

Sygn. akt: KIO 1224/25

POSTANOWENIE

Warszawa dnia 23 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Piotr Kozłowski

Maksym Smorczewski

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w dniu 23 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie, kwoty 13 500 zł (trzynaście tysięcy pięćset złotych), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

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 1224/25

Uzasadnienie

ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Świadczenie usług transmisji danych za pośrednictwem kart eSIM (1,1 mln sztuk) dla układów pomiarowo-rozliczeniowych – 2 zadania” oznaczenie sprawy: RPUZ/P/1058/2024/DT/TE (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 marca 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 56/2025 pod nr 180603-2025.

W dniu 31 marca 2025 r. wykonawca Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na nieprawidłowym sformułowaniu dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) i załączników do niej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i umownych warunków jego realizacji.

W zakresie zaskarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.9. i 1.11. opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Załącznika nr 7 do SWZ - Projekt umowy) w sposób niezgodny z uzasadnieniami w obiektywnych i rzeczywistych potrzebach Zamawiającego i nieproporcjonalny do celów przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

prowadzący do nieuzasadnionego wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, oferujących lub stanowiących rozwiązania, które są w stanie zaspokoić potrzeby Zamawiającego, co prowadzi do naruszenia zasad proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji i generuje nieuzasadnione technicznie i prawnie ograniczenie konkurencyjności Postępowania jedynie do niektórych rozwiązań spełniających potrzeby Zamawiającego (Standard SGP.32) przy bezzasadnym

wykluczeniu innych, które takie potrzeby również spełniają (Standard SGP.02);

2) art. 353¹ k.c.1 w zw. z art. 56 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., 354 § 1 k.c. w zw. z art. 5 k.c.

w zw. z art. 577 §2 i §3 k.c. i w zw. z art. 578 k.c. i 471 k.c. i w zw. z 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99

ust. 1 w zw. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ukształtowanie planowanego do zawarcia stosunku prawnego (umowy) w zakresie postanowienia § 14 ust. 2 i 3 Załącznika nr 7 do SWZ – Projekt umowy, dalej jako „IPU”, odnoszącego się do zakresu gwarancji i odpowiedzialności gwaranta kreującego zobowiązanie wykonawcy do „pokrycia kosztów liczników zdalnego odczytu oraz wymiany liczników zdalnego odczytu, w których zainstalowano wadliwe Karty eSIM”, w sposób rażąco sprzeczny

z zasadą swobody umów, z naturą przyszłego stosunku prawnego i stosunku gwarancji

oraz zasadami współzycia społecznego, naruszający równowagę kontraktową stron i prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w sposób przenoszący na wykonawcę bezzasadnie ryzyko poniesienia kosztów produktów i usług, których wykonawca nie był zobowiązany dostarczyć / świadczyć w ramach realizacji umowy, a konieczność wymiany których może wynikać z przyczyn innych niż tkwiące w dostarczonej przez wykonawcę karcie eSIM, niezależnych od wykonawcy, skutkiem czego jest przerzucenie na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych, których nie da się oszacować przy wycenie oferty, a których koszt może być wielokrotnie wyższy niż wartość umowy z wykonawcą, co prowadzi jednocześnie do nieprecyzyjności i niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i braku możliwości jego wyceny z uwagi na niemożliwe do oszacowania ryzyka wynikające z kwestionowanego postanowienia IPU, sprzeciwiając się tym samym naturze

i właściwości stosunku zobowiązaniowego objętego przedmiotem zamówienia i stosunku gwarancji;

3) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 361 w zw. z art. 471 k.c., art. 56 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., 354 § 1 k.c.

w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ukształtowanie planowanego do zawarcia stosunku prawnego (umowy) w zakresie odnoszącym się do ujętego w § 13 ust. 12 IPU obostrzenia niedotrzymania obowiązków wykonawcy wynikających z § 13 ust. 11 IPU obowiązkiem naprawienia szkody w pełnej wysokości rozszerzonej niezasadnie o obowiązek pokrycia „kosztów wymiany wszystkich LZO, w których zainstalowano Karty eSIM oraz koszt zakupu nowych LZO w miejsce tych, w których zainstalowano Karty eSIM” w sposób rażąco sprzeczny z zasadą swobody umów, z naturą przyszłego stosunku prawnego oraz zasadami współzycia społecznego, naruszający równowagę kontraktową stron i prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, jak również przenoszący na wykonawcę ryzyko poniesienia kosztów produktów i usług, których Wykonawca nie był zobowiązany dostarczyć / świadczyć w ramach realizacji umowy, a w konsekwencji przerzucenie na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych,

których nie da się oszacować przy wycenie oferty, a których koszt może być wielokrotnie wyższy niż wartość całej przyszłej umowy z wykonawcą, co jest również niezgodne z regulacjami ustawy Pzp, prowadząc do nieprecyzyjności i niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i braku możliwości jego wyceny, sprzeciwiając się tym samym naturze i właściwości stosunku zobowiązaniowego objętego przedmiotem zamówienia;

4) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 361 w zw. z art. 471 k.c., art. 56 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., 354 § 1 k.c.

w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyka kontraktowego dokonania wyceny, w odniesieniu do zamówienia, którego okres realizacji wynosi co najmniej 12 lat (a w przypadku skorzystania z opcji wydłużenia - 18 lat) możliwych zmian kosztów opłat wynikających z ustawy z dnia 12 lipca 2024 r. - Prawo komunikacji elektronicznej, dalej jako „PKE”, w tym corocznej opłaty za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji i zaniechanie wprowadzenia do IPU postanowień umożliwiających zmianę wynagrodzenia wykonawcy w części odnoszącej się abonamentu miesięcznego Karty eSIM w przypadku wzrostu opłat wynikających z ustawy PKE, w tym corocznej opłaty za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji, o której mowa w art. 25 PKE;

5) art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 5 k.c., przez skonstruowanie zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 25 ust. 3 pkt 3.1 i 3.4. i 3.8. IPU,

że waloryzacji wynagrodzenia można żądać jedynie w przypadku zmiany cen materiałów

lub kosztów, wyrażającej się zmianą średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego o ponad 10%, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala

na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz w praktyce przerzuca na wykonawcę całe ryzyko związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny

z celem regulacji ustawy Pzp i narusza zasadę uczciwej konkurencji, stanowiąc nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego i czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną, prowadząc do obejścia przepisów prawa przez Zamawiającego;

6) art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 5 k.c., przez skonstruowanie zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sposób sprzeczny

z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 25 ust. 3 pkt 3.10 IPU, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi 30% wynagrodzenia netto określonego w dniu zawarcia Umowy, mimo że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący nie mniej niż 12 lat (który może zostać przedłużony nawet do 18 lat!) jest wysoce prawdopodobne, że wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia znacznie przekroczy 30% wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy na dzień zawarcia umowy, tj. już po kilku latach jej obowiązywania, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji w kolejnych latach kilku lub nawet kilkunastu latach, co stanowiłoby brak możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy przez połowę lub większą część okresu realizacji kontraktu i stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego i – zwłaszcza przy uwzględnieniu treści klauzuli będącej przedmiotem zarzutu 4) czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną, prowadząc do obejścia przepisów prawa przez Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: dokonania czynności zmiany treści SWZ i Załącznika nr 1 do Załącznika nr 7 do SWZ – Projekt umowy w sposób wskazany w treści odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawca Polkomtelspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 22 kwietnia 2025 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo, w którym oświadczył, że cofa w całości odwołanie wniesione w dniu 31 marca 2025 r., wnosząc o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 ust. 1 Pzp oraz dokonanie zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości, przelewem na rachunek bankowy Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.*

Odwołujący w dniu 22 kwietnia 2025 r. złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania w całości. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.*

Mając na uwadze okoliczność, że Odwołujący cofnął odwołanie wcześniej niż w dniu wyznaczonego terminu posiedzenia Izby, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący :.....

.....

.....