Sygn. akt: KIO 1004/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 11 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 marca 2024 r. przez odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie, w imieniu którego postępowanie prowadzi PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok w Białymstoku przy udziale uczestnika po stronie odwołującego T-Mobile Polska S.A. w Warszawie

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawiekwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 1104/24

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, w imieniu które działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku, ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok, prowadz postepowanie sektorowe o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pozyskanie miejsca na wieżach/masztach na potrzeby instalacji urządzeń sieci LTE450”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 16 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 243-702084, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dalej zwane „postępowaniem”.

W dniu 25 marca 2024 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1.Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez:

a)Zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia umowy bez zachowania terminu, w każdym czasie, z uwagi na:

i.zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa mających zastosowanie do działalności Zamawiającego w zakresie zapewnienia nowoczesnej łączności dyspozytorskiej oraz innych usług niezbędnych do funkcjonowania i zarządzania siecią energetyczną, w wyniku której dalsze podtrzymanie usług łączności LTE450 okaże się niecelowe,

ii.zmiany regulacyjne, wynikające z ostatecznych decyzji administracyjnych, wytycznych, zaleceń lub rekomendacji organów takich jak Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Prezesa Agencji Rynku Energii, ministra właściwego ds. energii, mających zastosowanie do działalności Zamawiającego w zakresie zapewnienia nowoczesnej łączności dyspozytorskiej oraz innych usług niezbędnych do funkcjonowania i zarządzania siecią energetyczną, w wyniku której dalsze podtrzymanie usług łączności LTE450 okaże się niecelowe,

- bez obowiązku zwrotu kosztów, jakie wykonawca musi ponieść w celu rozpoczęcia świadczenia usług w ramach umowy szczegółowej na rzecz Zamawiającego, w szczególności bez ponoszenia przez Zamawiającego Opłaty Rezygnacyjnej, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca musi ponieść koszty związane z rozpoczęciem świadczenia usług w ramach umowy szczegółowej, pomimo tego, iż może nie otrzymać wynagrodzenia od Zamawiającego (Pkt 9.2.18 (a) ppkt iii) i iv) w zw. z Pkt 9.2.19 Umowy Ramowej);

b)Zastrzeżenie, pod sankcją kar umownych, obowiązku informowania Zamawiającego przez wykonawcę o

planowych pracach powodujących przerwy w dostawie energii elektrycznej, pomimo, iż te prace realizuje i o nich informuje Zamawiający (PGE Dystrybucja S.A.), co uniemożliwia przygotowanie oferty, gdyż wykonawca nie ma możliwości uwzględnienia w ofercie świadczenia niezbędnego do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ świadczenie to - informowanie o planowanych pracach - realizowane jest przez Zamawiającego (Pkt 14.2.3 w zw. z pkt 14.2.4 OPZ);

c)Zastrzeżenie, pod sankcją kar umownych, obowiązku wykonania przez wykonawcę w określonym terminie planowych prac powodujących przerwy w dostawie energii elektrycznej, które to prace realizuje Zamawiający (PGE Dystrybucja S.A.), co uniemożliwia przygotowanie oferty, gdyż wykonawca nie może uwzględnić w ofercie prac niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż dotrzymanie terminów określonych przez Zamawiającego zależy od prac realizowanych przez samego Zamawiającego, a wykonawca nie ma na nie wpływu (Pkt 14.2.4 OPZ);

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;

2.Zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia publicznego przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, z uwagi na zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, w każdym czasie, w przypadku:

i.zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa mających zastosowanie do działalności Zamawiającego w zakresie zapewnienia nowoczesnej łączności dyspozytorskiej oraz innych usług niezbędnych do funkcjonowania i zarządzania siecią energetyczną, w wyniku której dalsze podtrzymanie usług łączności LTE450 okaże się niecelowe,

ii.zmiany regulacyjne, wynikające z ostatecznych decyzji administracyjnych, wytycznych, zaleceń lub rekomendacji organów takich jak Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Prezesa Agencji Rynku Energii, ministra właściwego ds. energii, mających zastosowanie do działalności Zamawiającego w zakresie zapewnienia nowoczesnej łączności dyspozytorskiej oraz innych usług niezbędnych do funkcjonowania i zarządzania siecią energetyczną, w wyniku której dalsze podtrzymanie usług łączności LTE450 okaże się niecelowe,

- bez zwrotu kosztów wykonawcy, które wykonawca musi ponieść pomimo tego, że może nie otrzymać wynagrodzenia od wykonawcy, a w konsekwencji bez określenia minimalnego przychodu, jaki uzyska wykonawca, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp (Pkt 9.2.18 (a) ppkt iii) i iv) w zw. z Pkt 9.2.19 Umowy Ramowej);

3.Zastrzeżenie przez Zamawiającego odpowiedzialności wykonawcy, w postaci kar umownych za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj.:

a)nałożenie na wykonawcę sankcji w postaci kary umownej z tytułu nieusunięcia awarii w przypadku niepoinformowania Zamawiającego w terminie o planowanych pracach powodujących przerwy w dostawie energii elektrycznej, pomimo, iż to Zamawiający realizuje te prace i o nich informuje wykonawcę (Pkt 14.2.3 w zw. z pkt 14.2.4 OPZ);

b)nałożenie na wykonawcę sankcji w postaci kary umownej z tytułu nieusunięcia awarii wskutek a nieterminowego zakończenia planowanych prac powodujących przerwy w dostawie energii elektrycznej (przekroczenia maksymalnego czasu trwania prac planowych), pomimo, iż to Zamawiający realizuje te prace i od niego zależy termin ich zakończenia (Pkt 14.2.4 OPZ);

- co stanowi naruszenie art. 433 pkt 3 Pzp,

i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. przekazano Izbie odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wskazał, że w dniu 27 marca 2024 r. dokonał zmian i wyjaśnień dokumentacji postępowania, które czynią zarzuty odwołania bezzasadnymi, wobec czego wnosi o oddalenie odwołania. W dniu 10 kwietnia 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że w związku z udzielonymi przez zamawiającego w dniu 27 marca 2024 r. odpowiedziami i oświadczeniami zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, cofa odwołanie w zakresie zarzutów nr 1a), 1c), 2 oraz 3b), zaś w pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zarzutów 1b) i 3a) odwołania, modyfikuje żądanie i wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia w sposób określony w jego piśmie procesowym. Przed otwarciem posiedzenia, w dniu 11 kwietnia 2024 r., zamawiający przedłożył pismo procesowe stanowiące „uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie", zgodnie z którym uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały do tej pory cofnięte tj. uwzględnił zarzut nr 1b) i 3a), wskazując sposób ich uwzględnienia.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawą który zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego i poparł jego stanowisko.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania podtrzymano stanowiska wyrażone pisemnie; strony

również zgodnie wniosły o umorzenie postępowania odwoławczego.

W ustalonym stanie faktycznym i prawnym doszło do wypełnienia hipotezy art. 522 ust. 3 p.z.p., zatem Izba zobligowana była umorzyć postępowanie odwoławcze w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

……