

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 września 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2, 3 i 4 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia przez usunięcie w sposobie oceny ofert dla kryterium „ceny” granicznych kwot dla poszczególnych pozycji tabeli wyceny i usunięcie mnożnika „razy 10” w przypadku przekroczenia kwoty granicznej oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Kraków Urząd Miasta Krakowa na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3268/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków Urząd Miasta Krakowa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych oraz świadczenie usług bezprzewodowego dostępu do Internetu wraz z dostawą modemów, routerów i tabletów” (numer postępowania: IT-07-1.271.10.2025). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2025 r., za numerem: Dz.U. S: 139/2025 479835-2025.

W dniu 4 sierpnia 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 240 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy pzp przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

2. art. 95 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 ust. 1 ustawy pzp przez określenie rodzaju czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

3. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

4. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) Kodeksu cywilnego (dalej „kc”) oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 ustawy pzp przez wprowadzenie do SWZ postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy lub zależnych od Zamawiającego, przez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne

dla wykonawców postanowienia SWZ, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w postępowaniu i ograniczając konkurencję.

Odwolujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji postanowień SWZ przez usunięcie w sposobie oceny ofert dla kryterium ceny granicznych kwot dla poszczególnych pozycji tabeli wyceny oraz rezygnację ze stosowania mnożnika „razy 10” w przypadku przekroczenia kwoty granicznej.

2) modyfikacji postanowień SWZ przez wprowadzenie jednoznacznych postanowień określających rodzaj czynności, do których stosuje się wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób je wykonujących w trakcie realizacji zamówienia.

3) modyfikacji postanowień SWZ przez usunięcie parametrów:

- wielkość pamięci RAM – dotyczy telefonów firmy Apple;

- zasięg słuchawek – dotyczy telefonów firmy Apple.

4) modyfikacji postanowień SWZ przez zmianę zapisu w sposób umożliwiający dostarczenia kart USIM posiadających min. 250 kontaktów (250 pozycji – abonentów, gdzie każdy ma przypisany minimum jeden numer abonencki).

5) modyfikacji postanowień SWZ przez:

- doprecyzowanie terminu „na początkowym etapie realizacji”, o którym mowa w § 2 ust. 2 wzoru umowy,

- wskazanie okoliczności, kiedy Wykonawca będzie zobowiązany przedstawić listę urządzeń, o której mowa w § 1 ust. 12 pkt b wzoru umowy,

- wprowadzenie postanowienia w § 11 przewidującego zmianę modelu urządzenia w sytuacji braku dostępności urządzenia podanego w treści oferty.

6) modyfikacji treści SWZ w zakresie wzoru umowy przez zmianę zdania drugiego w § 6 ust. 2 do następującej treści:

„W przypadku zwłoki w dostawie aparatów telefonicznych, modemów, routerów do transmisji danych, tabletów powyżej 30 dni, Zamawiający/Jednostka ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy za realizację danej dostawy za każdy dzień zwłoki.”

7) modyfikacji treści SWZ w zakresie wzoru umowy przez zmianę zdania drugiego w § 6 ust. 16 do następującej treści:

„Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie przekroczy 20% wartości łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1.”

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania wskazał, że

I. Zarzut naruszenia art. 240 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy pzp

W rozdziale 20 SWZ Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert, jakimi będzie kierował się przy wyborze ofert oraz opisał sposób ich ceny. W punkcie 20.2 SWZ został określony m.in. sposób przyznawania punktów w kryterium ceny, z którego wynika, że Zamawiający inaczej określił sposób obliczenia ceny oferty, która będzie wynikała z treści formularza ofertowego, i która zostanie wpisana do zawieranej umowy, a inaczej sposób obliczenia ceny oferty, który będzie podlegał punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. W drugim przypadku Zamawiający wprowadził bowiem mnożnik „razy 10” dla każdego elementu oferty (abonamenty i urządzenia), w przypadku zaoferowania dla danej pozycji tabeli wyceny ceny wyższej niż podana przez Zamawiającego dla tej pozycji. Oznacza to, że Wykonawca, który zaoferuje w danej pozycji cenę wyższą tylko o 1 zł ponad cenę wskazaną przez Zamawiającego zostanie „ukarany” w postaci utraty nieproporcjonalnie dużej liczby punktów i w konsekwencji nawet utratą szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przy standardowo stosowanym algorytmie Wykonawca, który zaoferuje wyższą cenę i tak otrzymałby mniejszą ilość punktów.

Ponadto wskazane przez Zamawiającego „ceny graniczne”:

- Cjd Telefon komórkowy Grupa 1 w wysokości: 50 zł,

- Cje Telefon komórkowy Grupa 2 w wysokości: 500 zł,

- Cjf Telefon komórkowy Grupa 3 w wysokości: 1500 zł,

- Cjg Tablet w wysokości: 1500 zł,

- Cjh Modem, router do transmisji danych w wysokości: 40 zł,

są cenami zaniżonymi w stosunku do cen rynkowych. W takiej sytuacji ich koszt musi być subsydiowany (splacany) w cenie abonamentu, co przy jednoczesnym zastosowanym ograniczeniu kwotowym również dla abonamentu, powoduje, że wykonawca zdolny do wykonania zamówienia albo nie złoży oferty w ogóle albo będzie zmuszony do zastosowania zaniżonych cen, czym może narazić się na zarzut rażąco niskiej ceny.

W opinii Odwołującego Zamawiający opisał sposób oceny ofert w kryterium ceny w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób uniemożliwiający porównanie poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 240 ust. 2 ustawy pzp.

W dniu 11 września 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że:

1. wskazany w cz. II odwołania zarzut dot. zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, stał się bezzasadny z uwagi na dokonanie modyfikacji zapisów SWZ przez Zamawiającego, które to zmiany zostały udostępnione w dniu 8 sierpnia 2025 r. na stronie prowadzonego postępowania oraz na stronie BIP UMK w zakładce dot. przedmiotowego postępowania:

Zmiana pkt 3.6 SWZ na: „3.6. Zamawiający, na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy, wymaga zatrudniania na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę (lub podwykonawcę) osobę/-ów, o których mowa w § 1 ust. 7 lit. y wzoru umowy. Wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2025 r. poz. 277).”

2. wskazane w cz. III odwołania zarzuty dot.:

1) wielkości pamięci RAM oraz zasięgu słuchawek,

2) dostarczenia kart USIM posiadających min. 250 kontaktów,

3) doprecyzowanie terminu „na początkowym etapie realizacji”, o którym mowa w § 2 ust. 2 wzoru umowy oraz wskazanie okoliczności, kiedy Wykonawca będzie zobowiązany przestawić urządzenia, o której mowa w § 1 ust. 12 pkt b wzoru umowy oraz wprowadzenie postanowienia w § 11 przewidującego zmianę modelu urządzenia w sytuacji braku dostępności urządzenia podanego w treści oferty,

stały się bezzasadne z uwagi na dokonanie modyfikacji zapisów SWZ przez Zamawiającego, które to zmiany zostały udostępnione w dniu 21 sierpnia 2025 r. oraz 11 września br. na stronie prowadzonego postępowania oraz na stronie BIP UMK w zakładce dot. przedmiotowego postępowania:

- Załącznik nr 12 do SWZ – Wykaz min. parametrów, Grupa 2. - telefony komórkowe pkt. 3), w zakresie wymogu dotyczącego pamięci zmiana na: „Pamięć: ~~Wielkość RAM (GB) min. 8 GB~~ Wielkość ROM (GB) min. 256 GB.”

- Załącznik nr 12 do SWZ - Wykaz min. parametrów, Grupa 3. - telefony komórkowe pkt. 1), w zakresie wymogu dotyczącego pamięci oraz parametrów dodatkowych dot. słuchawek zmiana na: „Pamięć ~~Wielkość RAM (GB) min. 8 GB~~ Wielkość ROM (GB) min. 256 GB.” oraz: „Dodatkowe: (...) Słuchawki: Dokanałowe, bluetooth min 5.3, czas pracy min. 6h słuchania na jednym ładowaniu, czas pracy min. 4,5h rozmów na jednym ładowaniu. Zasilanie z zamykanego etui, zasięg ~~min. 10 metrów~~, wbudowany mikrofon, aktywna redukcją hałasu z adaptacyjnym trybem kontaktu, adaptacyjna korekcja (EQ), ładowanie zgodne ze standardem Qi lub przez złącze usb-c sterowanie dotykowe, przyspieszeniomierz wykrywający ruch i mowę, waga każdej słuchawki bez ładowarki nie więcej niż 5,4 grama, kolor słuchawek biały, adaptery douszne w rozmiarze s,m,l Odporność: ip54 (...)”

- Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy § 1 ust. 7 lit. b otrzymał brzmienie: „b) dostarczenie nieaktywnych kart USIM oraz ich bezpłatne aktywacje zgodnie z dyspozycją Zamawiającego lub Jednostek. Zamawiający i Jednostki wymagają, aby dostarczone karty USIM posiadały możliwość zapisania w ich pamięci min. 250 kontaktów (250 pozycji –abonentów, gdzie każdy ma przypisany minimum jeden numer abonencki). Wszystkie karty mają posiadać możliwość zabezpieczenia kodem PIN. Każda dostarczona karta USIM musi być umieszczona w osobnym opakowaniu wielokrotnego użytku, to znaczy w takim, które będzie umożliwiało wyjęcie oraz schowanie karty USIM. Na opakowaniu każdej karty USIM musi znajdować się numer abonencki oraz numer seryjny karty nadrukowany w postaci cyfr oraz kodu kreskowego. Każda karta USIM musi mieć nadrukowany numer seryjny karty, kod pin, oraz kod puk w postaci cyfr oraz kodu kreskowego. Kody kreskowe umieszczone na opakowaniu karty USIM oraz na karcie USIM muszą mieć możliwość odczytania ich poprzez czytnik - skaner kodów kreskowych. Powyższe zapisy dotyczą również kart USIM dostarczanych w trakcie trwania umowy, zgodnie z § 2 ust. 3 umowy, pod rygorem ich nieodebrania przez

Zamawiającego/Jednostki,”

- Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy, § 2 ust. 2 otrzymał brzmienie: „1. W początkowym okresie realizacji przedmiotu umowy (t. j. w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem ust.1), zostanie zrealizowany następujący jej zakres:

a) do terminu, o którym mowa w ust. 1 lit. b zostanie zrealizowana dostawa do Zamawiającego:

– 10 sztuk telefonów komórkowych z grupy 1, o której mowa w Załączniku nr 1 pkt 2 do umowy,

– 10 sztuk telefonów komórkowych z grupy 2, o której mowa w Załączniku nr 1 pkt 2 do umowy (modele w uzgodnieniu z Zamawiającym).

– 3 sztuki telefonów komórkowych z grupy 3, o której mowa w Załączniku nr 1 pkt 2 do umowy (modele w uzgodnieniu z Zamawiającym).

– 2 sztuki tableatów z grupy 4, o której mowa w Załączniku nr 1 pkt 2 do umowy (modele w uzgodnieniu z Zamawiającym).

– 5 sztuk modemów, routerów do transmisji danych z grupy 5, o której mowa w Załączniku nr 1 pkt 2 do umowy (modele w uzgodnieniu z Zamawiającym).”

- Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy § 1 ust. 12 otrzymał brzmienie:

„12. W przypadku dostawy sprzętu i kart, o których mowa w § 2 ust. 3, Wykonawca do 3 dni od otrzymania zamówienia:

a) potwierdzi jego realizację i dostarczy zamówiony sprzęt w terminie kolejnych 14 dni,

albo

b) każdorazowo, w przypadku braku dostępności urządzeń wskazanych w Załączniku nr 1 do umowy, przedstawi listę urządzeń zawierającą modele urządzeń o parametrach spełniających warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia, na podstawie której Zamawiający/Jednostki będą miały możliwość wyboru urządzenia. Zamawiający/Jednostki w terminie kolejnych 3 dni roboczych wskaże urządzenia, które ostatecznie zamawia i Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć je w terminie kolejnych 14 dni.”

3. Zamawiający dokonał również częściowych zmian zapisów § 6 wzoru umowy, a które to zmiany zostały udostępnione w dniu 21 sierpnia 2025 r. na stronie prowadzonego postępowania oraz na stronie BIP UMK w zakładce dot. przedmiotowego postępowania. (zmiana postanowienia § 6 ust. 2 wzoru umowy). Modyfikacje SWZ udostępnione w dniu 21 sierpnia 2025 r. na stronie prowadzonego postępowania oraz na stronie BIP UMK w zakładce dot. przedmiotowego postępowania, zmniejszyły łączną maksymalną odpowiedzialność Wykonawcy, o której mowa powyżej z 50% do 30% tj. zgodnie ww. pytaniem do postępowania przez złożonego przez Odwołującego:

- Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy, § 6 ust. 2 otrzymał brzmienie:

„2. Zamawiający/Jednostka ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną za niedotrzymanie terminów dostawy aparatów telefonicznych, modemów, routerów do transmisji danych, tableatów, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. b oraz któregośkolwiek z terminów, o których mowa w § 1 ust. 12, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy za realizację danej dostawy za każdy dzień zwłoki. W przypadku zwłoki w dostawie aparatów telefonicznych, modemów, routerów do transmisji danych, tableatów powyżej 30 dni, Zamawiający/Jednostka ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 40% wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy za realizację danej dostawy. Kary, o których mowa w niniejszym ustępie nie kumulują się.”

- Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy § 6 ust. 16 otrzymał brzmienie:

„16. Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie przekroczy 30% wartości łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa § 3 ust. 1.”

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, a więc odwołanie mu przysługiwało w myśl art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowód przesłany przez Odwołującego do Izby w dniu 23 września 2025 r.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2-4 odwołania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp zgodnie z wnioskiem Odwołującego wyrażonym na posiedzeniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji dokumentów zamówienia, które jak podnosił Odwołujący zrealizowały żądania odwołania w zakresie zarzutów 2-4. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z modyfikacjami SWZ może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór co do zarzutów 2-4 odwołania stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia były postanowienia dokumentów zamówienia, które Zamawiający zmodyfikował realizując żądania odwołania. Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający zmienił postanowienia SWZ, wobec treści których wniesiono odwołanie, to tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego.

Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów 2-4 jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. W innym wypadku bowiem zarzuty te podtrzymywane przez Odwołującego podlegałyby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, umarzając postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2-4 odwołania.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów skierowanych do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „18. Sposób obliczenia ceny oferty:

18.1. Wykonawca ma obowiązek podać w Formularzu Ofertowym poszczególne ceny jednostkowe za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz zastosowaną dla każdej ceny jednostkowej stawkę podatku VAT (w %).

Cena oferty zostanie wyliczona zgodnie z następującym wzorem:

$111\ 120 * C_{jap} + 624 * C_{jbp} + 24\ 384 * C_{jcp} + 2730 * C_{jdp} + 307 * C_{jep} + 26 * C_{jfp} + 35 * C_{jgp} + 172 * C_{jhp} + C_{ji}$

(zgodnie z definicjami, o których mowa w pkt 20.2. SWZ).

Uwaga! Tak wyliczona cena oferty zostanie wskazana w §3 ust. 1 wzoru umowy jako łączna (maksymalna) wartość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

18.2. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej SWZ wraz z załącznikami oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.”

- „20. Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert:

20.1. Oferty będą oceniane według kryteriów:

20.1.1. Cena (P1) – waga kryterium: 57%,

20.1.2. Rozszerzenie warunków gwarancji (P2) – waga kryterium 20%,

20.1.3. Rabat na pozostałe usługi (P3) – waga kryterium 3%,

20.1.4. Wielkość pakietu transmisji danych w abonamencie głosowym (P4) – waga kryterium 10%,

20.1.5. Wielkość pakietu transmisji danych w abonamencie typu DATA (P5) – waga kryterium 10%.

20.2. Liczba punktów uzyskanych w kryterium Cena (P1) będzie obliczana zgodnie z poniższym wzorem:

$$C_{pbad} = 111\ 120 * C_{jap} + 624 * C_{jbp} + 24\ 384 * C_{jcp} + 2730 * C_{jdp} + 307 * C_{jep} + 26 * C_{jfp} + 35 * C_{jgp} + 172 * C_{jhp} + C_{ji}$$

$$P = C_{pmin} / C_{pbad} * 57$$

gdzie:

P - liczba punktów badanej oferty w kryterium najniższa cena

C_{pbad} - liczba punktów pomocniczych badanej oferty

C_{pmin} - najniższa liczba punktów pomocniczych spośród badanych ofert

C_{jap} - jeżeli cena C_{ja} w badanej ofercie mniejsza lub równa 50 zł to $C_{ja} * 1$, a jeżeli cena C_{ja} w badanej ofercie większa niż 50 zł to $C_{ja} * 10$

C_{jbp} - jeżeli cena C_{jb} w badanej ofercie mniejsza lub równa 350 zł to $C_{jb} * 1$, a jeżeli cena C_{jb} w badanej ofercie większa niż 350 zł to $C_{jb} * 10$

C_{jcp} - jeżeli cena C_{jc} w badanej ofercie mniejsza lub równa 30 zł to $C_{jc} * 1$, a jeżeli cena C_{jc} w badanej ofercie większa niż 30 zł to $C_{jc} * 10$

C_{jdp} - jeżeli cena C_{jd} w badanej ofercie mniejsza lub równa 50 zł to $C_{jd} * 1$, a jeżeli cena C_{jd} w badanej ofercie większa niż 50 zł to $C_{jd} * 10$

C_{jep} - jeżeli cena C_{je} w badanej ofercie mniejsza lub równa 500 zł to $C_{je} * 1$, a jeżeli cena C_{je} w badanej ofercie większa niż 500 zł to $C_{je} * 10$

C_{jfp} - jeżeli cena C_{jf} w badanej ofercie mniejsza lub równa 1500 zł to $C_{jf} * 1$, a jeżeli cena C_{jf} w badanej ofercie większa niż 1500 zł to $C_{jf} * 10$

C_{jgp} - jeżeli cena C_{jg} w badanej ofercie mniejsza lub równa 1500 zł to $C_{jg} * 1$, a jeżeli cena C_{jg} w badanej ofercie większa niż 1500 zł to $C_{jg} * 10$

C_{jhp} - jeżeli cena C_{jh} w badanej ofercie mniejsza lub równa 40 zł to $C_{jh} * 1$, a jeżeli cena C_{jh} w badanej ofercie większa niż 40 zł to $C_{jh} * 10$

C_{ji} - kwota 160 712,80 zł brutto, stanowiąca rezerwę na koszty rozliczane zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy

gdzie cena brutto:

Cja	<p>Dotyczy 1 karty głosowej; Abonament obejmuje nielimitowane połączenia głosowe do abonentów i użytkowników krajowych sieci komórkowych, krajowych sieci stacjonarnych oraz nielimitowane krajowe SMS i MMS. Abonament obejmuje podaną w pkt II.2 ppkt 3 Formularza Ofertowego liczbę GB (minimum 200 GB) do transmisji danych (taktowanie co 100kB) dla jednej karty głosowej do wykorzystania w okresie 1 miesiąca na terytorium Polski. Po przekroczeniu pakietu danych dodatkowe opłaty nie są naliczane, jedynie zostaje obniżona prędkość pobierania i wysyłania danych. 500 Minut i 200 SMS-ów wychodzących w roamingu w krajach/obszarze* i kierowane do krajów/obszarów* do wykorzystania co 1 miesiąc w krajach/obszarze*. Nielimitowane połączenia przychodzące w roamingu w krajach/obszarze* do wykorzystania co 1 miesiąc w krajach/obszarze*. Nielimitowane SMS-y przychodzące w roamingu w krajach/obszarze* do wykorzystania co 1 miesiąc w krajach/obszarze*.</p> <p>12 GB (taktowanie co 1kB osobno za dane wysłane i odebrane) do wykorzystania co 1 miesiąc w telefonie w krajach/obszarze* Po przekroczeniu pakietu danych w roamingu dodatkowe opłaty nie są naliczane, jedynie zostaje obniżona prędkość pobierania i wysyłania danych. Nie dotyczy: połączeń, SMS-ów i MMS-ów na numery specjalne, informacyjne, infolinie, numery dodatkowo płatne tzw. Premium oraz SMS-ów i MMS-ów Premium, SMS-ów na stacjonarne.</p> <p>*Austria, Belgia, Bułgaria, Chorwacja, Cypr (Republika Cypryjska), Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Gibraltar, Grecja, Gujana Francuska, Gwadelupa, Hiszpania (również Wyspy Kanaryjskie), Holandia, Irlandia, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Malta, Martynika, Niemcy, Portugalia (również Madera oraz Azory), Reunion, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Węgry, Wielka Brytania, Włochy, Norwegia, Islandia, Liechtenstein oraz inne kraje objęte darmowym roamingiem w trakcie trwania umowy</p>
Cjb	<p>Dotyczy 1 karty głosowej; do wykorzystania w okresie 1 miesiąca za nielimitowane połączenia do wszystkich krajowych sieci komórkowych oraz do wszystkich krajowych sieci stacjonarnych, nielimitowane SMS-y, MMS-y krajowe oraz za 1 pakiet do transmisji danych liczby GB (minimum 200 GB) podanej w pkt II.2 ppkt 3 Formularza Ofertowego (taktowanie co 100kB) do wykorzystania w okresie 1 miesiąca na terytorium Polski Po przekroczeniu pakietu danych dodatkowe opłaty nie są naliczane, jedynie zostaje obniżona prędkość pobierania i wysyłania danych. Nielimitowane rozmowy międzynarodowe z Polski do krajów/obszarów*. Nielimitowane połączenia przychodzące w roamingu w krajach/obszarze* i kierowana do krajów/obszarów*. 16 GB (taktowanie co 1kB osobno za dane wysłane i odebrane) do wykorzystania w okresie co 1 miesiąc w telefonie w krajach/obszarze*. Po przekroczeniu pakietu danych w roamingu dodatkowe opłaty nie są naliczane jedynie zostaje obniżona prędkość pobierania i wysyłania danych. Nie dotyczy: połączeń, SMS-ów i MMS-ów na numery specjalne, informacyjne, infolinie, numery dodatkowo płatne tzw. Premium oraz SMS-ów i MMS-ów Premium, SMS-ów na stacjonarne.</p> <p>*Austria, Belgia, Bułgaria, Chorwacja, Cypr (Republika Cypryjska), Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Gibraltar, Grecja, Gujana Francuska, Gwadelupa, Hiszpania (również Wyspy Kanaryjskie), Holandia, Irlandia, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Malta, Martynika, Niemcy, Portugalia (również Madera oraz Azory), Reunion, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Węgry, Wielka Brytania, Włochy, Norwegia, Islandia, Liechtenstein oraz inne kraje objęte darmowym roamingiem w trakcie trwania umowy.</p>
Cjc	<p>1 abonament do wykorzystania na transmisję danych, ilość danych na okres 1 miesiąca w liczbie GB (minimalna 300 GB) podanej w pkt II.2. ppkt 4 Formularza Ofertowego (taktowanie co 100kB) dla połączeń na terytorium Polski. Po przekroczeniu ilości danych dodatkowe opłaty nie są naliczane, jedynie zostaje obniżona prędkość pobierania i wysyłania danych Wykonawca na kartach DATA nie będzie zmniejszał pakietu danych wysyłanych i odbieranych w godzinach 00:00-09:00 (rano).</p>
Cjd	Telefon komórkowy Grupa 1
Cje	Telefon komórkowy Grupa 2
Cjf	Telefon komórkowy Grupa 3
Cjg	Tablet
Cjh	Modem, router do transmisji danych

Dowody Zamawiający:

1. Oferta Orange postępowanie w 2021 r. – ceny zaoferowane są w większości równe cenom granicznym z kryterium oceny ofert poza pozycją Cjcp: 24,99 zł w ofercie, 25 zł w kryterium.
2. SWZ w 2021 r. – analogiczne postanowienia SWZ jak w przedmiotowym postępowaniu w zakresie kryterium oceny ofert.
3. Informacja o wyborze i odrzuceniu oferty Odwołującego w 2021 r.
4. Oferta Orange, Uniwersytet W-M w Olsztynie – część cen jednostkowych w wysokości 0,01 zł, a w jednej pozycji 1 351,77 zł.
5. Orange pytania 07.08.2025 r.: „Pytanie 17 SWZ. Pkt 20.2.

Wnosimy o usunięcie mnożnika *10 przy przekroczeniu kwoty maksymalnej w ofercie Wykonawcy, wprowadzenie tego mnożnika powoduje przeliczenie nieprawdziwej wartości oferty. W przypadku abonamentu Cja przy podaniu ceny 51,66 zł brutto przekraczającej cenę maksymalną ustaloną przez Zamawiającego na 50,00 zł brutto wartość tej linii w rzeczywistości wynosi $111\,120 \times 51,66 \text{ zł brutto} = 5\,740\,459,20 \text{ zł brutto}$, natomiast po zastosowaniu mnożnika Zamawiającego jest to $111\,120 \times 51,66 \text{ zł brutto} \times 10 = 57\,404\,592,00 \text{ zł brutto}$ która jest wartością nieprawdziwą. Przy utrzymaniu ceny maksymalnej w tej linii Wykonawca otrzyma 57,00 pkt a przy cenie 51,66 zł brutto otrzyma 6,83 pkt. Celowym wydaje się wprowadzenie mnożnika i w ten sposób wymuszenie na Wykonawcach tak skalkulowania oferty, aby zmieścić się w cenach maksymalnych, a przy ich przekroczeniu o 1,66 brutto otrzymanie śladową ilość punktów. Nie znając sposobu szacowania oferty przez Zamawiającego, Wykonawcy muszą przyjąć, iż tylko dotychczasowy operator

świadczący w tej chwili usługi może skalkulować ofertę, która zmieści się z cenach maksymalnych bazując na wiedzy jaką ma przy realizacji dotychczasowej umowy.”

6. Orange pytania 2023 cz. 1

7. Orange pytania 2023 cz. 2

8. Abonament + telefon – wycena ze strony internetowej Orange 212,79 zł.

9. Abonament – wycena ze strony internetowej Orange 148,83 zł.

10. Zarządzenie PMK nr 1156_2025 – postępowanie prowadzone: *„w imieniu i na rzecz Gminy Miejskiej Kraków oraz następujących miejskich jednostek organizacyjnych Gminy Miejskiej Kraków, posiadających status zamawiającego w rozumieniu ww. ustawy (...).”*

Dowody Odwołujący: Przykładowa kalkulacja hipotetycznych warunków ofertowych – opracowanie własne.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 239 ustawy pzp: *„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”*

Zgodnie z art. 240 ustawy pzp: *„1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. 2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.”*

W myśl art. 241 ustawy pzp: *„1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. 2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.”*

Zgodnie z art. 242 ustawy pzp: *„1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu (...) 2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników (...).”*

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający prawidłowo określił w postępowaniu kryterium oceny ofert „cena”. Odwołujący podnosił, że wprowadzenie przez Zamawiającego w kryterium cen poszczególnych usług i produktów, których przekroczenie skutkuje przemnożeniem cen z oferty „razy 10” prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący argumentował, że taki sposób oceny ofert nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej przedstawiającej najlepszy stosunek jakości do ceny. Izba dokonała analizy postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert w kontekście scenariuszy wynikających z dowodu złożonego przez Odwołującego i uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy pzp: *„Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”* Ocena w oparciu o ustalone w postępowaniu kryteria może być zatem oceną wyłącznie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia (kryterium cenowe) bądź także przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. Celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiovane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych, przekraczających minimalne poziomy ustalony w SWZ, w tym rozwiązań najlepszych z perspektywy potrzeb zamawiającego i celów jakie planuje osiągnąć. Odmienne niż dla wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest, aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 ustawy pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiovany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia. Zaznaczenia także wymaga, że swoboda zamawiającego w ustalaniu

kryteriów oceny ofert nie jest nieograniczona i nie oznacza, że zamawiający może kreować kryteria wypaczające cel, któremu mają służyć, w tym wyborze oferty przedstawiającej najlepszy stosunek jakości do ceny. Zdaniem Izby taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu.

Jak Izba ustaliła, Zamawiający w kryterium „cena” wskazał ceny poszczególnych usług i produktów, których przekroczenie w ofercie spowoduje pomnożenie cen ofertowych „razy 10”. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego taki mechanizm oceny narusza przepisy ustawy pzp w zakresie w jakim utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje w oderwaniu od faktycznych cen ofertowych oraz może prowadzić do wyboru oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny co zostało wykazane przez Odwołującego dowodem: „Przykładowa kalkulacja hipotetycznych warunków ofertowych.” Okoliczność opisanego kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, równy dla wszystkich wykonawców nie oznacza a priori jak wywodził Zamawiający, że zostały one określone prawidłowo.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy pzp kryteria mają umożliwiać „weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.” Ustalenie kryterium „cena” w taki sposób jak to uczynił Zamawiający powoduje, że w przypadku przekroczenia cen podanych przez Zamawiającego będzie dokonywał porównania nie cen wynikających z oferty wykonawcy a cen zawyżonych o podany przez Zamawiającego wskaźnik. Ocena ofert odbędzie się zatem nie na podstawie informacji przedstawianych w ofertach jak stanowi przepis. Do porównania zostaną podstawione nie ceny ofertowe a kwoty ustalone przez Zamawiającego po pomnożeniu tych cen, co wychodzi poza zakres kryterium „ceny”. Słusznie przy tym argumentował Odwołujący, że Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego mnożnik wynosi 10, a nie 5 czy 20. Tak opisane kryterium prowadzi do naruszenia zasady proporcjonalności, ale również ograniczenia wykonawców w swobodzie ustalania ceny ofertowej. Jak wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego, przekroczenie ceny o 1 zł w pozycji „Cja - abonament głosowy” powoduje, że przy założeniu, że pozostałe ceny są takie jak wskazał Zamawiający, do porównania ofert Zamawiający weźmie pod uwagę kwotę 58 170 212,80 zł a nie 7 166 132,80 zł, która jest ceną ofertową (Scenariusz nr 2). Pomimo więc, że Zamawiający zaprzecza, aby określone w kryterium kwoty graniczne stanowiły ceny maksymalne, to przy takim sposobie oceny powodują, że wykonawcy dążąc do uzyskania zamówienia będą mogli zaoferować wyłącznie ceny równe bądź niższe od podanych przez Zamawiającego. Wysokość kwot ustalana po pomnożeniu jest bowiem tak drastycznie wysoka, że zaoferowanie wyższych cen niż podane przez Zamawiającego właściwie pozbawia szansę na uzyskanie zamówienia. Zdaniem Izby, irrelevantna dla tej oceny pozostaje kwestia rynkowości cen podanych przez Zamawiającego, gdyż taki mechanizm bezsprzecznie narusza uczciwe konkurencje i pozbawia wykonawców prawa do swobodnego kształtowania cen swoich ofert.

Dodatkowo, jak słusznie podnosił Odwołujący, zastosowana metodologia przyznawania punktów w kryterium „ceny” powoduje, że kryteria jakościowe właściwie przestają pełnić swoją rolę, a decydujące znaczenie będą miały ceny poszczególnych usług równe bądź niższe od podanych przez Zamawiającego. Jak wynika z porównania Scenariusza 1 ze Scenariuszem 2 z dowodu złożonego przez Odwołującego, w sytuacji gdy jeden z wykonawców zaoferuje ceny równe podanym przez Zamawiającego i nie otrzyma żadnych punktów w kryteriach jakościowych, a drugi wykonawca zaoferuje w usłudze „Cja - abonament głosowy” cenę o 1 zł wyższą, pozostałe równe podanym przez Zamawiającego i otrzyma wszystkie punkty w kryteriach jakościowych to i tak wygra wykonawca pierwszy otrzymując 57 punktów, a drugi otrzyma punktów mniej: 49,91. Dowód ten jednoznacznie potwierdza, że kryterium „cena” zostało opisane wadliwie, promując wyłącznie zaoferowanie cen podanych przez Zamawiającego bądź niższych i wypaczając przy tym cel kryteriów jakościowych. Wybrana w ten sposób oferta nie będzie przedstawiała więc najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. Powyższy przykład pokazuje również, że kryterium narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ różnica w cenie jednostkowej jest niewielka i wynosi 1 zł, a różnica punktowa to około 50 punktów.

Zdaniem Izby argumenty podnoszone w odpowiedzi na odwołanie pozostają bez znaczenia w kontekście wyżej opisanych naruszeń. Okoliczność, że Zamawiający od kilku lat stosuje w postępowaniach podobne mechanizmy nie oznacza, że były one prawidłowe. Irrelevantna pozostaje także kwestia udziału Odwołującego w poprzednich postępowaniach przy takiej konstrukcji kryteriów. Złożenie oferty w danym postępowaniu należy do decyzji biznesowych każdego wykonawcy, którą podejmuje nawet przy uwzględnieniu postanowień SWZ, które w jego ocenie są wadliwe. Kwestionowanie tych postanowień jest uprawnieniem a nie obowiązkiem wykonawcy, podobnie jak wnioski o wyjaśnienie czy zmianę treści SWZ. Izba zauważa przy tym, że w 2021 r. Odwołujący zaoferował ceny równe bądź niższe od cen granicznych, co potwierdza tezę, że zaoferowanie cen wyższych pozbawiałoby szansę na uzyskanie zamówienia. Nadto, za chybioną Izba uznała argumentację Zamawiającego, że opis kryteriów ma uchronić Zamawiającego przed oferowaniem przez wykonawców cen rażąco niskich czy celowo zawyżonych na potwierdzenie czego Zamawiający złożył ofertę Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie.

Ustawodawca przewidział mechanizmy, które zabezpieczają przed wyborem oferty z rażąco niską ceną czy oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jakkolwiek Izba rozumie potrzebę Zamawiającego uzyskania cen rynkowych dla poszczególnych usług i obawy przed cenami jednostkowymi rażąco zawyżonymi w sytuacji gdy jednostki, na rzecz których usługi będą realizowane w niewielkim zakresie otrzymałyby usługę za cenę znacznie wyższą od cen rynkowych, to jednak Zamawiający posiada instrumenty do opisanie kryterium w sposób nienaruszający ustawy pzp i zabezpieczający jego interesy chociażby punktując jednakowo ceny jednostkowe usług, a nie porównując ceny całkowite oferty z kwotami „sztucznie” przemnożonymi. Zamawiający może określić, że każda z cen jednostkowych musi zawierać wszystkie koszty właściwe dla wykonania danej usługi, w tym opisać każdą z usług tak aby odpowiadała praktykom rynkowym w zakresie ich wyceny, co następnie Zamawiający powinien egzekwować przy ocenie ofert. Zastosowanie takiego mechanizmu jak obecnie nie może natomiast się ostać, gdyż nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej i narusza zasady udzielania zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się i nakazała usunięcie z postanowień SWZ wadliwej konstrukcji kryterium „ceny”.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie faktury przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: