trybie przetargu nieograniczonego na: *Połączenie Centrali NFZ z Oddziałami Wojewódzkimi NFZ siecią rozległą WAN* (znak sprawy AZP – 2611-10/09).
- II. Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 91 ustawy Pzp, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz inne przepisy wymienione bądź wynikające z uzasadnienia protestu, w szczególności poprzez:
1. określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
 2. określenie kar umownych w sposób naruszający zasady współzycia społecznego,
 3. określenie sposobu obliczania ceny w sposób niejednoznaczny i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
- III. Protestujący wnosi o dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:
1. wykreślenie wymagania zawartego w pkt 3.3.5 SIWZ dotyczącego obowiązku posiadania przez Wykonawcę zezwolenia i umowy, na podstawie których otrzymał prawo do wybudowania węzłów, do których zostaną podłączone lokalizacje w celu świadczenia w nich usług telekomunikacyjnych,
 2. zmniejszenie kar umownych, w szczególności poprzez zmianę § 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy oraz dopisanie, że kary za zwłokę zostaną naliczone, jeżeli Wykonawca w ciągu 6 tygodni od dnia zawarcia umowy nie przekaże zamówienia do odbioru, o którym mowa w § 2 ust.2,
 3. zmianę § 2 ust. 2 wzoru umowy w związku z zasadami naliczania kar umownych wskazanych w § 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie zasad, terminów i innych dotyczących protokołu odbioru,

CROWLEY DATA POLAND Sp. z o.o.
ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa
tel. 0-22 860 69 60; 0-22 427 33 03
fax 0-22 860 61 40
NIP 526-22-07-584, Regon 013075290

Kierownik Zespołu
Zamówień Publicznych
Katarzyna Kołodziejaska
Katarzyna Kołodziejaska 1

4. zmianę § 7 ust. 1 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie co Zamawiający rozumie poprzez wykonanie umowy w sposób nienależyty lub w sposób niezgodny z ofertą lub z treścią niniejszej umowy,
 5. zmianę Formularza Oferty tak, aby jego treść nie była wewnętrznie sprzeczna, poprzez jednoznaczne wskazanie, która cena będzie oceniana przez Zamawiającego,
 6. wskazanie osób do kontaktu w oddziałach Zamawiającego w celu umożliwienia dokonania wizji lokalnych.
- IV. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 87-125718 w dniu 7 maja 2009 r. W tym samym dniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego, a zatem protest wniesiony jest z zachowaniem ustawowych terminów.

UZASADNIENIE

- I. Protestujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy, bowiem zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest kwestionowany pogląd, iż „*przepis art. 179 ust. 1 ustawy wskazuje nie tylko na sytuacje, w której następuje doznanie uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy, lecz również na sytuacje, w której taki interes obiektywnie może dopiero tego uszczerbku doznać. Z sytuacji taką najczęściej będziemy mieli do czynienia przed upływem terminu do składania ofert (środki ochrony prawnej składane na czynności treści ogłoszenia, treści specyfikacji czy modyfikacji specyfikacji).*” (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 10). Wykonawca posiada zatem interes prawny w złożeniu niniejszego protestu. Zamawiający formułując treść ogłoszenia i SIWZ w sposób uniemożliwiający Protestującemu wzięcie udziału w postępowaniu naruszył jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.
- II. Po zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o postępowaniu oraz SIWZ Protestujący stwierdził, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie wadliwie, w sposób uniemożliwiający złożenie Protestującemu najkorzystniejszej oferty. Ponadto już samo prowadzenie postępowania z naruszeniem przepisów Pzp narusza interes prawny Protestującego. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007r. (sygn. akt V Ca 2506/07) „*interes prawny w uzyskaniu zamówienia zostaje zagrożony lub naruszony także wtedy, gdy w postępowaniu naruszono zasady uczciwej konkurencji. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia – zdaniem Sądu – to nie tylko interes, który sprowadza się do tego, by oferent został wybrany w danym postępowaniu (uzyskał zamówienie), ale także jest to interes polegający na tym, aby sam proces udzielenia zamówienia odbywał się zgodnie z zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych. Innymi słowy jest to interes prawny w uzyskaniu zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych*”. Zgodnie z orzecznictwem, Wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej także w sytuacji, gdy jego interes prawny dopiero może doznać uszczerbku, a ma to miejsce przed upływem terminu składania ofert, w szczególności dotyczy to środków ochrony prawnej składanych na treść ogłoszenia, SIWZ czy modyfikacji SIWZ (UZP/ZO/0-1886/04). Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego dla Warszawy Pragi (IV Ca 239/05) – wykonawca posiada interes prawny w sytuacji, gdy składa środki ochrony prawnej na warunek uniemożliwiający mu ubieganie się o dopuszczenie do

przetargu. Innymi słowy nie ulega wątpliwości, iż Protestujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, warunkujący dopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej.

III. Po zapoznaniu się z postanowieniami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia zawartymi w SIWZ Protestujący stwierdził, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

IV. Zgodnie z pkt 3.3.5 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia, iż posiada zezwolenia i umowy, na podstawie których otrzymał prawo do wybudowania węzłów, do których zostaną podłączone lokalizacje NFZ i świadczenia w nich usług telekomunikacyjnych.”

1. Zdaniem Protestującego takie postanowienie faworyzuje obecnego operatora, gdyż tego typu zezwolenia i umowy zdobywa się już na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca nie ma obowiązku uzyskiwania tego typu zezwoleń przed uzyskaniem zamówienia, gdyż jest to bezprzedmiotowe. Jeżeli Wykonawca nie otrzyma przedmiotowego zamówienia uzyskane zezwolenia stają się zbędne. Wymaganie to narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednocześnie stanowi równocześnie naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy zgodnie, z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
2. Żądanie przez Zamawiającego, aby Wykonawca posiadał zezwolenia i umowy, na podstawie których otrzymał prawo do wybudowania węzłów, do których zostaną podłączone lokalizacje NFZ i świadczenia w nich usług telekomunikacyjnych, przed zawarciem umowy na realizację niniejszego zamówienia powoduje *de facto*, że ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć jedynie obecny operator Zamawiającego. Wykonawca ten posiada zezwolenia i umowy, na podstawie których otrzymał prawo do wybudowania węzłów, do których podłączył lokalizacje NFZ i świadczył w nich usługi telekomunikacyjne. Połączenie centrali NFZ z Oddziałami Wojewódzkimi NFZ siecią rozległą WAN wykonywane będzie bowiem na istniejących już węzłach.
3. Protestujący wnosi o wykreślenie wymagania zawartego w pkt 3.3.5 SIWZ. Taka modyfikacja SIWZ zapewni konkurencyjność ofert, a w konsekwencji pozwoli Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej technicznie i ekonomicznie.

V. Zarzuty dotyczące wzoru umowy:

1. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
2. W § 6 wzoru umowy Odpowiedzialność Wykonawcy Zamawiający określił obowiązek zapłaty kar umownych w następujący sposób:

1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną:

1) za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, o których mowa w § 7 ust. 1, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 3,

2) za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 za każdy dzień opóźnienia.

- a) Z powyższych postanowień wynika, iż kara umowna jest rażąco wysoka w stosunku do ewentualnej szkody którą mógłby ponieść Zamawiający. Zamawiający żąda bowiem zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości całej umowy w sytuacji, w której opóźnienie Wykonawcy będzie wynosić 10 dni. Tym samym postanowienie to należy uznać za naruszenie art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.
- b) Protestujący stoi na stanowisku, iż wysokość kar umownych określona przez Zamawiającego w § 6 wzoru umowy jest niewspółmiernie wysoka do ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść Zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 6 wzoru umowy, a wobec tego wysokość tę można uznać za rażąco wygórowaną. W doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego powszechny jest pogląd, iż kara umowna – jako surogat odszkodowania – nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela kosztem dłużnika. W związku z tym ustalenie kary umownej przewidzianej przez Zamawiającego w § 6 ust. 1 wzoru umowy należy uznać za naruszenie art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.
- c) Tak wysokie kary umowne za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy powodują również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zniechęcają bowiem innych wykonawców – aniżeli wykonawca aktualnie świadczący usługi dla Zamawiającego – do wzięcia udziału w postępowaniu. Kary te nie będą bowiem miały zastosowania w przypadku aktualnego operatora.
- d) Ponadto, Protestujący wskazuje, że §6 wzoru umowy dotyczy się opóźnienia – czyli niewykonania zamówienia z przyczyn nienależnych od Wykonawcy. Kary umowne, jeżeli są naliczane winne są dotyczyć zwłoki – czyli niewykonania umowy z winy Wykonawcy. Protestujący wnosi zatem o doprecyzowanie §6 również zmianę terminu opóźnienie na termin zwłoka.
- e) Zgodnie z §2 pkt. 2 umowy uruchomienie usługi zostanie potwierdzone protokołem odbioru. Jednak umowa nie precyzuje pojęcia odbiór, w tym nie wskazano jakie mają być jego ramy czasowe, na jakiej podstawie strona Zamawiającego podpisuje protokół bądź odmawia jego podpisu. Mając na względzie tak wysokie kary umowne wskazane w §6 umowy istnieje uzasadniona obawa, że termin odbioru będzie przesuwany przez Zamawiającego.
- f) Protestujący wnosi zatem o zmniejszenie kar umownych, w szczególności poprzez zmianę § 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w tym dopisanie, że kary za zwłokę zostaną naliczone, jeżeli Wykonawca w ciągu 6 tygodni od dnia zawarcia umowy nie przekaże zamówienia do odbioru, o którym mowa w § 2 ust.2 umowy oraz zmianę § 2 ust. 2 wzoru umowy w związku z zasadami naliczania kar umownych wskazanych w § 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie zasad, terminów i innych dotyczących protokołu odbioru. Ewentualnie Protestujący wnosi o naliczanie kar umownych w

wysokości procentowej za zwłokę w wykonywaniu pracy w konkretnej lokalizacji, a nie od wartości całego zamówienia.

3. §7 ust. 1 wzory umowy stanowi, że Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 7 dni, o ile Wykonawca wykonuje ją w sposób nienależyty lub w sposób niezgodny z ofertą lub treścią niniejszej umowy. Jednakże w umowie nie wskazano okoliczności, które będą skutkowały odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił co rozumie poprzez nienależyte wykonanie umowy, wykonanie zamówienia niezgodnie z ofertą lub umową, jednocześnie przyznając sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy przy zaistnieniu tych przesłanek. Protestujący wnosi zatem o doprecyzowanie §7 ust. 1 wzoru umowy co Zamawiający rozumie poprzez nienależyte wykonanie umowy, wykonanie umowy w sposób niezgodny z ofertą lub z treścią umowy, w sytuacji zaistnienia których Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy.

VI. Zarzut na nieprecyzyjne wskazanie ceny.

1. W opinii Protestującego w Załączniku nr 3 do SIWZ (Formularz Oferty) brak jest wskazania w sposób jednoznaczny, która cena będzie przedmiotem oceny przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 3.3.1 SIWZ 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.
 - 3) opcjonalnie miesięczna cena za świadczenie usługi w rozbiciu na łącze Centrala NFZ i Kolokacja o gwarantowanej przepustowości do 128 Mb/s.
2. Z treści formularza oferty nie wynika natomiast, że cena oferty, która stanowi kryterium oceny ofert zawiera: ceny za rozszerzenia przepustowości do 128 Mb/s (pkt C i D). Zamawiający określił cenę oferty w sposób nieprecyzyjny, budzący wątpliwości Wykonawcy. Sposób obliczenia ceny winien być sformułowany jednoznacznie i precyzyjnie, gdyż cena stanowić będzie jedyne kryterium oceny o ofert w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z opinią doktryny „*Obowiązek zamawiającego polega na podaniu wszystkich kryteriów, jakie będą obowiązywać przy ocenie ofert, wraz z ich opisem polegającym na wyraźnym wskazaniu, co zamawiający rozumie pod pojęciem, jaki określa kryterium*” (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Zakamycze 2005, str. 162, teza 20). Zgodnie z orzecznictwem „*opis kryteriów winien precyzyjnie wyjaśnić, jak zamawiający rozumie określone kryterium (np. za pomocą szczegółowych podkryteriów). Jeżeli chodzi o konieczność precyzyjnego ustalenia znaczenia kryterium, to wyraźne stanowisko zajął w tej kwestii SO we Wrocławiu, który wypowiedział pogląd, że „kryteria oceny ofert zawarte w pkt XI SIWZ były niejasne i stwarzały dowolność interpretacyjną, albowiem nie zostało w nim określone, co zamawiający rozumie przez «funkcjonalność», a jedynie jak będzie wliczać punkty za owo kryterium*”. (A. Kurowska, M.Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 179,).
3. W opinii Protestującego, doprecyzowanie co Zamawiający rozumie poprzez cenę oferty, które będzie stanowić kryterium oceny ofert jest niezbędne, gdyż może dojść do sytuacji, w której inny ubiegający się o zamówienie Wykonawca (np. obecny operator) przyjmie minimalne abonamenty za świadczenie usługi w oddziałach, jednocześnie podnosząc ceny za zwiększenia przepustowości, co nie

będzie podlegać ocenie. Może prowadzić to do sytuacji, w której najkorzystniejsza oferta nie będzie ofertą najtańszą. Taki sposób sformułowania SIWZ powoduje, iż Zamawiający nie jest w stanie dokonać ich porównania, a co za tym idzie nie jest w stanie wybrać oferty najkorzystniejszej.

4. Protestujący wnosi o modyfikacje Formularza oferty poprzez wskazanie, że cena oferty (pkt A) wynika z sumy abonamentów za każdą lokalizację przemnożoną przez 24 miesiące. Dodatkowo w pkt C i D należy podać sumę abonamentów po zwiększeniu przepustowości w centrali i kolokacji po 12 miesiącach świadczenia usługi.


VII. Zarzut braku wskazania kontaktów w poszczególnych lokalizacjach Oddziałów Zamawiającego

1. W SIWZ brak jest wskazania osób do kontaktu w oddziałach, które będą odpowiedzialne w celu dokonania wizji lokalnych. Jest to znaczne utrudnienie dla potencjalnego Wykonawcy, z pominięciem obcego operatora, który zna osoby odpowiedzialne za realizowane zamówienie. W opinii Protestującego Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Protestujący wnosi o doprecyzowanie SIWZ poprzez wskazanie (z podaniem numeru telefonu i fax) osób do kontaktu w Oddziałach Zamawiającego.

VIII. Protestujący pragnie podkreślić, iż celem jego działania nie jest utrudnianie Zamawiającemu realizacji zamówienia i jego statutowych zadań, a jedynie doprowadzenie do możliwości złożenia przez Protestującego oferty najkorzystniejszej. Postanowienia SIWZ w obecnym kształcie naruszają interes prawny Protestującego poprzez uniemożliwienie mu ubiegania się o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

IX. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego protestu. Protestujący zwraca także uwagę, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114, zm. Dz. U. Nr 249, poz. 2104). Regulacja ta podkreśla wagę, jaką przykłada Ustawodawca do problematyki zamówień publicznych.

Z poważaniem,

Kierownik Zespołu
Zamówień Publicznych

Katarzyna Kołodziejczyk

Załączniki:

1. Odpis z KRS,
2. Pełnomocnictwo.

CROWLEY DATA POLAND Sp. z o.o.
ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa
tel. 0-22 860 69 60; 0-22 427 33 03
fax 0-22 860 61 40
NIP 526-22-07-584, Regon 013075290