Sygn. akt KIO 3411/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę Energa Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Stawiguda, ul. Olsztyńska 10, 11-034 Stawiguda

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Energa Oświetlenie Sp.

z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Energa Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot 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.

Przewodnicząca: ……..…….……

Sygn. akt KIO 3411/24

Uzasadnienie

Gmina Stawiguda, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozświetlamy Gminę Stawiguda – wymiana oświetlenia drogowego na energooszczędne”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 11 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00494127.

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

1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, na modernizację infrastruktury oświetleniowej będącej własnością m.in. ENERGA Oświetlenie w sytuacji, gdy ENERGA Oświetlenie (Odwołujący), będąca 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),

2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 opisania 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, a tym samym na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.1.25.2024,

3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

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 opisania 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 nie stanowiący własności zamawiającego, a tym samym na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.1.25.2024,

4) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 opisania 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 12 miesięcy od podpisania umowy, 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, gdyż właściciel nie wyraża zgody wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), a wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach (odpowiedzialność odszkodowawcza), a tym samym na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.1.25.2024,

5) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 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,

6) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 opisania 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.271.1.25.2024 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.271.1.25.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą,

7) zaniechaniu opisania 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,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 1 ustawy Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej m.in. 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 niemożliwą do

usunięcia wadą,

2) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 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 1 ustawy 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 opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (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 dodatkowych obowiązków niezbędnych do realizacji zamówienia, które ten fakt wywołuje względem wykonawcy, który ma realizować przedmiotowe zamówienie publiczne, tj. nie uwzględnienia 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 obarczone niemożliwą do usunięcia wadą,

3) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 1 ustawy Pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej m.in. własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego) w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku udzielenia przez ENERGA Oświetlenie 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 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. 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, 4) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2

ustawy Pzp 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 1 ustawy 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 udzielenia przez ENERGA Oświetlenie 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 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 poprzez zaniechanie opisania 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. nie uwzględnienia 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 obarczone niemożliwą do usunięcia wadą,

5) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 1 ustawy 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 w terminie do 12 miesięcy od podpisania umowy, 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 obarczone niemożliwą do usunięcia wadą,

6) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp 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 1 ustawy 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 terminie do 12 miesięcy od podpisania umowy, w jednoczesnym braku określenia, że konieczne jest pozyskanie od właściciela infrastruktury zgody na dysponowanie majątkiem na cele modernizacji, co wyraża się w zaniechaniu opisania 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) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp 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 1 ustawy 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) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp 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 1 ustawy 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, gdy 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 opisania 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) art. 275 pkt 1 ustawy Pzp i art. 281 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 101 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp 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 1 ustawy 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 opisania 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.271.1.25.2024 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.271.1.25.2024 na szeroko rozumianą odpowiedzialność odszkodowawczą w warunkach obiektywnego braku możliwości wykonania tego zamówienia,

10) art. 16 pkt 2 i 3 ustawy 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) art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych,

12) art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez posłużenie się we wzorze umowy postanowieniem zakazanym przepisem art. 433 pkt 3 ustawy Pzp (§ 9 ust. 1 pkt 3) oraz § 9 ust. 6 oraz § 10 ust. 1 pkt 3 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 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) art. 255 pkt 6 ustawy 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 na cele modernizacji, a zaniechania uzyskania takiego tytułu do dysponowania nieruchomością na cele modernizacji od ENERGA Oświetlenie, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozświetlamy Gminę Stawiguda – wymiana oświetlenia drogowego na energooszczędne", nr postępowania: ZP.271.1.25.2024,

3) przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł oraz innych uzasadnionych kosztów określonych na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które odwołujący złoży do akt sprawy.

30 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, o ile powstaną. Jednocześnie zamawiający podniósł, że pomimo mnogości postawionych zarzutów argumentacja odwołującego sprowadza się wyłącznie do wskazania braku możliwości prowadzenia przez zamawiającego postępowania w trybie konkurencyjnym zgodnie z ustawą Pzp z uwagi na brak prawa własności do modernizowanej infrastruktury.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 528 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (…), w sprawie nie mają zastosowanie przepisy ustawy".

Oznacza to, że Krajowa izba Odwoławcza może orzekać jedynie w granicach swej właściwości określonej przepisami ustawy Pzp, tzn. wyłącznie w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp oraz wyłącznie dotyczących czynności bądź zaniechań zamawiających rozumieniu ustawy Pzp. Izba jest organem uprawnionym jedynie do rozstrzygania sporów określonych w przepisach ustawy Pzp a więc w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również tylko i wyłącznie od czynności bądź zaniechań zamawiającego. Z kolei „przedmiotem odwołania mogą być objęte, zgodnie z art. 505 ust. 1 oraz 513 ustawy Pzp, wyłącznie naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu prowadzonym w oparciu o tę ustawę, zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp lub zaniechanie przeprowadzenia postępowania lub zorganizowania konkursu pomimo takiego obowiązku wynikającego z przepisów ustawy Pzp. Izba nie ma zatem kognicji do rozpoznawania spraw dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów innych niż Pzp". (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, Warszawa 2021, s. 1179) „Nie jest więc możliwe skuteczne wniesienie odwołania dotyczącego czynności

odnoszących się do umów odpłatnych, (…) niebędących zamówieniem, o jakim mowa w art. 2 ust. 1 p.z.p.”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wł. Dzierżanowski, Warszawa 2012, s.1332)

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy Gmina Stawiguda prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozświetlamy Gminę Stawiguda – wymiana oświetlenia drogowego na energooszczędne”.

Gmina Stawiguda, co jest bezsporne, otrzymała dofinansowanie w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja9RP/2023/732/PolskiLad z przeznaczeniem na realizację inwestycji: „Rozświetlamy Polskę” na wymianę lamp na energooszczędne.

ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. (odwołujący w tym postępowaniu) – jak wynika z treści przedstawionej umowy dzierżawy majątku oświetleniowego z dnia 17 listopada 2023 r. - „jest właścicielem instalacji oświetleniowych napowietrznych i kablowych, opraw oświetleniowych, słupów oraz innych urządzeń służących do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych w granicach administracyjnych Dzierżawcy (dalej: Majątek oświetleniowy) stanowiących część infrastruktury oświetleniowej niezbędnej do oświetlania Gminy Stawiguda. Wykaz instalacji oświetleniowych Wydzierżawiającego stanowi Załącznik nr 1 do Umowy.”.

W dniu 15 grudnia 2023 r. obecny odwołujący (ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o.) skierował do zamawiającego, tj. Gminy Stawiguda pismo, w którym poinformował zamawiającego, że „warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia modernizacji majątku należącego do Spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. jest uregulowanie kwestii dysponowania majątkiem należącym do w/w Spółki, tj. zawarciem umowy najmu”.

Strony, tj. Gmina Stawiguda (zamawiający w tym postępowaniu) i ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. (odwołujący) wymieniły między sobą szereg pism. Niedoszły przy tym do porozumienia co do ostatecznej treści umowy najmu, która miałaby zostać między stronami zawarta.

Modernizacja sieci oświetlenia drogowego na ternie gminy polegać ma na wymianie opraw oświetleniowych sodowych na LEDowe. Wymiana ta – jak wskazał zamawiający w SWZ (OPZ) – dotyczyć będzie wyłącznie opraw będących własnością zamawiającego. Inwentaryzacja opraw stanowi załącznik nr 1 do SWZ (Załącznik nr 1 - Raport Inwentaryzacja Gmina Stawiguda). Część opraw oświetleniowych – jak wynika z przywołanej inwentaryzacji -stanowi własność odwołującego, część zaś to własność zamawiającego. Te ostatnie są przy tym zainstalowane na słupach oświetleniowych będących własnością ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. a więc odwołującego. W takim też przypadku, co miało miejsce i w tym stanie faktycznym, spółka energetyczna zaproponowała zamawiającemu zawarcie umowy „najmu majątku oświetleniowego”, przedmiotem której miało być „przekazanie Gminie Majątku oświetleniowego tylko i wyłącznie w celu pozyskania dofinansowania oraz przeprowadzenia modernizacji, (…) obejmującej Majątek oświetleniowy ENERGA Oświetlenie”. ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. zastrzegła przy tym wyłączne prawo do wykonania usługi polegającej na eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego, czyli instalacji stanowiącej własność spółki

oraz opraw posadowionych na niej. Tak więc udzielenie tego zamówienia w sposób oczekiwany przez spółkę energetyczną miałoby nastąpić w ramach zamówienia z wolnej ręki i na skutek wcześniejszego umownego uregulowania wzajemnych relacji a więc w sposób wskazany przez spółkę (odwołującego).

Tak więc spór pomiędzy odwołującym (ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o.), a zamawiającym (Gminą Stawiguda) dotyczy własności urządzeń oświetlenia ulicznego oraz możliwości realizacji przedmiotu tego zamówienia, w sytuacji w której oprawy oświetleniowe będące własnością zamawiającego zainstalowanego są na urządzeniach odwołującego.

Co istotne zamawiający 18 wrześnie 2024 r. dokonał modyfikacji SWZ (OPZ) dookreślając przedmiot zamówienia i podając, że „Zamawiający dokonuje zmian w opisie przedmiotu zamówienia, poprzez uszczegółowienie, iż realizacja przedmiotu zamówienia dotyczy tylko i wyłącznie opraw oświetleniowych sodowych na LEDowe będących własnością Zamawiającego, tj. Gminy Stawiguda. Postępowanie nie dotyczy wymiany opraw będących własnością Energa. W dokumencie Załącznik nr 1 - przedmiar wymiana oświetlenia Gmina Stawiguda przyjęto do demontażu 244 oprawy, a do montażu 23, natomiast w Audycie opisano, że do wymiany jest 527 opraw. Audyt zawiera wykaz oświetlenia sodowego, led na terenie Gminy Stawiguda będącego własnością Energa oraz Gminy Stawiguda. Ze względu na brak prawa do dysponowania infrastrukturą Energa na cele modernizacji do wymiany Zamawiający przewidział wyłącznie oprawy sodowe będące na majątku Gminy Stawiguda. Ilości podane w przedmiarze stanowią szacowane ilości opraw sodowych przewidzianych do wymiany. W związku z awaryjnością opraw sodowych prace konserwacyjne są prowadzone na bieżąco, a rozliczenie z Wykonawcą nastąpi kosztorysowo wg faktycznego wykonania usługi. W załączeniu do niniejszych wyjaśnień załącza się raport inwentaryzacyjny oraz zmienioną treść opisu przedmiotu zamówienia.”.

Modyfikacja ta – jak oświadczył odwołujący na posiedzeniu przez Izbą – nie spowodowała zmiany jego stanowiska, które podtrzymał.

Odwołujący podnosząc zarzuty przywołał co prawda przepisy ustawy Pzp, ale odniósł je także do innych przepisów (przede wszystkim przepisów k.c.), wskazując w podstawie faktycznej wszystkich zarzutów kwestie związane z własnością infrastruktury oświetleniowej i brak zgody na przeprowadzenie jej modernizacji. Konsekwentnie podkreślał, że „infrastruktura oświetleniowa stanowi m.in. własność ENERGA Oświetlenie (odwołującego), a „Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie przekazała zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji”. Wskazywał także na brak możliwości „udzielenia przez ENERGA Oświetlenie zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz brak 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., i co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z k.c.) w sposób jasny i wyczerpujący, że realizacja zamówienia może spowodować odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, tj. nie uwzględnienia okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy.”.

Tak więc odwołujący, formułując wszystkie zarzuty odwołał się – jak słusznie podniósł zamawiający - do braku możliwości prowadzenia przez zamawiającego postępowania w trybie konkurencyjnym zgodnie z ustawą Pzp, wskazując na brak prawa własności do modernizowanej infrastruktury oświetleniowej, która stanowi własność odwołującego, który jest jego właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku.

Co więcej w treści uzasadnienia odwołania konsekwentnie podnosił m.in., że to „przepisy p.z.p., nie nadają Gminie uprawnienia do swobodnego dysponowania urządzeniami oświetleniowymi Spółki Energa Oświetlenie, ani nie zezwalają Gminie na korzystanie z takich urządzeń bez tytułu prawnego”, mimo że kwestie te regulują przepisy k.c. a nie Pzp, podnosząc dalej, że „Powszechnie obowiązujące normy prawne, w tym w szczególności uprawnienia właścicielskie opisane w treści przepisów prawa cywilnego (art. 140 k.c.), znajdujące ochronę w normach prawnych o randze konstytucyjnej, nie mogą być interpretowane w ten sposób, iż dopuszczalne jest ich radykalne ograniczenie przy wykorzystaniu norm zawartych w przepisach p.z.p.”.

Istotę sporu stanowi więc kwestia dotycząca własności infrastruktury oświetleniowej i możliwości jej wykorzystania przez zamawiającego, jak również kwestia konieczności uzyskania zgody na wymianę opraw będących własnością zamawiającego znajdujących się na obiektach odwołującego. Rozstrzygnięcie dotyczyć miałoby więc kwestii nie należących do kognicji Izby, tj. prawa własności i realizacji uprawnień właścicielskich. Te z kolei należą wyłącznie do kognicji sądów powszechnych. Tak też Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO/W 2/24.

Dlatego też Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…….……