

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 czerwca 2013 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 20 maja 2013 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Miasto Wągrowiec dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 maja 2013 r. (znak: KND/8/13) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowej usługi polegającej na dostawie energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia ulic na terenie miasta Wągrowca,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Sylwester Kuchnio

Członkowie:

Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Wągrowiec, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – w dniu 20 grudnia 2011 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy (z wolnej ręki) udzielił Enea S.A. w Poznaniu zamówienie na świadczenie kompleksowej usługi polegającej na dostawie energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia ulic na terenie miasta Wągrowca.

W dniach od 06.03.2010 r. do 13.05.2013 r., Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną ww. zamówienia.

W Protokole kontroli doraźnej wskazano m.in.:

„[...]”

Kontrola doraźna przeprowadzonego przez zamawiającego Gminę Miejską Wągrowiec postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi polegającej na dostawie energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia ulic na terenie miasta Wągrowca” została wszczęta przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2013 r. Przedmiotowa kontrola została podjęta po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego zainicjowanego wnioskiem o kontrolę z dnia 19 kwietnia 2012 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 20 kwietnia 2012 r.), w którym wnioskodawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

W piśmie z dnia 24 października 2012 r. wnioskodawca wskazał, iż z treści ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia wynika, iż jego wartość wynosiła 526 320,58 zł, a z treści uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki wynika, że Enea S.A. jest właścicielem ok. 80% lamp ulicznych w Wągrowcu, co oznacza, że właścicielem ok. 20% lamp ulicznych jest Gmina Miejska Wągrowiec. Następnie, wnioskodawca wskazał, iż wartość zamówienia dla „części miejskiej” wynosi 20% z kwoty 536 320,58 zł, co przekracza kwotę 14 000,00 euro, od której w myśl art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów

ustawy Pzp (w tym miejscu, należy wskazać, iż wnioskodawca powołał się na wartość udzielonego zamówienia, a nie na wartość szacunkową zamówienia, która wynosiła 466 080,52 zł). Ponadto, wnioskodawca wskazał, iż zamawiający w dniu 22 października 2012 r. wszczął kolejne postępowanie na zakup energii elektrycznej do ww. punktów oświetlenia drogowego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 25 maja 2012 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęły wyjaśnienia zamawiającego w sprawie ww. postępowania (pismo z dnia 22 maja 2012 r.). W powyższym piśmie zamawiający wskazał następujące uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki: *„Zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.) do zadań własnych gmin w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy. Niezależnie od tego kto jest właścicielem urządzeń oświetleniowych na terenie gminy - zawsze gmina realizując zadania własne jest zobowiązana do finansowania kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne Enea S.A. w Poznaniu pismem znak DO/OS/EP/TK/2011 z dnia 07 listopada 2011 r. nie wyraziła zgody na świadczenie usługi dostawy energii dla oświetlenia ulic, na terenie miasta Wągrowca, gdzie urządzenia oświetleniowe są ich własnością, przez podmioty trzecie wyłonione w trybach konkurencyjnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych. Brak zgody oznacza zatem dla gminy konieczność zawarcia umowy z właścicielem urządzeń oświetleniowych, ponieważ nie ma podstaw prawnych do ograniczenia prawa własności Enea S.A. Operatorem sieci dystrybucyjnej, do której przyłączone są urządzenia oświetlenia ulicznego zlokalizowane na terenie gminy miejskiej Wągrowiec jest Enea S.A., ul. Nowowiejskiego 11, 60-967 Poznań. Urządzenia oświetleniowe znajdujące się na terenie gminy miejskiej Wągrowiec są w większości własnością Enea S.A. (ok. 80%), która nie wyraża zgody na dostawę energii do urządzeń oświetlenia ulicznego stanowiącego ich własność. Urządzenia oświetleniowe będące własnością gminy są w sposób stały połączone z siecią stanowiącą własność w/w Spółki. W związku z tym brak jest technicznej, a zarazem obiektywnej możliwości, aby inny podmiot mógł świadczyć dostawę energii elektrycznej do urządzeń oświetlenia ulicznego. Jedynym wykonawcą mogącym świadczyć dostawę energii elektrycznej jest Enea S.A. w Poznaniu. Zgodnie z przepisami art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone*

tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przedmiot zamówienia obejmuje usługę dostawy energii elektrycznej na cele oświetlenia ulicznego, zatem brak jest możliwości wyboru innego podmiotu gospodarczego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji (część składowa przedmiotu zamówienia) energii elektrycznej na urządzeniach należących do Enea S.A. Zgodnie z przepisami art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy 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 (art. 140 kc). W związku z powyższym jedynym wykonawcą mogącym świadczyć usługi dystrybucji i dostawy energii elektrycznej na cele oświetlenia Enea S.A., ul. Nowowiejskiego 11, 60-967 Poznań”.

Ponadto, zamawiający wskazał na stanowisko Rządu wobec dezyderatu nr 36 Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” w sprawie nowelizacji przepisów prawnych dotyczących oświetlenia ulic przekazane w dniu 24 sierpnia 2011 r. przez Prezesa Rady Ministrów Marszałkowi Sejmu, stanowisko Ministra Gospodarki będące odpowiedzią na interpelację poselską pani Poseł Anny Bańkowskiej w sprawie monopolistycznych praktyk stosowanych przez firmy energetyczne w zakresie pobierania opłat za oświetlenie ulic skierowane do Marszałka Sejmu. Ponadto, zamawiający wskazał, iż wystąpił w dniu 19 października 2011 r. do Prezesa Zarządu Enea S.A. w Poznaniu o wyrażenie zgody na przeprowadzenie postępowania przetargowego na zakup energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia drogowego stanowiącego własność Enea S.A. W dniu 7 listopada 2011 r. Enea S.A. nie wyraziła zgody na powyższe i zaproponowała przystąpienie do negocjacji i zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Analogiczne uzasadnienie zostało zawarte w protokole postępowania i ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia. Jednocześnie, zamawiający wskazał, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosiła 466 080,52 zł, z czego 332 248,84 zł stanowiły koszty zakupu energii, a 133 831,68 zł to koszty jej dystrybucji.

[...]

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona w dniu 17 listopada 2011 r. na kwotę 466 080,52 zł, co stanowi równowartość 121 406,75 euro.

[...]

W dniu 15 grudnia 2011 r. została zawarta umowa nr DO/OS/EP/MR-71/2011 pomiędzy zamawiającym Gminą Miejską Wągrowiec, reprezentowaną przez pana Stanisława Wilczyńskiego - Burmistrza Miasta Wągrowiec, a wykonawcą Enea S.A., reprezentowanym przez pana Przemysława Nowackiego - Kierownika.

Przedmiotowa umowa została zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 337925-2011 w dniu 20 grudnia 2011 r.

[...]"

W Informacji o wyniku kontroli z dnia 13.05.2013 r. w przedmiocie stwierdzonych naruszeń wskazano:

„[...]

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 oraz wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez

jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Wskazana w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp przesłanka warunkująca dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu.

Z kolei określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp przesłanka uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki od zaistnienia okoliczności, w których wykonanie zamówienia jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę z uwagi na przysługujące mu prawa wyłączne. Powyższy przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie na mocy norm ustawowych. Ponadto, przedmiotowa przesłanka nie może być uznana za spełnioną w przypadku gdy wykonawca, któremu przysługują prawa wyłączne zleca wykonanie przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, bowiem nie jest wtedy jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zleczanych usług z uwagi na przysługujące mu prawo wyłączne.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.) do zadań własnych gmin w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy, niezależnie od tego kto jest właścicielem urządzeń oświetleniowych. Enea S.A. w Poznaniu nie wyraziła zgody na świadczenie usługi dostawy energii dla oświetlenia ulic, na terenie miasta Wągrowca, gdzie urządzenia oświetleniowe są własnością ww. firmy, przez podmioty trzecie wyłonione w trybach konkurencyjnych przewidzianych ustawą Pzp. Zdaniem zamawiającego brak zgody oznaczał konieczność zawarcia umowy z właścicielem urządzeń oświetleniowych, ponieważ nie było podstaw prawnych do ograniczenia prawa własności Enea S.A. Ponadto, Enea S.A. jest również operatorem sieci dystrybucyjnej, do której

przyłączone są urządzenia oświetlenia ulicznego zlokalizowane na terenie gminy miejskiej Wągrowiec. Zamawiający wskazuje również, iż urządzenia oświetleniowe znajdujące się na terenie gminy miejskiej Wągrowiec są w większości własnością Enea S.A. (ok. 80%), która nie wyraża zgody na dostawę energii do urządzeń oświetlenia ulicznego stanowiącego ich własność przez innego dostawcę. Urządzenia oświetleniowe będące własnością gminy są w sposób stały połączone z siecią stanowiącą własność w/w Spółki, w związku z tym brak jest technicznej, a zarazem obiektywnej możliwości, aby inny podmiot mógł świadczyć dostawy energii elektrycznej do urządzeń oświetlenia ulicznego. Zdaniem zamawiającego zgodnie z przepisami art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przedmiot zamówienia obejmuje usługę dostawy energii elektrycznej na cele oświetlenia ulicznego, zatem brak jest możliwości wyboru innego podmiotu gospodarczego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji (część składowa przedmiotu zamówienia) energii elektrycznej na urządzeniach należących do Enea S.A. Zgodnie z przepisami art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy 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 (art. 140 kc). Zdaniem zamawiającego jedynym wykonawcą mogącym świadczyć usługi dystrybucji i dostawy energii elektrycznej na cele oświetlenia była Enea S.A.

W odniesieniu do powyższej argumentacji zamawiającego należy wskazać, iż nie zasługuje ona na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, iż w dniu 1 lipca 2007 r. nastąpiło otwarcie rynku energii elektrycznej w następstwie wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm.). W wyniku powyższej zmiany Prawa energetycznego oraz zmian na rynku energii elektrycznej możliwy stał się zakup energii elektrycznej od dowolnego dostawcy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 4j ustawy Prawo energetyczne, odbiorcy paliw gazowych lub energii elektrycznej mają prawo zakupu paliw lub energii u wybranego przez siebie sprzedawcy. Ustała więc zachodząca wcześniej przeszkoda techniczna o obiektywnym charakterze, uzasadniająca stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp) w celu udzielania zamówień publicznych na dostawy tego medium. W świetle powyższego zamawiający winni stosować

podstawowe tryby udzielania zamówień na dostawę energii elektrycznej, tj. tryb przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp). Dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki została ograniczona do udzielania zamówień na świadczenie usług dystrybucji bądź przesyłania energii elektrycznej, gdyż przedsiębiorstwa zajmujące się tą działalnością nadal działają w obszarze monopolu naturalnego. W tym miejscu należy zauważyć, iż w wyniku ww. nowelizacji ustawy Prawo energetyczne skutkującej wydzieleniem działalności dystrybucyjnej do spółki Enea Operator Sp. z o. o., spółka Enea S.A. jest przedsiębiorstwem zajmującym się obrotem energią elektryczną i nie posiada statusu operatora systemu dystrybucyjnego.

Z kolei posiadanie statusu „odbiorcy”, którym - zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy Prawo energetyczne – jest każdy, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym, jest niezależne od tego, kto jest właścicielem urządzeń, w szczególności w kontekście faktu, że regulacje dotyczące umowy sprzedaży, czy też umowy o świadczenie usług dystrybucji, nie wymagają od odbiorcy tytułu prawnego do obiektu, do którego energia elektryczna ma być dostarczana.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, iż brak jest podstaw prawnych do uznania, że gmina ze względu na brak tytułu prawnego do urządzeń oświetlenia ulicznego, pozbawiona jest prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych w drodze procedury otwartej na konkurencję. Ponadto, dostarczanie przez innego wykonawcę energii elektrycznej do punktów oświetlenia ulicznego niebędących własnością gminy, nie narusza prawa własności przysługującego zakładowi energetycznemu. Obowiązek zapewnienia dostaw energii został bowiem nałożony na gminę na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, natomiast sam fakt, że dostawcą energii jest inny podmiot niż właściciel nie narusza przysługującego mu prawa własności. Tym samym, nie sposób uznać, iż została spełniona przesłanka do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, tj. ochrona praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. W konsekwencji zamawiający powinien stosować podstawowe tryby udzielania zamówień na dostawy energii elektrycznej, tj. tryb przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp).

Na marginesie należy zauważyć, iż z dokumentacji postępowania nie wynika, by Enea S.A. deklarowała posiadanie prawa do punktów świetlnych, a jedynie, iż posiada umowę z operatorem systemu dystrybucyjnego Enea Operator sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż zamawiający bezpodstawnie udzielił przedmiotowego zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

[...]"

Pismem z dnia 20 maja 2013 r. zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli, w których zakwestionował jej ustalenia i zarzuty.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]

Gmina Wągrowiec reprezentowana przez Burmistrza pismem z dnia 19 października 2011 r. wystąpiła do spółki ENEA S.A. - która to w stanie wiedzy posiadanym przez Gminę, w okresie kierowania przedmiotowym pismem i przeprowadzonego postępowania przetargowego była właścicielem urządzeń oświetlenia drogowego - z wnioskiem o wyrażenie zgody na rozpisanie przetargu na zakup energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia drogowego.

W odpowiedzi na pismo Gminy z dnia 19 października 2011 r. pismem z dnia 7 listopada 2011 r. znak DO/OS/EP/TK/2011 Spółka Enea S.A. nie wyraziła zgody, aby Gmina mogła dokonać zakupu energii elektrycznej w trybach konkurencyjnych. Spółka zajęła stanowisko, iż skoro Gmina nie jest właścicielem infrastruktury oświetleniowej, nie może bez zgody właściciela urządzeń organizować przetargów na dostawę energii elektrycznej do celów oświetleniowych oraz na konserwację tej infrastruktury energetycznej. Taki stan rzeczy wynika wprost z artykułu 140 ustawy z dnia 24 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U, Nr 16. Poz 98 z późn. zm.). Przepis ten zostałby naruszony, w przypadku gdyby Gmina chciała przeprowadzić postępowanie przetargowe w trybach konkurencyjnych bez zgody właściciela urządzeń.

Co trzeba podkreślić spółka Enea S.A. nie informowała, iż urządzenia infrastruktury oświetleniowej, znajdujące się na terenie Gminy nie stanowią jej własności. Z treści pisma z dnia 7 listopada 2011 r. wynika wprost, że Enea S.A. podaje się za właściciela urządzeń i że to jej zgoda jest niezbędna do zastosowania innego trybu wyboru sprzedawcy energii i świadczenia usług dystrybucyjnych.

Gmina Wągrowiec nie dysponuje tytułem prawnym do obiektów, do których miała być dostarczona energia elektryczna.

Gmina Wągrowiec nie mogła zatem korzystać z tych urządzeń i bez zgody właściciela infrastruktury oświetleniowej zawrzeć z podmiotami trzecimi umowy, na mocy których podmioty te będą zobowiązane do sprzedawania energii elektrycznej do przedmiotowych obiektów. W takiej sytuacji Gmina Wągrowiec dysponowałaby bowiem własnością osoby trzeciej bez tytułu prawnego, co na gruncie przepisów prawa cywilnego nie jest dopuszczalne.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j.: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1593, z późn. zm.), zadania własne gminy obejmują m. in. zaopatrzenie w energię elektryczną- zadanie to ma charakter obligacyjny.

Z kolei art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 UPE planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy należy do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe. Przez finansowanie oświetlenia ustawa - Prawo energetyczne rozumie natomiast finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania (art.3 pkt 22 ww. ustawy)

Niezależnie więc od tego, kto jest właścicielem urządzeń oświetleniowych na terenie gminy - gmina realizując zadania własne, jest zobowiązana do finansowania kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne. Jak wskazano powyżej Enea S.A. w Poznaniu pismem znak DO/OS/EP/TK/2011 z dnia 07 listopada 2011 r. nie wyraziła zgody na świadczenie usługi dostawy energii dla oświetlenia ulic na terenie miasta Wągrowca, gdzie urządzenia oświetleniowe są ich własnością, przez podmioty trzecie wyłonione w trybach konkurencyjnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych.

Z art. 21 Konstytucji RP wynika zasada, że Rzeczpospolita Polska chroni własność, a wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Przekazanie więc na rzecz Gminy majątku oświetleniowego, którego właścicielem jest przedsiębiorstwo energetyczne mogłoby zostać dokonane jedynie na określone przepisami cele i za słusznym odszkodowaniem. Jedynie w przypadku, gdy Gmina stałaby się właścicielem całości urządzeń oświetleniowych mogłaby w sposób nieskrępowany, decydować o wyborze podmiotu, który będzie dokonywał dostawy energii elektrycznej i świadczył usługi dystrybucyjne do przedmiotowej infrastruktury.

W stanie faktycznym, który występuje w sprawie Gmina związana jest decyzją podmiotu, który jest właścicielem urządzeń.

Przedsiębiorstwo energetyczne będące właścicielem urządzeń oświetleniowych może, zgodnie z art. 140 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U ' Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), w granicach określonych przez ustawę i 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 rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą. Zgodnie z treścią prawa własności, określoną 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 (por. stanowisko Rządu wobec dezyderatu nr 36 Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” w sprawie nowelizacji przepisów prawnych dotyczących oświetlenia ulic przekazane w dniu 24 sierpnia 2011 r. przez Prezesa Rady Ministrów Marszałkowi Sejmu, stanowisko Ministra Gospodarki będące odpowiedzią na interpelację poselską Pani Posel Anny Bańkowskiej w sprawie monopolistycznych praktyk stosowanych przez firmy energetyczne w zakresie pobierania opłat za oświetlenie ulic skierowane do Marszałka Sejmu (pismo nr DE-VII-0700-4/I/I 1 z dnia 27 kwietnia 2011 r.).

W przypadku gdy przedsiębiorstwo energetyczne jest właścicielem całości urządzeń: słupów, przewodów, punktów świetlnych, źródeł światła również wówczas na gminie spoczywa obowiązek finansowania oświetlenia. Słuszny jest zatem pogląd wyrażony w decyzji Prezesa UOKiK z 14.7.2006 r. (RKT-46/2006, niepubl.), iż gmina w tym przypadku nie ma możliwości, powołując się na konieczność realizacji zadań własnych, zlecić podmiotowi trzeciemu prace związanych z utrzymaniem punktów świetlnych bez zgody właściciela tych punktów. W prawie energetycznym brak podstaw do przyjęcia, że gmina może ograniczyć prawo własności przedsiębiorstwa energetycznego wynikające z art. 140 KC. W takiej sytuacji gmina może powierzyć zadanie eksploatacji punktów świetlnych osobie trzeciej jedynie za zgodą właściciela, czyli przedsiębiorstwa energetycznego. Konieczne jest w takim wypadku zawarcie odrębnego porozumienia określającego zasady odpowiedzialności. Przedsiębiorstwo energetyczne może tej zgody odmówić i nie stanowi to, co do zasady, praktyki monopolistycznej. W przypadku braku zgody na prowadzenie działań eksploatacyjnych na majątku przedsiębiorstwa energetycznego ustawowy obowiązek gminy do planowania i finansowania oświetlenia sprowadza się do zawarcia umów z właścicielem

majątku. Dopiero narzucanie uciążliwych warunków umów przez przedsiębiorstwo energetyczne będące jednocześnie właścicielem punktów świetlnych może podlegać kontroli Prezesa UOKiK. (tak też: Marzena Czarnecka, Tomasz Oglódek, Prawo Energetyczne. Komentarz 2012, Wyd. Ch. Beck)

Jak podkreśla się w doktrynie przedsiębiorstwo jako właściciel urządzeń oświetlenia drogowego między innymi z uwagi na dyspozycję art. 140 k.c. ma prawo odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do swojej sieci, a tym samym ma prawo nie wyrazić zgody, aby gminy na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych dokonywały wyboru podmiotów świadczących usługi na jego urządzeniach. Jak wielokrotnie podkreślono żądanie, aby przedsiębiorstwo udostępniło swoje mienie w celu prowadzenia w oparciu o nie działalności gospodarczej przez innego przedsiębiorcę, byłoby zbyt daleko idącą ingerencją. Godziłoby to w prawo do nieskrępowanego eksploatowania, dysponowania i zarządzania majątkiem trwałym samodzielnego podmiotu jako atrybutu wolności gospodarczej (tak: Giumińska-Pawlic Jadwiga, artykuł PPLiFS.2008.4.1 „Obowiązek finansowania oświetlenia dróg publicznych przez gminy, cz. II. Teza nr 1". 115715/1).

Prawo własności jest tym szczególnym prawem, które zapewnia właścicielowi dopuszczalną w danych warunkach pełnię uprawnień względem rzeczy. Choć przepis ten nie zdefiniował prawa własności przez wyczerpujące wyliczenie uprawnień właściciela, to jednak wyliczył uprawnienia zasadnicze, a przede wszystkim uprawnienie do korzystania z rzeczy oraz do rozporządzania nią (tak: uchwała SN z 16 lipca 1980 r., III CZP 45/80, LexPolonica nr 301412, OSPiKA 1981,2. 7-8, poz. 131).

Prawo podmiotowe własności jest prawem bezwzględny, skutecznym erga omnes, w ramach którego właściciel może korzystać z rzeczy z wyłączeniem innych osób. Te inne osoby są zobowiązane do nieczynienia niczego, co przeszkadzałoby właścicielowi w wykonywaniu jego prawa. Naruszenie tego obowiązku rodzi po stronie właściciela roszczenia ochronne. W zależności od sposobu naruszenia cudzego prawa własności właścicielowi przysługuje bądź to roszczenie windykacyjne, bądź negatoryjne (art. 222 § 1 i 2 KC).

Widać więc, że „poprzez zastrzeżenie wyłączności uprawnień właściciela określa ustawodawca negatywną stronę własności. Każda osoba trzecia jest tu negatywnie zobowiązana do biernego zachowania się, a mianowicie do poszanowania cudzego prawa własności, do powstrzymywania się od działań naruszających cudze prawo własności" (E. Gniewek, Prawo rzeczowe, s. 56). Można dodać za P. Machników skim, że własność jest prawem bezwzględny, ponieważ w skład tegoż prawa podmiotowego wchodzi

„uprawnienia bezwzględne, czyli takie, którym odpowiadają obowiązki spoczywające na bliżej nieokreślonym kręgu osób" (zob. P. Machnikowski, [w:] System pr. pryw., t. 3, s. 33).

Koniecznym jest również podnieść, iż w obecnym stanie faktycznym i prawnym niemożliwym byłoby zawarcie umowy na dostarczanie energii elektrycznej do infrastruktury oświetleniowej, do której Gmina nie posiada tytułu prawnego w trybach postępowań konkurencyjnych, ponieważ spółka będąca właścicielem tych urządzeń żądała złożenia oświadczenia, iż Gmina posiada tytuł prawny do korzystania z przedmiotowego obiektu tj. infrastruktury oświetleniowej. Wobec treści pisma z dnia 7 listopada 2011 r. brak było jakiegokolwiek woli właściciela urządzeń do tego ażeby po pierwsze, wyrazić zgodę aby Gmina w trybie przetargu konkurencyjnego wyłoniła dostawcę energii, a po drugie aby Gmina uzyskała tytuł prawny do urządzeń, co umożliwiłoby Gminie wybór innego wykonawcy. Po postępowaniu przetargowym zastosowanym w niniejszej sprawie, z umowy wykreślono zapisy, iż Gmina posiada tytuł prawny do obiektów. Gdyby Gmina poświadczyła nieprawdę, iż posiada tytuł prawny do urządzeń oświetleniowych naraziłaby się na negatywne skutki prawne.

Z tych też względów, wobec braku zgody właściciela infrastruktury oświetleniowej, na przeprowadzenie postępowania na dostarczanie energii w trybie konkurencyjnym, Gmina aby w sposób należyty wywiązać się z ciążącego na niej obowiązku tj. zapewnienia oświetlenia ulic, placów, itp. zmuszona była wyłonić wykonawcę w trybie postępowania z wolnej ręki. Zastosowanie tego trybu było prawidłowe, ponieważ wszelkie okoliczności sprawy wskazywały, iż tylko jeden wykonawca może świadczyć przedmiotową usługę.

Należy w tym miejscu wskazać, iż wobec faktu, iż Gmina nie dysponuje odbiornikiem energii elektrycznej, nie może być potraktowana jako odbiorca energii elektrycznej w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy Prawo energetyczne. Gmina jest zobowiązana jedynie sfinansować oświetlenie ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie.

Należy również wskazać, iż aby zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki niezbędne jest spełnienie ściśle określonych przesłanek. Skupiając się na dwóch z nich, a więc określonych w art. 67 ust 1 pkt lit a i b:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,

b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

Podstawą zastosowania tej przesłanki wskazanej pod lit. a jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę (Orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa TE 1995 I, str. 1-01249). Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego. Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie za tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.

Zamówienia w trybie z wolnej ręki można udzielić również wykonawcy, któremu odrębne przepisy przyznają wyłączne prawo do prowadzenia określonej działalności, co siłą rzeczy powoduje, że jest on jedynym wykonawcą uprawnionym do realizacji danego zamówienia ze względu na posiadane prawa autorskie lub patenty.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ten przepis konieczne jest zatem stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych.

Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. W oparciu o zaistniały stan faktyczny, nie można twierdzić, iż Gmina postąpiła w sposób nieprawidłowy.

Mając na uwadze przepisy o ochronie prawa własności, skierowano zapytanie do podmiotu, który w świetle wiedzy posiadanej przez Gminę w okresie objętym postępowaniem był właścicielem większości urządzeń oświetleniowych znajdujących się na terenie Gminy, czy wyraża zgodę na rozpięcie przetargu na dostawę energii elektrycznej do infrastruktury oświetleniowej mieszczącej się w Gminie. Spółka w odpowiedzi na zapytanie, nie podniosła, iż jest podmiotem nieuprawnionym do dokonywania takich ustaleń. Przeciwnie spółka wprost podniosła, iż bez zgody właściciela przedmiotowych urządzeń nie ma możliwości rozpoczęcia procedury przetargowej, w celu wyłonienia wykonawcy, który dostarczałby do

punktów świetlnych energię elektryczną. Spółka w sposób nie budzący wątpliwości wskazywała, iż jest ona podmiotem uprawnionym do rozporządzania infrastrukturą oświetleniową i jeżeli umowa na dostawę energii nie zostanie zawarta z nią to nie będzie prawnej możliwości aby tę dostawę realizował inny podmiot. Gmina wobec zagrożenia, iż jej obligacyjne zadanie wynikające z ustawy o samorządzie gminnym i ustawy prawo energetyczne nie zostanie zrealizowane po dokładnej analizie sprawy, w oparciu o stanowisko Rządu RP oraz Ministra Gospodarki, przy spełnieniu przesłanek wynikających z art. 67 ustawy prawo zamówień publicznych dokonało wyboru wykonawcy z zastosowaniem trybu z wolnej ręki.

Co trzeba tu podkreślić, stawki za 1 kWh w niniejszym postępowaniu, zostały ustalone na poziomie niższym niż cena rynkowa wynikająca z taryfy przedsiębiorstwa.

Działania Zamawiającego nie miały na celu ograniczenia konkurencji ani też obejścia prawa, a były podyktowane obiektywnymi przesłankami, w postaci sprzeciwu właściciela infrastruktury oświetleniowej i ryzykiem nie zrealizowania zadania własnego Gminy polegającego na zapewnieniu oświetlenia m. in ulic i placów.

Wobec powyższego, należy uznać, iż Gmina Wągrowiec była uprawniona do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Dlatego też wnoszę o pozytywne rozpatrzenie zastrzeżeń do wyniku kontroli.

[...]"

Pismem z dnia 7 czerwca 2013 r. Prezes UZP poinformował zamawiającego o podtrzymaniu dotychczasowego stanowiska i nieuwzględnieniu jego zastrzeżeń do wyniku kontroli oraz o przekazaniu zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, wskazując przy tym:

„[...]

Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 maja 2013 r. brak jest podstaw prawnych do uznania, iż gmina ze względu na brak tytułu prawnego do urządzeń oświetlenia ulicznego, pozbawiona jest prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych w drodze procedury otwartej na konkurencję. Dostarczanie przez innego wykonawcę energii elektrycznej do punktów oświetlenia ulicznego

niebędących własnością gminy, nie narusza prawa własności przysługującemu zakładowi energetycznemu. Obowiązek zapewnienia dostaw energii został bowiem nałożony na gminę na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, natomiast sam fakt, że dostawcą energii jest inny podmiot niż właściciel nie narusza przysługującego mu prawa własności. Na marginesie, należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia była dostawa energii a nie usługa konserwacji i utrzymania oświetlenia ulicznego.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 3 pkt 13 ustawy Prawo energetyczne, odbiorcą jest każdy podmiot otrzymujący lub pobierający paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym. Uzyskanie statusu odbiorcy nie zależy od formy prawnej podmiotu otrzymującego lub pobierającego paliwa lub energię, nie jest również istotny cel, na jaki mają zostać przeznaczone paliwa lub energia. Status odbiorcy uzyskuje się z chwilą zawarcia z przedsiębiorstwem energetycznym umowy, na podstawie której paliwa lub energia są dostarczane. Będzie to w szczególności umowa sprzedaży paliw lub energii, umowa o świadczenie usług przesłania lub dystrybucji lub umowa kompleksowa. Stąd też nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż fakt, że nie jest on właścicielem części oświetlenia ulicznego, pozbawia go statusu odbiorcy w rozumieniu ww. przepisu.

Tym samym, przesłanka braku zgody właściciela urządzeń oświetlenia ulicznego nie mogła stanowić podstawy udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż na podstawie opisu stanu faktycznego sprawy zawartego w Protokole kontroli i Informacji o wyniku kontroli, a także twierdzeń zamawiającego podniesionych w zastrzeżeniach do wyniku kontroli oraz zawartych w uzasadnieniu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, nie wynika, aby Kontrolujący i Kontrolowany uwzględniali, rozróżniali i rozpatrywali oddzielnie, okoliczność, iż kontrolowane postępowanie swoim przedmiotem obejmuje zarówno udzielenia zamówienia na dostawę prądu do punktów oświetleniowych stanowiących własność zamawiającego oraz dostawę prądu do oświetlenia ulicznego nienależącego do zamawiającego. Tym samym przyjąć

można, iż przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w obu ww. sytuacjach nie oceniano oddzielnie.

Jak wynika z treści Informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, argumentacja o możliwości udzielenia zamówienia na dostawę energii elektrycznej w trybie konkurencyjnym skierowanym do wielu wykonawców, oparta o tzw. otwarcie rynku energii elektrycznej i likwidację monopolu właściciela sieci dystrybucyjnej przy dostawach prądu, odnoszona jest nie tylko do sytuacji dostawy energii do urządzeń zamawiającego, ale także odnoszona jest do dostawy prądu do lamp należących do innych właścicieli.

Również zamawiający miesza powyższe kwestie w uzasadnieniu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, a w zastrzeżeniach do wyniku kontroli argumentacji uwzględniającej fakt, iż udzielał zamówienia nie tylko na dostawę energii do cudzych punktów oświetleniowych, ale także zakupuje ją do oświetlenia punktów własnych, *de facto* w ogóle nie podnosi.

Tymczasem powyższe rozróżnienie jest zasadnicze dla oceny możliwości udzielenia zamówienia na dostawę energii elektrycznej do punktów oświetleniowych w trybie z wolnej ręki – z czego zdawał sobie np. sprawę wnioskujący o wszczęcie kontroli, podkreślając m.in., iż w innych okresach zamawiający wszczynał odrębne postępowania na dostawę prądu do własnych punktów oświetleniowych w trybach konkurencyjnych, natomiast wartość kontrolowanego zamówienia w części dotyczącej dostaw energii do lamp zamawiającego jest wyższa niż 14 000 euro.

Zarzuty i argumentacja podniesiona w Informacji o wyniku kontroli pozostaje oczywiście zasadna, ale tylko w odniesieniu do dostawy energii elektrycznej do punktów oświetleniowych stanowiących własność zamawiającego. I niejako *a contrario*: twierdzenia i argumentacja podniesiona w zastrzeżeniach do wyniku kontroli pozostaje oczywiście zasadna i znajduje zastosowanie tylko w odniesieniu do możliwości udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówienia na dostawę energii elektrycznej do punktów oświetleniowych stanowiących własność innych podmiotów niż zamawiający – w sytuacji sprzeciwu właścicieli, co do innego sposobu wykorzystania ich oświetlenia.

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.

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. Jak słusznie wskazał zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, gmina w celu realizacji swoich zadań własnych polegających na zapewnieniu oświetlenia dróg i ulic, nie ma żadnych podstaw i instrumentów prawnych do przymuszenia właścicieli oświetlenia ulicznego do jego udostępnienia i wyrażenia zgody na jego wykorzystywanie przy pomocy energii elektrycznej pochodzącej od podmiotów przez gminę wskazanych (np. wybranych w trybie przetargowym) – co znajduje potwierdzenie w stanowiskach rządu RP załączonych do zastrzeżeń.

W świetle powoływanej w Informacji o wyniku kontroli, regulacji Prawa energetycznego, jego przepisy stanowią o obowiązku udostępnienia przez dystrybutora energii własnej sieci przesyłowej w celu umożliwienia odbioru i dostarczenia energii elektrycznej od dowolnych dostawców. Brak natomiast regulacji ograniczającej zakres wykonywania prawa własności przez zakłady energetyczne w stosunku do własnych punktów oświetleniowych. Ujmując rzecz kolokwialnie: nikt nie ma prawa narzucić właścicielowi, jakim prądem ma świecić w swoich lampach – nawet podmiot, który za ten prąd chce czy powinien płacić. Powyższego w żadnym razie nie zmienia pomieszczenie obowiązku zapewnienia oświetlenia ulicznego w zadaniach własnych gminy. Właściciel nie musi w tym przypadku zważać na ustawowe obowiązki wspólnoty.

Nietrafne jest więc stanowisko jakoby „...brak jest podstaw prawnych do uznania, że gmina ze względu na brak tytułu prawnego do urządzeń oświetlenia ulicznego, pozbawiona jest prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych w drodze procedury otwartej na konkurencję. Ponadto, dostarczanie przez innego wykonawcę energii elektrycznej do punktów oświetlenia ulicznego niebędących własnością gminy, nie narusza prawa własności przysługującego zakładowi energetycznemu. Obowiązek zapewnienia dostaw energii został bowiem nałożony na gminę na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, natomiast sam fakt, że dostawcą energii jest inny podmiot niż właściciel nie narusza przysługującego mu prawa własności.”

Oczywiście gmina jest zawsze uprawniona do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych w drodze procedury otwartej na konkurencję. Po przeprowadzeniu takiego przetargu i zawarciu umowy z dostawcą uzyska nawet formalny status odbiorcy energii elektrycznej w rozumieniu powoływanych przez Kontrolę przepisów Prawa energetycznego. Jednakże bez zgody właściciela urządzeń, w których prąd będzie wykorzystywany (urządzeń odbiorczych – w tym przypadku oświetlenia ulicznego) będzie „odbiorcą”, który nie odbierze ani jednego kW energii elektrycznej. Gmina nie będzie mogła wykorzystać cudzych urządzeń odbiorczych do realizacji swoich ustawowych zadań w sposób inny niż uzgodniony z właścicielem (np. tylko przy pomocy prądu przezeń dostarczonego). Dostarczanie energii elektrycznej do punktów oświetlenia ulicznego bez zgody ich właściciela narusza przysługujące mu prawo własności.

W Protokole kontroli i Informacji o wyniku kontroli nie został ostatecznie ustalony i zakwestionowany fakt rzeczywistego posiadania przez wykonawcę kontrolowanego zamówienia (ENEA S.A.) praw wyłącznych do urządzeń oświetleniowych. W tym zakresie wskazano jedynie: *„Na marginesie należy zauważyć, iż z dokumentacji postępowania nie wynika, by Enea S.A. deklarowała posiadanie prawa do punktów świetlnych, a jedynie, iż posiada umowę z operatorem systemu dystrybucyjnego Enea Operator sp. z o.o.”* Również w zastrzeżeniach do wyniku kontroli zamawiający odnosi się do powyższej kwestii wyjątkowo ogólnie, poprzestając w tym zakresie na stwierdzeniach typu *„w stanie wiedzy posiadanym przez Gminę”*.

Przyjąć więc można, iż możliwość udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy zakwestionowano ze względu na fakt, iż jego przedmiot mogło wykonać wielu wykonawców (brak przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy), a dostawa prądu przez nich wykonywana generalnie nie naruszała praw wyłącznych właściciela lamp (brak przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b). Nie zakwestionowano natomiast powyższego ze względu na rzeczywisty brak posiadania praw wyłącznych w stosunku do punktów oświetleniowych przez wybranego dostawcę energii. Tym samym okoliczność ta nie była przedmiotem oceny Izby, która w ramach opiniowania zastrzeżeń do wyniku kontroli nie prowadzi własnych ustaleń faktycznych.

Jednakże na marginesie, odnośnie powyższego, Izba stwierdza, że nietrafne jest stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli odnośnie interpretacji przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, jakoby *„...przedmiotowa przesłanka nie może być uznana za spełnioną w przypadku gdy wykonawca, któremu*

przysługują prawa wyłączne zleca wykonanie przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, bowiem nie jest wtedy jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zlecanych usług z uwagi na przysługujące mu prawo wyłączne. W tym zakresie Izba wskazuje, iż ww. ustawowego wyrażenia „prawo wyłączne” nie można sprowadzić znaczeniowo do pojęcia „prawa nieprzenoszalnego”. Uprawniony może jak najbardziej, w sposób dowolny, w granicach dozwolanych w stosownych przepisach, przenosić przysługujące mu prawa wyłączne i w ten sposób *de facto* wskazać innego wykonawcę zamówienia publicznego, do którego odnosić się będzie przesłanka możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych. Dla przykładu: właściciel urządzenia odbiorczego wskaże, iż jego urządzenie może odbierać prąd, który chce zamawiać i opłacać gmina, tylko i wyłącznie od wskazanego przez dostawcy – w takim przypadku tylko taki dostawca będzie posiadał pochodzące od właściciela „prawo wyłączne” pozwalające mu wykonać zamówienie publiczne na dostawę energii do danych urządzeń. Ww. przesłanka nie znajdzie zastosowania dopiero w przypadku gdy na skutek przeniesienia praw wyłącznych i swobodnego nimi dysponowania w nabytym zakresie, na rynku potencjalnych wykonawców danego zamówienia będzie mogła zaistnieć konkurencja. Dla przykładu: właściciel urządzeń odbiorczych wyrazi zgodę na dostawę prądu do jego urządzeń przez co najmniej dwóch wykonawców, do których będzie można skierować konkurencyjne postępowanie w celu udzielenia zamówienia.

Reasumując, w ustalonym przez Kontrolę stanie faktycznym sprawy, zamawiający był uprawniony do udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówienia na dostawę energii elektrycznej do punktów oświetleniowych stanowiących własność dostawcy (lub przedmiot innych praw wyłącznych mu przysługujących), na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy.

Jednakże, niezależnie od powyższego, kontrolowane zamówienie, udzielone w trybie z wolnej ręki, dotyczyło nie tylko dostawy energii elektrycznej do punktów oświetleniowych, których właścicielem pozostawała ENEA S.A. (lub posiadała pochodzące od właściciela prawa wyłączne do dostarczania prądu do jego urządzeń) ale również obejmowało dostawy prądu do lamp będących własnością zamawiającego. Według deklaracji zamawiającego stanowiło to ok. 20 % wartości przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę energii (bez części obejmującej dystrybucję). Właśnie udzielają zamówienia w trybie z wolnej ręki w tym zakresie, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy. Nie wystąpiła w tym przypadku żadna z ww. przesłanek zastosowania niekonkurencyjnego

trybu udzielenie zamówienia, a żadne względy funkcjonalne czy związane z wygodą zamawiającego (zresztą w zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie podnoszone) nie mogły stanowić uzasadnienia do połączenia tego zakresu zamówienia z zakresem, wobec którego przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki występowała. Z tego też względu nie uwzględniono zastrzeżeń do wyników kontroli uznając, iż wskazane naruszenia przepisów w ramach kontrolowanego postępowania miały miejsce.

Odnosnie powyższego Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli zasadzające się na wskazaniu, iż w obecnym stanie prawnym (po powoływanych zmianach Prawa energetycznego z roku 2007) zamawiający mógł, a tym samym powinien zastosować, któryś z podstawowych trybów udzielenia zamówienia, wskazanych w art. 10 ust. 1 Pzp, do nabycia energii elektrycznej przeznaczonej do zasilania własnych punktów oświetleniowych.

Bez znaczenia w tym przypadku pozostaje okoliczność podnoszona przez zamawiającego w uzasadnieniu zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, iż *„Urządzenia oświetleniowe będące własnością gminy są w sposób stały połączone z siecią stanowiącą własność w/w Spółki.”* Pomijając nawet notoryjny fakt, iż ENEA S.A, jako producent energii elektrycznej nie jest właścicielem sieci dystrybucyjnej, samo przyłączenie urządzeń odbiorcy do sieci jakiegokolwiek właściciela nie stanowi przeszkody do przewidzianej w art. 4j ustawy Prawo energetyczne możliwości zakupu energii u dowolnego sprzedawcy. Tym samym ENEA S.A. ,w przypadku dostawy prądu do lamp zamawiającego, nie była ani podmiotem posiadającym jakiegokolwiek prawa wyłączne w tym zakresie (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy), ani nie mogła zostać uznana za jedyny podmiot mogący wykonać zamówienie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp) – a przynajmniej zamawiający żadnych przesądzających powyższe okoliczności nie wykazał.

Reasumując, zamawiający mógł zakupić energię elektryczną do własnych lamp u jakiegokolwiek sprzedawcy prądu działającego na rynku, natomiast dokonując takiego zakupu z wyłączeniem konkurencji naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....