

Sopot, dnia 16 września 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Energa Oświetlenie Sp. z o. o.
ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot
nr tel.: +48 58 760 77 20
e-mail: kancelaria.oswietlenie@energa.pl
KRS: 0000109164
NIP: 585-12-32-055
reprezentowana przez Bartosza Purzyńskiego
nr tel.: 785 868 270

Zamawiający:

Gmina Stawiguda
ul. Olsztyńska 10, 11-034 Stawiguda
NIP: 739-384-15-84
nr tel.: +48 (89) 512-62-02
e-mail: przetargi@stawiguda.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozświetlamy Gminę Stawiguda – wymiana oświetlenia drogowego na energooszczędne”

ogłoszenie nr 2024/BZP 00494127 z dnia 11.09.2024 r.

nr postępowania ZP.271.1.25.2024

ODWOŁANIE

I. WSKAZANIE CZYNNOŚCI LUB ZANIECHANIA CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO, KTÓREJ ZARZUCA SIĘ NIEZGODNOŚĆ Z PRZEPISAMI USTAWY

W imieniu Energa Oświetlenie Sp. z o. o. (dalej również jako ENERGA Oświetlenie), pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) – dalej p.z.p., wnoszę odwołanie 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 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 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 braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności konieczności uzyskania od ENERGA Oświetlenie prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, którego to zezwolenia Zamawiający nie pozyskał, a tym samym na niezgodnym z przepisami p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr **ZP.271.1.25.2024**;
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, tj. w braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), **bez jednoczesnego opisanie 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 p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr **ZP.271.1.25.2024**;
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, tj. w braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), **bez jednoczesnego opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty**, w sytuacji, gdy wzór umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 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 p.z.p. ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nr ZP.271.1.25.2024;

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, 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 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 braku zgody właściciela i jedyne go dysponenta majątku oświetleniowego na modernizację tego majątku przez podmiot trzeci (wykonawcę, wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), bez jednoczesnego opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. **zwiększonego ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej** względem właściciela infrastruktury oświetleniowej, w sytuacji, gdy **niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym w postępowaniu nr ZP.271.1.25.2024 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** opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawo własności) przez co podane w SIWZ parametry nie są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a Zamawiającemu udzielenie tego zamówienia.

II. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

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 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 obciążone 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. 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 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 opisanie 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 obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;
3. **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 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. **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. 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 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 opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego) w sposób jasny i wyczerpujący, że realizacja zamówienia może spowodować odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, tj. 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. **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 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. **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 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 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 opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego oraz konsekwencji dla wykonawcy wynikających z braku uzyskania zgody właściciela na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego), w tym poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;
7. **naruszenie art. 275 pkt 1 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 modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdy wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a zamówienie obejmuje wykonanie świadczenia niemożliwego, na które to wykonanie prac przez podmiot trzeci (wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) właściciel nie wyraża zgody, a wykonawca nie został poinformowany o ryzyku wykonania umowy w opisanych warunkach. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;
8. **naruszenie art. 275 pkt 1 p.z.p. i art. 281 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 101 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.**

Nr 16 poz.93 z póź.zm.) – dalej „k.c.”, i ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisie art. 275 pkt 1 p.z.p. na modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie wyrażających się w braku 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 opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego oraz konsekwencji dla wykonawcy wynikających z braku uzyskania zgody właściciela na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego), w tym poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą;

8. **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 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 modernizację infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej wyłączną własność ENERGA Oświetlenie (Odwołującego), w sytuacji braku zgody ENERGA Oświetlenie, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), co wyraża się w braku opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. **zwiększonego ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej** względem właściciela infrastruktury oświetleniowej, w sytuacji, gdy **niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym w postępowaniu nr ZP.271.1.25.2024 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;

9. **naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p.** poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości i proporcjonalności. Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje ryzyk dla potencjalnego wykonawcy (prawnych oraz finansowych), wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o., 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;
10. **naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 p.z.p.** poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;
11. **naruszenie art. 433 pkt 3 p.z.p. poprzez posłużenie się we wzorze umowy postanowieniem zakazanym przepisem art. 433 pkt 3 p.z.p. (§ 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;
12. **naruszenie art. 255 pkt 6 p.z.p. (będące konsekwencją naruszenia art. 58 § 1 k.c.),** poprzez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji świadomości Zamawiającego co do 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.

III. WNIOSKI W ZAKRESIE ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA

Opierając się na przedstawionych zarzutach wnoszę 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.

IV. WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE

1. 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 Spółki Energa Oświetlenie, 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 może powierzyć zadania modernizacji infrastruktury oświetleniowej osobie trzeciej jedynie za zgodą właściciela, na podstawie odrębnej umowy, określającej zasady odpowiedzialności oraz zasady korzystania z tejże infrastruktury.

ENERGA Oświetlenie nigdy nie udostępniła Gminie Stawiguda infrastruktury oświetleniowej na potrzeby modernizacji, a zatem Gmina Stawiguda nie legitymuje się tytułem prawnym do dysponowania majątkiem oświetleniowym ENERGA Oświetlenie na potrzeby modernizacji. Co więcej, Zamawiający miał pełną świadomość nie tylko konieczności posiadania tytułu prawnego do dysponowania majątkiem na potrzeby modernizacji i nie posiadając go, objął postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, dotyczącego modernizacji oświetlenia ulicznego w Gminie Stawiguda, infrastrukturę stanowiącą własność ENERGA Oświetlenie, ale również miał świadomość statusu własnościowego tegoż majątku. Przede wszystkim należy bowiem wskazać, że Gminę Stawigudę oraz ENERGA Oświetlenie łączy umowa dzierżawy z dnia 17.11.2023 r., z której postanowień wyraźnie wynika, że **Gminie nie przysługuje prawo do jakiegokolwiek ingerencji w majątek oświetleniowy bez uzyskania uprzedniej pisemnej zgody ENERGA Oświetlenie (§ 2 ust. 3 umowy dzierżawy z dnia 17.11.2023 r.)**. Zamawiający nie uzyskał takiej zgody, a jest ona niezbędna do realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Zamawiający jest całkowicie świadomy, iż majątek, który został przewidziany do modernizacji stanowi co najmniej w części majątek ENERGA Oświetlenie i jest świadomy faktu wymagania przez jego właściciela umowy najmu. Powyższe potwierdza historia korespondencji pomiędzy stronami (w tym pisma EOŚ z dnia 8.03.2024 r. i 17.04.2024 r., pisma Gminy z dnia 20.02.2024 r. i 22.03.2024 r. oraz załączona do niniejszego odwołania korespondencja mailowa), jak również wspólnie przeprowadzona w 2019 r. inwentaryzacja. Jednocześnie należy zauważyć, że Gmina nigdy nie kwestionowała prawa własności ENERGA Oświetlenie, a jedynie nie wyrażała zgody na warunki udostępnienia jej przedmiotowej infrastruktury proponowane przez ENERGA Oświetlenie, co potwierdza w szczególności analiza historii korespondencji mailowej i pisemnej pomiędzy stronami.

Dowód: umowa dzierżawy majątku oświetleniowego z dnia 17.11.2023 r.
pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 15 grudnia 2023 r.
pismo Gminy z dnia 20.02.2024 r.
pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 8.03.2024 r.
pismo Gminy z dnia 22.03.2024 r.
pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 17.04.2024 r.
zestawienie inwentaryzacji przeprowadzonej w 2019 r. wraz z wymianą
korespondencji mailowej 13-15.11.2023 r.
wymiana korespondencji mailowej dot. inwentaryzacji z 2019 r.
przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego
przesłuchanie w charakterze świadka Macieja Sobczaka

Odwołujący wyraźnie określił Zamawiającemu zasady udostępniania swojego majątku w celach modernizacyjnych, tj. wymóg zawarcia z ENERGA Oświetlenie umowy najmu, która przenosiłaby na Gminę prawo do dysponowania majątkiem w celu przeprowadzenia modernizacji.

Dowód: pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 15 grudnia 2023 r.
pismo Gminy z dnia 20.02.2024 r.
pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 8.03.2024 r.
pismo Gminy z dnia 22.03.2024 r.
pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 17.04.2024 r.
przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego
przesłuchanie w charakterze świadka Macieja Sobczaka

Jednocześnie należy zauważyć, że 13.09.2023 r. Gmina otrzymała pierwszy wzór umowy najmu zawieranej przez ENERGA Oświetlenie w związku z udostępnianiem infrastruktury na potrzeby modernizacji oświetlenia stanowiącego własność ENERGA Oświetlenie wraz z załącznikami.

Dowód: korespondencja mailowa dot. przedstawienia wzoru umowy najmu
przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego
przesłuchanie w charakterze świadka Macieja Sobczaka

Odwołujący zarzuca, iż dokumentacja postępowania nie precyzuje, które elementy infrastruktury podlegają mają modernizacji, co stwarza ryzyko naruszenia jego wyłącznych praw. Co więcej, korespondencja prowadzona pomiędzy stronami, zdaje się wręcz naprowadzać, że Gmina nie jest świadoma, które elementy infrastruktury stanowią własność ENERGA Oświetlenie. Odwołujący wskazywał przy tym, że na terenie Gminy Stawiguda, ENERGA Oświetlenie jest właścicielem 385 opraw oświetleniowych, w tym 379 opraw nieenergooszczędnych. Jednocześnie, jak wynika z przeprowadzonego audytu (załącznik do postępowania), co najmniej część opraw oświetleniowych

objętych planowaną modernizacją, stanowi własność ENERGA Oświetlenie. W audycie wskazano: „Ilość opraw oszacowana na podstawie inwentaryzacji z to 527 szt. z podziałem na punkty własności: Gmina Stawiguda: 222 szt., Energa: 305 szt.” W przedmiarze robót (załącznik do postępowania) wskazano natomiast: „Demontaż oprawy oświetleniowej wraz z utylizacją: kpl. 244; Montaż oprawy oświetleniowej drogowej LED: kpl. 234”. Z powyższego bezwzględnie wynika, że Gmina objęta przedmiotem zamówienia majątek niebędący jej własnością. Na powyższe wskazuje również ilościowe porównanie zestawienia opraw ENERGA Oświetlenie (wskazane w korespondencji z dnia 14.09.2023 r. i nigdy nie kwestionowane przez Gminę 385 sztuk) oraz opraw objętych wymianą.

Dowód: dokumenty postępowania
zdjęcia i mapy z opisem własności infrastruktury
korespondencja mailowa Macieja Sobczaka z dnia 14.09.2023 r. do Tomasza Drewnika
wymiana korespondencji mailowej dot. inwentaryzacji z 2019 r.
przesłuchanie w charakterze świadka Marcina Filipkowskiego
przesłuchanie w charakterze świadka Macieja Sobczaka
przesłuchanie w charakterze świadka Adriana Jarzynki

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 świetle obowiązujących przepisów prawa oraz praktyki organów administracji publicznej, stwierdzić należy, iż 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 przeprowadzenia jej modernizacji, jak również wybranemu w toku postępowania wykonawcy zarówno na etapie postępowania przetargowego, jak i na etapie po zakończeniu postępowania.

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):

[https://orka.sejm.gov.pl/opinie6.nsf/nazwa/NPP_20110824_d36/\\$file/NPP_20110824_d36.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie6.nsf/nazwa/NPP_20110824_d36/$file/NPP_20110824_d36.pdf)):

„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, określonej w art. 140 k.c., 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 jej modernizację.

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 infrastruktury, która w części stanowi własność podmiotu energetycznego.

Na gruncie opisanego stanu faktycznego i w oparciu o załączone dokumenty/ korespondencję mailową, bezdyskusyjnym jest, że Spółka jest wyłącznym właścicielem infrastruktury oświetleniowej.

Oznacza to, że Odwołującemu przysługuje pełne prawo do ochrony posiadanego prawa własności przed wszelkimi naruszeniami. Spółka, jako właściciel, ma prawo do pełnego korzystania z przysługującego jej prawa własności rzeczy. Natomiast 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 Infrastruktury oświetleniowej, znajdującej się na terenie Gminy, przysługuje Spółce prawo wyłączne.

Powyższa sytuacja posiada daleko idące konsekwencje na gruncie prawa zamówień publicznych. Na podstawie bowiem art. 214 ust. 1 pkt 1) lit. b) p.z.p. 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 w zakresie modernizacji własnej infrastruktury. W tej sytuacji przepisami tymi będą regulacje prawa cywilnego odnoszące się do treści prawa własności oraz jego ochrony.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 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 dnia 6 kwietnia 2006 r. (II GSK 7/06) oraz uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 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.

Podsumowując wciąż aktualne stanowisko Rady Ministrów RP, należy podkreślić jeden, aczkolwiek zasadniczy wniosek, który na zasadzie analogii do opisywanej w niniejszym odwołaniu sytuacji, z niego wynika – na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa, **Gmina, tym bardziej taka, która nie jest właścicielem infrastruktury oświetleniowej, przyłączonej do sieci Energa Oświetlenie Sp. z o. o., nie ma prawa do ogłaszania przetargów na modernizację urządzeń, których realizacja będzie zmierzała do naruszenia prawa własności przysługującego przedsiębiorstwu energetycznemu.**

Istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma fakt, że ENERGA Oświetlenie wskazała wyraźnie Zamawiającemu, na jakiej podstawie możliwe jest udostępnienie majątku oświetleniowego Zamawiającemu (umowa najmu). 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 dnia 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 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 dnia 6 kwietnia 2006 r. (Wyrok NSA z 6.04.2006 r., II GSK 7/06, LEX nr 202405).

2. 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, Odwołujący jednocześnie wskazuje, że Zamawiający ogłosił i prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p. określających wymogi odpowiedniego opisu 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.

W dokumentacji zamówienia Zamawiający nie wskazuje, że właścicielem majątku objętego zamówieniem publicznym na modernizację nr ZP.271.1.25.2024 jest również Energa Oświetlenie Sp.

z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku, a także nie wskazuje, że Spółka nie przekazała Zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji. Co więcej, Zamawiający wskazał wręcz, że: „Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wymiana opraw oświetleniowych sodowych na LEDowe będących własnością Zamawiającego” (rozdz. 3 ust. 2 SWZ).

W kontekście powyższego jest istotne, że umowa, która ma być zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania zobowiązuje Wykonawcę do:

1. wykonania zamówienia w określonym terminie,
2. przyjęcia obowiązku wykonania wszelkich czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, podczas gdy wykonawcy nie uświadomiono, że brak jest zgody właściciela na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji i takiej zgody właściciel nie udzieli, a tym samym, że wykonanie zamówienia jest niemożliwe z przyczyn obiektywnych, w tym również zobowiązuje wykonawcę do przedstawienia harmonogramu realizacji prac, podczas gdy wykonawca nie został uświadomiony, iż konieczne będzie również pozyskanie zgody na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji,
3. przyjęcia odpowiedzialności w warunkach odpowiedzialności z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak również możliwości zastosowania przez Zamawiającego instytucji wykonawstwa zastępczego, podczas 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,
4. przyjęcia ryzyka odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku przerwy w wykonywaniu prac trwającej dłużej niż 14 dni, podczas gdy wykonawca nie będzie miał realnej możliwości wpływu na termin realizacji prac w sytuacji braku zgody właściciela na dysponowanie majątkiem na cele modernizacji.

Zamawiający dopuszcza się zaniechania opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających z Kodeksu Cywilnego), w tym określenia wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym środowiskowych. Zamawiający nie określa podanych parametrów dostatecznie precyzyjnie, tj. tak, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia. Co więcej, w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich ENERGA Oświetlenie, wyrażających się w braku udzielenia przez ENERGA Oświetlenie zgody, aby przeprowadzono modernizację infrastruktury podłączonej do tejże sieci, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci, Zamawiający uniemożliwia wykonawcom ocenę ryzyk (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.

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 i oszacowanie ryzyk dla wykonania zamówienia, a zatem rzeczywistych warunków jego wykonania.

Po pierwsze bowiem, brak powiązania faktu prawa ENERGA Oświetlenie do własności infrastruktury z konsekwencjami w zakresie dodatkowych obowiązków wykonawcy, niezbędnych do realizacji zamówienia, które determinuje status własnościowy modernizowanego majątku, uniemożliwia wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu właściwe oszacowanie wartości swoich usług oraz weryfikację faktycznej możliwości wykonania usługi, w tym przede wszystkim:

1. realną możliwość wykonania zamówienia w terminie określonym w zamówieniu,
2. ocenę realnej możliwości i wpływu wykonawcy na wykonanie zakresu prac niezbędnych do wykonania zamówienia,
3. oszacowanie ryzyk odszkodowawczych związanych z realizacją zamówienia, które wpływają również na kształtowanie bilansu kosztów i wynagrodzenia za wykonanie usługi przez wykonawcę, a tym samym ekonomiczny cel przystąpienia do zamówienia przez wykonawcę.

Tym samym, sposób opisu zamówienia w dokumentach postępowania nie uwzględnienia okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także możliwość wykonania umowy. Zamawiający dopuszcza się bowiem zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (prawa własności wynikających 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 termin, zakres oraz możliwość wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Każda ze wskazanych powyżej podstaw powoduje również, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Spółce, co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą.

3. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p. oraz art. 433 pkt 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.

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).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, iż z dokumentacji przetargowej zamówienia pn. „Rozświetlamy Gminę Stawigudę - wymiana oświetlenia drogowego na energooszczędne” nr postępowania ZP.271.1.25.2023 nie wynika, że konieczne jest uzyskanie zgody Energa Oświetlenie Sp. z o. o. na wykorzystywanie majątku oświetleniowego tej Spółki.

Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje jednak przede wszystkim ryzyk dla potencjalnego wykonawcy, wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności Zamawiającego, a będący wyłączną własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o., w tym nie zawiera takich warunków wzór umowy, która ma być zawarta z wybranym wykonawcą.

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.

Warto także wspomnieć, iż w przypadku naruszenia przez Gminę Stawigudę 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).

W tym zakresie należy również wskazać, że **wzór umowy do postępowania nr ZP.271.1.25.2024 zawiera postanowienie zakazane przepisem art. 433 pkt 3) p.z.p., albowiem przenosi ono na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność – jak wynika z powyższego – ponosi Zamawiający**, w sytuacji gdy to Zamawiający nie określił należycie warunków wykonania zamówienia publicznego w postępowaniu **ZP.271.1.25.2024** i nie opisał należycie w dokumentach zamówienia statusu własnościowego majątku objętego zamówieniem na modernizację oraz wynikających z tego koniecznych działań.

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 towarzyszących, związanych z brakiem zgody Energa Oświetlenie Sp. z o. o. na modernizację jej majątku oświetleniowego, co dla wykonawcy, który zostanie wybrany w postępowaniu rodzi problemy natury technicznej oraz prawnej. Niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym będzie wynikało z przyczyn obiektywnych związanych ze statusem własnościowym majątku objętego umową o udzielenie zamówienia publicznego oraz brakiem udzielenia Zamawiającemu zgody na dysponowanie majątkiem na potrzeby modernizacji, brakiem świadomości wykonawcy, że taka zgoda

ENERGA Oświetlenie jest konieczna, a tym samym realizacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę spowoduje powstanie po jego stronie odpowiedzialności odszkodowawczej, za którą odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a którą Zamawiający przerzucił we wzorze umowy na wykonawcę.

4. 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:

- a) Gmina Stawiguda ma świadomość, iż majątek oświetleniowy położony na terenie ww. Gminy, nie stanowi jej własności, oraz iż na podjęcie czynności modernizacyjnych względem tego majątku konieczne jest uzyskanie zgody jego właściciela. O powyższym świadczy szereg okoliczności faktycznych, które potwierdzają dowody załączone do niniejszego odwołania, jak również zeznania świadków powołanych w jego treści;
- b) Gmina nie kwestionowała prawa własności do majątku oświetleniowego przysługującego Energa Oświetlenie Sp. z o. o.;
- c) realizacja ogłoszonego zamówienia publicznego naruszy bezwzględne prawo własności przysługujące Odwołującemu.

5. 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 modernizację Infrastruktury oświetleniowej stanowiącej własność ENERGA Oświetlenie. Tym samym, Spółce przysługują uprawnienia ochronne w zakresie jej własności określone w art. 222 i następnych k.c. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 415 k.c., Spółce przysługuje również roszczenie odszkodowawcze.

W ocenie Spółki, nie ulega wątpliwości, że gmina, która nie legitymując się uprawnieniem do korzystania z infrastruktury oświetleniowej, będzie z niej korzystać (lub będzie umożliwiać korzystanie z niej przez podmiot trzeci), w rezultacie spowoduje powstanie po stronie gminy odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do Spółki. 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, rok wydania: 2011, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 6, Legalis)

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 (nie podlegające 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. Sam upadek możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu nie stanowi bowiem wady postępowania. Nie wolno bowiem twierdzić wbrew literalnemu brzmieniu przepisu, że skoro nie można zawrzeć skutecznej umowy, to postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą i podlega unieważnieniu.

Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy finalnej. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania.

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 sytuacji świadomości co do statusu własnościowego majątku, którego modernizację Gmina zleca, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dowód: pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 15.12.2023 r.

pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 16.09.2024 r.

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 usług oświetlenia w oparciu o sieć oświetleniową stanowiącą własność Odwołującego bez jego zgody, stanowiłoby naruszenie chronionego konstytucyjnie i ustawowo prawa własności.

Stosownie zaś do 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 w takiej sytuacji 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).

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Pełnomocnictwo potwierdzające umocowanie do reprezentowania Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
5. Pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 15.12.2023 r.,
6. Umowa dzierżawy majątku oświetleniowego z dnia 17.11.2023 r.,
7. Pismo Gminy z dnia 20.02.2024 r.,
8. Pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 8.03.2024 r.,
9. Pismo Gminy z dnia 22.03.2024 r.,
10. Pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 17.04.2024 r.,
11. Zestawienie inwentaryzacji przeprowadzonej w 2019 r. wraz z wymianą korespondencji mailowej 13-15.11.2023 r.,
12. Korespondencja mailowa dot. przedstawienia wzoru umowy najmu,
13. Zdjęcia i mapy z opisem własności infrastruktury,
14. Korespondencja mailowa Macieja Sobczaka z dnia 14.09.2023 r. do Tomasza Drewnika,
15. Wymiana korespondencji mailowej dot. inwentaryzacji z 2019 r.,
16. Pismo ENERGA Oświetlenie z dnia 16.09.2024 r.