

Sygn. akt: KIO 3388/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę Energa Oświetlenie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie przy ul. Artura Grottgera 7 (81-809 Sopot) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubień Kujawski z siedzibą w Lubieniu Kujawskim przy ul. Wojska Polskiego 29 (87-840 Lubień Kujawski)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Energa Oświetlenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 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 3388/24

Uzasadnienie

Gmina Lubień Kujawski zwana dalej „zamawiającym”, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym, pn.: Wymiana oświetlenia ulicznego na terenie w Gminie Lubień Kujawski o numerze referencyjnym ZP.271.3.2024, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00495108.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były dostawy była niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 września 2024 r. wykonawca Energa Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp, na modernizację infrastruktury oświetleniowej ENERGA Oświetlenie w sytuacji, gdy odwołujący, będąc właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie wyraża zgody, aby modernizację oświetlenia, będącego własnością ENERGA Oświetlenie, wykonał podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego);
- czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp w okolicznościach opisanych powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedynego dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności konieczności uzyskania od ENERGA Oświetlenie prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, którego to zezwolenia zamawiający nie pozyskał, ograniczając się jedynie do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia (pkt część IV pkt 1 SWZ), że zamówienie obejmuje oświetlenie będące własnością ENERGA Oświetlenie, a tym samym na niezgodnym z przepisami Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.3.2024;
- czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt Pzp w okolicznościach opisanych powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedynego dysponenta

majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. konieczności

uzyskania od ENERGA prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, którego to zezwolenia zamawiający nie pozyskał i co stanowi pominięcie uprawnień właściciela majątku podlegającego modernizacji, przez co zamawiający nie wskazał ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych) wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności zamawiającego, a tym samym na niezgodnym z przepisami Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.3.2024;

- czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt Pzp w okolicznościach opisanych powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sytuacji, gdy wzór umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie do dnia 12 grudnia 2025 r., a nie określa, że konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami odrębnymi (prawa własności określonego w Kodeksie Cywilnym) jest pozyskanie zgody na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji od właściciela tego majątku, na które to wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) właściciel nie wyraża zgody, a wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach (odpowiedzialność odszkodowawcza), a tym samym na niezgodnym z przepisami Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.3.2024;

- czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp w okolicznościach opisanych powyżej, w sytuacji, gdy wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a SWZ nie uwzględnia okoliczności, iż zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji, ani nie wskazuje, że uzyskanie takiej zgody jest niezbędne dla zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, co może mieć istotne przełożenie na termin rozpoczęcia prac w ramach udzielonego zamówienia, a zatem finalnie

na wykonanie umowy w terminie określonym w SWZ i opisanie przez zamawiającego zamówienia w SWZ w sposób niejednoznaczny i niekompletny powoduje, że zamówienie obejmuje wykonanie świadczenia niemożliwego, albowiem właściciel infrastruktury oświetleniowej nie wyraził zgody i nie wyraża zgody, aby modernizację wykonał podmiot trzeci; - czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt Pzp w okolicznościach opisanych powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. zwiększonego ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej względem właściciela infrastruktury oświetleniowej, w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym w postępowaniu nr ZP.271.3.2024 będzie wynikało z przyczyn obiektywnych związanych ze statusem własnościowym majątku objętego umową o udzielenie zamówienia publicznego, to jest realizacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu przez wykonawcę naruszy prawo własności odwołującego, co narazić może wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu nr ZP.271.3.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą;

- zaniechania opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawo własności) przez co podane w SWZ parametry nie są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie tego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 ze zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o.o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie przekazała zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwością do usunięcia wadą;

2) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury

oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), w sytuacji gdy Energa Oświetlenie sp. z o.o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie przekazała zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji poprzez zaniechanie opisanego przedmiotu zamówienia

w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, tj. niepowiązania faktu prawa ENERGA Oświeetlenie do własności infrastruktury z konsekwencjami w zakresie dodatkowych obowiązków niezbędnych do realizacji zamówienia, które ten fakt wywołuje względem wykonawcy, który ma realizować przedmiotowe zamówienie publiczne, tj. nieuwzględnienia okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;

3) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświeetlenie (odwołującego) w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświeetlenie wyrażających się w braku udzielenia przez ENERGA Oświeetlenie zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz brakiem wskazania ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych) wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności zamawiającego, a będący własnością Energa Oświeetlenie sp. z o. o. i co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;

4) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp i 281 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświeetlenie (odwołującego) w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświeetlenie wyrażających się w braku udzielenia przez ENERGA Oświeetlenie zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz brakiem wskazania ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych)

wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności zamawiającego, a będący własnością Energa Oświeetlenie sp. z o. o. i co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, że realizacja zamówienia może spowodować odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, tj. nieuwzględnienia okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;

5) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświeetlenie (odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświeetlenie wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia w terminie do dnia 12 grudnia 2025 r., w jednoczesnym braku określenia, że konieczne jest pozyskanie od właściciela infrastruktury zgody na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji, na które to wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) właściciel nie wyraża zgody, a wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;

6) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp i 281 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświeetlenie (odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświeetlenie wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego),

oraz w zobowiązaniu umową o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia w terminie do dnia 12 grudnia 2025 r., w jednoczesnym braku określenia, że konieczne jest pozyskanie od właściciela infrastruktury zgody na dysponowanie majątkiem na cele modernizacji, co wyraża się w zaniechaniu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego oraz konsekwencji dla wykonawcy wynikających z braku uzyskania zgody właściciela na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego), w tym poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia

prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

7) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdy wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a zamówienie obejmuje wykonanie świadczenia niemożliwego, na które to wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) właściciel nie wyraża zgody, a wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

8) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp i 281 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego

uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz w zobowiązaniu umową o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia w warunkach odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a SWZ nie uwzględnia okoliczności, iż zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji, ani nie wskazuje, że uzyskanie takiej zgody jest niezbędne dla zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, co może mieć istotne przełożenie na termin rozpoczęcia prac w ramach udzielonego zamówienia, a zatem finalnie na wykonanie umowy w terminie określonym w SWZ i w konsekwencji odstąpienie od umowy przez zamawiającego, co wyraża się w zaniechaniu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego oraz konsekwencji dla wykonawcy wynikających z braku uzyskania zgody właściciela na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego), w tym poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

9) naruszenie art. 275 pkt 1 Pzp i 281 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 140 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), w sytuacji braku zgody ENERGA Oświetlenie, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), co wyraża się w braku opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. zwiększonego ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej względem właściciela infrastruktury oświetleniowej, w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym w postępowaniu nr ZP.271.3.2024 będzie wynikało z przyczyn obiektywnych związanych ze statusem własnościowym majątku objętego umową o udzielenie zamówienia publicznego, to jest realizacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu przez wykonawcę naruszy prawo własności odwołującego, co narazić może

wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu nr ZP.271.3.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą w warunkach obiektywnego braku możliwości wykonania tego zamówienia;

10) naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości i proporcjonalności. Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych), wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności zamawiającego, a będący własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o. i co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji, ani nie wskazuje całego zakresu czynności/prac warunkujących zgodne z odrębnymi przepisami prawa własności wykonanie zamówienia;

11) naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;

12) naruszenie art. 433 pkt 3) Pzp przez posłużenie się we wzorze umowy postanowieniem zakazanym przepisem art. 433 pkt 3) Pzp (§ 14 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy), tj. zawarciem postanowienia przenoszącego odpowiedzialność na wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający w zakresie, w jakim wykonawca może nie mieć technicznej zdolności do realizacji swoich świadczeń, albowiem na gruncie obowiązujących regulacji prawnych, odwołującemu przysługuje prawo odmówienia zgody na korzystanie z jej infrastruktury oświetleniowej, z uwagi na ochronę prawa własności, a zamawiający nie uprzedził o takim statusie majątkowym i konieczności uzyskania zgody właściciela infrastruktury w dokumentach ani warunkach zamówienia;

13) naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp (będące konsekwencją naruszenia art. 58 § 1 k.c.), poprzez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji świadomości zamawiającego co do braku posiadania prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na potrzeby modernizacji, której dotyczy zamówienie publiczne oraz znajomości oficjalnego stanowiska Energa Oświetlenie Sp. z o. o. w sprawie konieczności zawarcia umowy najmu/dzierżawy na cele modernizacji, a zaniechania uzyskania takiego tytułu do dysponowania nieruchomością na cele modernizacji od ENERGA Oświetlenie, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami odwołujący wnioskował o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie postępowania.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Zamawiający w dniu 17 września 2024 r. złożył pismo zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Ponadto zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp unieważnił czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis art. 568 pkt 3 Pzp stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522. Zgodnie natomiast z art. 522 ust. 1 Pzp W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższym przytoczonym przepisie, tj. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania.

Tym samym Izba, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Przewodniczący: