

Sygn. akt: KIO 2123/25

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Przemysław Dzierzędzki

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników w dniu 27 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 r. przez wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Enea Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy udziale uczestnika

A. po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2123/25 Wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

B. po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2123/25 Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w tiret pierwszy litera b) i c) oraz tiret drugi odwołania, a w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Enea Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Enea Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2123/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Enea Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transmisji danych za pośrednictwem kart eSIM (1,1 mln sztuk) dla układów pomiarowo-rozliczeniowych – 2 zadania (nr postępowania RPUZ/P/1058/2024/DT/TE).

W dniu 20 marca 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu pod numerem 180603-2025.

W dniu 14 maja 2025 r. Zamawiający dokonał zmiany terminu składania ofert oraz w dniu 16 maja 2025 r. dokonał zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ (zmiana wzorca umowy).

Nie zgadzając się z niektórymi powyższymi modyfikacjami SWZ Odwołujący: Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 26 maja 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

• art. 99 ust. 1 i 4 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 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób niezasadniony obiektywnymi potrzebami

zamawiającego w zakresie dotyczącym:

a) nałożenia na wykonawcę obowiązku zmiany technologii na wezwanie Zamawiającego w sytuacjach, które mogą obejmować przypadki i okoliczności za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (modyfikacja SWZ z dnia 16 maja br. -§7 ust. 9 wzorca umowy);

b) nałożenia na wykonawcę obowiązku przygotowania dedykowanego oprogramowania do monitorowania jakości usług, w tym do przygotowania i akceptacji projektu funkcjonalnego takiego oprogramowania oraz nałożenie kar umownych związanych z niewykonaniem powyższego obowiązku (modyfikacja SWZ z dnia 16 maja br. w zakresie § 12 ust. 8 lit. e i f wzorca umowy oraz punktów 2.15-2.18 załącznika nr 1 do wzorca umowy Opis Przedmiotu Zamówienia);

c) wykorzystania technologii LTE CAT NB2 (modyfikacja SWZ z dnia 16 maja br. w zakresie punktu 3.2.2 załącznika nr 1 do wzorca umowy Opis Przedmiotu Zamówienia),

d) nałożenia na wykonawcę dostarczającego usługi transmisji danych w technologii NB2 obowiązku zapewnienia pracy modułu komunikacyjnego zainstalowanego w liczniku LZO w trybie RRC Connected, zgodnie z definicją urządzeń klasy C wg standardu 3GPP tj. urządzenie musi pozostawać w stanie ciągłej gotowości do transmisji danych (aktywna sesja RRC), bez korzystania z cykli eDRX lub PSM (modyfikacja SWZ z dnia 16 maja br. w zakresie punktu 4.13 załącznika nr 1 do wzorca umowy Opis Przedmiotu Zamówienia i tym samym dodatkowo naruszenie zasady uczciwej konkurencji zawartej w art. 16 ustawy Pzp, poprzez konsekwentne i nieuzasadnione promowanie technologii LTE CAT M1 kosztem technologii NB2.

•art. 137 ust. 6 ustawy Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert o zbyt krótki czas, uniemożliwiający przygotowanie oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji warunków zamówienia poprzez:

•wykreślenie § 7 ust. 9 wzorca umowy,

•wykreślenie § 12 ust. 8 lit. e i f wzorca umowy oraz punktów 2.17-2.18 załącznika nr 1 do wzorca umowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz przywrócenie treści punktu 2.16 załącznika nr do wzorca umowy Opis Przedmiotu zamówienia w brzmieniu: „2.15. Zamawiający dopuszcza możliwość wykorzystania posiadanych usług/dostępów do obecnie wykorzystywanego oprogramowania do monitorowania dla realizacji przedmiotowego Zamówienia.”

lub alternatywnie,

na wypadek gdyby w ocenie Izby nie zachodziły podstawy do uwzględnienia powyższego żądania (wykreślenia), to wnosił o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści OPZ poprzez przedstawienie:

a) szczegółowego zakresu funkcjonalności oprogramowania (w szczególności zamknięty katalog funkcjonalności) i wymogów technicznych (architektura oprogramowania, wymagane API, wymogi systemowe, standardy bezpieczeństwa, zmiany i zarządzanie);

b) szczegółowej procedury akceptacji projektu funkcjonalnego z określenie terminów oraz kryteriów akceptacji projektu funkcjonalnego oraz formy odbioru;

c) szczegółowej procedury odbioru oprogramowania z określeniem poszczególnych etapów wdrożenia (w tym testów), szczegółowych kryteriów akceptacji oraz terminów i formy odbioru,

d) szczegółowych zasad współpracy operacyjnej pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, w szczególności zapewnienia wykonawcy możliwości dostępu do dokumentacji Zamawiającego niezbędnej do przygotowania oprogramowania, współdziałania i konsultowania wymogów na etapie projektu funkcjonalnego oraz przygotowania oprogramowania);

e) wskazania dopuszczalnego zakresu zmian w oprogramowaniu po zatwierdzeniu projektu, w tym zasad rozliczania kosztów tego typu zmian.

•wykreślenie parametru dopuszczalnego opóźnienia dla technologii NB2

lub alternatywnie

na wypadek gdyby w ocenie Izby nie zachodziły podstawy do uwzględnienia powyższego żądania (wykreślenia), to wnosił o nakazanie zmiany określonego w punkcie 3.2.2 Załącznika nr 7 do SWZ – Projektu umowy parametru średniego gwarantowanego opóźnienia pakietów dla pojedynczego Łącza Radiowego dla technologii NB2 z poziomu 5000 ms (obecnie) do poziomu 10 000 ms (po zmianie),

•wykreślenie punktu 4.13 załącznika nr 1 do wzorca umowy Opis Przedmiotu Zamówienia,

•wydłużenie terminu składania ofert do dnia 16 czerwca 2025 roku.

Odwołujący wnosił ponadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp. Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, na dowód czego składam potwierdzenie jej przekazania.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu spornego dotyczącego zmiany technologii (§7 ust. 9 Umowy) Odwołujący przedstawił następujące stanowisko:

„ (6) Zamawiający w dniu 16 maja br. wprowadził do SWZ zmiany nakazane przez Izbę, ale i dodał do umowy nowe postanowienie, zawarte w treści §7 ust. 9 wzorca umowy. Ma ono następujące brzmienie:

W przypadku gdy technologie transmisji danych wybrane i dostarczone przez Wykonawcę okażą się niewystarczające do realizacji celów Umowy i Zamawiającego, tj. powodują, iż Zamawiający w sposób powtarzający się niewypełnienia obowiązków prawnych ciążących na nim, a wynikających z przepisów prawa wskazanych w Preambule Umowy lub nie zapewniają Zamawiającemu nieprzerwanej transmisji danych z uwzględnieniem wymagań określonych w SLA, a jednocześnie będzie istnieć techniczna możliwość realizacji celów Zamawiającego i Umowy przy wykorzystaniu innych z obsługiwanych przez liczniki LZO technologii, Zamawiający uprawniony będzie do wezwania Wykonawcy do zapewnienia, na wyłączny koszt Wykonawcy, zmiany wykorzystywanej technologii na technologię umożliwiającą realizację celów Zamawiającego i Umowy, obsługiwaną przez liczniki LZO. Po otrzymaniu wezwania przez Wykonawcę, Strony w dobrej wierze uzgodnią odpowiedni termin, w którym Wykonawca będzie zobowiązany do wdrożenia nowej technologii transmisji danych, pod rygorem możliwości skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień określonych w Umowie i przepisach prawa, w szczególności wypowiedzenia umowy lub żądania zapłaty odszkodowania.

(7) W ocenie Polkomtel wprowadzony wymóg jest w oczywisty sposób niezgodny z przepisami PZP. Po pierwsze, należy zauważyć, że wymogi sformułowane w preambule umowy są opisane w sposób niejasny i w żaden sposób nie są powiązane z kwestią transmisji danych dla liczników zdalnego odczytu (LZO).

(8) Zamawiający odwołuje się bowiem do wymogów wynikających z przepisów ustawy Prawo energetyczne oraz z aktu wykonawczego do ww. ustawy tj. z rozporządzenia pomiarowego². W tym zakresie należy jednak zauważyć, że praktycznie nie istnieje jakiegokolwiek powiązanie pomiędzy wymogami w zakresie transmisji danych, a przywołanymi aktami prawnymi.

