

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 7 listopada 2017 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 10 października 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: **Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zamówień udzielanych od dnia 30 listopada 2015 r., związanych z realizacją projektu pn. „Świadczenie usługi dostępu do Internetu, serwisu i helpdesku dla osób fizycznych – beneficjentów ostatecznych projektu pn. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie województwa kujawsko-pomorskiego (I i II edycja)”, znak: UZP/DKUE/W3/421/127(39)/16/JB dot. KD/123/16

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Ewa Kisiel**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 10 października 2017 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 września 2017 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

### **U z a s a d n i e**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną następczą zamówień udzielanych od dnia 30 listopada 2015 r., związanych z realizacją projektu pn. „Świadczenie usługi dostępu do Internetu, serwisu i helpdesku dla osób fizycznych – beneficjentów ostatecznych projektu pn. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie województwa kujawsko-pomorskiego (I i II edycja)”, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2654, ze zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

- 1) art. 4 pkt 10 ustawy Pzp przez nieuzasadnione objęcie zakresem przedmiotowym umów z dnia 14.06.2016 r., 22.07.2016 r., 18.10.2016 r., 09.02.2017 r., 11.05.2017 r. oraz z dnia 21.06.2017 r., których przedmiotem było świadczenie usług serwisu i helpdesku, które nie podlegały wyłączeniu przewidzianemu w powyższym przepisie,
- 2) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie łącznego szacowania zamówień na usługi serwisu i helpdesku świadczone od dnia 1 grudnia 2015 r. przez przewidywany okres świadczenia tych usług oraz związany z powyższym nieuzasadniony podział zamówienia w zakresie opisanych niżej usług serwisu i helpdesku, co stanowiło naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

#### **Ad. 1. Naruszenie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp.**

Zamawiający realizując dwie edycje projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie województwa kujawsko-pomorskiego” współfinansowanego ze środków Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013, przeprowadził dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych, świadczenie usługi dostępu do sieci Internet oraz organizację i przeprowadzenie szkoleń dla beneficjentów z I i II edycji projektu.

W wyniku przeprowadzenia postępowania dotyczącego pierwszej edycji projektu zawarto w dniu 14 sierpnia 2013 r. umowę z wykonawcą INFOMEX Sp. z o.o. Po przeprowadzeniu postępowania dotyczącego drugiej edycji projektu zawarto w dniu 11 lutego 2015 r. umowę z wykonawcą Komputronik Biznes Sp. z o.o.

W związku z realizacją projektu, Zamawiający zobowiązany był do zapewnienia 5-letniego okresu trwałości jego efektów przez zapewnienie usługi dostępu do sieci Internet, a także usługi serwisu i helpdesku dla beneficjentów projektu.

W ramach zapewnienia trwałości projektu Zamawiający zawarł w dniu 14 czerwca 2016 r. umowę nr UM SZ.273.4.298.2016 z Kujawsko-Pomorską Siecią Informacyjną Sp. z o.o. (dalej: „K-PSI”). Przedmiotem umowy było:

- świadczenie przez wykonawcę przez okres 3 miesięcy usługi dostępu do sieci Internet oraz usługi serwisu i helpdesku dla 3780 osób — beneficjentów ostatecznych projektu,
- świadczenie przez wykonawcę przez okres 3 miesięcy usługi serwisu i helpdesku dla 105 osób.

W ramach usługi serwisu i helpdesku wykonawca zobowiązany był do serwisu sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umowy, świadczenia usługi helpdesk dla użytkowników, w tym m. in. telefonicznego przyjmowania zgłoszeń usterek sprzętu, oprogramowania, łącz internetowych, informacji o kradzieży lub zgubieniu sprzętu (§ 6 ust. 1 umowy).

W załączniku nr 2 do umowy, o którym mowa wyżej, wymieniono m. in. następujące urządzenia i oprogramowanie: komputer przenośny z oprogramowaniem, klawiatura z powiększonymi etykietami klawiszy, współpracująca z oprogramowaniem powiększającym i/lub udźwiękawiającym, monitor brajlowski, urządzenie wielofunkcyjne, program powiększająco-udźwiękawiający, program powiększająco-udźwiękawiający z funkcją wygładzania krawędzi, program OCR do rozpoznania tekstu i mysz sterowana za pomocą ruchów głowy.

