sygn. akt: **KIO 64/25**

WYROK

Warszawa, 5 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Członkowie:Piotr Kozłowski
Małgorzata Matecka
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Energa Oświetlenie sp. z o.o., ul. A.G. 7;
81-809 Sopot, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Brudzeń Duży,
ul. Toruńska 2; 09-414 Brudzeń Duży,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energa Oświetlenie sp. z o.o., ul. A.G. 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., ul. A.G. 7; 81-809 Sopot tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Brudzeń Duży, ul. Toruńska 2; 09-414 Brudzeń Duży, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy Energa Oświetlenie sp. z o.o., ul. A.G. 7;
   81-809 Sopot na rzecz zamawiającego Gmina Brudzeń Duży, ul. Toruńska 2; 09-414 Brudzeń Duży, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Brudzeń Duży, ul. Toruńska 2; 09-414 Brudzeń Duży, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:……
Członkowie:……
……

sygn. akt: **KIO 64/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Brudzeń Duży- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Dostawa energii elektrycznej do obiektów Gminy Brudzeń Duży w roku 2025”*.

7 stycznia 2025 roku, wykonawca Energa Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1)niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p., na dostawę energii elektrycznej do obiektów Gminy Brudzeń Duży w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wyboru tego trybu, ponieważ odwołujący, będący właścicielem i jedynym dysponentem części infrastruktury oświetleniowej oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE poz. 15-77 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”), nie wyraził zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla ww. PPE;

2)niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wyboru tego trybu, tj. w braku zgody właściciela

i jedynego dysponenta majątku oświetleniowego oraz aktualnego odbiorcy energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (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 odwołującego zgody na zmianę sprzedawcy dla PPE poz. 15-77 OPZ, którego to zezwolenia odwołujący nigdy nie udzielił, ani nie udzieli,

a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, obarczonego wadą skutkującą unieważnieniem wyboru oferty;

3)niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wyboru tego trybu, tj. w braku zgody właściciela

i jedynego dysponenta majątku oświetleniowego oraz aktualnego odbiorcy energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (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 odwołującego zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla ww. PPE, którego to zezwolenia zamawiający nie pozyskał, co stanowi pominięcie uprawnień właściciela majątku oświetleniowego, za pomocą którego miałaby następować dostawa energii elektrycznej do obiektów należących do zamawiającego, 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 p.z.p. ogłoszeniu

i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obarczonego wadą skutkującą unieważnieniem wyboru oferty;

4)niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej w sytuacji braku przesłanek do wyboru tego trybu, tj. w braku zgody właściciela i jedynego dysponenta majątku oświetleniowego oraz aktualnego odbiorcy energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (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 przeprowadzenia procedury zmiany sprzedawcy oraz dostawy energii elektrycznej do PPE objętych postępowaniem, 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 zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do PPE od odbiorcy energii dla ww. PPE, na którą to zmianę dostawcy energii elektrycznej (a zatem na udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu) ten odbiorca nie wyraża zgody, a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu

i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

5)niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. w okolicznościach opisanych w punkcie 1 powyżej, tj. w sytuacji, gdy umowa o udzielenie zamówienia publicznego dotknięta jest pierwotną wadą prawną skutkującą nieważnością czynności prawnej, albowiem zamawiający nie może powierzyć zadania dostawy energii elektrycznej do swoich obiektów, kiedy infrastruktura oświetleniowa, za pomocą której dostarczana jest energia do tych obiektów stanowi własność osoby trzeciej (odwołującego), a ta osoba trzecia (odbiorca energii elektrycznej dla ww. PPE) nie wyraziła zgody na zmianę sprzedawcy do PPE poz. 15-77 OPZ, ani nie wskazuje,

że uzyskanie takiej zgody jest niezbędne dla zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, co powoduje, że wybór oferty wykonawcy wyłonionego

w przedmiotowym postępowaniu obarczony jest wadą obligującą do jego unieważnienia;

6)zaniechaniu opisania 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 naruszenie:

1.naruszenie art. 275 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 1 p.z.p. na dostawę energii elektrycznej do punktów poboru energii, dla których odwołujący jest odbiorcą energii, w braku przesłanek do jego zastosowania, tj. w sytuacji, gdy odwołujący będący właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, nie udzielił zamawiającemu zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), co powoduje, że zamawiający nie może powierzyć dostawy energii elektrycznej do swoich obiektów wykonawcy wybranemu

w niniejszym postępowaniu, kiedy infrastruktura oświetleniowa, za pomocą której dostarczana jest energia do tych obiektów stanowi własność osoby trzeciej, a zamawiający nie uzyskał tytułu prawnego do zmiany dostawcy energii

elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ. 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.naruszenie art. 275 pkt 1 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 101 ust. 1 pkt 1 p.z.p. 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 p.z.p. na dostawę energii elektrycznej do punktów poboru energii, dla których odwołujący jest odbiorcą, w braku przesłanek do jego zastosowania, tj. w sytuacji, gdy odwołujący będący właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, nie udzielił zamawiającemu zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego) przy zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia

w sposób uwzględniający konieczność uzyskania zgody odbiorcy energii elektrycznej dla ww. PPE na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do ww. PPE,

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 obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

3.naruszenie art. 275 pkt 1 p.z.p. i 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 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. na dostawę energii elektrycznej do punktów poboru energii, dla których odwołujący jest odbiorcą, w braku przesłanek do jego zastosowania, tj. w sytuacji, gdy odwołujący będący właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE poz. 15-77 OPZ, nie udzielił zamawiającemu zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE poz. 15-77 OPZ (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego) przy zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia

w sposób uwzględniający fakt, że to nie zamawiający jest odbiorcą energii elektrycznej

w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo Energetyczne dla ww. punktów poboru, lecz odwołujący, przez co bez zgody odwołującego zamawiający, nie ma uprawnienia do wyboru dostawcy energii elektrycznej do ww. PPE. 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.naruszenie art. 275 pkt 1 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 k.c. i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. na dostawę energii elektrycznej do punktów poboru energii, dla których odwołujący jest odbiorcą, w braku przesłanek do jego zastosowania, tj. w sytuacji, gdy odwołujący będący właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE (poz. 15-77 OPZ), nie udzielił zamawiającemu zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE (poz. 15-77 OPZ), tj. wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający fakt, że odwołujący nie jest sprzedawcą energii elektrycznej dla PPE (poz. nr 15-77), podczas gdy odwołujący świadczy usługę oświetleniową, w celu świadczenia której dokonuje zakupu energii elektrycznej do ww. PPE. 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.naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p. poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości

i konkurencyjności;

6.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;

7.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 braku posiadania zgody odbiorcy energii elektrycznej dla PPE (poz. 15-77 OPZ) na zmianę sprzedawcy i dostawę energii elektrycznej do ww. PPE, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a umowa o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest objęta pierwotną wadą prawną skutkującą nieważnością czynności prawnej.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

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.

Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny jako wykonawcy, w złożeniu niniejszego odwołania istnieje, gdyż rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu odwoławczym wywrze bezpośredni skutek w jego sferze prawnej. W przypadku uwzględnienia odwołania
i unieważnienia postępowania jest oczywistym, że odwołujący ochroni swoje prawa wyłączne i zyska możliwość świadczenia kompleksowej usługi oświetleniowej, w której zakres wchodzi również pozyskanie dostarczania energii elektrycznej dla świadczenia usługi oświetleniowej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zarzuty naruszenia art. 275 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 140 k.c.

Obowiązujące przepisy prawa, w tym przepisy p.z.p., nie nadają Gminie uprawnienia do swobodnego dysponowania urządzeniami oświetleniowymi odwołującemu (dalej także: „EOŚ" lub „Spółka"), ani nie zezwalają Gminie na korzystanie z takich urządzeń bez tytułu prawnego. 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. Mając na uwadze powyższe, Gmina nie może powierzyć zadania dostawy energii elektrycznej do swoich obiektów, kiedy infrastruktura oświetleniowa, za pomocą której dostarczana jest energia do tych obiektów, stanowi własność osoby trzeciej – odwołującego. Korzystanie z infrastruktury właściciela jest możliwe jedynie za jego zgodą, na podstawie odrębnej umowy, określającej zasady odpowiedzialności oraz zasady korzystania z tejże infrastruktury. Taką umowę Gmina Brudzeń Duży zawarła z odwołującym już w roku 2021
i trwała ona nieprzerwanie aż do dnia 31.12.2024 r. Odwołujący jest właścicielem położonego na terenie gmin majątku, w skład którego wchodzi infrastruktura służąca do świadczenia usługi oświetlenia miejsc publicznych, ulic, placów itp. Przedmiotowy majątek stanowi wyłączną własność Spółki bądź jest funkcjonalnie powiązany z majątkiem gmin w taki sposób, że część majątku stanowiącego własność gmin w żadnej mierze nie może funkcjonować, podlegać eksploatacji i konserwacji w oderwaniu od części stanowiącej własność Spółki. Z uwagi na powyższe, gminy zawierają ze Spółką, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) oraz lit. b) ustawy Pzp umowy, w ramach których przy wykorzystaniu posiadanych urządzeń, EOŚ świadczy na rzecz gmin kompleksową usługę oświetlenia. Przedmiot tych umów obejmuje m.in. konserwację majątku oraz zapewnienie energii elektrycznej na potrzeby świadczenia ww. usługi. Z powyższym wiąże się istotna okoliczność dotycząca możliwości prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego związanego z jakąkolwiek formą użytkowania infrastruktury odwołującego, która jest wyłącznym właścicielem tej infrastruktury. Gminy mają bowiem prawo do ogłaszania oraz rozstrzygania przetargów na dostawę energii elektrycznej do infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność Gminy bądź infrastruktury Spółki funkcjonalnie powiązanej z majątkiem gminy, wyłącznie za zgodą odwołującego. Odwołujący takiej zgody zamawiającemu nie udzielał. Co więcej, zamawiający dokonuje wyboru trybu postępowania w oparciu o okoliczności nieprawdziwe, jakimi są:

- istnienie po stronie zamawiającego możliwości wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE objętych postępowaniem (poz. 15-77), co wskazuje wprost w dokumentach postępowania (treść zapytań wraz z wyjaśnieniami z 03.01.2025 r.) w odpowiedziach na pytania nr 5 i 6,

- przynależność wszystkich PPE objętych postępowaniem do Gminy Brudzeń Duży.

(dowód: *dokumenty postępowania, Umowa o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży z 29.01.2021 r. nr EOŚ145/2021 wraz z Aneksem nr 1 z 29.12.2022 r. nr EOŚ-31/2023 oraz Aneksem nr 2 z 14.09.2023 r. nr EOŚ-2086/2023 oraz Aneksem nr 3*
z 31.01.2024 r. nr EOŚ-0426/2024, wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z 03.01.2025 r., pismo Gminy Brudzeń Duży z 10.12.2024 r. wraz z załącznikiem pn. „Wykaz punktów poboru energii elektrycznej oświetlenia ulicznego", pismo ENERGA Oświetlenie z 23.12.2024 r. wraz
z mailem Marcina Gołuchowskiego z 23.12.2024 r. godz. 9:32, wypowiedzenie umowy
o świadczenie kompleksowej usługi oświetlenia z 20.06.2024 r. wraz z „Załącznikiem nr 1 – Listą obiektów oraz terminów rozwiązania umów", pismo ENERGA Oświetlenie z 02.07.2024 r. nr EOŚ-3846/SE-MG, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Gołuchowskiego, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego)

Powyższe oznacza, że Spółce w obu przypadkach przysługuje pełne prawo do ochrony prawa własności przed wszelkimi jego naruszeniami. Po stronie innych podmiotów istnieje natomiast obowiązek powstrzymywania się od

ingerowania w prawo własności ENERGA Oświetlenie. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż w stosunku do przedmiotowej infrastruktury oświetleniowej, położonej na terenie gmin przysługuje odwołującemu prawo wyłączne. Jeżeli zatem gmina nie dysponuje jakimkolwiek tytułem prawnym do infrastruktury oświetleniowej przedsiębiorstwa energetycznego, to nie jest ona uprawniona do ogłoszenia oraz rozstrzygnięcia przetargu na dostawę energii elektrycznej. Jednocześnie prawo własności służące Spółce w stosunku do infrastruktury oświetleniowej powinno być uznane za przyczynę uzasadniającą udzielenie EOŚ przez gminę zamówienia na świadczenie kompleksowej usługi oświetlenia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) p.z.p. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia, gdy stopień powiązania majątku oświetleniowego Spółki i gminy jest tak znaczny, że w żadnej mierze nie może funkcjonować w oderwaniu od części stanowiącej własność Spółki – w takim przypadku nabywanie przez gminę energii elektrycznej jedynie do własnej części infrastruktury bez wykorzystania pozostałej części, jest technicznie niemożliwe bez ingerencji w część stanowiącą własność EOŚ (dowód: *Umowa o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży*
z 29.01.2021 r. nr EOŚ145/2021 wraz z Aneksem nr 1 z 29.12.2022 r. nr EOŚ-31/2023 oraz Aneksem nr 2 z 14.09.2023 r. nr EOŚ-2086/2023 oraz Aneksem nr 3 z 31.01.2024 r. nr EOŚ-0426/2024, wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z 3.01.2025 r., pismo Gminy Brudzeń Duży
z 10.12.2024 r. wraz z załącznikiem pn. „Wykaz punktów poboru energii elektrycznej oświetlenia ulicznego", pismo odwołującego z 23.12.2024 r. wraz z mailem Marcina Gołuchowskiego z 23.12.2024 r. godz. 9:32., wypowiedzenie umowy o świadczenie kompleksowej usługi oświetlenia z 20.06.2024 r. wraz z „Załącznikiem nr 1 – Listą obiektów oraz terminów rozwiązania umów", pismo odwołującego z 02.07.2024 r. nr EOŚ-3846/SE-MG, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Gołuchowskiego, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego).

Odwołujący podkreśla, że w razie ewentualnego sfinalizowania procedury przetargowej – tj. zawarcia umowy ze zwycięzcą przetargu innym niż Spółka, wykonawca może nie mieć technicznej zdolności do realizacji swoich świadczeń. Na gruncie obowiązujących regulacji prawnych, odwołującemu przysługuje prawo odmówienia bowiem zgody na korzystanie z jej infrastruktury oświetleniowej przez inny podmiot, a zachowanie takie nie stanowi czynu naruszającego zasady uczciwej konkurencji na rynku. Przedmiotowa sytuacja faktyczna posiada daleko idące konsekwencje na gruncie p.z.p. Na podstawie bowiem art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., zamawiający udziela 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 tej sytuacji przepisami tymi będą regulacje prawa cywilnego odnoszące się do treści prawa własności oraz jego ochrony (art. 140 i następne k.c.). Nawet jeżeli na terenie gminy funkcjonują urządzenia stanowiące jej własność, w wielu przypadkach stopień powiązania obu części infrastruktury (Spółki i gminy) przemawiał będzie również za uznaniem, że spełniona jest także druga samoistna przesłanka zastosowania trybu udzielania zamówienia publicznego z wolnej ręki, opisanego w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) p.z.p., tj. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z tak znacznym stopniem technicznej integracji majątku oświetleniowego, że część majątku stanowiącego własność Gminy Brudzeń Duży w żadnej mierze nie może funkcjonować, podlegać eksploatacji/ konserwacji (przy dostawie energii elektrycznej na potrzeby świadczenia tejże usługi)
w oderwaniu od części stanowiącej własność Spółki. Niemożliwym jest zatem także nabywanie przez Gminę energii elektrycznej jedynie do własnej części infrastruktury bez wykorzystania pozostałej części, jak również technicznie niemożliwym jest przeprowadzenie szeregu napraw i skutecznej konserwacji tylko tej części mienia, bez ingerencji w część stanowiącą własność EOŚ. Wobec tak ścisłego powiązania obu części infrastruktury, organizowanie przetargów na dostawę energii elektrycznej wyłącznie do urządzeń oświetleniowych stanowiących własność gminy, jest nie tylko technicznie nieuzasadnione, ale wiązałoby się również z koniecznością ponoszenia większych kosztów, aniżeli zlecenie Spółce kompleksowej usługi oświetlenia obejmującej zapewnienie energii elektrycznej na potrzeby świadczenia tej usługi (dowód: *Umowa o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży z 29.01.2021 r. nr EOŚ145/2021 wraz z Aneksem nr 1 z 29.12.2022 r. nr EOŚ-31/2023 oraz Aneksem nr 2*
z 14.09.2023 r. nr EOŚ-2086/2023 oraz Aneksem nr 3 z 31.01.2024 r. nr EOŚ-0426/2024, wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z 3.01.2025 r., pismo Gminy Brudzeń Duży z 10.12.2024 r. wraz z załącznikiem pn. „Wykaz punktów poboru energii elektrycznej oświetlenia ulicznego", pismo ENERGA Oświetlenie z 23.12.2024 r. wraz z mailem Marcina Gołuchowskiego z 23.12.2024 r. godz. 9:32., wypowiedzenie umowy o świadczenie kompleksowej usługi oświetlenia z 20.06.2024 r. wraz z „Załącznikiem nr 1 – Listą obiektów oraz terminów rozwiązania umów", pismo ENERGA Oświetlenie z 02.07.2024 r. nr EOŚ-3846/SE-MG, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Gołuchowskiego, przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego).

ENERGA Oświetlenie nigdy nie udostępniała Gminie Brudzeń Duży infrastruktury oświetleniowej na potrzeby przekazania korzystania innym podmiotom, a zatem Gmina Brudzeń Duży nie legitymuje się tytułem prawnym do

dysponowania majątkiem oświetleniowym ENERGA Oświetlenie na potrzeby zamówienia dostawy energii elektrycznej do infrastruktury stanowiącej własność ENERGA Oświetlenie. Co więcej, zamawiający miał pełną świadomość nie tylko konieczności posiadania tytułu prawnego do dysponowania majątkiem i nie posiadając go, objął postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego
w trybie podstawowym dostawę energii elektrycznej do infrastruktury stanowiącej własność ENERGA Oświetlenie oświadczając, że wszystkie PPE należą do Gminy, przez co wprowadził w błąd potencjalnych wykonawców zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Dodatkowym potwierdzeniem powyższego są postanowienia umowy o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży z 29.01.2021 r. nr EOŚ-145/2021 wraz z Aneksem nr 1 z 29.12.2022 r. nr EOŚ31/2023 oraz Aneksem nr 2 z 14.09.2023 r. nr EOŚ-2086/2023 oraz Aneksem nr 3 z 31.01.2024 r. nr EOŚ-0426/2024, w której obie strony zgodnie oświadczyły m. in., że określony w załączniku nr 1 do tejże umowy majątek oświetleniowy stanowi własność ENERGA Oświetlenie. Przedsiębiorstwo energetyczne jako właściciel urządzeń infrastruktury oświetleniowej, ma prawo odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do swojej sieci, a tym samym nie wyrazić zgody, aby Gmina na podstawie przepisów p.z.p. dokonywała wyboru podmiotów świadczących usługi polegające na jej modernizacji bez zgody właściciela. Odmowa przez przedsiębiorstwo energetyczne udzielenia zgody na takie prace nie stanowi praktyki monopolistycznej (J. Glumińska – Pawlic, Obowiązek finansowania oświetlenia dróg publicznych przez gminy, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2008/4/1, LEX 2011; decyzja Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach z dnia 14 lipca 2006 r., RKT-46/2006). Pogląd zbieżny
z zaprezentowanym wyżej stanowiskiem odnaleźć można także w wypowiedziach innych przedstawicieli nauki prawa energetycznego (tak m.in. M. Czarnecka i T. Ogłódka, Prawo energetyczne, C.H.Beck, Wydanie: 1, 2009).

W przypadku, gdy Gmina zdecydowała się na ogłoszenie i przeprowadzenie przetargu
w trybie podstawowym w oparciu o art. 275 pkt 1 p.z.p., Spółce przysługuje w pełni skuteczne prawo odmówienia zgody na korzystanie z tych urządzeń przez Gminę, w tym na dostawę energii elektrycznej przez infrastrukturę odwołującego do obiektów zamawiającego oraz na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej, jak również wybranemu w toku postępowania wykonawcy, zarówno na etapie postępowania przetargowego, jak i na etapie po zakończeniu postępowania. Spółka na powyższe zgody nigdy nie wyraziła i nie wyraża.

Warto także zauważyć, iż poglądy przedstawione powyżej, zgodne są w pełni ze stanowiskiem, jakie w tej sprawie zajęła Rada Ministrów RP (pismo Prezesa Rady Ministrów RP nr DSPA-4812-27-(3)/11 z dnia 22 sierpnia 2011 r., s. 2 oraz 3, dostęp:): „*Gminy chcą wprowadzenia zmian legislacyjnych, które umożliwiłyby im (bez zgody podmiotu będącego właścicielem infrastruktury oświetleniowej) wybór podmiotu, któremu powierzą prowadzenie eksploatacji oświetlenia. W ocenie Rządu RP, rozwiązanie takie, stałoby w sprzeczności z powszechnie obowiązującym prawem. Przedsiębiorstwo energetyczne będące właścicielem urządzeń oświetleniowych może, zgodnie z art. 140 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (...), w granicach określonych przez ustawę oraz zasady współżycia społecznego, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą. 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*”.

Powyższe należy rozciągnąć na wszelkie działania względem infrastruktury oświetleniowej, w tym na dostawę energii elektrycznej do majątku ENERGA Oświetlenie.

Podsumowując wciąż aktualne stanowisko Rady Ministrów RP należy podkreślić jeden, aczkolwiek zasadniczy wniosek, który z niego wynika – na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa, gmina, która nie jest właścicielem infrastruktury oświetleniowej i nie legitymuje się innym tytułem do dysponowania tym majątkiem, nie ma prawa do ogłaszania przetargów na utrzymanie, konserwację i eksploatację, a co za tym idzie, również na dostawę energii elektrycznej do infrastruktury, która w części stanowi własność przedsiębiorstwa energetycznego. Na gruncie opisanego stanu faktycznego oraz historii dokumentacji załączonej do niniejszego odwołania, bezdyskusyjnym jest, że Spółka jest wyłącznym właścicielem infrastruktury oświetleniowej.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
z 08 marca 2011 r. (KIO/KD 16/11) stwierdzono, że aby zamawiający mógł zastosować przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b PZP (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b)) powinien wykazać, istnienie praw wyłącznych chronionych prawem do wykonania określonych czynności oraz wykazać, że wykonanie zamówienia przez inny podmiot (wykonawcę) jest niemożliwe. Orzeczenie to oddaje w pełni sytuację opisaną w treści stanu faktycznego.

Taki sam sposób rozumowania odnaleźć można w szeregu innych orzeczeń, np. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 06 kwietnia 2006 r. (II GSK 7/06) oraz uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 20 kwietnia 2011 r. (KIO/KD 34/11).

Podsumowując, odwołujący stoi na stanowisku, że w niniejszej sytuacji ochrona jego praw wyłącznych (art. 140 k.c.), tj. prawa własności urządzeń infrastruktury oświetleniowej przysługujące Spółce, wyraża się m.in. w możliwości dysponowania przez Spółkę przysługującym jej prawem własności oraz żądaniem zaniechania jakichkolwiek naruszeń tegoż prawa. Po stronie innych podmiotów istnieje prawny obowiązek powstrzymywania się od ingerowania w prawo własności Spółki. Konsekwencją powyższego jest zaś konkluzja,
iż w stosunku do przedmiotowej sieci oświetleniowej, znajdującej się na terenie Gminy, przysługuje odwołującemu prawo wyłączne. Biorąc pod uwagę powyższe oraz stanowisko znacznej części piśmiennictwa (tak: J. E. Nowicki [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, J. E. Nowicki, A. Bazan, LEX, 2014) oraz Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku
z 25 czerwca 2013 r., należy zauważyć, że zamawiający nie ma innej możliwości, jak uzyskać zgodę na dysponowanie majątkiem oświetleniowym od właściciela. Taki sam sposób rozumowania odnaleźć można nie tylko w Uchwale KIO z 25.06.2013 r., KIO/KD 56/13, LEX nr 1388566), zgodnie z którą: *„Podstawą udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na dostawę energii do punktów oświetleniowych stanowiących własność innego podmiotu niż zamawiający, w sytuacji gdy właściciel nie wyraża zgody na wykorzystywanie jego urządzeń w sposób inny niż przez niego wskazany (np. na doprowadzenie do urządzeń prądu innego dostawcy niż on sam lub podmiot przez niego wskazany), jest przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy (aktualnie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p.). Według powołanego przepisu 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. Nie wymaga dodatkowego uzasadnienia twierdzenie, iż prawem wyłącznym o najszerszym zakresie skuteczności
i ochrony pozostaje prawo własności”, ale również w szeregu innych orzeczeń, np. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 06 kwietnia 2006 r. (wyrok NSA
z 06.04.2006 r., II GSK 7/06, LEX nr 202405).

Zarzuty naruszenia art. 275 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 140 k.c. w związku z niedopełnieniem wymogów w zakresie odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia publicznego, tj. 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.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności opisane szczegółowo w pkt 1 uzasadnienia niniejszego odwołania oraz w związku z nimi, odwołujący jednocześnie wskazuje,
że zamawiający ogłosił i prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p. określających wymogi odpowiedniego opisania przedmiotu zamówienia, tj. 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. Gminom nie przysługuje status odbiorcy energii elektrycznej, o którym mowa w treści art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo Energetyczne (dalej zwanej „p.e.”), który mógłby nadawać gminom pełną swobodę wyboru dostawcy energii elektrycznej do instalacji oświetleniowych, stanowiących majątek Spółki. Wynika to ze specyfiki świadczenia usługi oświetleniowej przez Energa Oświetlenie. Energa Oświetlenie Sp. z o. o. nie realizuje na rzecz gmin dostawy energii elektrycznej, a kompleksową usługę oświetlenia. W jej „skład” wchodzą oświetlenie ulic przy wykorzystaniu urządzeń, stanowiących majątek Spółki, konserwacja i utrzymanie tej instalacji oświetleniowej oraz zaopatrzenie tych urządzeń w energię elektryczną. EOŚ nie sprzedaje energii elektrycznej, nie pełni także funkcji operatora systemu dystrybucji. Koszt zakupu energii elektrycznej w przypadku świadczenia kompleksowej usługi oświetlenia jest kosztem ponoszonym przez Spółkę, a tym samym stanowi jeden ze składników wynagrodzenia określonego w umowie o świadczenie kompleksowej usługi oświetlenia. Dostawa energii zużywanej na potrzeby świadczenia usługi oświetleniowej następuje na rzecz Spółki do jej urządzeń, w związku z czym to EOŚ posiada status odbiorcy w rozumieniu Prawa Energetycznego. Status odbiorcy uzyskuje się z chwilą zawarcia z przedsiębiorstwem energetycznym umowy, na podstawie której paliwa lub energia są dostarczane. W przypadku, gdy nie można zidentyfikować tego rodzaju więzi pomiędzy stronami, oznacza to
w konsekwencji, że kontrahent przedsiębiorstwa energetycznego nie może uzyskać statusu odbiorcy energii elektrycznej, o którym mowa w art. 3 pkt 13 p.e. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 5 p.e. dostarczanie energii elektrycznej odbywa się po uprzednim podłączeniu do sieci, o którym mowa w art. 7 p.e., na podstawie umowy sprzedaży i dystrybucji bądź umowy kompleksowej. Gminy w zakresie urządzeń stanowiących własność Spółki nie są podłączone do sieci. Do sieci podłączona jest jako właściciel majątku Energa Oświetlenie Sp. z o. o. Tym samym Gmina błędnie oświadczyła w OPZ, że aktualnym sprzedawcą energii dla PPE (poz. nr 15-77) jest ENERGA Oświetlenie, co również nie jest zgodne z prawdą
i wprowadza w błąd potencjalnych wykonawców. Odwołujący jeszcze raz podkreśla,
że świadczy kompleksową usługę oświetleniową, lecz nie jest sprzedawcą energii (dowód: *dokumenty postępowania, pozostałe dokumenty j.w.*).

Powyższa argumentacja znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, a także stanowisku Rady Ministrów: (Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 25 czerwca 2013 roku,

sygn. akt: KIO/KD 56/13, LEX nr 1388566, uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 lutego 2015 r., sygn. akt VI ACa 680/14, LEX nr 1667674, pismo Prezesa Rady Ministrów RP nr DSPA-4812-27-(3)/11 z 22 sierpnia 2011 r., s. 2 oraz 3).

Gmina w związku z powyższym nie była władna oświadczyć w przedmiotowym postępowaniu (SWZ rozdział III ust. 4), że „*Wszystkie punkty poboru należą do Gminy Brudzeń Duży*". Powyższe jest nieprawdą i wprowadza potencjalnych wykonawców w błąd. Aktualnym odbiorcą energii na większości PPE objętych postępowaniem, wskazanych w załączniku nr 1a OPZ jest odwołujący, a nie Gmina Brudzeń Duży. Spółka nie dokonała przeniesienia PPE na rzecz Gminy (dowody: j.w.).

W nauce prawa energetycznego oraz praktyce organów antymonopolowych panuje zgodna opinia, iż gmina może powierzyć zadanie eksploatacji punktów świetlnych osobie trzeciej jedynie za zgodą właściciela, na podstawie odrębnej umowy, określającej zasady odpowiedzialności. Natomiast przedsiębiorstwo energetyczne jako właściciel urządzeń infrastruktury oświetleniowej, ma prawo odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do swojej sieci, a tym samym nie wyrazić zgody, aby gminy na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych dokonywały wyboru podmiotów świadczących usługi polegające na utrzymaniu punktów świetlnych, stanowiących jego własność. Odmowa przez przedsiębiorstwo energetyczne udzielenia zgody na takie prace nie stanowi praktyki monopolistycznej (J. Glumińska – Pawlic, Obowiązek finansowania oświetlenia dróg publicznych przez gminy, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2008/4/1, LEX 2011; decyzja Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach z 14 lipca 2006 r., RKT-46/2006). Pogląd zbieżny z zaprezentowanym wyżej stanowiskiem odnaleźć można także w wypowiedziach innych przedstawicieli nauki prawa energetycznego (tak m.in. M. Czarnecka i T. Ogłódka, Prawo energetyczne, C.H.Beck, Wydanie: 1, 2009). Zatem Spółka – skoro w ramach zawieranych z gminami umów nie sprzedaje na rzecz gmin energii elektrycznej, lecz świadczy kompleksową usługę oświetlenia – to w tym przypadku ma status odbiorcy w rozumieniu art. 3 pkt 13a p.e. i zużywa na potrzeby własne energię elektryczną zakupioną w celu wykonania na rzecz gminy tej usługi. Dostawa energii zużywanej na potrzeby świadczenia ww. usługi następuje na rzecz i koszt Spółki do jej urządzeń, w związku z czym to EOŚ posiada status odbiorcy w rozumieniu p.e. (dowody: j.w.).

W kontekście powyższego jest istotne, że umowa, która ma być zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania zobowiązuje Wykonawcę do przyjęcia obowiązku wykonania wszelkich czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, podczas gdy wykonawcy nie uświadomiono, że brak jest zgody aktualnego odbiorcy energii elektrycznej dla PPE objętych postępowaniem (poz. 15-77) na zmianę sprzedawcy i takiej zgody właściciel nie udzieli, a tym samym, że wykonanie zamówienia jest niemożliwe z przyczyn obiektywnych. Zamawiający dopuszcza się zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikające z Kodeksu Cywilnego). Zamawiający nie określa podanych parametrów dostatecznie precyzyjnie, tj. tak, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia. Co więcej, w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego braku zgody odbiorcy energii elektrycznej na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do infrastruktury oświetleniowej, zamawiający uniemożliwia wykonawcom ocenę ryzyk (prawnych oraz finansowych) wiążących się z realizacją zamówienia publicznego. Poprzez zaniechanie wskazania wszystkich warunków realizacji zamówienia, w tym czynności niezbędnych do podjęcia przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia, zamawiający uniemożliwia wykonawcom możliwość rzeczywistej wyceny wartości oferty oraz ocenę możliwości oraz oszacowanie ryzyk dla wykonania zamówienia, a zatem rzeczywistych warunków jego wykonania. Tym samym, sposób opisania zamówienia w dokumentach postępowania i nieuwzględnienia okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy. Zamawiający dopuszcza się bowiem zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikające z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz konsekwencji z tego wynikających, które będą determinowały w ogóle możliwość wykonania zamówienia przez wykonawcę. Każda ze wskazanych powyżej podstaw 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.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p.

W kontekście naruszenia przez zamawiającego zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 p.z.p. należy wskazać, iż wybrany wykonawca, analizując dokumenty zamówienia, musi dysponować kompletem informacji odnośnie do wymagań zamawiającego i wiedzieć, co jest od niego oczekiwane w ramach ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, tworząc dokumenty zamówienia, zobligowany jest do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców, co przejawia się w obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz takiego określenia kryteriów oceny, jakie będą wiązać

go w toku postępowania, aby dla wszystkich uczestników danego postępowania było przejrzyste nie tylko samo postępowanie o udzielenie zamówienia, ale także warunki jego wykonywania.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, iż z dokumentacji przetargowej nie wynika, że konieczne jest uzyskanie zgody Energa Oświetlenie Sp. z o. o. na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE (poz. 15-77). Przeciwnie, Gmina oświadcza nieprawdę bezpodstawnie wskazując, że wszystkie punkty poboru należą do Gminy Brudzeń Duży. Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg (wyrok TS z 29.04.2004 r., C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236; wyrok TS z 10.05.2012 r., C 368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284.). Zamawiający musi pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, stanowi w istocie nadużycie prawa. (tak A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 16).

Wzór umowy o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmuje dostawę do punktów poboru energii, które nie należą do zamawiającego. W przypadku zawarcia umowy ze zwycięzcą przetargu, wykonawca może nie mieć technicznej zdolności do realizacji swoich świadczeń. Na gruncie obowiązujących regulacji prawnych, Spółce przysługuje prawo odmówienia zgody na korzystanie z jej infrastruktury oświetleniowej, z uwagi na ochronę prawa własności. W przypadku naruszenia przez Gminę bądź podmiot trzeci wybrany w toku postępowania przetargowego, prawa własności przysługującego Spółce, odwołującemu przysługują uprawnienia ochronne określone w art. 222 i następnych k.c. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 415 k.c., odwołujący posiada również roszczenie odszkodowawcze względem podmiotu naruszającego prawo własności. Obowiązujące prawo przyjmuje zasadę pełnego odszkodowania – oznacza to w praktyce, że podmiot, z którego winy innej osobie została wyrządzona szkoda, zobowiązany jest do jej naprawienia w pełnej wysokości: zarówno odnośnie co do wartości majątkowej uszczerbku odniesionego przez poszkodowanego (*damnum emergens*), jak również w części zarobku utraconego (*lucrum cessans*) (tak m.in.: Kodeks cywilny, komentarz pod red. prof. dr hab. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 6, Legalis).

Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać, że warunki udziału w postępowaniu są dla wykonawców jasne i przejrzyste, w tym dla wykonawcy wybranego w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje okoliczności istotnych uniemożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia,
tj. braku zgody Energa Oświetlenie Sp. z o. o. na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej dla PPE objętych postępowaniem (poz. 15-77), co dla wykonawcy, który zostanie wybrany
w postępowaniu rodzi problemy natury technicznej oraz prawnej. Niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym będzie wynikało z przyczyn obiektywnych.

Zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Zasada efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wymaga od zamawiającego podjęcia takich działań, aby uzyskana jakość usług, zdefiniowana odpowiednio do charakteru zamówienia, była możliwie najlepsza. Kryterium efektywności nakazuje zamawiającemu osiągnąć najlepsze efekty zamówienia, które dookreślono przez podanie niewyczerpującej listy efektów: społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych. Pojęcie efektów zamówienia jest szersze niż jakość zamawianych usług, gdyż odwołuje się nie tylko do wykonywanego świadczenia, ale także do rezultatów wywołanych wykonaniem zamówienia. (…) Efekty mają być najlepsze w stosunku do poniesionych nakładów, a więc nie tylko zapłaconej ceny, lecz także kosztów związanych z przygotowaniem przedsięwzięcia, następnie eksploatacją
i utrzymaniem uzyskanych w wyniku realizacji zamówienia dóbr, wreszcie kosztów utylizacji (zob. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 17).

Efektywność zamówienia może być również rozumiana jako efektywność samego procesu udzielenia zamówienia. Zamawiający obowiązany jest do zastosowania takich procedur
i instrumentów możliwych do wyboru w celu przygotowania i prowadzenia postępowania, aby osiągnąć rezultat w postaci postępowania prawidłowo i sprawnie przeprowadzonego, zakończonego udzieleniem zamówienia, przy możliwie najbardziej efektywnej alokacji zasobów (zob. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 17).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, iż ogłoszenie postępowania przetargowego w trybie podstawowym określonym w art. 275 pkt 1 p.z.p., przeczy realizacji zasady efektywności, o której mowa w art. 17

ust. 1 pkt 2 p.z.p., o czym świadczą następujące fakty.

Gmina Brudzeń Duży nie kwestionowała prawa własności do majątku oświetleniowego przysługującego Energa Oświetlenie Sp. z o. o. w całym okresie obowiązywania Umowy
o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży z 29.01.2021 r. nr EOŚ-145/2021 wraz z Aneksem nr 1 z 29.12.2022 r. nr EOŚ-31/2023 oraz Aneksem nr 2
z 14.09.2023 r. nr EOŚ-2086/2023 oraz Aneksem nr 3 z 31.01.2024 r. nr EOŚ-0426/2024, co oznacza, że Gmina Brudzeń Duży ma świadomość, że punkty poboru energii objęte postępowaniem (poz. 15-77) nie należą do niej, czego potwierdzeniem jest m. in. ww. Umowa, wskazująca w załączniku nr 1 infrastrukturę oświetleniową należącą do ENERGA Oświetlenie, za pomocą której wobec Gminy Brudzeń Duży ENERGA Oświetlenie świadczyła usługę oświetleniową.

Z powyższego z kolei wnioskować należy, że Gmina miała świadomość, iż konieczne jest uzyskanie zgody ENERGA Oświetlenie na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do PPE objętych postępowaniem (poz. 15-77), a takiej zgody ENERGA Oświetlenie nie wyraziła.

Realizacja ogłoszonego zamówienia publicznego naruszy bezwzględne prawo własności przysługujące odwołującemu i wybór oferty będzie podlegał unieważnieniu.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c.

W niniejszej sprawie doszło do sytuacji, gdy Gmina, bez uzgodnienia ze Spółką, ogłosiła przetarg na dostawę energii elektrycznej do infrastruktury oświetleniowej stanowiącej własność ENERGA Oświetlenie, oświadczając przy tym nieprawdę, tj., że ENERGA Oświetlenie jest sprzedawcą energii elektrycznej oraz oświadczając nieprawdę, iż wszystkie punkty poboru objęte zamówieniem należą do Gminy Brudzeń Duży.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu, ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (niepodlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Brak jest podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z powodu wady związanej z samym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego skutkującej unieważnialnością umowy czy też wad powodujących niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, jeżeli nie wystąpiły one w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym brak zgody odbiorcy energii elektrycznej na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do PPE objętych postępowaniem (poz. 15-77) ma charakter pierwotny i nieusuwalny, gdyż ENERGA Oświetlenie takiej zgody nie wyrazi.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy nie dysponuje zgodą ENERGA Oświetlenie na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do punktów poboru energii, dla których odwołujący jest odbiorcą, a objętych postępowaniem (poz. 15-77), co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (dowody: j.w.).

W kontekście powyższego należy wskazać, że stosownie do z art. 58 § 1 k.c., dokonanie czynności prawnej sprzecznej z ustawą, skutkuje jej nieważnością. Nie ulega zaś wątpliwości, że wybranie oferty skutkującej zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego
w zakresie wykonywania usługi dostawy energii elektrycznej do PPE, do których brak jest zgody na zmianę sprzedawcy, stanowiłoby naruszenie chronionego konstytucyjnie i ustawowo prawa własności. Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę – celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sytuacji, na przeszkodzie zawarciu ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego stoją nieusuwalne wady prawne, niepodlegające konwalidacji i obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny (naruszenie prawa własności przysługującego odwołującemu).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego, przeprowadzenie dowodów z dokumentu tj.: umów od 1995 r.

Zamawiający wskazał, że odwołujący pomimo wskazania w kilku punktach czynności, jakich zamawiający miał

dokonać z naruszeniem ustawy Pzp, a także opartych na tych samych podstawach faktycznych zarzutach – odnosi się jedynie do kwestii jaką jest ogłoszenie
i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym w ramach przetargu nieograniczonego dot. dostawy energii elektrycznej do obiektów Gminy Brudzeń Duży w roku 2025 – bez uzyskania zgody spółki na zmianę sprzedawcy dla PPE określonych w OPZ pod pozycjami 15-77. Tym samym Spółka, przypisując sobie prawa do nieokreślonych elementów infrastruktury oświetleniowej, zlokalizowanej na terenie Gminy Brudzeń Duży, eliminuje według własnego uznania możliwość zastosowania zasad uczciwej konkurencji
i sugeruje zaniechanie trybu przetargu nieograniczonego na rzecz zamówienia „z wolnej ręki".

Zamawiający ogłaszając postępowanie na zakup energii elektrycznej, głównie na potrzeby oświetlenia ulicznego, placów i przestrzeni publicznej realizuje zadanie własne, do którego jest zobligowana ustawowo jako jednostka samorządu publicznego. Ustawa z 08 marca 1990 r.
o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 594; dalej: ustawa) w art. 7 ust. 1 pkt. 3 stanowi, że zadania własne gminy obejmują między innymi sprawy zaopatrzenia w energię elektryczną. Z kolei ustawa z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (dalej: Pe) w art. 18 ust. 1 pkt. 2 i 3 przewiduje, że do zadań własnych gminy w zakresie m.in. zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie i finansowanie oświetlenia. Obowiązek wskazany w Pe jest doprecyzowaniem zadania własnego na podstawie ustawy. Formuła, w jakiej ustawodawca nałożył na gminę obowiązek zapewnienia finansowania oświetlenia wskazuje, że mamy do czynienia z zadaniem obowiązkowym gminy, od wykonania którego gmina nie może odstąpić. Tak więc gmina jest zobligowana do finansowania oświetlenia, przy czym do jej zadań własnych należy finansowanie oświetlenia ulic i placów. Zgodnie natomiast z art. 3 pkt. 22 Pe finansowanie takie oznacza finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania. Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy finansowanie oświetlenia znajdujących się na terenie gminy: ulic, placów, dróg gminnych, dróg powiatowych i dróg wojewódzkich, dróg krajowych, innych niż autostrady i drogi ekspresowe w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, przebiegających w granicach terenu zabudowy, części dróg krajowych, innych niż autostrady i drogi ekspresowe w rozumieniu ustawy z dnia 27 października 1994 r.
o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, wymagających odrębnego oświetlenia: przeznaczonych do ruchu pieszych lub rowerów, stanowiących dodatkowe jezdnie obsługujące ruch z terenów przyległych do pasa drogowego drogi krajowej.

Ponadto Gmina, wydatkując środki z własnego budżetu musi się ponadto kierować Ustawą o finansach publicznych, która stanowi, że wydatki gminy mogą być przeznaczone na realizację zadań określonych w odrębnych przepisach. Pojęcie „finansowania kosztów oświetlenia" w niej zdefiniowane oznacza obowiązek pokrywania przez gminę kosztów energii elektrycznej, pobieranej przez punkty świetlne oraz budowy i utrzymania tych punktów.

Jak określono w art. 44 ust. 4 u.f.p.: „*Jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej*". W tym miejscu konieczne jest ustalenie znaczenia zamówień publicznych dla publicznej gospodarki finansowej. Jak wyjaśniono w doktrynie: „*Analizując normy prawne, orzecznictwo oraz zalecenia KE, można wskazać następujące funkcje zamówień publicznych:*

- ekonomiczną – zamówienia służą racjonalnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych,

- społeczną – zamówienia służą realizacji celów społecznych (tzw. zamówienia społeczne) oraz kształtują społeczeństwo obywatelskie,

- proekologiczną – zamówienia służą realizacji celów ekologicznych,

- innowacyjną – zamówienia służą realizacji celów proinnowacyjnych (zwłaszcza zamówienia przedkomercyjne).

Z perspektywy publicznej gospodarki finansowej najistotniejszą funkcją zamówień publicznych jest funkcja ekonomiczna. Udzielanie zamówień publicznych ma bowiem zapewniać realizację zasady wydatkowania środków publicznych wyrażonej w art. 44 ust. 3 pkt .1 u.f.p., tj. dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny. Tak więc zamówienia publiczne można postrzegać jako narzędzie (środek) służące zapewnieniu rzeczywistej realizacji zasady wydatkowania środków, tj. efektywnego ich wykorzystania". Biorąc pod uwagę powyższe dywagacje, w kontekście niniejszej sprawy należy zauważyć,
iż odwołanie prowadzi nie tylko do zaniechania stosowania trybu przetargu nieograniczonego, który ma tutaj zastosowanie, ale też może doprowadzić zamawiającego nad przepaść ryzyka naruszenia dyscypliny finansów publicznych w ramach nieodpowiedniego gospodarowania środkami publicznymi.

Argumentacja odwołującego jako rzekomego właściciela nieokreślonego „majątku oświetleniowego" oprócz uniemożliwiania przeprowadzenia zamówienia publicznego
z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji torpeduje prawidłowe wykonywanie zadania własnego Gminy a także uniemożliwia zamawiającemu odpowiednie wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny. Zupełnie

niedopuszczalne są zasady współpracy jakie proponuje odwołujący w świetle przytoczonych wyżej przepisów a mianowicie dyktowanie zakupu cen energii w ramach tzw. umowy kompleksowej. Propozycja ustalenia ryczałtu kwotowego za tzw. punkt świetlny i zmieszczenie w nim kosztów dostawy energii elektrycznej wraz z opłatą dystrybucyjną i opłatami za korzystanie z „majątku oświetleniowego" stoi
w jawnej sprzeczności z zakresem zadania własnego – wskazanego w Prawie energetycznym. Prowadzi to do finansowania majątku spółki energetycznej, a zadaniem gminy nie jest finansowanie majątku zakładów energetycznych i taki sposób rozporządzania finansami gminy jest sprzeczny z ustawą o finansach publicznych.

Odwołujący wskazuje, iż jest właścicielem i jedynym dysponentem części infrastruktury oświetleniowej oraz aktualnym odbiorcą energii dla PPE znajdujących się na terenie Gminy Brudzeń Duży. Za tym oświadczeniem nie idą żadne konkretne fakty, np. w postaci dokumentów, które wskazywałyby na jakikolwiek tytuł prawny do tzw. majątku oświetleniowego. Jedyną podstawą, na której odwołujący opiera swoje domniemane prawo do infrastruktury jest umowa o świadczenie usług oświetlenia na terenie Gminy Brudzeń Duży
z 29.01.2021 r. nr EOŚ-145/2021 wraz z aneksami. Z przytoczonego kontraktu nie wynika jakikolwiek tytuł prawny do określonych elementów infrastruktury, ponieważ są to jedynie oświadczenia przedstawione niemalże jednostronnie na odpowiednim wzorze umowy, jednocześnie bez wskazania dokładnego zakresu posiadanego majątku. Bez względu na powyższe odwołujący nie udowodnił swoich praw w takim zakresie, który uniemożliwiałby skuteczne przeprowadzenie postępowania publicznego i wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego. Również odwołujący nie wykazał podstaw do twierdzenia,
iż konieczna jest zgoda spółki Energa Oświetlenie na pozyskanie jej zgody na zmianę sprzedawcy energii elektrycznej do PPE z poz. 15-77 OPZ. Jednocześnie wątpliwe jest powoływanie się na wyłączne prawo własności nieokreślonych elementów infrastruktury oświetleniowej, jeśli stosowanie tego prawa sprzeniewierza się obowiązkom ustawowym jednostki samorządu terytorialnego w ramach wykonywania zadania własnego jakim jest chociażby obowiązek oświetlenia ulic i zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańcom gminy.

Zgodnie z ustawą o oświetleniu ulic, ustawodawca wskazał szereg wymagań technicznych związanych z tym zadaniem:

1)Droga powinna być oświetlona ze względów bezpieczeństwa ruchu drogowego.
2)MOP-y, parking dla aut ciężarowych i stacje benzynowe powinny być oświetlone przynajmniej w obszarze dostępnym dla uczestników ruchu.
3)Światło lamp nie może zmieniać koloru znaków drogowych.
4)Między doświetlonym, a niedoświetlonym odcinkiem trasy musi zostać wykonana strefa przejściowa o zmniejszającym się natężeniu światła i długości.
5)Słupy i lampy uliczne powinny być tak zamontowane, aby nie powodowały zagrożenia bezpieczeństwa ruchu i nie ograniczały widoczności. Słupy oświetleniowe oraz oprawy oświetleniowe powinny być umieszczone poza skrajnią drogi, o której mowa w § 54.
6)Wymagania dotyczące natężenia oświetlenia i rozmieszczenia punktów świetlnych określa Polska Norma.

Jak wynika z powyższego, zadanie oświetlenia ulic wiąże się z zapewnieniem bezpieczeństwa osób korzystających po zmroku z ulicy bądź chodnika.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na zapisy art. 4j Prawa energetycznego, dotyczącego wyboru i zmiana sprzedawcy paliw gazowych lub energii. Przepis art. 4j p.e. dotyczy zmiany sprzedawcy paliw gazowych lub energii. Każdy odbiorca paliw gazowych i energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego sprzedawcy (art. 4j ust. 1 p.e.). Wskazany przez odbiorcę sprzedawca musi spełniać warunki dla możliwości realizacji przesyłu lub dystrybucji. Przepis artykuł 4j ust. 1, 2, 6 oraz 7 p.e. dotyczy każdego odbiorcy paliw gazowych lub energii.

Odwołujący próbuje wykazać, iż jedyną możliwością dla zamawiającego jest zastosowanie art. 214 ust. 1 ustawy p.z.p. ponieważ infrastruktura oświetleniowa „stanowi wyłączną własność Spółki" (strona 5 odwołania) bądź jest funkcjonalnie powiązana z majątkiem gminy w taki sposób, że część majątku stanowiącego własność gminy w żadnej mierze nie może funkcjonować, podlegać eksploatacji i konserwacji w oderwaniu od części stanowiącej własność Spółki. Tymi stwierdzeniami odwołujący często sobie sam zaprzecza, ponieważ
z jednej strony deklaruje „wyłączną" własność majątku oświetleniowego a z drugiej strony deklaruje jedynie władanie częścią tej infrastruktury bez określenia konkretnych granic władztwa. Wydaje się, iż spółka odwołująca się nadużywa stanu niepewności co do rozgraniczenia władztwa swojego i podmiotów trzecich, w celu uzyskania konkretnych korzyści, a mianowicie przeforsowania trybu z wolnej ręki celem uzyskania korzystniejszych warunków sprzedaży energii elektrycznej kosztem zasad uczciwej konkurencji.

Na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1a p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (istniejąca infrastruktura oświetleniowa); natomiast na podstawie pkt. 1b – z przyczyn

związanych
z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (np.: prawo własności). Ponadto muszą też zachodzić kolejne przesłanki: jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Ustawodawca nie zdefiniował "przyczyn technicznych i "obiektywnego charakteru".
W kwestii tej wypowiedział się np. WSA w wyroku z 29.07.2010 r. (V SA/Wa 875/10), wskazując, że przyczyny techniczne podzielić można na: 1) przyczyny w ścisłym znaczeniu – zamawiający nie ma wyboru, ponieważ dysponuje taką, a nie inną infrastrukturę techniczną; 2) przyczyny w znaczeniu szerszym, mające charakter obiektywny i nie stanowiące przekonania zamawiającego opartego na nieracjonalnych podstawach. Natomiast „*istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej*".

Jak wynika z okoliczności faktycznych sprawy, nie zachodzi żadna z przesłanek warunkująca zastosowanie przepisu art. 214 ust. 1 p.z.p. O ile odwołujący nie udowodnił
w żadnej mierze swoich praw wyłącznych do infrastruktury, to jednocześnie w korespondencji wykazuje, iż nie jest sprzedawcą energii elektrycznej. W tej sytuacji trudno o racjonalne wytłumaczenie postawy odwołującego w kontekście podważania działań zamawiającego
i wyboru trybu przetargu nieograniczonego (dowody: *Umowa Nr 1/95 z 08.03.1995 r. wraz z aneksem, Umowa Nr EO/P/143/2012 z 24.02.2012 r., Umowa Nr 6/2013 z 01.03.2013 r. wraz z aneksami, Umowa EOŚ -1267/2017 z 31.10.2017 r. wraz z aneksem, Umowa EOŚ-145/2021 z 29.01.2021 r. wraz z aneksami*).
Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie możliwości kwestionowania wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego – przetargu nieograniczonego w trybie podstawowym. Zdaniem Izby tryb ten jako jeden z trybów podstawowych nie wymaga uzasadnienia jego zastosowania przez zamawiającego.

Tryb podstawowy jako gwarancja zachowania reguł traktatowych. Udzielanie zamówień
o wartości nieosiągającej progów stosowania unijnych dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych w zakresie, w jakim te zamówienia stanowią przedmiot niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym, podlega podstawowym zasadom traktatowym, tj. zasadom swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasadom, które się z nich wywodzą, takim jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (por. motyw 1 preambuły dyrektywy klasycznej; zob. także motyw 3 preambuły dyrektywy sektorowej).

W świetle komunikatu wyjaśniającego KE, dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE nr C 179 z 1.08.2006, str. 2–7), oraz orzecznictwa TSUE (por. np. wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2010:214) stosowanie przywołanych wyżej zasad oznacza, że do udzielania zamówień o wartości nieosiągającej progów stosowania dyrektyw zastosowanie znajdują następujące reguły:

1) obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przy zachowaniu wyjątków;

2) uczciwa i bezstronna procedura udzielenia zamówienia:

a. niedyskryminujący opis przedmiotu zamówienia,

b. obowiązek zapewnienia równego dostępu wykonawcom z innych państw członkowskich,

c. wzajemne uznawanie,

d. odpowiednie terminy,

e. przejrzyste i obiektywne podejście,

f. ograniczanie liczby wykonawców jedynie w oparciu o obiektywne kryteria,

g. prowadzenie negocjacji w sposób równy i niedyskryminujący,

h. zgodność ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia z regułami postępowania ustalonymi na początku;

3) obowiązek zapewnienia skutecznych środków ochrony prawnej umożliwiających kontrolę bezstronności procedury udzielenia zamówienia.

Tryb podstawowy przewiduje obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz zapewnia zachowanie wszystkich reguł uczciwej i bezstronnej procedury udzielenia zamówienia (Komentarz Prawo zamówień Publicznych, wyd. II, pod redakcją H.N., M.W.).

Tym samym stwierdzić należało, że zastosowanie przez zamawiającego trybu konkurencyjnego nie może stanowić podstawy do stwierdzenia naruszeń wskazywanych przez odwołującego w odwołaniu.

Natomiast zarzuty podniesione w odwołaniu w istocie zmierzały do udzielenia odwołującemu tego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Choć taki zarzut bezpośrednio nie został postawiony, z argumentacji odwołującego wynikało, że zamawiający powinien taki tryb zastosować wobec okoliczności związanych z posiadaniem przez odwołującego jako właściciela infrastruktury oświetleniowej i brakiem jego zgody na jej udostępnienie podmiotom trzecim. Jednakże Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał tej ostatniej okoliczności, gdyż w aktach sprawy brak oświadczenia osób upoważnionych do reprezentacji spółki o braku zgody na udostępnienie tej infrastruktury podmiotom trzecim. Samo zapewnienie przez pełnomocników procesowych odwołującego nie może zastępować materialnoprawnego oświadczenia woli osób uprawnionych.

Zdaniem Izby opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego wypełnia dyspozycję przepisów art. 281 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 i art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem odnosi się do wszystkich istotnych elementów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

W kontekście naczelnych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, należy zwrócić uwagę między innymi na zasadę równego traktowania wykonawców, z którą związana jest zasada przejrzystości prowadzonego postępowania. Zasada równego traktowania oznacza, że wszyscy potencjalni wykonawcy dysponują takimi samymi informacjami, na podstawie których podejmują decyzje o ubieganiu się o zamówienie. Przejrzystość postępowania stanowi jedną z gwarancji braku uprzywilejowanej pozycji któregokolwiek z potencjalnych wykonawców (wyrok NSA z dnia 25.05.2020 r., sygn. akt I GSK 873/19).

„Instytucja zamawiająca musi na każdym etapie postępowania przetargowego przestrzegać nie tylko zasady równego traktowania oferentów, lecz również zasady przejrzystości. Zasada przejrzystości oznacza zobowiązanie instytucji zamawiającej do podawania do publicznej wiadomości wszelkich szczegółowych informacji dotyczących całego przebiegu postępowania. Wymogi upubliczniania informacji, których instytucja zamawiająca powinna przestrzegać w ramach obowiązku zachowania przejrzystości, to po pierwsze, wymóg zapewnienia, by wszyscy oferenci mieli równe szanse, a po drugie, wymóg ochrony uzasadnionych oczekiwań wybranych oferentów” (zob. wyrok Sądu z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt. T-48/12).

Odwołujący nie wykazał również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z wyżej wskazanymi okolicznościami sprawy.

Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego, w szczególności rozstrzygając przedmiotowe odwołanie Izba wzięła pod uwagę dowód powołany przez zamawiającego, tj. Decyzję Prezesa UOKiK nr RGD.36/2011 z 30 grudnia 2011 roku, w której Prezes UOKiK jednoznacznie uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie danej gminy poprzez ograniczenie Gminie swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych, będących własnością innego podmiotu, wykorzystywanych na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe rozstrzygnięcie za niezasadne i pozbawione podstaw prawnych należało uznać stanowisko odwołującego, że ponieważ tylko on jest właścicielem infrastruktury oświetleniowej, dostawa energii elektrycznej może odbywać się tylko za jego pośrednictwem (tzw. umowa kompleksowa), gdyż należy rozróżnić kwestie właścicielskie (których Izba nie badała) infrastruktury oświetleniowej od dostawy prądu do tej infrastruktury, za co płaci Gmina w ramach realizacji zadań własnych na rzecz lokalnej wspólnoty samorządowej.

Na rozprawie zarówno odwołujący jak i zamawiający zgodnie potwierdzili, że obecnie toczą się rozmowy (negocjacje) dotyczące obsługi tej infrastruktury (naprawy, eksploatacja, itp.), które właśnie ze względu na charakter własnościowy

musiały zostać wyłączone
z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zwrócić należy uwagę również na fakt, potwierdzony na rozprawie przez odwołującego, że nie jest on dostawcą energii i nie będzie mógł wziąć udziału w przetargu, co w sposób bezpośredni może wskazywać na intencje odwołującego składającego przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……