

**Sygn. akt: KIO 733/19**

**WYROK**  
**z dnia 10.05.2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.04.2019 r. przez wykonawcę **VIA VOX sp. z o.o., ul. Starołęcka 42, 61-361 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego VIA VOX sp. z o.o., ul. Starołęcka 42, 61-361 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań, zwane dalej „Zamawiającym ” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego na *infolinię i help-desk dla uczestników projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Poznaniu” oraz naprawy serwisowe i pogwarancyjne zestawów komputerowych używanych uczestnikom ww. projektu.* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 15 lutego 2019 roku, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 514737-N-2019.

Dnia 16 kwietnia 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę wykonawcy PRONEX P.K. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca VIA VOX sp. z o.o., ul. Starołęcka 42, 61-361 Poznań, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, polegającego na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę niemożliwą do osiągnięcia dla realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu wymogów SIWZ oraz przepisów powszechnie obowiązujących (przede wszystkim w zakresie płacy minimalnej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej).

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenie oferty Wykonawcy PRONEX P.K. z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w toku postępowania (z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu),
- 4) zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego, w tym opłaty wpisowej od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Uzasadniając podniesiony zarzut podał, że przedmiotem zamówienia jest prowadzenie infolinii i help - desku [...] oraz napraw serwisowych i pogwarancyjnych zestawów komputerowych używanych uczestnikom ww. projektu w terminie 14.06.2019-31.12.2020r. Z uwagi na fakt, iż wszyscy Wykonawcy składający oferty w postępowaniu zaproponowali prowadzenie infolinii i help - desku całodobowo, 7 dni w tygodniu, dlatego też stwierdził, że wszelkie uwagi i obliczenia poczynione w odwołaniu dotycząca okresu określonego w SIWZ, przy uwzględnieniu świadczenia usług całodobowo przez 7 dni w tygodniu.

Wskazał, że Zamawiający postawił wymóg (sformułowany w punkcie III, podpunkcie 4 SIWZ) zatrudnienia przez Wykonawcę (lub Podwykonawcę) osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia na podstawie umowy o pracę. Podkreślił, że zgodnie z treścią obowiązujących przepisów, tj. rozporządzenia z dnia 11 września 2018 roku w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 roku, minimalne wynagrodzenie za pracę w 2019 roku wynosi 2.250,00 zł (pełen etat). Po zsumowaniu kwoty minimalnego wynagrodzenia i kosztów pracodawcy koszt zatrudnienia na pełny etat wynosi min. 2.710,00 zł. Zdaniem Odwołującego do powyższej kwoty uwzględnić należy nadto konieczność wypłacenia dodatku za godziny nocne (240 godzin miesięcznie, dodatek w wysokości 3,22 zł brutto za godzinę). Powyższe przy szacunkowych 53 godzinach pracy w godzinach nocnych na 1 etat miesięcznie, całkowity koszt zatrudnienia jednej osoby w jednym miesiącu na jednym etacie powinien wynieść około 2.380,66 zł. Nadto podkreślił, że przyjmując 30 dni pracujących w miesiącu, to do obsadzenia jest 720 godzin miesięcznie. Jeden etat jest równoznaczny z 168 godzinami pracy miesięcznie, co implikuje konieczność opłacenia 4,29 etatów celem realizacji zamówienia. Jednakże przy uwzględnieniu okoliczności, iż pracownicy uprawnieni są do korzystania z urlopu wypoczynkowego (w wymiarze 20 dni lub 26 dni rocznie), szacować należy zatrudnienie na 4,5 etatu celem realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe wiązałoby się z kosztem zatrudnienia przez okres realizacji umowy w wysokości 233.333,46 zł i to tylko celem zapewnienia obsługi infolinii i help - desku. Wyliczona powyżej kwota w znaczący sposób przekracza cenę wskazaną przez firmę PRONEX P.K., jako cenę łączną brutto z tytułu realizacji zamówienia na którą muszą składać się również koszty napraw serwisowych i pogwarancyjnych.

Reasumując powyższe stwierdził, że Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferta złożona przez Wykonawcę PRONEX jest rażąco niska, jest niemożliwa do zrealizowania za kwotę wskazaną przez Wykonawcę z uwagi na fakt, iż koszty zatrudnienia osób które obsłużyłyby infolinię i help - desk we wskazanym okresie są znacząco wyższe od kwoty wskazanej przez przedsiębiorcę którego oferta została wybrana. Nadto dodał, że cena ofertowa winna obejmować także cenę usług napraw serwisowych i pogwarancyjnych.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W prezentowanym ustnym stanowisku wniósł o odrzucenie odwołania z powodu wskazania w odwołaniu niewłaściwego podmiotu zamawiającego, gdyż Odwołujący jako zamawiającego wskazał Urząd Miasta Poznania w sytuacji, kiedy zamawiającym było Miasto Poznań. Nadto wniósł o oddalenie odwołania z powodu braku wykazania interesu we wniesieniu odwołania, a nadto z powodu niezasadności podniesionego zarzutu. Podniósł także, iż

Odwołujący kwestionując ofertę wybraną jednocześnie nie zauważa, że dokonując wyliczeń samych kosztów pracy dla wykonania zamówienia na kwotę co najmniej 233 tys. złotych sam w swojej ofercie na ten cel przeznaczył tylko kwotę 197 892, 56 zł. Tym samym Zamawiający zauważa, że przyjmując jako podstawę wyliczenia Odwołującego należałoby uznać, iż również oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania oraz stanowisk Zamawiającego i Odwołującego podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie odniesienia Izby wymagają kwestie podniesione przez Zamawiającego na etapie posiedzenia, iż odwołanie winno zostać odrzucone z powodu niewłaściwego określenia podmiotu zamawiającego oraz, że winno zostać oddalone z powodu niewykazania przez Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Odnosząc się do kwestii niewłaściwego oznaczenia podmiotu zamawiającego Izba oddaliła przedmiotowy wniosek, gdyż po pierwsze, brak jest podstawy faktycznej do zastosowania normy z art. 189 ust.1 pkt 2 Pzp statuującej możliwość odrzucenia odwołania, a po drugie, z treści odwołania można w sposób bezsporny wywieść, że odwołanie dotyczy postępowania wszczętego przez Miasto Poznań.

Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania interesu przez Odwołującego we wniesieniu odwołania Izba uznaje powyższy zarzut odwołania za zasadny.

Wskazać należy, że wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez KIO wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 179 ust.1 Pzp zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów ( wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r. sygn. KIO 1719/16). Przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - por. wyrok Sądu Okręgowego w

Piotrkowie Trybunalskim z 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. sygn. V Ca 1973/11, a także SO w Poznaniu sygn. akt X Ga 85/15 z 15 maja 2015 r. podkreślić należy, że wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy, zrelatywizowane zostały przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czy też unieważnienia postępowania. Przepisy ustawy Pzp traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia - wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu.

Nawiązując do konieczności kumulatywnego wykazania spełnienia przez wykonawcę przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody Izba stwierdza, że niewątpliwie Odwołujący wykazał spełnienie pierwszej przesłanki w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp, gdyż złożył ofertę, wniósł odwołanie od niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia Zamawiającego, itd. Natomiast nie została spełniona przesłanka w zakresie możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego czynnością Zamawiającego w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PRONEK P.K.. W świetle art. 179 ust.1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W tym przypadku to nie czynność Zamawiającego, ale błędne wskazanie zarzutów i żądań we wniesionym odwołaniu, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie szansy uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 kwietnia 2019 roku oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu listy rankingowej z ilością 87,07 pkt. Na drugim miejscu z ilością 97,07 pkt została sklasyfikowana oferta wykonawcy Open Telecom P. B. - powyższe ustalenia są okolicznością niesporną pomiędzy stronami. Nadmienić

należy także, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie stosował procedury odwróconej w zakresie oceny ofert ( pkt IV.2.3 SIWZ).

Wobec powyższego Izba uznała, że brak zakwestionowania w odwołaniu oferty Open Telecom powoduje sytuację, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nawet w sytuacji uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty wykonawcy PRONEX sytuacja Odwołującego nie ulega zmianie – dalej oferta korzystniejszą pozostawałaby oferta Open Telecom, a to nie pozwoliłoby Odwołującemu uzyskać zamówienia (art.192 ust.2 Pzp).

Izba zauważa, że po podniesieniu przez Zamawiającego na etapie posiedzenia zarzutu braku wykazania przez Odwołującego przesłanki interesu z powodu niezakwestionowania oceny wykonawcy Open Telecom, Odwołujący próbował wykazywać, że po pierwsze, nie mógł kwestionować oferty Open Telecom gdyż ta nie była uznana za ofertę najkorzystniejszą, a po drugie wywodził, że podnosząc zarzuty wobec oferty wybranej, to Zamawiający przy ponownym badaniu ofert winien uwzględnić te zarzuty także wobec oferty Open Telecom i w wyniku oceny winien tą ofertę także odrzucić. Izba wskazuje, że nie jest dopuszczalne, by w wyniku doprecyzowania zarzutów, już po terminie na ich złożenie, w istocie zostały sformułowane nowe zarzuty, uprzednio nie zawarte w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie zakwestionował oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu – wynika to chociażby z zakresu podniesionych żądań, gdzie Odwołujący wnosił tylko o odrzucenie oferty Wykonawcy PRONEX P.K.. Prezentowane na rozprawie stanowisko zmierzające do rozszerzenia zakresu podniesionych zarzutów Izba uznała za całkowicie niezasadne. Za wyrokiem SO w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 416/11 z 15 lipca 2011 roku wskazać należy, że zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania. Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 stwierdził, że w myśl art. 192 ust. 7 Pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z powyższego stanowiska należy wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy, po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Skoro Odwołujący nie postawił zarzutów co do ceny oferty Open Telecom to dokonanie takiej

oceny przez Izbę – jak wnosił Odwołujący, stanowiłoby wyjście poza zakres stawianych zarzutów, czemu sprzeciwia się art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Wobec braku wykazania spełnienia przez Odwołującego przesłanek uzasadniających wniesienia odwołania, a konkretnie wykazania możliwości poniesienia szkody w sytuacji, kiedy Odwołujący nie zakwestionował oceny oferty Open Telecom Izba uznała, że nawet uwzględnienie odwołania nie miałoby wpływu na wynik postępowania i tym samym odwołanie oddaliła.

Pomimo powyższych ustaleń, Izba dokonała także oceny zasadności podniesionego zarzutu odwołania, że oferta wykonawcy PRONEX zawiera rażąco niską cenę i uznała, że podniesiony zarzut jest niezasadny.

Wskazać należy, że Odwołujący całą argumentację w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wybranej przez Zamawiającego oparł na przyjęciu założenia, że dla wykonania zamówienia wykonawca winien zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby w zakresie 4,5 etatu. Izba stwierdza, że przyjęcie takiego założenia nie ma żadnego oparcia w wymaganiach Zamawiającego podanych w treści SIWZ.

Niespornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający w rozdziale III pkt 4 SIWZ postawił wymóg, aby w szczególności w zakresie obsługi infolinii i help-desku wykonawca posiadał osoby zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umów o pracę. Dodatkowo w tymże pkt. podał, że wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest w dniu zawarcia umowy do przedłożenia oświadczenia potwierdzającego zatrudnienie ww. osób na umowę o pracę. Przy takim zapisie wymagań Izba uznaje za zasadne stanowisko Zamawiającego podane na rozprawie, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał, aby wykonawca dla wykonywania tego zamówienia zatrudniał pracowników, którzy będą dedykowani wyłącznie do realizacji tego zamówienia. Zamawiający podał, w oparciu o wyjaśnienia Pronex, że wybrany wykonawca prowadzi nieprzerwanie od 2006 serwis komputerowy w Poznaniu, posiada zatrudnionych na umowy o pracę pracowników, którzy m.in. już świadczą dla różnych podmiotów usługi serwisu 24h w ciągu 7 dni w tygodniu. Tym samym Zamawiający uznał, że dla pracowników wybranego wykonawcy będzie to dodatkowy zakres obowiązków, a tym samym nie może być mowy o sytuacji, iż ten wykonawca miałby zatrudnić, jak twierdzi Odwołujący, dodatkowo osoby na 4,5 etatu. Izba za Zamawiającym przyjęła jako prawidłowe ustalenie, iż niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że podana w ofercie cena nie pokryje kosztów serwisu, gdyż według treści formularza ofertowego, Pronex za prowadzenie infolinii oraz help-desku wskazał koszt 7 000,00 miesięcznie i 126 000,00 w okresie 18 miesięcy, co przy kwocie 210 000,00 zł daje zapas na koszt usług serwisowych.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu z którego mogłoby wynikać, że wykonawca wybrany przez Zamawiającego, w sposób nieprawidłowy skalkulował cenę oferty i jest ona rażąco niska. Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że tylko w sposób wskazany przez Odwołującego, tj. zatrudnienia osób na 4,5 etatu, jest możliwa realizacja tego zamówienia. Treść SIWZ nie uprawniała Odwołującego do narzucania wykonawcom sposobu wykonania tego zamówienia, tj. czy będą je realizowali przy pomocy kadry już zatrudnionej, czy też niezbędne będzie zatrudnienie nowych pracowników.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący .....