

Adwokat Igor Frydrykiewicz

ul. Ks. Kard. S. WYSZYŃSKIEGO 14, 70-201 SZCZECIN, tel.: 91 433 27 53, fax: 91 433 27 65

Szczecin, dnia 16 września 2024 r.
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa

Odwołujący: ENEA Oświetlenie sp. z o. o.
ul. Ku Słońcu 34, 71 - 080 Szczecin
nr tel.: +48 91 332 17 10
e-mail: oswietlenie@enea.pl
KRS: 0000067552
NIP: 852-19-62-912

reprezentowana przez:
Adwokata Michała Wolskiego
nr tel.: 502 151 836

Zamawiający: Gmina Bobrowice
Bobrowice 131, 66 - 627 Bobrowice
NIP: 926-15-68-187
nr tel.: + 48 68 391 32 80
e - mail: zam.pub@bobrowice.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Gminy Bobrowice”, ogłoszenie nr 2024/BZP 00494869, znak postępowania: ZPR.271.8.2024

ODWOŁANIE

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

Działając jako pełnomocnik odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1 pzp, wnoszę odwołanie od:

1. czynności Zamawiającej polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z

o. o. bez jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia uwzględniającego wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w sytuacji, gdy Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. będący właścicielem i jedynym dysponentem tego majątku nie udzielił Zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, a tym samym na niezgodnym z przepisami pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024);

2. niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. bez jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w sytuacji, gdy Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., będący właścicielem i jedynym dysponentem przedmiotowego majątku, nie przekazał Zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, i z pominięciem uprawnień właścicielskich Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wyrażających się w braku wyrażenia zgody, aby modernizację infrastruktury prowadził podmiot trzeci (wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz brakiem wskazania ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co do którego Zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania na potrzeby modernizacji, a tym samym na niezgodnym z przepisami pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024);

3. niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania objętego zamówieniem publicznym w postępowaniu ogłoszonym pod nr 2024/BZP 00494869 (znak

postępowania: ZPR.271.8.2024) 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 przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę naruszy prawo własności Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. z uwagi na nieuzyskanie przez Zamawiającego prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na potrzeby modernizacji, której dotyczy postępowanie ogłoszone pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024), a tym samym na niezgodnym z przepisami pzp ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024);

4. niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego, polegającej na ogłoszeniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przy zaniechaniu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (dotyczące prawa własności zawarte w Kodeksie cywilnym).

II. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc poprzez ogłoszenie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sytuacji, gdy ENEA Oświetlenie sp. z o. o., będący właścicielem i jedynym dysponentem przedmiotowego 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 Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

2. naruszenie art. 132 pzp i art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 140 kc poprzez ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację oświetlenia drogowego stanowiącego wyłączną własność

Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sytuacji, gdy ENEA Oświetlenie sp. z o. o., będąc właścicielem i jedynym dysponentem przedmiotowego majątku, nie przekazał Zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności zawarte w Kodeksie cywilnym), w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co prowadzi do sytuacji, że postępowania jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

3. naruszenie art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc poprzez ogłoszenie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, określonego w art. 132 pzp, na modernizację infrastruktury oświetleniowej stanowiącej wyłączną własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego uprawnień właścicielskich Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wyrażających się w braku udzielenia przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. zgody, aby przeprowadzono modernizację przedmiotowej infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci (wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz brakiem wskazania ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności Zamawiającego a będący własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co do którego Zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania na potrzeby modernizacji. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą;

4. naruszenie art. 132 pzp i art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 140 kc poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności zawarte w Kodeksie cywilnym), w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem

okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższa sytuacja powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą,

5. naruszenie art. 16 pkt 2 pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości i proporcjonalności. Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., co do którego Zamawiający nie uzyskał prawa do dysponowania na potrzeby modernizacji;

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

7. naruszenie art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 58 § 1 kc, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji świadomości Zamawiającego co do braku posiadania prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na potrzeby modernizacji, której dotyczy zamówienie publiczne oraz znajomości oficjalnego stanowiska Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sprawie konieczności zawarcia umowy dzierżawy na cele modernizacji i zaniechania uzyskania takiego tytułu do dysponowania infrastrukturą na cele modernizacji od Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., 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. „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Gminy Bobrowice” ogłoszonego pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024),

3. przyznanie od Zamawiającego - Gminy Bobrowice na rzecz Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

IV. INTERES PRAWNY ODWOŁUJĄCEGO

Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia określony w art. 505 ust. 1 pzp oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp.

Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. art. 16 pkt 2 i 3 pzp w zw. z art. 140 kc Zamawiający dopuszcza się powstania sytuacji, gdy postępowanie to podlega obligatoryjnemu unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 pzp, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co przesądza o posiadaniu przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. interesu w uzyskaniu zamówienia na podstawie art. 505 ust. 1 pzp w zw. z art. 255 pkt 6 pzp. Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. posiada zatem interes prawny polegający na istnieniu prawa Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. o charakterze obiektywnym, co ukształtowało orzecznictwo KIO i sądów powszechnych.

Zgodnie np. z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 sierpnia 2016 r., V ACz 826/16, zgodnie z dyrektywami wykładni systemowej przepis art. 199 § 1 pkt 1 kpc należy czytać jako uszczegółowienie i uzupełnienie przepisu ogólnego, jakim dla niego jest przepis art. 179 ust. 1 pzp z 2004 r. (stanowiący odpowiednik art. 505 ust. 1 obecnie obowiązującego pzp) - przez co przesłanki regulowane tym przepisem stanowią także o dopuszczalności takiego odwołania.

Jak wynika z powyższego orzeczenia w drodze wniosku per analogiam, sprawa dotycząca ochrony prawa własności jest sprawą cywilną stosownie do art. 1 i 2 kpc, a zatem uwzględniając ww. orzeczenie niniejsze odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 505 ust. 1 pzp w zw. z art. 199 § 1 pkt 1 kpc.

Dokumenty zamówienia nie tylko nie opisują należycie przedmiotu zamówienia, ale również nie ustanawiają wymogu uzyskania zgody właściciela - Odwołującego ENEA Oświetlenie sp. z o. o. na przystąpienie i wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia. Do naruszenia praw Odwołującego - ENEA

Oświetlenie sp. z o. o. dochodzi w wyniku naruszenia prawa własności Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wobec braku pozyskania od Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. prawa do dysponowania infrastrukturą oświetleniową na potrzeby przeprowadzenia modernizacji oświetlenia (a zatem wykonania przedmiotu zamówienia). W wyniku powyższego Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. poniesie szkodę odpowiadającą wartości majątku podlegającego demontażowi na skutek wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający praw właścicielskich Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.

Tym samym, naruszając ww. przepisy pzp, Zamawiający powoduje powstanie szkody po stronie Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. oraz prowadzi do powstania nieusuwalnej wady prawnej przedmiotu zamówienia polegającej na braku uzyskania od właściciela urządzeń prawa do dysponowania nimi na cele modernizacji, a zatem niemożliwości pierwotnej wykonania świadczenia przez wykonawcę, co skutkuje obowiązkowym unieważnieniem postępowania.

Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wskazuje, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, jak w sprawie przed KIO - KIO/UZP 839/09, gdzie w orzeczeniu KIO uzasadniła, że okoliczność obiektywnej niemożliwości świadczenia winna skutkować unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp z 2004 r. (stanowiący odpowiednik art. 255 pkt 6 aktualnie obowiązującego pzp) w zw. z art. 387 § 1 kc.

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

1. Zarzuty naruszenia art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc

Obowiązujące przepisy prawa, w tym przepisy pzp, nie nadają Zamawiającemu - Gminie Bobrowice prawa do swobodnego dysponowania urządzeniami oświetleniowymi Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., ani nie zezwalają Zamawiającemu - Gminie Bobrowice 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 kc), 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 pzp.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający - Gmina Bobrowice 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.

Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. nigdy nie udostępnił Zamawiającemu - Gminie Bobrowice infrastruktury oświetleniowej na potrzeby modernizacji, a zatem Zamawiający - Gmina Bobrowice nie legitymuje się tytułem prawnym do dysponowania majątkiem oświetleniowym Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. 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 przetargu nieograniczonego dotyczącego modernizacji oświetlenia drogowego na terenie Gminy Bobrowice infrastrukturę stanowiącą własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., ale również miał świadomość statusu własnościowego tegoż majątku, gdyż Zamawiający podpisał umowę nr 6585/OS/R7/2024/P z dnia 2 stycznia 2024 r. na wykonanie usługi konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych na terenie Gminy Bobrowice, na urządzeniach pozostających we władaniu ENEA Oświetlenie sp. z o. o. (załączona do niniejszego odwołania), do której załącznikiem jest wykaz majątku stanowiącego własność Odwołującego ENEA Oświetlenie sp. z o. o. (w załączeniu), a który to fakt Zamawiający potwierdził podpisując umowę z dnia 2 stycznia 2024 r.

dowód:

- umowa nr 6585/OS/R7/2024/P z dnia 2 stycznia 2024 r. z załącznikiem nr 1.

Ponadto, Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wyraźnie określił Zamawiającemu zasady udostępniania swojego majątku w celach modernizacyjnych.

Jednocześnie należy zauważyć, że Gmina Bobrowice otrzymała wzór umowy dzierżawy.

dowód:

- pismo nr WEA23E004859 z dnia 26 października 2023 r. wraz ze wzorem umowy dzierżawy.

Jednocześnie przedsiębiorstwo energetyczne, jako właściciel urządzeń infrastruktury oświetleniowej, ma prawo odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do swojej sieci, a tym samym nie wyrazić zgody, aby Zamawiający na podstawie przepisów pzp dokonywał podmiotów świadczących usługi polegające na jej modernizacji bez zgody właściciela. Odmowa przez przedsiębiorstwo energetyczne udzielenia takiej zgody na takie prace nie stanowi praktyki monopolistycznej (vide J. Glumińska - Pawlic, Obowiązek finansowania oświetlenia dróg publicznych przez gminy, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2008/4/1; 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 Zamawiający - Gmina Bobrowice zdecydowała się na ogłoszenie i przeprowadzenie przetargu w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 pzp, Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługuje w pełni skuteczne prawo odmówienia zgody na korzystanie z tych urządzeń przez Zamawiającego - Gminę Bobrowice, 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 wyżej, 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)), i zgodnie z którym 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 kc, 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 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 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, Zamawiający, który 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 stanowi własność podmiotu energetycznego.

Na gruncie opisanego stanu faktycznego i w oparciu o wykaz aktywów trwałych Odwołującego ENEA Oświetlenie sp. z o. o. położonych na terenie Gminy Bobrowice oraz załącznika do deklaracji na podatek od nieruchomości (w załączeniu) bezdyskusyjnym jest, że Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. jest wyłącznym właścicielem infrastruktury oświetleniowej.

dowód:

- wykaz aktywów trwałych ENEA Oświetlenie sp. z o. o. położonych na terenie Gminy Bobrowice,
- załącznik do deklaracji na podatek od nieruchomości.

Oznacza to, że Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługuje pełne prawo do ochrony posiadanego prawa własności przed wszelkimi naruszeniami. Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., 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 Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. Konsekwencją powyższego jest zaś konkluzja, iż w stosunku

do przedmiotowej infrastruktury oświetleniowej, znajdującej się na terenie Zamawiającego - Gminy Bobrowice, przysługuje Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. prawo wyłączne.

Powyższa sytuacja posiada daleko idące konsekwencje na gruncie prawa zamówień publicznych. Na podstawie bowiem art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, w tym zakresie modernizacji własnej infrastruktury. W 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.

Z uwagi na dysponowanie prawem własności infrastruktury oświetleniowej Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. jest jedynym wykonawcą, który może zrealizować tę usługę, gdyż żaden inny podmiot nie posiada prawa (obligacyjnego) do korzystania z tej infrastruktury. 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 - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sytuacji ochrona jego praw wyłącznych (art. 140 kc), tj. prawa własności urządzeń infrastruktury oświetleniowej przysługującej Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., wyraża się m.in. w możliwości dysponowania przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługującym jej prawem własności oraz żądania zaniechania jakichkolwiek naruszeń tego prawa. Po stronie innych podmiotów istnieje prawny obowiązek powstrzymywania się od ingerowania w prawo własności Spółki. Konsekwencją powyższego zaś jest

konkluzja, iż w stosunku do przedmiotowego oświetlenia drogowego znajdującego się na terenie Zamawiającego - Gminy Bobrowice przysługuje Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. 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 zamawiający nie ma prawa do ogłaszania przetargów na modernizację urządzeń, której realizacja będzie zmierzała do naruszenia prawa własności przysługującego przedsiębiorstwu energetycznemu.

Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. zwracał uwagę Zamawiającemu na wymogi dotyczące uzyskania tytułu prawnego, jednak Zamawiający ogłosił i prowadził postępowanie z pominięciem prawnie chronionych praw wyłącznych Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.

Istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma fakt, że Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. wskazała wyraźnie Zamawiającemu, na jakiej podstawie możliwe jest udostępnienie majątku oświetleniowego Zamawiającemu (umowa dzierżawy). Biorąc pod uwagę powyższe oraz stanowisko znacznej części piśmiennictwa (tak: J. E. Nowicki [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, J. E. Nowicki, A. Bazan) 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 czerwca 2013 r., KIO/KD 56/13, 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 pzp]. 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 dnia 6 kwietnia 2006 r. (II GSK 7/06).

2. Zarzuty naruszenia art. 132 pzp w zw. z art. 140 kc w związku z niedopełnieniem wymogów w zakresie odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia publicznego, tj. art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pzp

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności opisane szczegółowo w pkt 1 uzasadnienia niniejszego odwołania oraz w związku z nimi, Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. jednocześnie wskazuje, że Zamawiający ogłosił i prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów pzp określających wymogi odpowiedniego opisanie przedmiotu zamówienia, tj. art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pzp.

W dokumentacji zamówienia Zamawiający pomija fakt, że Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. nie przekazała Zamawiającemu prawa do dysponowania majątkiem oświetleniowym na cele modernizacji. Zamawiający dopuszcza się zaniechania opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności i zawarte w Kodeksie cywilnym). Co więcej, w sytuacji całkowitego pominięcia przez Zamawiającego braku udzielenia przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. zgody, aby przeprowadzono modernizację przedmiotowej infrastruktury, w tym aby modernizację przeprowadził podmiot trzeci, Zamawiający uniemożliwia wykonawcom ocenę ryzyka dla potencjalnego wykonawcy (prawnego oraz finansowego) wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek nie stanowiący własności Zamawiającego, a będący własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., sam takiego ryzyka nie wskazując.

Zamawiający dopuszcza się zaniechania opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający odrębne przepisy (regulujące prawo własności i zawarte w Kodeksie cywilnym) w sposób jasny i wyczerpujący, z uwzględnieniem okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Każda ze wskazanych wyżej podstaw powoduje również, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie niemożliwa do wykonania bez naruszenia prawa wyłącznego, tj. prawa własności przysługującego Odwołującemu - ENEA

Oświetlenie sp. z o. o., co prowadzi do sytuacji, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą.

3. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 pzp

W kontekście naruszenia przez Zamawiającego zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 pzp, 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 kwietnia 2004 r., C - 496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU: C: 2004: 236; wyrok TS z 10 maja 2012 r., C - 368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU: C: 2012: 284). Zamawiający muszą 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, el. 2021, art. 16).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy zauważyć, iż z dokumentacji przetargowej zamówienia pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Gminy Bobrowice”, ogłoszonego pod nr 2024/BZP 00494869 (znak postępowania: ZPR.271.8.2024), nie wynika, kto poniósłby każdorazowy koszt

dopuszczenia obcej brygady w celu modernizacji majątku oświetleniowego stanowiącego własność podmiotu prywatnego.

Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje jednak przede wszystkim ryzyka dla potencjalnego wykonawcy wiążącego się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności Zamawiającego, a będący wyłączną własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.

W przypadku zawarcia umowy ze zwycięzcą przetargu wykonawca może nie mieć technicznej zdolności do realizacji swoich świadczeń. Na gruncie obowiązujących regulacji prawnych Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługuje prawo odmówienia zgody na korzystanie z jej infrastruktury oświetleniowej z uwagi na ochronę prawa własności.

Warto także wspomnieć, iż w przypadku naruszenia przez Zamawiającego - Gminę Bobrowice bądź podmiot trzeci wybrany w toku postępowania przetargowego prawa własności przysługującego Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., przysługują mu uprawnienia ochronne określone w art. 222 i n. kc. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 415 kc, Odwołujący - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. 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).

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 Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. na modernizację jego 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 Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. jest konieczna, a tym samym realizacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę spowoduje powstanie po jego stronie odpowiedzialności odszkodowawczej, za która odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

4. Zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 pzp

Zasada efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 pzp, 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).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy zauważyć, iż ogłoszenie przez Zamawiającego postępowania przetargowego w trybie art. 132 pzp przeczy realizacji zasady efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 pzp, o czym świadczą następujące fakty:

a) Zamawiający - Gmina Bobrowice przed ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miała i nadal 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;

b) podpisanie przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. oraz Zamawiającego umowy nr 6585/OS/R7/2024/P z dnia 2 stycznia 2024 r., do której

załącznikiem jest wykaz majątku stanowiącego własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., a zatem fakt przyznania przez Zamawiającego - Gminę Bobrowice, że majątek objęty zamówieniem publicznym w przedmiotowej sprawie jest własnością Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.;

c) Zamawiający - Gmina Bobrowice nie kwestionowała prawa własności do majątku oświetleniowego przysługującego Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. po poinformowaniu o zasadach udostępniania infrastruktury oświetleniowej na cele modernizacji;

d) realizacja ogłoszonego zamówienia publicznego naruszy bezwzględne prawo własności przysługujące Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.,

e) wprowadzenie podmiotów zewnętrznych na majątek oświetleniowy wprowadzi dodatkowe zagrożenie zdrowia i życia brygad monterskich po obu stronach, tj. właściciela i wykonawcy modernizacji (jednoczesne prowadzenie prac na sieci, załączanie obwodów),

f) infrastruktura oświetleniowa na terenie Zamawiającego - Gminy Bobrowice obejmująca majątek stanowiący własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. podlega eksploatacji i konserwacji przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., tj. podmiot nie tylko będący właścicielem ww. infrastruktury oświetleniowej, ale także od wielu lat profesjonalnie trudniący się świadczeniem usługi oświetlenia oraz utrzymania infrastruktury oświetleniowej na terenie całej Polski, co nie pozostaje bez wpływu na dobrą jakość świadczenia tych usług. Materiały wykorzystywane przez Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. spełniają wszystkie normy i standardy europejskie, posiadają certyfikaty i dopuszczenia na rynek europejski. Wprowadzenie podmiotu trzeciego mogłoby doprowadzić do zaburzenia standardów oraz znaczącej różnicy w eksploatacji oświetlenia na terenie Zamawiającego - Gminy Bobrowice.

5. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 58 § 1 kc

W przedmiotowej sprawie doszło do sytuacji, gdy Zamawiający, bez uzgodnienia z Odwołującym - ENEA Oświetlenie sp. z o. o., ogłosił przetarg na modernizację infrastruktury oświetleniowej stanowiącej własność Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. Tym samym Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługują uprawnienia ochronne w zakresie jej własności określone w art. 222 i n. kc. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 415 kc Odwołującemu - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. przysługuje również roszczenie odszkodowawcze.

W ocenie Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. nie ulega wątpliwości, że Zamawiający - Gmina Bobrowice, która, nie legitymując się uprawnieniem do korzystania z infrastruktury oświetleniowej, będzie z niej korzystała (lub będzie umożliwiać korzystanie z niej przez podmiot trzeci), w rezultacie spowoduje powstanie po stronie Zamawiającego - Gminy Bobrowice odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. 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).

Zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, 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 niemożności 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 - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 58 § 1 kc poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji posiadania oficjalnego stanowiska Odwołującego - ENEA Oświetlenie sp. z o. o. w sprawie zasad udostępniania majątku stanowiącego jej wyłączną własność na potrzeby modernizacji, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

dowód:

- pismo nr WEA23E004859 z dnia 26 października 2023 r. wraz ze wzorem umowy dzierżawy.

W kontekście powyższego należy wskazać, że stosownie do art. 58 § 1 kc 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 oświetlenia w oparciu o sieć oświetleniową stanowiącą własność Odwołującego - ENEA oświetlenie sp. z o. o. bez jego zgody stanowiłoby naruszenie chronionego konstytucyjnie i ustawowo prawa własności.

Stosownie zaś do art. 255 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, 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 zaistniałej 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 - ENEA Oświetlenie sp. z o. o.).

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie jest konieczne.

Michał Wolski
adwokat

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- pełnomocnictwo,
- dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
- odpis z KRS,
- umowa nr 6585/OS/R7/2024/P z dnia 2 stycznia 2024 r. z załącznikiem nr 1,
- pismo nr WEA23E004859 z dnia 26 października 2023 r. wraz ze wzorem umowy dzierżawy,
- wykaz aktywów trwałych ENEA Oświetlenie sp. z o. o. położonych na terenie Gminy Bobrowice,
- załącznik do deklaracji na podatek od nieruchomości.