(9) Wskazane przez Zamawiającego przepisy nakładają obowiązki przede wszystkim na samego Zamawiającego, a przeważająca większość tych obowiązków nie ma jakiegokolwiek związku z kwestią transmisji danych pomiędzy LZO, a systemem pomiarowym. Do kwestii związanych ze sposobem komunikacji pomiędzy licznikiem, a systemem pomiarowym odnosi się w zasadzie jedynie § 13 Rozporządzenia pomiarowego, który w następujący sposób określa wymogi dla standardów komunikacji między licznikiem zdalnego odczytu a systemem zdalnego odczytu:

1) umożliwiają bezpieczne przekazywanie danych pomiarowych oraz innych informacji rejestrowanych przez licznik zdalnego odczytu między licznikiem zdalnego odczytu a systemem zdalnego odczytu;

2) komunikacja w systemie zdalnego odczytu odbywa się zgodnie z najlepszą praktyką i aktualnym poziomem wiedzy technicznej opisanym w szczególności w odpowiednich Polskich Normach lub normach wydawanych przez krajowe lub międzynarodowe organizacje, zapewniającym interoperacyjność zastosowanego rozwiązania;

3) użyte do komunikacji rozwiązania techniczne i protokoły komunikacyjne zapewniają prawidłową i bezpieczną komunikację.

4) Użyte w rozwiązaniach technicznych standardy protokołów komunikacyjnych zapewniają możliwość podwyższania tych standardów i są dostępne publicznie.

(10) Zasadniczo żaden z powyższych wymogów nie ma jakiegokolwiek związku z kwestią wymogów SLA określonych przez Zamawiającego w umowie, a wszystkie wybrane przez niego technologie tj. CAT M1, NB2 oraz LTE zasadniczo zapewniają ten sam poziom bezpieczeństwa oraz prawidłową i bezpieczną komunikację. Kwestia ta była już podnoszona w poprzednim postępowaniu odwoławczym, ale tytułem przypomnienia należy wprost wskazać, iż poziom bezpieczeństwa dla obu technologii jest taki sam, gdyż korzystają one z licencjonowanego pasma, transmisja danych odbywa się poprzez wydzielony APN w zamkniętym środowisku bez dostępu do otwartej sieci Internet.

(11) W zakresie wszystkich pozostałych wymogów, w tym wymogów przywołanych wprost przez Zamawiającego w preambule umowy, brak jest bezpośredniego i jednoznacznego powiązania pomiędzy danym wymogiem, a obowiązkami wykonawcy. Nie jest bowiem jasne w jaki sposób wykonawca miałby mieć wpływ na wykonanie takich obowiązków Zamawiającego jak wskazany wprost w preambule obowiązek zainstalowania LZO u min. 80% odbiorców

końcowych do końca 2028 r. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy 1,1 mln liczników, a sam Zamawiający przyznawał, iż docelowo zamierza zainstalować około 3 mln LZO, co jasno pokazuje, iż przedmiotowe postępowanie z pewnością nie pozwoli na realizację wskazanego w preambule celu ze względu na skalę działalności Zamawiającego.

(12) Co jednak kluczowe, przywołane postanowienie wzorca umownego ma charakter zbyt ogólny i nieoookreślony – nie wskazuje bowiem, jakie dokładnie cele Umowy i obowiązki prawne mają być zagrożone, ani jakie parametry techniczne transmisji uznaje się za "niewystarczające". Tymczasem zgodnie z zasadą przejrzystości i jednoznaczności postępowania przetargowego, wymagania muszą być jasne i mierzalne.

(13) Zamawiający pomija również okoliczność, iż transmisja danych jest jedynie jednym z elementów złożonego systemu pomiarowego, a prawidłowość działania całego systemu zależy od działań samego Zamawiającego, dostawców LZO (producentów liczników) oraz dostawców usług transmisji danych. W tym kontekście powstaje pytanie, czy tego typu postanowienia w zakresie np. zmiany liczników (zmiany hardware), zmiany oprogramowania liczników (zmiany software), czy też nawet

zmiany technologii zostały zawarte w umowach z producentami liczników. Powstaje również pytanie, dlaczego Zamawiający nie przewidział tego typu postanowień w pierwotnej treści dokumentacji, niejako a priori zakładając, iż technologia CAT M1 pozwoli mu zrealizować powyższe wymogi?

(14) W tym zakresie warto również wskazać, że wprowadzony wymóg zmiany technologii, w szczególności na technologię nieprzewidzianą aktualnie w licznikach, wiąże się z koniecznością zmiany samego LZO. Jeżeli jednak taki wymóg nie został nałożony na producentów liczników to mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający, chociaż nie wskazał tego wprost, chce wprowadzić uprawnienie do zmian w ramach technologii przewidzianych w postępowaniu tj. np. do zmiany z technologii NB2 na technologię CAT M1, co stanowi wprost naruszenie wyroku KIO, który uznał przydatność obu technologii do realizacji przedmiotu zamówienia, a jednocześnie wprost potwierdził, iż zamawiający nie sprostował obowiązkowi wykazania, iż ograniczenie technologii NB2 jest zasadne.

(15) Tym samym wprowadzenie zaskarżonego postanowienia jest niczym innym, jak próbą wyeliminowania technologii NB2 w toku wykonywania umowy, z powołaniem się na bliżej nieokreślone obowiązki Zamawiającego i istnienie technologii umożliwiającej realizację celów Zamawiającego, co wprost zostało zakwestionowane przez KIO we wcześniejszym wyroku.

(16) Rozpatrując powyższą kwestię nie można również pominąć, iż wykonawca nie ma wpływu na szereg czynników związanych z działaniem systemu pomiarowego, a nawet działaniem transmisji danych w ramach tego systemu. Może się zdarzyć, że problemy związane z realizacją transmisji danych będą związane z:

- a) problemami w konfiguracji systemów pomiarowych po stronie Zamawiającego;
- b) problemami w konfiguracji i oprogramowaniu LZO;
- c) wystąpieniem zdarzeń całkowicie niezależnych od wykonawcy, a wpływających na jakość usługi transmisji danych takich jak: lokalizacja LZO (np. w piwnicy),

zakłócenia radiowe, anomalie atmosferyczne, zmiany w otoczeniu urbanistycznym itp.

(17) Warto również podkreślić, iż wprowadzenie powyższego obowiązku, niesie za sobą ryzyko poniesienia przez wykonawcę nieadekwatnych i nieprzewidywalnych kosztów. Trzeba bowiem zauważyć, iż zamawiający oczekuje od wykonawcy obowiązku zmiany technologii:

- na własny koszt,
- niezależnie od ekonomicznej opłacalności tej zmiany,
- bez gwarancji skuteczności tej zmiany (bo nowa technologia również może nie zapewniać wymaganego SLA, czy zostać arbitralnie uznana przez Zamawiającego za „niewystarczającą”).

(18) Co więcej, jak wskazaliśmy powyżej, obowiązek zmiany technologii transmisji może być niemożliwy technicznie do wykonania, jeśli liczniki nie obsługują innej technologii. Jeżeli natomiast przyjąć założenie, iż zmiana ma się sprowadzać do zmian w obrębie technologii określonych przez Zamawiającego to jest oczywiste, iż jest to zapis dyskryminujący technologię NB2, co jest sprzeczne z wyrokiem KIO. Trudno przy tym oczekiwać, iż intencją Zamawiającego może być oczekiwanie zmiany z technologii CAT M1 na NB2, skoro sam przyznał, iż oczekuje, że wykonawcy będą korzystać z technologii CAT M1.

(19) Polkomtel podkreśla również, iż wprowadzony wymóg ma charakter nieproporcjonalny i wprowadza ryzyko wypowiedzenia umowy oraz odszkodowania w sytuacjach, gdy:

- wykonawca wykonał swoje zobowiązania zgodnie z umową i stanem wiedzy technicznej,
- przyczyna leży po stronie Zamawiającego lub czynników zewnętrznych.

Tym samym żądanie usunięcia kwestionowanego postanowienia, jest uzasadnione.

(20) Zwracamy również uwagę, iż potencjalna zmiana technologii to koszt rzędu co najmniej kilku lub kilkunastu milionów złotych. Co więcej, w takim przypadku zamawiający musi się również liczyć ze wzrostem kosztów operacyjnych związanych z koniecznością utrzymywania obu technologii (trudno bowiem oczekiwać, iż mając zawarte inne umowy z klientami dla technologii NB2, Polkomtel lub inny wykonawca wyłączy dotychczasową technologię). W praktyce wykonawca będzie więc musiał ponieść koszt dostarczenia nowej technologii, a następnie utrzymywać zarówno dotychczasową, jak i nową technologię. Jednocześnie nie ma jakiegokolwiek gwarancji, iż nowa technologia, wskazana przez Zamawiającego faktycznie zapewni realizację celów Zamawiającego, gdyż problemy związane z realizacją wymogów prawnych obciążających Zamawiającego mogą mieć źródło w zupełnie innych przyczynach, aniżeli stosowana technologia np. wadliwa konfiguracja liczników, lokalizacja liczników, zakłócenia itp.”.

W zakresie zarzutu dotyczącego nałożenia na wykonawcę dostarczającego usługi transmisji danych w technologii NB2 obowiązku zapewnienia pracy modułu komunikacyjnego zainstalowanego w liczniku LZO w trybie RRC Connected, zgodnie z definicją urządzeń klasy C wg standardu 3GPP tj. urządzenie musi pozostawać w stanie ciągłej gotowości do transmisji danych (aktywna sesja RRC), bez korzystania z cykli eDRX lub PSM Odwołujący wskazał, cc następuje:

„(42) Zamawiający w dniu 16 maja dokonał zmiany SWZ polegającej na wprowadzeniu w załączniku nr 1 do Umowy dwóch nowych punktów w brzmieniu:

4.13. Usługa transmisji danych w technologii NB2 musi zapewnić pracę modułu komunikacyjnego zainstalowanego w liczniku LZO w trybie RRC Connected, zgodnie z definicją urządzeń klasy C wg standardu 3GPP tj. urządzenie musi pozostawać w stanie ciągłej gotowości do transmisji danych (aktywna sesja RRC), bez korzystania z cykli eDRX lub PSM, zapewniając tym samym możliwość natychmiastowego przesyłania i odbierania danych w trybie zdalnym, z minimalnym opóźnieniem transmisji.

4.14. Usługa transmisji danych musi zapewnić obsługę pełnego stosu TCP/IP (w tym rzeczywiste zestawienie sesji TCP).

(43) O ile drugi z wprowadzonych punktów nie budzi zasadniczych sprzeciwów Polkomtel i jego realizacja jest powiązana z konfiguracją APN to pierwszy z wprowadzonych wymogów jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania.

(44) Należy podkreślić, że korzystanie z mechanizmów oszczędzania energii, takich jak eDRX (extended Discontinuous Reception) czy PSM (Power Saving Mode), jest bezpośrednio zależne od konfiguracji terminala (urządzenia końcowego), tj. w tym przypadku licznika zdalnego odczytu. To urządzenie inicjuje odpowiednie żądania dotyczące preferowanego trybu pracy (np. aktywnej sesji RRC bez eDRX/PSM) w kierunku sieci operatora, która może te żądania zaakceptować lub zmodyfikować zgodnie ze swoją konfiguracją sieciową. W związku z tym zapewnienie pracy urządzenia w trybie RRC Connected, bez korzystania z cykli eDRX ani PSM, wymaga przede wszystkim odpowiedniej konfiguracji po stronie urządzenia końcowego i bez zapewnienia takiej konfiguracji przez Zamawiającego, czy też producentów liczników dostarczających te urządzenia, wykonawca nie ma narzędzi pozwalających wymusić wyłączenie powyższych trybów.

(45) Po wtóre, nie jest zrozumiałe i jasne dlaczego powyższy wymóg został nałożony jedynie w odniesieniu do technologii NB2. Także technologia CAT M1 umożliwia skorzystanie z mechanizmów oszczędzania energii i jak się wydaje tego typu zróżnicowanie wymogów nie ma żadnego uzasadnienia, poza faktem, iż Zamawiający konsekwentnie dąży do wyeliminowania technologii NB2.”.

Pismem z dnia 17 czerwca 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie Odwołania w części jako bezzasadnego;

2. umorzenie Odwołania w części w zakresie zarzutu nr 1, 3 i 5, ze względu na uznanie odwołania przez Zamawiającego;

3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z odpowiednimi przepisami, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołania w zakresie zarzutu nr 1, 3 i zarzutu nr 5 i poinformował, że w konsekwencji podjął decyzję o dokonaniu modyfikacji dokumentacji przetargowej opublikowanej w dniu 17.06.2025r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Uwzględniając zarzuty odwołania Zamawiający poinformował, że dokonał następujących zmian:

1. Modyfikacja §7 ust. 9 umowy: dodanie konkretnych terminów dotyczących porozumienia oraz zwłoki we wdrażaniu technologii – zarzut nr 1

2. Modyfikacja pkt 3.2.2. OPZ: Zamawiający wprowadził jednakowe wymagania dotyczące opóźnienia pakietów – maksymalnie 10 s. – dla technologii LTE CAT M1 i NB2 – zarzut nr 3

3. Przedłużył termin składania ofert na dzień 27.06.2025r. – zarzut nr 5.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że zmiany mają na celu zagwarantowanie równego traktowania, przejrzystości postępowania i porównywalności ofert.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp poinformował, że czynności zgodne z żądaniem odwołania zostały wykonane przed terminem posiedzenia KIO.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie przedstawił następujące stanowisko w zakresie zarzutu dotyczącego wdrożenia nowej technologii:

„ 2.1. W ramach przedmiotowego zarzutu odwołujący zawarł szereg szczegółowych zarzutów pośrednich wymienionych poniżej.

2.2. Zdaniem Odwołującego Zamawiający działa wbrew przepisom ustawy PZP formułując opis przedmiotu zamówienia w sposób niejasny. Zamawiający nie powołał się na wskazania technologiczne, parametry stąd nie jest wiadomo jakie okoliczności przeważają za decyzją odnośnie rozpoczęcia procedury zmiany technologii komunikacji. Odwołujący uważa, iż wprowadzenie zapisu wyeliminuje technologię LTE CAT NB2, będzie prowadziło do nie wykonania wyroku KIO. Poza tym podnosi, iż nie ma wpływu na system odczytowy Zamawiającego i w związku z tym braki komunikacyjne nie muszą być związane z użytą technologią komunikacji. Rodzi to powstaniem zbyt dużego ryzyka i niewspółmiernych kosztów. Jednocześnie wskazuje, iż liczniki mogą nie mieć innych dostępnych technologii komunikacji.

2.3. Przed przedstawieniem pełnej argumentacji merytorycznej na odparcie zarzutu Odwołującego, Zamawiający podkreśla na wstępie, iż Zamawiający w dniu 17.06.2025r. dokonał modyfikacji Wzoru umowy poprzez zmianę §7 ust. 9 umowy.

2.4. Zmieniony zapis brzmi następująco:

BYŁO:

w przypadku gdy technologie transmisji danych wybrane i dostarczone przez wykonawcę okażą się niewystarczające do realizacji celów umowy i zamawiającego, tj. powodują, iż zamawiający w sposób powtarzający się niewypełnienia obowiązków prawnych ciążyących na nim, a wynikających z przepisów prawa wskazanych w preambule umowy lub nie zapewniają zamawiającemu nieprzerwanej transmisji danych z uwzględnieniem wymagań określonych w SLA, a jednocześnie będzie istnieć techniczna możliwość realizacji celów zamawiającego i umowy przy wykorzystaniu innych z obsługiwanych przez liczniki LZO technologii, zamawiający uprawniony będzie do wezwania wykonawcy do zapewnienia, na wyłączny koszt wykonawcy, zmiany wykorzystywanej technologii na technologię umożliwiającą realizację celów zamawiającego i umowy, obsługiwaną przez liczniki LZO po otrzymaniu wezwania przez wykonawcę, strony w dobrej wierze uzgodnią odpowiedni termin, w którym wykonawca będzie zobowiązany do wdrożenia nowej technologii transmisji danych, pod rygorem możliwości skorzystania przez zamawiającego z uprawnień określonych w umowie i przepisach prawa, w szczególności wypowiedzenia umowy lub żądania zapłaty odszkodowania.

jest:

w przypadku gdy technologie transmisji danych wybrane i dostarczone przez wykonawcę k a ż a się niewystarczające do realizacji celów umowy i zamawiającego, tj. powodują, iż zamawiający w sposób powtarzający się niewypełnienia obowiązków prawnych ciążyących na nim, a wynikających z przepisów prawa wskazanych w preambule umowy lub nie zapewniają zamawiającemu nieprzerwanej transmisji danych z uwzględnieniem wymagań określonych w sla, a jednocześnie będzie istnieć techniczna możliwość realizacji celów zamawiającego i umowy przy wykorzystaniu innych z obsługiwanych przez liczniki LZO technologii, zamawiający uprawniony będzie do wezwania wykonawcy do zapewnienia, na wyłączny koszt wykonawcy, zmiany wykorzystywanej technologii na technologię umożliwiającą realizację celów zamawiającego i umowy, obsługiwaną przez liczniki LZO. po otrzymaniu wezwania przez wykonawcę, strony w dobrej wierze uzgodnią odpowiedni termin, w którym wykonawca będzie zobowiązany do wdrożenia nowej technologii transmisji danych, pod rygorem możliwości

skorzystania przez zamawiającego z uprawnień określonych w umowie i przepisach prawa, w szczególności wypowiedzenia umowy lub żądania zapłaty odszkodowania w przypadku nie uzgodnienia przez strony w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące terminu wdrożenia nowej technologii. przy czym okres wdrożenia nie może trwać dłużej niż 1,5 roku. w okresie negocjacji oraz wdrożenia nie będą naliczane wszystkie kary umowne w zakresie SLA określone w szczególności w § 13 ust. 6 lit g i h.

2.5 Zamawiający wskazał, tym samym jaki jest zakres czasowy związany z uzgodnieniem wdrożenia nowej technologii i zwolnił w tym okresie z naliczenia kar umownych.

2.6 Zamawiający podtrzymuje, że zapis dotyczący zmiany technologii jest uzasadniony długoterminowym charakterem zamówienia (18 lat) oraz koniecznością zapewnienia niezawodności systemu pomiarowego. Wymóg zmiany technologii może być zastosowany wyłącznie w przypadku, gdy dostarczona technologia okaże się niewystarczająca do realizacji celów Zamawiającego, określonych w umowie i przepisach prawa (m.in. w rozporządzeniu pomiarowym).

2.7 Zamawiający wskazuje, że zmiana technologii będzie możliwa tylko wówczas, gdy istnieje techniczna możliwość jej wdrożenia przez liczniki LZO, a wymóg ten nie ma charakteru dyskryminującego, lecz służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego w sytuacjach, gdy wybrana technologia nie spełnia wymagań.

2.8 W prowadzenie możliwości żądania przez Zamawiającego zmiany technologii transmisji danych w sytuacjach, w których technologia zastosowana przez wykonawcę okaże się niewystarczająca, stanowi uzasadnione zabezpieczenie interesu publicznego oraz ciągłości realizacji usług. Postanowienie to nie ma charakteru arbitralnego – jego uruchomienie wymaga wystąpienia konkretnych, obiektywnie weryfikowalnych przesłanek (np. naruszenia SLA, niewywiązywania się z obowiązków wynikających z przepisów prawa).

2.9 Zamawiający nie żąda zmiany technologii w sposób niekontrolowany lub z przyczyn niezależnych od wykonawcy – procedura wymaga uzgodnień i dobrej woli stron. Ponadto dotyczy wyłącznie technologii już obsługiwanych przez liczniki LZO, co zostało jednoznacznie wskazane w umowie.”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego trybu RRC Connected dla NB2 Zamawiający podniósł, co następuje:

„5.1. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wprowadzając wymóg w zakresie urządzenia, które musi pozostawać w stanie ciągłej gotowości do transmisji danych (aktywna sesja RRC) jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zapewnienie pracy urządzenia w trybie RRC Connected, bez korzystania z cykli eDRX ani PSM, wymaga przede wszystkim odpowiedniej konfiguracji po stronie urządzenia końcowego i bez zapewnienia takiej konfiguracji przez Zamawiającego, czy też producentów liczników dostarczających te urządzenia, wykonawca nie ma narzędzi pozwalających wymusić wyłączenie powyższych trybów. Jednocześnie nie jest zrozumiałe dla Wykonawcy dlaczego powyższy wymóg został nałożony jedynie w odniesieniu do technologii NB2.

5.2. Wymaganie jest istotne dla Zamawiającego, urządzenie nie może być uśpione ze względu na konieczność sygnalizacji stanów awaryjnych w tym zaniku napięcia zasilania. Liczniki LZO oprócz realizacji funkcji pomiarowych, realizują funkcję monitorowania jakości energii w tym ciągłości zasilania. Raportowanie zaników zasilania jest szczególnie istotne w celu szybkiego usuwania awarii przez Zamawiającego i przywracania dostawy zasilania odbiorcom energii elektrycznej.

5.3. Zamawiający podkreśla, iż wymóg ten wynika z konieczności zapewnienia natychmiastowego dostępu do urządzenia końcowego w sytuacjach alarmowych lub wymagających reakcji w czasie rzeczywistym. Jakkolwiek rzeczywista realizacja trybu zależy od terminala, operator sieci ma wpływ na jego konfigurację. Zamawiający dopuszcza różne mechanizmy realizacji tego wymogu, np. w uzgodnieniu z producentem liczników.

5.4. Podkreślamy, że technologia NB2, choć dopuszczona, musi spełniać określone wymagania jakościowe, analogiczne jak inne technologie.

5.5. Zamawiający podkreśla, że wymóg pracy modułu komunikacyjnego w trybie RRC Connected (bez korzystania z cykli eDRX lub PSM) jest kluczowy dla: natychmiastowego raportowania stanów awaryjnych, w tym zaniku napięcia zasilania, zapewnienia ciągłości monitorowania jakości energii, co jest niezbędne do szybkiego usuwania awarii.

5.6. Zamawiający wskazuje, przy tym, że konfiguracja urządzeń końcowych (liczników) leży po stronie producentów, z którymi Zamawiający ściśle współpracuje.

5.7. W uzupełnieniu odpowiedzi pragniemy wskazać, iż dotychczas postawione pytania przez odwołującego potwierdzają, iż obie technologie nie są równorzędne a zarzuty odwołującego zmierzają do dalszego złagodzenia wymagań SLA Zamawiającego w stopniu, który budzi obawy odnośnie możliwości realizacji uzasadnionych potrzeb

Zamawiającego i ingerując w uprawnienie Zamawiającego co do kształtowania wymagań zawartych w OPZ dla realizacji jego potrzeb.”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wraz z dokonanymi jej zmianami, odwołania, jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba również uznała, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art.505 ust.1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w tiret pierwsze litera b) i c) oraz tiret drugie odwołania z powodu wycofania tych zarzutów przez Odwołującego na zasadzie przepisu art.568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Jednocześnie wymaga wskazania, że zgodnie z przepisem art.520 ust.1 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Ponadto, przepis art.520 ust.2 ustawy Pzp stanowi, że cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

W związku z powyższym rozpoznanie przedmiotowego odwołania w zakresie wycofanych przez Odwołującego zarzutów Izba uznała za bezprzedmiotowe.

W dalszej kolejności, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie zarzutów opisanych w tiret pierwszy litera a) i d) odwołania.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art.99 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp.

Ustawodawca w art.99 ust.1 ustawy Pzp ustanowił dyrektywę według której przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast w ust.4 powyższego przepisu przewidziano, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odnosnie zarzutu dotyczącego §7 ust. 9 Umowy Izba uznała go za bezzasadny z tego powodu, że Odwołujący nie udowodnił, które konkretnie z postanowień SWZ są dla niego niezrozumiałe.

Z zaprezentowanego przez Odwołującego wywodu zawartego w odwołaniu wynika w sposób jednoznaczny, że ma on świadomość znaczenia wymagania Zamawiającego, jednak dostrzega on przede wszystkim możliwość wystąpienia ryzyka kontraktowego (vide: pkt (17) i pkt (19) odwołania), między innymi w postaci możliwości wystąpienia zwiększonych kosztów wykonania tego zamówienia, wypowiedzenia umowy w określonych sytuacjach, a także odszkodowania.

Izba dostrzegła również, że Odwołujący nie wykazał, że „obowiązek zmiany technologii transmisji może być niemożliwy technicznie do wykonania, jeśli liczniki nie obsługują innej technologii.”(por. pkt (18) odwołania).

Zdaniem Izby – Odwołujący oparł swoje twierdzenia jedynie na przypuszczeniach nie popartych odpowiednimi dowodami.

Natomiast, Izba w swoich ocenach nie może opierać się na domniemaniach Odwołującego zmierzających do uwzględnienia jego interesu kontraktowego, lecz jest zobowiązana do wzięcia pod uwagę uzasadnionych potrzeb Zamawiającego realizowanych w interesie publicznym, co wynika z przepisu art.512 ustawy Pzp.

W przekonaniu Izby – Odwołujący również nie wykazał, że sporny opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudnić

uczciwą konkurencję, lecz przyznał, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Reasumując, motywacja podana przez Odwołującego do tego zarzutu odwołania była zbyt ogólna i lakoniczna, aby mogła prowadzić do nakazania wykreślenia postanowień §7 ust. 9 Umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego nałożenia na wykonawcę dostarczającego usługi transmisji danych w technologii NB2 obowiązku zapewnienia pracy modułu komunikacyjnego zainstalowanego w liczniku LZO w trybie RRC Connected, zgodnie z definicją urządzeń klasy C wg standardu 3GPP tj. urządzenie musi pozostawać w stanie ciągłej gotowości do transmisji danych (aktywna sesja RRC), bez korzystania z cykli eDRX lub PSM, Izba podobnie, jak przy ocenie poprzedniego zarzutu odwołania, uznała go za niepotwierdzony.

Według zapatrywania Izby – okoliczność możliwości wystąpienia trudności w realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi wystarczającej przyczyny do uwzględnienia tego zarzutu.

Wymaga również zauważenia, że Odwołujący nie udowodnił, że sporny wymóg jest „(...) obiektywnie niemożliwy do zrealizowania.” – zobacz pkt (43) i następne odwołania.

Powyższa sytuacja nie może rodzić po stronie Odwołującego dobrodziejstwa uwzględnienia odwołania w zakresie tego zarzutu.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła na podstawie art.568 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze umorzyć w zakresie wskazanym w sentencji niniejszego wyroku oraz na zasadzie art. 553 ustawy Pzp Izba postanowiła oddalić odwołanie w pozostałym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....

.....

.....