

Sygn. akt: KIO 3416/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Energa Oświetlenie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świercze

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 6 750 zł (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych), tytułem zwrotu 90% uiszczonego 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 3146/24

Uzasadnienie

Gmina Świercze, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, postępowanie którego przedmiotem jest Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Świercze”, Znak sprawy: ZP.271.19.2024 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00495665/01.

Wykonawca – Energa Oświetlenie sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 17 września 2024 r. wniósł odwołanie, wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegających na:

1. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p., na modernizację infrastruktury oświetleniowej będącej własnością m.in. ENERGA Oświetlenie w sytuacji, gdy ENERGA Oświetlenie (Odwołujący), będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie wyraziła zgody, aby 2 modernizację oświetlenia, będącego własnością ENERGA Oświetlenie, wykonał podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego);
2. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 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 opisanie 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, które to zezwolenie Zamawiający utracił, a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.19.2024;
3. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 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 opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. konieczności posiadania prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji uzyskanego od właściciela – ENERGA Oświetlenie, które to zezwolenie Zamawiający utracił i co stanowi pominięcie uprawnień właściciela majątku podlegającego modernizacji, przez co 2

Zamawiający nie wskazał ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych) wiążących się z realizacją

zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności Zamawiającego bez wymaganej zgody, a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.19.2024;

4. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedyne dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanie 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 15.12.2024 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, a Zamawiający utracił zgodę właściciela na wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego 3 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), przy czym wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach (odpowiedzialność odszkodowawcza), a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.19.2024;

5. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej, w sytuacji, gdy wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje, że Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy, gdy wykonawca przerwał realizację umowy na okres dłuższy niż 14 dni, jak również 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 utracił prawo do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji, ani nie wskazuje, że uzyskanie takiej zgody będzie 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 aktualnie właściciel infrastruktury oświetleniowej nie wyraził zgody, aby modernizację wykonał podmiot trzeci;

6. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej, tj. w braku zgody właściciela i jedyne dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez 3

jednoczesnego opisanie 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.271.19.2024 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 niniejszym postępowaniu przez wykonawcę naruszy prawo własności Odwołującego, co narazić może wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu nr ZP.271.19.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą;

7. zaniechaniu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawo własności) przez co podane w SIWZ parametry nie są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a Zamawiającemu udzielenie tego zamówienia

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu tym samym w toku postępowania:

1. naruszenie art. 275 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. 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, albowiem Zamawiający nie wywiązując się z warunków umowy najmu infrastruktury oświetleniowej, utracił zgodę ENERGA Oświetlenie na wykonanie przedmiotowej 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 wadą niemożliwą do usunięcia;

2. naruszenie art. 275 pkt 2 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. 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, albowiem Zamawiający nie wywiązując się z warunków umowy najmu infrastruktury oświetleniowej, utracił zgodę ENERGA Oświetlenie na wykonanie przedmiotowej modernizacji, tym samym należy przyjąć, że Zamawiający

dokonał błędnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez opisanie w sposób nie uwzględniający odrębnych przepisów (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, tj. nie powiązania faktu prawa ENERGA Oświetlenie do własności infrastruktury z konsekwencjami w zakresie zamówienia publicznego będące niezbędne do realizacji zamówienia, które ten fakt wywołuje względem wykonawcy, który ma realizować przedmiotowe zamówienie publiczne, tj. nie uwzględnienia istotnych 4

okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy, a nawet wprowadzenia w błąd wykonawców poprzez wskazanie we wzorze umowy, iż na podstawie umowy najmu majątku oświetleniowego Zamawiający uzyskał zgodę Energa Oświetlenie na realizację prac modernizacyjnych objętych zamówieniem, podczas gdy umowa ta utraciła moc i Zamawiający utracił taką zgodę. 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 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego) w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku posiadania zgody ENERGA Oświetlenie, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury stanowiącej jej majątek, 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 nie stanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o., bez posiadania zgody właściciela na dysponowanie 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 2 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.”, i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego) w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku posiadania zgody ENERGA Oświetlenie, 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 nie stanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o. bez zgody właściciela na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikające z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, podczas gdy realizacja zamówienia może spowodować odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, tj. nie uwzględnienia istotnych okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie 5

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 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku 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 15.12.2024 r., przy 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 wyraził 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 2 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 101 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.”, i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku pozyskania zgody właściciela, 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 15.12.2024 r., przy jednoczesnym błędnym wskazaniu, że Zamawiający posiada taką zgodę właściciela na podstawie umowy najmu, mimo że przedmiotowa umowa utraciła moc, a zatem Zamawiający utracił posiadaną zgodę i konieczne jest pozyskanie od właściciela infrastruktury nowej 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 6

własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwością do usunięcia wadą;

7. naruszenie art. 275 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.” i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku uzyskania aktualnej zgody właściciela, 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 wyraził 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 niemożliwością do usunięcia wadą;

8. naruszenie art. 275 pkt 2 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 101 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.”, i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku uzyskania aktualnej 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, gdy SWZ nie uwzględnia okoliczności, iż Zamawiający utracił prawo do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji, ani nie wskazuje, że uzyskanie takiej zgody będzie 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 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 7

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 niemożliwością do usunięcia wadą;

8. naruszenie art. 275 pkt 2 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 101 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.”, i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 2 p.z.p. 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 opisanie 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.271.19.2024 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 niniejszym postępowaniu przez wykonawcę naruszy prawo własności Odwołującego, co narazić może wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w

postępowaniu nr ZP.271.19.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą w warunkach obiektywnego braku możliwości wykonania tego zamówienia;

9. naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p. 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., co do którego Zamawiający utracił prawo do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji, ani nie wskazuje całego zakresu czynności/ prac warunkujących zgodne z odrębnymi przepisami prawa własności wykonanie zamówienia;

10. naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;

11. naruszenie art. 433 pkt 3 p.z.p. poprzez posłużenie się we wzorze umowy postanowieniem zakazującym przepisem art. 433 pkt 3 p.z.p. (§ 9 ust. 1 pkt 3) oraz § 14 ust. 4 pkt 4) oraz § 15 pkt 1 ppkt 1 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 nie mieć technicznej zdolności do realizacji swoich świadczeń, albowiem na gruncie 8

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;

12. naruszenie art. 255 pkt 6 p.z.p. (będące konsekwencją naruszenia art. 58 § 1 k.c.), poprzez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji świadomości Zamawiającego co do utraty 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 posiadania przez cały czas realizacji zamówienia publicznego objętego niniejszym postępowaniem, umowy najmu 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 konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołania Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Świercze”, nr postępowania: ZP.271.19.2024 oraz zasądzenia kosztów procesowych.

W dniu 18 września 2024 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości.

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 18 września 2024 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 9

otwarcie 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.

Ponieważ 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 6 750 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: