Sygn. akt: KIO 3378/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 9 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę ENEA Oświetlenie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ku Słońcu 34, 71-080 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Bobrowice, Bobrowice 131, 66-627 Bobrowice

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 7.500 zł 00 gr. (siedem tysięcy pięćset złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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 3378/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Bobrowice, w trybie podstawowym na modernizację oświetlenia drogowego na terenie Gminy Bobrowice ZPR.271.8.2024), ogłoszonym w Biuletynie zamówień publicznych 11.09.2024, nr 2024/BZP 00494869, wobec czynności polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wniesione zostało 16.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (KIO 3378/24).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc przez ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w art. 132 pzp na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (odwołującego), w sytuacji gdy ENEA 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. 132 pzp w art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 140 kc przez ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w art. 132 pzp na modernizację oświetlenia drogowego oświetleniowej stanowiącego wyłączną własność ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (odwołującego), w sytuacji gdy ENEA Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, nie przekazała zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, przez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności zawarte w kodeksie cywilnym), w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. 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, w której postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

3) art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc przez ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w art. 132 pzp na modernizację infrastruktury oświetleniowej stanowiącej

wyłączną własność ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (odwołującego), w sytuacji pominięcia przez zamawiającego uprawnień właścicielskich odwołującego, wyrażających się w braku udzielenia przez odwołującego zgody, aby przeprowadzono modernizację przedmiotowej infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz brakiem wskazania ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności zamawiającego, a będący własnością odwołującego, co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania 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, w której postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

4) art. 132 pzp i art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust 1 i 2 pzp w zw, z art. 140 kc przez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności zawarte w kodeksie cywilnym) w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. 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, w której postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

5) art. 16 pkt 2 pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości i proporcjonalności. Dokumentacja nie wskazuje ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności zamawiającego, a będący własnością odwołującego, co do którego zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania na potrzeby modernizacji;

6) art. 17 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych;

7) art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 58 § 1 kc, przez zaniechanie unieważnienia 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 odwołującego w sprawie konieczności zawarcia umowy dzierżawy na cele modernizacji i zaniechania uzyskania takiego tytułu do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji od odwołującego, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał na konieczność uzyskania jego zgody, jako właściciela modernizowanej infrastruktury oświetleniowe w drodze odrębnej umowy określającej zasady odpowiedzialności oraz zasady korzystania z tejże infrastruktury. Przedsiębiorstwo energetyczne, jako właściciel urządzeń infrastruktury oświetleniowej ma prawo odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do swojej sieci, a tym samym nie wyrazić zgody, aby zamawiający na podstawie przepisów pzp dokonywał wyboru podmiotów świadczących usługi polegające na jej modernizacji bez zgody właściciela. Zgodnie z treścią prawa własności, określoną w art. 140 kc, gmina nie będąca właścicielem infrastruktury oświetleniowej nie może bez zgody właściciela urządzeń organizować przetargów na dostawę energii elektrycznej do celów oświetleniowych oraz na konserwację tej infrastruktury energetycznej. Odwołujący złożył wykaz aktywów trwałych spółki ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. położonych na terenie Gminy Bobrowice. Na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit b pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, w tym zakresie modernizacji własnej infrastruktury. W dokumentacji postępowania zamawiający pomija fakt, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego wykonawca – Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu.

Izba ustaliła i zważyła.

Odwołujący kwestionuje jako dopuszczalne prowadzenie procedury przetargowej, obejmującej przedmiot zamówienia dla którego konieczne jest uzyskanie zgody na 4

modernizację od odwołującego (zgodna na dostęp do sieci oświetleniowej). Mnogość zarzutów faktycznie sprowadza się do jednej kwestii sprowadzającej się do twierdzenia o naruszeniu praw wyłącznych odwołującego do dysponowania jego własnością, co miałoby uzasadniać konieczność uzyskania zgody na udzielenie zamówienia w formule przetargu nieograniczonego.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja sieci oświetleniowej na terenie gminy, obejmującej 287 opraw oświetleniowych, których własność jest uregulowana i stanowią własność Gminy Bobrowice

(dowód: zestawienie poinwentaryzacyjne otrzymane od ENEA i złożone w odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający zlecał dotychczas utrzymanie i konserwację sieci oświetleniowej w trybie zamówienia z wolnej ręki spółce ENEA Oświetlenie sp. z o.o. (dowód: umowa na wykonanie usługi konserwacji oświetlenia z 2.01.2024 r.). W ramach zlecenia wykonawca miał również zrealizować i sfinansować ze środków własnych inwestycje odtworzeniowe (modernizacja) wyłącznie ze względu na stan techniczny urządzeń własnych instalacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Bobrowice (§ 6). Umowa zlecenia dotyczy zarówno majątku oświetleniowego ENEA Oświetlenie sp. z o.o. i ENEA Operator Sp. z o.o., jak i majątku zamawiającego, wskazane w załączniku do umowy. Zlecenia te zamawiający powtarzał co rocznie.

Obecne zamówienie dotyczy modernizacji 287 opraw oświetleniowych i ich wymiany na oprawy LED-owe. Zamówienie finansowane jest w ramach programu Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja9RP/2023/732/PolskiLad z przeznaczeniem na realizację inwestycji: „Rozświetlamy Polskę" na wymianę lamp na energooszczędne.

ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. zaproponowała zamawiającemu współpracę w oparciu o umowę dzierżawy, na podstawie której zostałaby udostępniona jej infrastruktura oświetleniowa w celu pozyskania przez gminę zewnętrznego finansowania dla modernizacji oświetlenia drogowego (dowód: pismo z 26.10.2023 r. wraz z projektem umowy dzierżawy). Zakres dzierżawy obejmować miał istniejącą oprawę oświetleniową wraz z miejscem jej mocowania. Prace montażowe opraw oświetleniowych lub ich części, prace remontowe i eksploatacyjne, a także nadzór nad funkcjonowaniem infrastruktury oświetleniowej wykonywane miałyby być wyłącznie przez wydzierżawiającego jako właściciela i eksploatującego przedmiot dzierżawy, na podstawie odrębnych umów zawartych pomiędzy stronami. Umowa zakłada miesięczny czynsz dzierżawny. Zgodnie z § 4 ust. 5 po zakończeniu dzierżawy, przedmiot dzierżawy wraz z nakładami i ulepszeniami zwrócony będzie wydzierżawiającemu, w szczególności urządzeniami nabytymi i zainstalowanymi w

przedmiocie dzierżawy, bez prawa domagania się jakichkolwiek świadczeń od wydzierżawiającego, w szczególności zapłaty sumy odpowiadającej wartości nakładów lub ulepszeń. Zastrzega się również, iż urządzenia nabyte i zainstalowane w przedmiocie dzierżawy pozostaną na nim po zakończeniu umowy bez obowiązku zwrotu ich wartości na rzecz dzierżawcy.

Mając na uwadze zakres zarzutów i jego podstawy wskazane w treści odwołania, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 132 Ustawy i kolejnych prowadząc postępowanie w procedurze otwartej na modernizację opraw oświetlenia drogowego.

Na wstępie należy odnieść się do interesu odwołującego, którego ochronie służyć miało wniesione odwołanie na czynności zamawiającego polegające na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Badanie interesu w uzyskaniu zamówienia wymaga uwzględnienia okoliczności podnoszonych w odwołaniu, które miały uzasadniać zarzuty i żądanie unieważnienia postępowania. Całokształt argumentacji i dowody załączone do odwołania skłaniają do jedynego wniosku, iż celem odwołującego nie jest udział w postępowaniu przetargowym, lecz zablokowanie możliwości udzielenie zamówienia w trybie ustawowym, na co wskazuje powielany wniosek, o braku wyrażenia zgody prze ENEA na udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Faktycznym motywem podmiotu jest doprowadzenie do zawarcie umów dzierżawy, na podstawie których miałyby realizować prace utrzymaniowe jak i modernizować infrastrukturę oświetleniową na koszt wydzierżawiającego.

W ocenie składu orzekającego takie motywy wskazują na brak interesu, któremu ochronie służyłoby wniesione odwołanie na czynności prowadzonego postępowania przetargowego. Interes w uzyskaniu zamówienia nie może być rozumiany wyłącznie przez interes ekonomiczny, ale wymaga powiązania z prowadzonym postępowaniem, na potrzeby którego przewidziano środki ochrony prawnej. Odwołanie nie jest zatem środkiem, który może wywoływać skutki jakie przykładowo wiążą się z wniesieniem powództwa cywilnego do sądu powszechnego. Krajowa Izba Odwoławcza może badać i oceniać czynności prowadzonego postępowania w świetle przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. W szczególności Izba nie jest organem, przed którym należy dochodzić praw z tytułu naruszenia prawa własności, do czego przewidziane są odrębne uprawnienia ochronne wynikające z kodeksu cywilnego. W takim kontekście należy zatem oceniać środek odwoławczy, którego celem jest ochrona interesu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kończącego się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, należy zatem wykazać w jaki sposób środek ochrony miałby służyć

uzyskaniu zamówienia publicznego w procedurze przetargowej. Tymczasem odwołanie nie służy zabezpieczeniu interesu odwołującego w procedurze przetargowej, gdyż jedynym wyjawionym celem jest zablokowanie udzielenie zamówienia publicznego innym podmiotom, które mogłyby złożyć ofertę. Odwołujący zmierza wyłącznie do tego, aby zamawiający w ramach umowy dzierżawy realizował projekt dotyczący modernizacji opraw oświetleniowych. Treść odwołania nie wskazuje nawet na chęć wzięcia udziału w postepowaniu przetargowym. To w ocenie składu orzekającego wskazuje na brak interesu w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy przewidziany w Ustawie środek prawny.

Już na tej podstawie odwołanie podlegało oddaleniu w związku z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Niezależnie od oceny interesu odwołującego, skład orzekający uznał, iż zarzuty kierowane wobec prowadzonego postępowania, w tym zarówno trybu jak i opisu przedmiotu zamówienia, nie miały uzasadnienia. Odwołujący formułował bowiem zarzuty w oparciu o wspólną dla nich tezę, iż zamówienie naruszać miałoby prawa wyłączne do opraw oświetleniowych stanowiących przedmiot zamówienia (określone jako infrastruktura odwołującego). Zamawiający na odparcie tezy odwołującego przedstawił wykaz inwentaryzacyjny opracowany przez ENEA Oświetlenie Sp. z o.o.,

załączony fragmentarycznie do odwołania, z którego wynika okoliczność bezsporna, iż wszystkie oprawy oświetleniowe w ilości 287 szt. stanowią własność gminy i to te oprawy podlegać mają wymianie. Zamawiający okoliczność tą wskazał w odpowiedzi na odwołanie, czemu odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył. Nie ma również uzasadnienia dla przyjęcia tez o braku precyzji i niejasnym opisie sytuacji prawnej i faktycznej dotyczącej przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał w dokumentacji stan aktualny wskazując, że będzie zachodziła potrzeba uzyskania uzgodnień i dopuszczeni od ENEA Oświetlenie sp. z o.o., jako właściciela części infrastruktury (co nie dotyczy samych opraw). W wielu postępowaniach przetargowych wskazuje się na konieczność dokonania uzgodnień, np. z właścicielami nieruchomości, co nie stanowi przeszkody w tym, aby postepowanie przetargowe prowadzić w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty zamawiającego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodniczący: ……..