

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 27 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Przemysław Dzierżędzki

Bartosz Stankiewicz

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 27 czerwca 2025 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2108/25 wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 2108/25

Uzasadnienie

Zamawiający: ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „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.

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

W dniu 16 maja 2025 r. Zamawiający zmodyfikował treść uprzednio sformułowanej Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami zmodyfikowanej SWZ Odwołujący: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 26 maja 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pkt 3.2.2. opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Załącznika nr 7 do SWZ - Projekt umowy (dalej również jako „OPZ”) w sposób naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w następnym:

- wprowadzenia modyfikacją SWZ z dnia 16.05.2025 r. w SLA1 10 – krotnie dłuższego („poziom nie większy niż 5000 ms”) dopuszczanego poziomu średniego gwarantowanego opóźnienia pakietów dla pojedynczego łącza radiowego dla technologii NB2 (uwzględnionej w SWZ do realizacji umowy w całym okresie jej obowiązywania na skutek wyroku KIO z dnia 28.04.2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1214/25 obok technologii LTE CAT M1), względem technologii LTE CAT M1, w stosunku do której Zamawiający przewidział 10-krotnie krótszy (poziom „nie większy niż 500 ms”) dopuszczalny poziom średniego gwarantowanego opóźnienia pakietów dla pojedynczego łącza radiowego, co powoduje, że wykonawcy oferujący rozwiązanie oparte na technologii NB2 są niezasadnie w uprzywilejowanej pozycji, a oferty obejmujące realizację zamówienia w oparciu o technologię NB2 i technologię LTE CAT M1 będą nieporównywalne;

- braku uregulowania w OPZ w SLA dopuszczalnego poziomu średniego gwarantowanego opóźnienia pakietów dla pojedynczego łącza radiowego dla dopuszczonych do realizacji zamówienia w całym okresie technologii NB2 i LTE

CAT M1 na jednakowym poziomie;

2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z w zw. art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez zaniechanie ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pkt 3.2.3. i 3.2.4. OPZ w sposób uwzględniający zasady równego traktowania i nieutrudniający konkurencji, tj. w ten sposób, że wymóg zagwarantowania przepływności na poziomie co najmniej 64 kb/s mierzonej w warstwie sieci (3 warstwa OSI) od:

- Punktu Sytu do Uprzedzenia Końcowego (pkt 3.2.3 OPZ) i
- Urządzenia Końcowego do Punktu Styku (pkt 3.2.4. OPZ),

odnosić się będzie nie tylko do technologii określonej jako obligatoryjna w pierwotnym brzmieniu dokumentów zamówienia, tj. LTE CAT M1, ale również technologii NB2, której uwzględnienie w dokumentach zamówienia jako dopuszczalnej do realizacji przedmiotu zamówienia w całym okresie jego realizacji nakazała w wyroku z dnia 28.04.2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1214/25 Krajowa Izba Odwoławcza, co powoduje, że w stosunku do wykonawców oferujących rozwiązanie oparte o technologię NB2 brak jest jakichkolwiek wymagań minimalnych w zakresie poziomu przepływności w SLA, pomimo, że - w wyniku ww. wyroku KIO - technologia ta jest dopuszczona do realizacji zamówienia w całym okresie jego realizacji na równi z technologią LTE CAT M1, w sytuacji, gdy wykonawcy oferujący wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii LTE CAT M1 mają w SLA obowiązek zagwarantowania przepływności na poziomie co najmniej 64 kb/s, w konsekwencji czego wykonawcy oferujący wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii NB2 są uprzywilejowani, gdyż nie muszą kalkulować w cenie oferty ryzyk związanych z niedotrzymaniem kluczowego parametru przepływności określonego w SLA, względem dyskryminowanych wykonawców oferujących realizację zamówienia w technologii LTE CAT M1, co do której w zakresie przepływności postawiony jest w dokumentach zamówienia dodatkowy wymóg w SLA, co narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji i skutkuje nieporównywalnością ofert, z uwagi na występowanie w dokumentach zamówienia różnych wymagań w stosunku do technologii świadczenia usług transmisji dopuszczonych do realizacji zamówienia w całym okresie jego realizacji po wyroku KIO z dnia 28.04.2025 r. (KIO 1214/25);

3) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ukształtowanie planowanego do zawarcia stosunku prawnego (umowy) w zakresie ujętych w § 13 ust. 6 lit g) i h) Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ (dalej jako „IPU”) postanowień odnoszących się do uprawnienia Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności:

- braku osiągnięcia przez Strony porozumienia co do terminu wdrożenia nowej technologii transmisji danych, zgodnie z § 7 ust. 9 Umowy (§ 13 ust. 6 lit g) IPU), bez określenia w IPU terminu, który powinien upłynąć od dnia otrzymania przez Wykonawcę wezwania Zamawiającego do osiągnięcia przez Strony Porozumienia co do terminu wdrożenia nowej technologii transmisji danych zgodnie z § 7 ust. 9 Umowy, umożliwiającego Zamawiającemu złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy ze skutkiem natychmiastowym;

- zwłoki Wykonawcy w stosunku do uzgodnionego przez Strony zgodnie z § 7 ust. 9 Umowy terminu wdrożenia nowej technologii transmisji danych (§ 13 ust. 6 lit h) IPU), bez określenia w IPU okresu (np. w dniach, czy miesiącach) zwłoki, która skutkować może skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia do wypowiedzenia Umowy, co narusza równowagę kontraktową stron, prowadząc do nieprecyzyjności i niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i braku możliwości jego wyceny, w tym oszacowania i wyceny ryzyk kontraktowych związanych z okolicznością możliwego wypowiedzenia umowy, sprzeciwiając się tym samym naturze i właściwości stosunku zobowiązaniowego objętego przedmiotem zamówienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu:

• zmiany treści pkt 3.3.2. Załącznika nr 1 do Załącznika nr 7 do SWZ – Wzór umowy poprzez uregulowanie dopuszczalnego poziomu średniego gwarantowanego opóźnienia pakietów dla pojedynczego łącza radiowego dla dopuszczonych do realizacji Zamówienia w całym jego okresie technologii NB2 i LTE CAT M1 na jednakowym poziomie;

• zmiany treści pkt 3.3.3 i 3.3.4. Załącznika nr 1 do Załącznika nr 7 do SWZ – Wzór umowy poprzez postawienie wymogu zagwarantowania przepływności na poziomie co najmniej 64 kb/s mierzonej w warstwie sieci (3 warstwa OSI) od:

- Punktu Sytu do Uprzedzenia Końcowego (pkt 3.2.3 OPZ) i
- Urządzenia Końcowego do Punktu Styku (pkt 3.2.4. OPZ), również w odniesieniu do technologii NB2 (nie zaś –

jak obecnie – wyłącznie w odniesieniu do technologii LTE CAT M1);

- modyfikacji § 13 ust. 6 lit g) i h) Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ poprzez określenie w treści:

- pkt g) terminu, który powinien upłynąć od dnia otrzymania przez Wykonawcę wezwania Zamawiającego do osiągnięcia przez Strony Porozumienia co do terminu wdrożenia nowej technologii transmisji danych zgodnie z § 7 ust. 9 Umowy, umożliwiającego Zamawiającemu złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy ze skutkiem natychmiastowym;

- pkt h) okresu (np. w dniach, czy miesiącach) zwłoki, która skutkować przez Zamawiającego z uprawnienia do wypowiedzenia Umowy;

- ponadto wnosił o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na fakty wskazane w uzasadnieniu odwołania/toku postępowania przed Izbą;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów opłat od pełnomocnictw.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.2 ustawy Pzp.

W dniu 17 czerwca 2025 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uznaniu odwołania w całości za zasadne.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało dokonane przez wyżej wskazanego wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Przystępującym.

W dniu 23 czerwca 2025 r. Przystępujący został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia tego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 25 czerwca 2025 r. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec okoliczności, braku zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów odwołania należało przyjąć, że zachodzą przesłanki do uruchomienia dyspozycji art.522 ust.2 ustawy Pzp

Zgodnie z art.522 ust.2 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 .

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w , znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 3 w związku z art. 522 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w

sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....