W celu realizacji usługi serwisu i helpdesku wykonawca miał zapewnić stworzenie jednego punktu przyjmowania telefonicznych, faksowych i elektronicznych (e-mail, www) zgłoszeń awarii kierowanych przez beneficjentów oraz Zamawiającego i diagnozowanie wstępnych przyczyn powstania awarii. Przyjmowanie zgłoszeń musiało odbywać się przez wykwalifikowanych konsultantów pracujących na rzecz wykonawcy. Przyjmowanie zgłoszeń awarii miało odbywać się przez co najmniej 8 godzin dziennie, przez 5 dni roboczych w tygodniu. Zamawiający nie dopuścił w tym celu używania automatów zgłoszeniowych przyjmujących informacje o usterekach (§ 6 ust. 2 umowy).

W § 6 ust. 3 pkt 1 umowy wskazano, że poprzez świadczenie usługi serwisu i helpdesku rozumie się w szczególności przyjmowanie zgłoszeń o:

- a. awariach sprzętu komputerowego oraz oprogramowania, a także awariach specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i specjalistycznego oprogramowania wskazanych w zał. nr 2 do umowy,
- b. awariach łączny internetowych zainstalowanych w lokalach mieszkalnych beneficjentów,
- c. kradzieży lub zgubieniu sprzętów w celu ich zdalnego zablokowania przy użyciu zainstalowanej usługi antykradzieżowej (w przypadku 1500 komputerów),
- d. prośbach beneficjentów dotyczących porad na temat obsługi sprzętów i oprogramowania dostarczonych w ramach realizacji umowy.

W § 6 ust. 3 pkt 2 umowy opisano z kolei zakres czynności serwisowych, do których zobowiązany był wykonawca.

Zamówienie to zostało udzielone bez stosowania ustawy Pzp, powołano się na wyłączenie określone w art. 4 pkt 10 ustawy Pzp.

Termin realizacji powyższej umowy upłynął 1 lipca 2016 r. Po tym terminie Zamawiający zawierał kolejne umowy z K-PSI dla zapewnienia ciągłości okresu trwałości projektu. Zawarto kolejno umowy nr UM SZ.4.273.439.2016 z dnia 22 lipca 2016 r.; nr UM SZ.273.4.483.2016 z dnia 18 października 2016 r., nr UM SZ.273.4.005.2017 z dnia 9 lutego 2017 r., nr UM SZ.273.4.180.2017 z dnia 11 maja 2017 r. oraz nr UM SZ.273.4.412.2017 z dnia 21 czerwca 2017 r. W wymienionych umowach wykonawca zobowiązał się do realizacji takich samych usług, jakie przewidywała pierwsza umowa, każdorazowo w okresie 3 miesięcy. Podobnie jak w przypadku pierwszej umowy, kolejne zamówienia zostały udzielone bez stosowania ustawy Pzp, w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 pkt 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których głównym celem jest:

- a. pozwolenie Zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
- b. eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub
- c. świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

W celu dokonania należytej oceny dopuszczalności udzielenia przez Zamawiającego zamówień na podstawie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp obejmujących obok usługi dostępu do Internetu, usługi serwisu i helpdesku sprzętu komputerowego i oprogramowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał w sprawie biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki.

Biegły został zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

1. czy zachodzą uzasadnione przyczyny przemawiające za stwierdzeniem, że usługi serwisu i helpdesku, w kształcie określonym we wskazanych wyżej umowach, są niezbędne przy świadczeniu usługi dostępu do sieci Internet dla osób fizycznych (beneficjentów projektu — osób zagrożonych wykluczeniem cyfrowym)?
2. czy w związku tym jest zasadne i celowe zlecenie w ramach jednej umowy, temu samemu wykonawcy, usługi dostępu do sieci Internet dla osób fizycznych oraz dodatkowo usługi serwisu i helpdesku? Czy też, usługi serwisu i helpdesku mogą być zleczone oddzielnie, innemu wykonawcy, bez uszczerbku dla prawidłowości realizacji zasadniczego celu umowy, tj. świadczenia usługi dostępu do sieci Internet dla osób fizycznych, zagrożonych wykluczeniem cyfrowym?

Opinia biegłego z dnia 16 sierpnia 2017 r., zawierała następujące stanowisko:

Nie ma żadnych uzasadnionych przyczyn, aby stwierdzić, że usługi serwisu i helpdesku, w kształcie określonym w umowach pomiędzy Zamawiającym a K-PSI oraz umowie pomiędzy K-PSI, a INFOMEX, są niezbędne przy świadczeniu usługi dostępu do Internetu dla Beneficjentów Ostatecznych.

Z wniosku o dofinansowanie wynika, że celem realizowanego przez niego projektu było dostarczenie sprzętu komputerowego, szkolenie beneficjentów ostatecznych i podłączenie do Internetu. Zadania te miały charakter równorzędny i żadnemu z nich nie przypisano nadrzędnej w stosunku do pozostałych ról. Celem zachowania okresu trwałości jest utrzymanie w sposób niezmienny charakteru projektu oraz zapewnienie koniecznego utrzymywania w działaniu sprzętu komputerowego (serwis, ubezpieczenie) oraz zapewnienia dostępu do Internetu.

Pogląd, że serwis wraz helpdeskiem sprzętu komputerowego stanowi niezbędną składową usługi dostępu do Internetu jest błędny i służy wyłącznie możliwości skorzystania z wyboru wykonawcy w trybie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp, co może powodować, że Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Z punktu widzenia technicznego nie ma żadnych szczególnych i mocnych przesłanek do zlecenia świadczenia usług dostępu do Internetu, serwisu i helpdesku temu samemu wykonawcy. Wykonywanie tych usług może być zleczone różnym podmiotom bez uszczerbku dla prawidłowości i zasadniczego celu umowy, jakim jest świadczenie usługi dostępu do Internetu dla beneficjentów ostatecznych.

Biegły przekazał opinię uzupełniającą z dnia 21 września 2017 r., w której wskazał, że świadczenie usługi dostępu do Internetu zostało opisane w § 5 umowy nr K-PSI nr 1/2016 z dnia 14 marca 2016 r.

Na usługę dostępu do Internetu składały się następujące elementy: dostęp do Internetu, instalacja łącza internetowego, wykonanie okablowania, dostarczenie urządzenia odbiorczego (urządzenia klienckiego np. routera), urządzeń pomocniczych (np. maszty, elementy umocowania anten) oraz taka konfiguracja urządzeń, aby usługa korzystania z sieci Internet była możliwa bezobsługowo - „co oznacza, że po odłączeniu zasilania i ponownym jego podłączeniu musi być gotowy do pracy i umożliwiać realizację usługi korzystania z sieci Internet”. Treść § 5 ww. umowy dowodzi, że urządzenia oraz usługa dostępu do Internetu nie obejmowały zestawów komputerowych.

Świadczenie usługi serwisu i helpdesku zostało opisane w § 6 ww. umowy.

1. Szczegółowy przedmiot umowy opisany w 1 ust. 3 pkt 2 obejmuje usługę serwisu sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do niniejszej umowy, oraz helpdesku dla użytkowników, w tym m. in. telefonicznego przyjmowania zgłoszeń usterek sprzętu, oprogramowania, łączy internetowych, informacji o kradzieży lub zagubieniu sprzętów”.
2. Wykonawca zapewnia stworzenie jednego punktu przyjmowania telefonicznych, faksowych i elektronicznych (e-mail, www.) zgłoszeń awarii kierowanych przez Beneficjentów oraz Zamawiającego i diagnozowanie wstępnych przyczyn powstania awarii. Przyjmowanie zgłoszeń musi odbywać się poprzez wykwalifikowanych konsultantów pracujących na rzecz Wykonawcy Przyjmowanie zgłoszeń awarii musi odbywać się przez co najmniej 8 godzin dziennie, przez 5 dni roboczych w tygodniu. Zamawiający nie dopuszcza w tym celu używania automatów zgłoszeniowych przyjmujących informacje o usterekach.
3. Poprzez świadczenie usługi serwisu i helpdesku rozumie się w szczególności:
  - 1) przyjmowanie zgłoszeń o:
    - a. awariach sprzętu komputerowego oraz oprogramowania, a także awariach specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i specjalistycznego oprogramowania wskazanych w zał. nr 2 do niniejszej umowy,
    - b. awariach łączy internetowych zainstalowanych w lokalach mieszkalnych Beneficjentów,
    - c. kradzieży lub zagubieniu sprzętów w celu ich zdalnego zablokowania przy użyciu zainstalowanej usługi antykradzieżowej (w przypadku 1500 komputerów),
    - d. prośbach Beneficjentów dotyczących porad na temat obsługi sprzętów i oprogramowania dostarczonych w ramach realizacji umowy;

- 2) podejmowanie czynności serwisowych polegających na:
- a. wstępnym weryfikowaniu przyczyny awarii, na podstawie informacji dostarczonych przez Beneficjenta oraz poprzez aplikację do zdalnego połączenia,
  - b. udzielaniu porad i wyjaśnień Beneficjentom, dotyczących sprzętów i oprogramowania, w tym zdalną pomoc przy samodzielnym przywróceniu przez Beneficjentów stanu początkowego systemu operacyjnego z partycji Recovery,
  - c. przekazywaniu, na własny koszt, sprzętów wymagających napraw gwarancyjnych do odpowiedniego punktu dokonującego napraw w ramach gwarancji, dokonywanie wszelkich formalności związanych z naprawami w ramach gwarancji, następnie odbiór naprawionego sprzętu i przekazanie go Beneficjentowi,
  - d. przekazywaniu, na własny koszt, sprzętów wymagających napraw w ramach ubezpieczenia do odpowiedniego punktu dokonującego napraw w ramach ubezpieczenia, dokonywanie wszelkich formalności związanych z naprawami w ramach ubezpieczenia, następnie odbiór naprawionego sprzętu i przekazanie go Beneficjentowi,
  - e. usuwaniu usterek i awarii sprzętów dostarczonych przez Wykonawcę, także wykonywanych w ramach ubezpieczenia, nie objętych serwisem gwarancyjnym,
  - f. wyjazdach serwisowych do Beneficjentów związanych z usuwaniem usterek sprzętu,
  - g. przekazywaniu, drogą e-mail i fax, zgłoszeń o kradzieży i zaginięciu sprzętu do Zamawiającego. Zdalne blokowanie i odblokowywanie sprzętów komputerowych Beneficjentów za pomocą usługi antykradzieżowej będzie odbywać się za zgodą Zamawiającego. Dostęp do panelu usługi antykradzieżowej będzie posiadał zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca,
  - h. przekazywaniu informacji o zgłoszeniach awarii łączy internetowych do punktu serwisowego odpowiedzialnego za ich naprawę,
  - i. administrowaniu i obsłudze usługi antykradzieżowej oraz programu do zdalnej pomocy i zarządzania,
  - j. przekazywaniu informacji o awariach i koordynowaniu czynności gwarancyjnych pomiędzy Beneficjentami a podmiotem odpowiedzialnym za świadczenie gwarancji,
  - k. optymalizacji i konserwacji sprzętu oraz raportowaniu pracy, (...)”

Przedmiotowa umowa nie obligowała Wykonawcy do usunięcia potencjalnych awarii usługi dostępu do Internetu, a jedynie przekazania informacji o takiej awarii do nieokreślonego punktu serwisowego.

Z zestawienia zapisów w § 5 i 6 ww. umowy wynika, że strony umowy przez ww. pojęcia rozumiały:

- a. „świadczenie usługi dostępu do Internetu” - dostęp do Internetu, instalację łącza internetowego, okablowanie, dostarczenie urządzenia klienckiego (dostępowego np. routera), urządzeń pomocniczych (np. wsporników anten) oraz taka konfiguracja urządzeń, aby usługa korzystania z sieci Internet była możliwa bezobsługowo (§ 5 pkt. 8).
- b. „usługa serwisu” - świadczenie serwisu sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do niniejszej umowy (§ 6 pkt. 1 oraz pkt. 3 ust. 2). W skład tejże usługi NIE WCHODZĄ: serwis urządzeń dostępowych do Internetu oraz usuwanie awarii łącza internetowego.
- c. „usługa helpdesku” - świadczenie zdalnych usług dotyczących sprzętu komputerowego, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania, zbieranie informacji o usterkach, awariach, w tym awariach łącza internetowego, zdalna konfiguracja sprzętu, udzielanie porad itp.

Analiza umowy z dnia 14 marca 2016 r. zawartej pomiędzy K-PSI, a INFOMEX wykazała, że zakres przedmiotowy usługi dostępu do Internetu opisanej w § 5 oraz usług serwisu i helpdesku opisanych w § 6 umowy, jest identyczny jak tychże usług opisanych w § 5 i 6 umowy z dnia 14 czerwca 2016 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym, a K-PSI. Wszystkie późniejsze umowy zawarte pomiędzy Zamawiającym, a K-PSI w identyczny sposób opisują usługi dostępu do Internetu, serwisu i helpdesku.

Biorąc pod uwagę aspekty wyłącznie techniczne biegły stwierdził, że:

- korzystanie z usługi dostępu do Internetu mogło być realizowane przy użyciu następujących urządzeń takich jak: komputer stacjonarny, smartfon, notebook, tablet, telewizor, w przypadku, gdy uszkodzony zostaje komputer stacjonarny,
- użytkownik mógł korzystać z usługi dostępu do Internetu przy wykorzystaniu innego urządzenia elektronicznego np. smartfonu, brak usługi dostępu do Internetu nie stanowił przeszkody z korzystania ze sprzętu komputerowego, o którym mowa w umowie,
- naprawy sprzętu komputerowego mógł świadczyć każdy podmiot, który prowadzi tego typu działalność gospodarczą,



- świadczenie usługi dostępu do Internetu, a co za tym idzie utrzymanie określonego SLA I (Service Level Agreement) leżało po stronie operatora telekomunikacyjnego.

Reasumując - serwis wraz helpdeskiem sprzętu komputerowego, w kształcie opisanym w umowach stanowił technologicznie odrębny typ usługi od usługi dostępu do Internetu.

Odpowiadając na zarzuty kontrolującego Zamawiający, w oparciu o opinię prawną Uczelnianego Centrum Informatycznego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu z 23 marca 2016 r. stwierdził, „że usługa sprawnego, łatwego, łatwo dostępnego wsparcia i serwisu technicznego jest niezwykle istotna w przypadku projektu mającego na celu zapewnienie dostępu do Internetu dla osób zagrożonych wykluczeniem cyfrowym i wraz z dostępem do łącza powinna być traktowana jako usługa kompleksowa. Usługi te zatem pozostają ze sobą w nierozdzielalnym związku tworząc funkcjonalną całość. Należy zatem patrzeć na usługę w sposób całościowy i unikać rozbicia zadań na kilka podmiotów serwisujących osobno łącze sprzęt i oprogramowanie. Usługa dotycząca zapewnienia wsparcia i serwisu zawsze powinna towarzyszyć głównemu celowi projektu, którym jest zapewnienie łącza i dostępu do Internetu.”

Zamawiający ponadto zakwestionował opinię sporządzoną przez biegłego jako opartą na nieprawidłowych założeniach wynikających z nieuwzględnienia specyfiki projektu realizowanego w Województwie Kujawsko-Pomorskim oraz specyfiki innych projektów realizowanych w ramach Działania 8.3 Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka. Zamawiający podkreślił, że opinia ta jest obarczona nieusuwalną wadą ze względu na nieuwzględnienie przez biegłego struktury grup docelowych i całkowity brak refleksji dotyczącej szczególnie trudnego położenia osób wykluczonych cyfrowo, które zostały objęte projektem.

## **Ad. 2. Naruszenie art. 32 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp**

W ramach utrzymania trwałości pierwszego etapu projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie województwa kujawsko-pomorskiego”, na podst. art. 4 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający zawarł dwie umowy z dnia 30 listopada 2015 r. na okres 4 miesięcy, tj. od 1 grudnia 2015 r. do 31 marca 2016 r.:

1) Umowa nr UM SP.052.1.559.2015z INFOMEX Sp. z o.o., której przedmiotem było:

- świadczenie usługi serwisu i helpdesku dla Beneficjentów Ostatecznych projektu. Zgodnie z 92 ust. 3 umowy usługi te obejmowały: 1) serwis sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania, wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umowy, 2) serwis urządzeń dostępowych do sieci Internet,

3) helpdesk dla użytkowników, w tym m. in. telefoniczne przyjmowanie zgłoszeń usterek sprzętu, oprogramowania, łącz internetowych, informacji o kradzieży lub zgubieniu sprzętów, 4) przeinstalowanie urządzeń dostępowych do sieci Internet w przypadku zmiany pozycji na liście lokalizacji,

- oddanie Zamawiającemu do używania zestawów urządzeń umożliwiających dostęp do sieci Internet, będących obecnie w posiadaniu beneficjentów ostatecznych w ilości 2000.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 116 000 zł netto (27 456,27 euro), 142 680,00 zł brutto.

2) Umowa nr UM SP.052.1.555.2015 z Polkomtel Sp. z o.o. na świadczenie usługi dostępu do sieci Internet dla 2000 kart SIM, które będą wykorzystane przez Beneficjentów Ostatecznych projektu. Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 120 000 zł netto (28 403,03 euro), 147 600,00 zł brutto.

Następnie, na okres od dnia 1 kwietnia 2016 r. Zamawiający, w celu zachowania trwałości obu etapów projektu, zawarł umowy z K-PSI, których przedmiotem było:

- świadczenie przez wykonawcę przez okres 3 miesięcy usługi dostępu do sieci Internet oraz usługi serwisu i helpdesku dla 3780 osób — Beneficjentów Ostatecznych projektu (od dnia 1 października 2016 r. dla 3777 osób),
- świadczenie przez wykonawcę przez okres 3 miesięcy usługi serwisu i helpdesku dla 105 osób (od dnia 1 października 2016 r. dla 108 osób).

W ramach usługi serwisu i helpdesku wykonawca zobowiązany był do serwisu sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umowy, świadczenia usługi helpdesk dla użytkowników, w tym m. in. telefonicznego przyjmowania zgłoszeń usterek sprzętu, oprogramowania, łącz internetowych, informacji o kradzieży lub zgubieniu sprzętu.

Umowy w powyższym kształcie zostały zawarte w dniach: 14.06.2016 r., 22.07.2016 r., 18.10.2016 r., 09.02.2017 r., 11.05.2017 r. oraz 21.06.2017 r. Zamawiający do wszystkich ww. umów zastosował wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Opis usług stanowiących przedmiot każdej z powyższych umów pozostał niezmienny. Wartość wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dwóch pierwszych umów wynosiła 445 819,50 zł netto (1 06 785,67 euro), 548 357,99 zł brutto, natomiast w pozostałych umowach — 548 092,31 zł brutto, co stanowi 445 603,50 zł netto (106 733,93 euro) (w umowie z dnia 18.10.2016 r. wskazano odmienną kwotę netto — 445 675,50 zł).

Stawki jednostkowe w powyższych umowach były jednakowe i wynosiły:

- za świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz usługi serwisu i helpdesku dla 3780 osób (a następnie dla 3777 osób) — 38,90 zł netto, tj. 47,85 zł brutto za miesiąc,
- za świadczenie usługi serwisu i helpdesku dla 105 osób (a następnie dla 108 osób) — 14,90 zł netto, tj. 18,33 zł brutto za miesiąc.

Jednocześnie, umową z dnia 14 marca 2016 r. K-PSI zleciła wykonanie usług wynikających z powyższych umów INFOMEX Sp. z o.o. (umowa nr K-PSI nr 1/2016). Zgodnie z jej treścią, do umowy zastosowanie miał art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Rozpoczęcie świadczenia usług miało nastąpić dnia 1 kwietnia 2016 r. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone na kwotę 8 690 109,90 zł brutto, tj. 7 065 130,00 zł netto (1 692 287,24 euro). Zgodnie z § 1 ust. 3 umowy:

1. wykonawca miał świadczyć usługę dostępu do sieci Internet przez okres 56 miesięcy dla 2000 osób oraz przez okres 57 miesięcy dla 1818 osób;
2. wykonawca miał świadczyć usługi serwisu i helpdesku przez okres 56 miesięcy dla 2000 osób oraz przez okres 57 miesięcy dla 1885 osób.

Powyższa umowa dotyczyła usług na rzecz beneficjentów ostatecznych I oraz II etapu projektu.

Z korespondencji prowadzonej od listopada 2016 r. do lutego 2017 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającym wynika, że wskazane wyżej umowy dotyczyły takiego samego przedmiotu zamówienia. Mimo tego, Zamawiający, na podstawie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie dokonał łącznego szacowania ich wartości w sposób wynikający z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W ocenie kontrolującego analiza okoliczności faktycznych sprawy prowadziła do wniosku, że zawieranie przez Województwo Kujawsko-Pomorskie odrębnych umów na realizację usług w okresie trwałości było nieprawidłowe, ponieważ zamówienia te spełniały wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości, zwłaszcza w odniesieniu do niepodlegających wyłączeniu od stosowania ustawy zamówień na usługi serwisu i helpdesku.

Łączna szacunkowa wartość usługi serwisu i helpdesku ustalona na okres 4 lat przekraczała odpowiednie kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2013 r.),

obowiązującego do dnia 31.12.2015 r., tj. w okresie poprzedzającym rozpoczęcie świadczenia usług w okresie trwałości projektu.

W konsekwencji, ustalenie przez Zamawiającego wartości zamówień indywidualnie w stosunku do poszczególnych umów tworzących części większego zamówienia, stanowiło w ocenie kontrolującego naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że ustalenie wartości poszczególnych zamówień indywidualnie, w stosunku do poszczególnych umów tworzących część większego zamówienia, w zakresie podlegających wyłączeniu od stosowania ustawy PZP opisanych usług serwisu i helpdesku było jak najbardziej zasadne i nie stanowiło naruszenia wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp. Zamawiający konsekwentnie stoi na stanowisku, że skoro na podst. art. 4 pkt 10 ustawy Pzp miał prawo do niezastosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowych zamówień, to tym bardziej nie miał obowiązku do dokonywania szacowania wartości tych zamówień w sposób wskazany w ustawie Pzp.

**Uwzględniając treść dokumentacji z przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej następczej oraz treść Zastrzeżeń Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nr UZP/DKUE/KD/123/2016 z dnia 10 października 2017 r. (zwane dalej Zastrzeżeniami), Izba zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego Zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W ocenie Izby zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia:

- art. 4 pkt 10 ustawy Pzp przez niezasadne objęcie zakresem przedmiotowym umów z dnia 14 czerwca 2016 r., 22 lipca 2016 r., 18 października 2016 r., 9 lutego 2017 r., 11 maja 2017 r. oraz 21 czerwca 2017 r., których przedmiotem było świadczenie usług serwisu i helpdesku, które nie podlegały wyłączeniu przewidzianemu w powyższym przepisie oraz
- art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie łącznego szacowania zamówień na usługi serwisu i helpdesku świadczone od dnia 1 grudnia 2015 r. przez przewidywany okres świadczenia tych usług oraz związany z tym nieuzasadniony podział zamówienia.

Izba stwierdziła, że kontrolujący prawidłowo ustalił stan faktyczny związany z kontrolowanymi zamówieniami, a „Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej” (pismo UZP/DKUE/KD/123/2016 z 29 września 2017 r.) w sposób jasny i zrozumiały uzasadnia zajęte przez kontrolującego stanowisko.

W ocenie Izby Zastrzeżenia w większości nie odnoszą się do zarzutów kontrolującego. Kontrolujący nie kwestionował celowości i racjonalności udzielonych zamówień na usługi serwisu i helpdesku w ramach zrealizowanego przez Zamawiającego projektu. W ocenie kontrolującego nieprawidłowe było odstępianie od stosowania przepisów ustawy Pzp ze względu na błędne założenie Zamawiającego, że wskazane wyżej zamówienia spełniają przesłanki do udzielenia ich na podstawie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Konsekwencjami tego błędu było zawarcie umów w sposób wyłączający uczciwą konkurencję i równy dostęp wykonawców do zamówień, a także dokonanie podziału przedmiotu zamówienia w sposób skutkujący obejściem ustawy Pzp. Znaczna część Zastrzeżeń to polemika z zarzutami, których kontrolujący w ogóle nie postawił.

W umowach zawartych pomiędzy Zamawiającym a K-PSI w dniach 14 czerwca 2016 r., 22 lipca 2016 r., 18 października 2016 r., 9 lutego 2017 r., 11 maja 2017 r. oraz 21 czerwca 2017 r. ustalono przedmiot usługi wykonawcy jako świadczenie przez okres 3 miesięcy usługi dostępu do sieci Internet oraz usługi serwisu i helpdesku, w opisanym wyżej zakresie. Należy zauważyć, że przepis art. 4 pkt 10 ustawy Pzp określa zakres przedmiotowy zamówień, do których nie stosuje się ustawy Pzp na mocy tego przepisu. Zakres przedmiotowy przepisu obejmuje:

- a. pozwolenie Zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
- b. eksploatację publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub
- c. świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Wymienione w przepisie rodzaje działalności, wyznaczające zakres zastosowania wyłączenia ustawy na podstawie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp odnoszą się do określonej działalności w zakresie telekomunikacji. Usługa dostępu do Internetu, opisana w § 5 umów zawieranych pomiędzy Zamawiającym i K-PSI odpowiada pojęciu usługi telekomunikacyjnej. Treść przepisu art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie daje natomiast podstaw do rozszerzenia jego interpretowania i objęcia jego zakresem innych typów usług, czy też działalności, niż wynikające z treści samego przepisu. W szczególności opis zakresu wyłączenia przedmiotowego z art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie obejmuje usług w postaci serwisu i helpdesku sprzętu komputerowego i oprogramowania.

Mając na uwadze ustalony stan prawny i faktyczny sprawy należy stwierdzić, że usługi serwisu i helpdesku w kształcie określonym w § 6 ust. 1 umów, dotyczące sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umów, nie zawierają się w zakresie działalności i usług objętych wyłączeniem przedmiotowym stosowania ustawy Pzp z art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Świadczenie tego typu usług nie może być uznane za świadczenie usługi telekomunikacyjnej, ani za eksploatację sieci telekomunikacyjnej.

Wyłączenia stosowania ustawy Pzp zawarte w art. 4 są wyjątkami od ogólnej reguły nakazującej udzielanie zamówień publicznych w sposób wskazany w tejże ustawie. Z tego względu art. 4 ustawy Pzp nie może być interpretowany rozszerzająco, w sposób dopuszczający udzielanie zamówień obejmujących większy zakres przedmiotowy niż objęty dyspozycją poszczególnych przepisów art. 4 ustawy Pzp. Usługi serwisu i helpdesku w kształcie określonym w zakwestionowanych przez kontrolującego umowach, dotyczące sprzętu komputerowego, specjalistycznych urządzeń peryferyjnych i oprogramowania wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umów nie są objęte wyłączeniem określonym w art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Z tego powodu, zawarcie w umowach z dnia 14 czerwca 2016 r., 22 lipca 2016 r., 18 października 2016 r., 9 lutego 2017 r., 11 maja 2017 r. oraz 21 czerwca 2017 r. powyższych usług serwisu i helpdesku było niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 4 pkt 10 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu podpisania tych umów.

W ocenie Izby Zamawiający nie miał żadnych powodów, aby stwierdzić, że usługi serwisu i helpdesku są bezpośrednio związane ze świadczeniem dostępu do Internetu dla beneficjentów ostatecznych. O ile usługi te są niezbędne dla prawidłowego realizowania projektu, w szczególności utrzymania pięcioletniego okresu trwałości, o tyle są to zadania o charakterze służebnym w stosunku do świadczenia usługi dostępu do Internetu. Serwis to usługa o charakterze ściśle technicznym, zapewniająca sprawność funkcjonowania sieci, nie wpisuje się zatem w dyspozycję przepisu art. 4 pkt 10 ustawy Pzp. Podobnie zresztą jak usługa helpdesku – działanie obliczone na informowaniu i pomocy beneficjentom ostatecznym projektu. W tym zakresie Izba uznała, że załączone do dokumentacji z kontroli opinie biegłego sądowego są trafne i w pełni wiarygodne. Izba zgadza się z twierdzeniem, że „z punktu widzenia technicznego nie ma żadnych szczególnych i mocnych przesłanek do zlecenia świadczenia usług dostępu do Internetu, serwisu i helpdesku temu samemu wykonawcy”, przeciwną argumentację Zamawiającego uznając za błędną. Wykonywanie tych usług mogło być zleczone różnym podmiotom bez uszczerbku dla prawidłowości realizacji zasadniczego celu umowy, jakim jest świadczenie usługi dostępu do Internetu dla beneficjentów ostatecznych projektu. Serwis i helpdesk sprzętu komputerowego

może być realizowany przez dowolny podmiot, posiadający odpowiedni potencjał techniczny w zakresie naprawy komputerów i obsługi klientów.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp Izba uznała, że zastrzeżenia również w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie. Wniosek taki jest przede wszystkim logiczną konsekwencją uznania, że Zamawiający bezprawnie udzielił zamówień na usługę serwisu i helpdesku z pominięciem przepisów ustawy Pzp w oparciu o wyłączenie wynikające z art. 4 pkt 10. Skoro zatem Zamawiający miał obowiązek w pełnym zakresie zastosować przepisy ustawy Pzp, to również te, dotyczące zasad szacowania wartości zamówienia.

Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia, które miało być realizowane od dnia 1 grudnia 2015 r. powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług serwisu i helpdesku, które zamierzał nabyć, a następnie oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierzał je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Dokonany w niniejszej sprawie podział przedmiotu zamówienia na części szacowane odrębnie stanowi, w ocenie Izby, naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż Zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów, odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale zakazany jest taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Izba nie może się również zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w treści wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2017 r. w których poinformował kontrolującego: „Odnosząc się do kwestii powodów będących podstawą zawarcia dwóch umów z dnia 14.06.2016 r. i 22.07.2016 r. wyjaśniam, iż przyczyną zawarcia dwóch odrębnych umów na przedmiotowe zamówienie jest fakt, że województwo nie posiadało w chwili ich zawarcia wystarczających własnych środków budżetowych na sfinansowanie usługi dostępu do Internetu oraz usług serwisu i helpdesku dla osób objętych projektem „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Województwa kujawsko — pomorskiego” w całym okresie trwałości tego projektu,

w związku z czym poszukiwało na ten cel zewnętrznych źródeł finansowania w postaci dotacji od samorządów gmin, w których mieszkają osoby wykluczone cyfrowo, będące beneficjentami tego zamówienia”. Argument braku środków na realizację określonego zadania w całości nie może być podstawą do odstąpienia od nakazanego przez ustawę Pzp sposobu dokonywania szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo podzielić przedmiot zamówienia na części – zarówno w ramach jednego jak i większej ilości postępowań, ale nie może powoływać się na brak środków jako usprawiedliwienie dokonania podziału przedmiotu zamówienia w sposób skutkujący obejściem ustawy.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszenia przepisów art. 4 pkt 10 oraz art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp - nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp , wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....