

Sygn. akt: KIO/KD 6/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 stycznia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 30.12.2015 r. /wpływ 31.12.2015 r. – wpływ bezpośredni do Prezesa UZP/ (znak: DZP.500.293.2015.ES) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego
ul. Klonowica 5
71 – 241 Szczecin

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 28.12.2015 r.
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/62(5)/15/KG KNZ/29/15)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Konserwacja i bieżące utrzymanie w roku 2014 oświetlenia ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a).

Uzasadnienie

Pismem z 17.12.2013 r. Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego zwana dalej: „Zamawiającym” przesłała Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, zwanemu dalej: „Prezes UZP”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, którego przedmiotem zamówienia była: „*Konserwacja i bieżące utrzymanie w roku 2014 oświetlenia ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin*”.

Prezes UZP wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania w dniu 08.12.2015 r. poprzedzając ją postępowaniem wyjaśniającym KZ/1728/13/DKD w ramach którego zażądał pismem z 22.10.2014 r. stosownej dokumentacji. W jej ramach przeprowadzono także dowód z opinii powołanego biegłego sądowego z zakresu sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (opinia sporządzona: 20.07.2015 r.- 07.09.2015 r., opinia uzupełniająca z 30.09.2015 r.). Biegły odniósł się także do zastrzeżeń Zamawiającego w ramach swojego stanowiska pisemnego – stanowisko z 05.01.2016 r.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 28.12.2015 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKD/WKZ/421/62(5)/15/KG KNZ/29/15) - wynikają następujące okoliczności. Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 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 wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności odniósł się do kwestii związanych ze stosunkami własnościowymi urządzeń służących do oświetlenia ulicznego znajdujących się na terenie Gminy Miasta Szczecin. Determinują one bowiem sposób i tryb wyboru podmiotu świadczącego usługi konserwacji i utrzymania instalacji oświetleniowej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sytuacji, gdy urządzenia stanowią własność przedsiębiorstwa energetycznego, to w zakresie konserwacji i utrzymania tych urządzeń istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w oparciu o dyspozycję przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, zgodnie z którą 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. Podkreślić należy, iż przywołany powyżej przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega

ochronie z mocy norm ustawowych. Zgodnie z definicją legalną prawa własności zawartą w art. 140 Kc, do podstawowych uprawnień właścicielskich należy uprawnienie do korzystania z rzeczy i rozporządzania nią z wyłączeniem innych osób. Prawo własności rzeczy ze swojej istoty jest prawem o charakterze wyłącznym. W konsekwencji, jego ochrona może uzasadniać udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanego wyżej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp. W niniejszej sprawie przedsiębiorstwo energetyczne było w momencie wszczęcia postępowania właścicielem części urządzeń oświetleniowych na terenie Gminy Miasta Szczecin, jednocześnie w złożonym oświadczeniu nie wyraziło zgody na podejmowanie działań na jego własności przez podmioty trzecie. Tym samym, w zakresie urządzeń oświetleniowych będących własnością przedsiębiorstwa energetycznego zachodziły podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp. Zauważył, iż odmiennie sytuacja przedstawia się tam gdzie nie wystąpiły ograniczenia własnościowe – w niniejszej sprawie, w zakresie urządzeń będących własnością Gminy Miasta Szczecin. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sytuacji, gdy urządzenia stanowią własność gminy, to Zamawiający jako podmiot, któremu przysługuje prawo własności – jest uprawniony do wyboru w trybie konkurencyjnym podmiotu, który będzie świadczył na jego rzecz usługę konserwacji i utrzymania oświetlenia ulicznego. W konsekwencji, w tym zakresie Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp. Wskazał, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły również podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej: „TSUE”, (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja Wspólnot

Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec).W ocenie Prezesa UZP, w niniejszej sprawie nie było przeszkód technicznych o obiektywnym charakterze uniemożliwiających realizację zamówienia przez dwa różne podmioty – w sytuacji wyboru w postępowaniu konkurencyjnym przez Zamawiającego innego podmiotu, niż ENEOS Spółka z o.o. Zamawiający zarówno w zawiadomieniu, jak również w nadesłanych wyjaśnieniach nie wskazał żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wybrany wykonawca. Przeciwnie, z nadesłanych przez Zamawiającego dokumentów (w szczególności czynności wymienionych w zawartej umowie) wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usługami stanowiącymi czynności standardowe wykorzystywane przy tego typu zamówieniach. Nie stało temu również na przeszkodzie sterowanie oświetleniem poprzez jeden system kaskadowy z centralnej szafy oświetleniowej, bowiem czynności mogą być wykonywane zgodnie z zasadami organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych. Powyższą ocenę potwierdził biegły sądowy z zakresu sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, którego opinii w niniejszym postępowaniu zasięgnął Prezes Urzędu. W przekazanej opinii biegły stwierdził, iż *w przypadku ustalenia właściwych zasad współpracy, nie byłoby przeszkód o charakterze technicznym uniemożliwiających równoczesną eksploatację jednego systemu sterowania kaskadowego z centralnej szafy oświetleniowej dla danego obszaru przez dwa odrębne podmioty, tj. ENEOS Spółka z o.o. w zakresie instalacji oświetleniowej stanowiącej jej własność (około 70%) oraz przez wykonawcę wybranego przez Gminę Miasto Szczecin odnośnie instalacji oświetleniowej należącej do gminy (około 30%).* Biegły dodał, iż *Gmina Miejska może wybrać w drodze zamówienia publicznego wykonawcę dla prowadzenia eksploatacji własnego oświetlenia, również w sytuacji funkcjonowania jednego systemu sterowania kaskadowego oświetleniem z centralnej szafy oświetleniowej dla danego obszaru. Prowadzenie eksploatacji urządzeń oświetlenia drogowego (ulicznego) pozostaje w gestii wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.* Biegły wskazał, że *nie jest wyjątkową praktyką, iż przedsiębiorstwa energetyczne wyrażają zgodę (na zasadach wzajemnej współpracy, określonych w stosownej „Instrukcji współpracy” bądź w umowie) - nawet na utrzymywanie instalacji i urządzeń oświetlenia drogowego (ulicznego) będących własnością przedsiębiorstwa energetycznego (zabudowanych na terenie działania gminy) - przez osoby fizyczne lub prawne (wykonawców) wskazane przez Gminę. Dzieje się tak również wtedy, gdy sterowanie oświetleniem odbywa się poprzez jeden system kaskadowy z centralnej szafy oświetleniowej dla danego obszaru, co nie jest wyjątkowym rozwiązaniem na rozległych terenach gminnych (w szczególności gmin miejskich). Jak widać z powyższego przedmiotowe usługi, po spełnieniu określonych warunków, mogą być*

świadczone przez wielu wykonawców, co prowadzi do wniosku, iż uprawnienie dla firmy ENEOS Sp. z o.o. do wyłącznego prowadzenia prac na majątku Gminy Miasta Szczecin w postaci infrastruktury oświetleniowej, wynika jedynie z niewyrażenia formalnej zgody na prowadzenie przez podmiot trzeci jakichkolwiek prac na instalacjach należących do ENEOS jak i zasilanych z sieci ENEOS Spółka z o.o., nie wynika zaś z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze („względy techniczne”), o których mowa w 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy PZP, lecz z ochrony monopolu na tego rodzaju usługi. Jak wynika z opinii biegłego, rozdzielenie spójnej pod względem funkcjonalno-użytkowym sieci oświetleniowej należącej do ENEOS Sp. z o.o. i sieci oświetleniowej należącej do Gminy Miasta Szczecina jest możliwe (choć stanowi pewien problem techniczny), oczywiście po spełnieniu określonych warunków, tj. po określeniu zasad współpracy w stosownej umowie oraz „Instrukcji współpracy pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym, a samorządem w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego”, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpiecznej organizacji pracy przy instalacjach i urządzeniach elektrycznego oświetlenia drogowego (...). Zgodnie z zasadami organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych, w przypadku zasilania urządzeń z tej samej sieci elektroenergetycznej, eksploatującym może być zarówno właściciel tej sieci, jak również osoba fizyczna lub prawna zaakceptowana (nie zaś osoba wyznaczona, tzn. jednostronnie wskazana przez właściciela sieci) przez właściciela sieci elektroenergetycznej, tj. osoba, na którą właściciel tej sieci wyraził zgodę na warunkach określonych w stosownej „Instrukcji współpracy” bądź w umowie. Jednocześnie, okoliczności, na które wskazał Zamawiający, tj.: względy ekonomiczne czy organizacyjne, dysponowanie przez wybranego wykonawcę możliwościami technicznymi i kadrowymi, nie stanowią przyczyn o charakterze technicznym. W ocenie biegłego, nie jest przewagą konkurencyjną firmy ENEOS Spółka z o.o. to, że dysponuje ona wszelkimi możliwościami technicznymi jak i kadrowymi w celu realizacji zadań związanych z eksploatacją oświetlenia Gminy Miasta Szczecin, ponieważ wszystkie profesjonalne podmioty takie kompetencje posiadają. O tym, że istnieją na rynku również inne podmioty mogące zrealizować zamówienie na konserwację i bieżące utrzymanie urządzeń oświetlenia ulicznego świadczą przykłady podane przez biegłego w opinii oraz ogłoszenia o podobnym przedmiocie zamówienia informujące o wszczęciu postępowań w trybie przetargu nieograniczonego. Biegły wskazał, że potwierdzeniem utrzymywania instalacji i urządzeń oświetlenia drogowego w gminach (będących własnością gminy) przez inne podmioty gospodarcze niż lokalne (miejskowe) przedsiębiorstwa energetyczne (Operatorzy Systemu Dystrybucyjnego) operujące na danym obszarze są przykłady firm „PKP Energetyka” S.A. oraz „Elektrotim” S.A. Przykładowe postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych: Gmina Czerwonak – „konserwacja i remont oświetlenia drogowego będącego własnością Gminy Czerwonak” – nr

ogłoszenia 3190–2014 z dnia 28.01.2014 r.; Miasto i Gmina Sztum – „konserwacja i utrzymanie oświetlenia drogowego będącego własnością Gminy w mieście i gminie Sztum” – nr ogłoszenia 134270–2013 z dnia 05.04.2013 r.; Gmina Białe Błota – „świadczanie usług bieżącego utrzymania i konserwacji oświetlenia ulicznego, stanowiącego własność Gminy Białe Błota, na terenie gminy Białe Błota” – nr ogłoszenia 482716–2013 z dnia 25.11.2013 r.; Gmina Czechowice Dziedzice – „konserwacja sieci i 1727 oprav oświetlenia ulicznego będącego własnością Gminy Czechowice – Dziedzice” – nr ogłoszenia 244159–2014 z dnia 25.11.2014 r.; Gmina Głogów – „konserwacja urządzeń oświetlenia drogowego, parkowego oraz sygnalizacji świetlnej będącej własnością Gminy Miejskiej Głogów w celu utrzymania ich w należyтым stanie technicznym” – nr ogłoszenia 2012-161944 z dnia 22.11.2012 r. Reasumując Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie wykazał zaistnienia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, co do przedmiotu zamówienia objętego zamówieniem z wolnej ręki. Podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania na konserwację i bieżące utrzymanie w roku 2014 oświetlenia ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin w trybie z wolnej ręki mógł być przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, jednakże jedynie w zakresie urządzeń oświetleniowych będących własnością przedsiębiorstwa energetycznego. W części należącej do Gminy Miasta Szczecin nie wystąpiła żadna z przesłanek wyrażonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) czy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), która uzasadniałaby zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Nadmienić należy, że żadne względy funkcjonalne czy organizacyjne (okoliczność sterowania oświetleniem poprzez jeden system kaskadowy z centralnej szafy oświetleniowej), w związku z możliwością ustalenia zasad wzajemnej współpracy, nie mogły stanowić uzasadnienia do połączenia tego zakresu zamówienia z zakresem, wobec którego przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki występowała.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z 30.12.2015 r. /wpływ 31.12.2015 r./) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Zamawiający w wyjaśnieniu w sprawie zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał sposób i tryb wyboru podmiotu świadczącego usługę konserwacji i bieżącego utrzymania instalacji oświetleniowej podając merytoryczne uzasadnienie podjętej decyzji. Wskazano również, że system oświetleniowy na terenie miasta nie stanowi jednorodnego systemu pod względem własnościowym, ale i techniczno-eksploatacyjnym, czego przejawem jest zasilanie oświetlenia różnych właścicieli tj. ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (dawniej ENEOS Sp. z o.o.) i Gminy Miasta Szczecin z tych samych szafek oświetlenia ulicznego oraz z tych samych obwodów. W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono m.in., że „Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sytuacji gdy urządzenia stanowią własność przedsiębiorstwa energetycznego, to w zakresie konserwacji i utrzymania tych urządzeń istnieją podstawy o udzielenie zamówienia w oparciu

o dyspozycję przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b)". Przywołano również oświadczenie firmy ENEOS Sp. z o.o. (obecnie: ENEA Oświetlenie Sp. z o.o.) o nie wyrażeniu zgody na jakąkolwiek ingerencję w jego własność przez podmioty trzecie. Ponadto zdaniem Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie przesłanką udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest również art.67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp. Zamawiający w swoim uzasadnieniu przywołał definicję sieci energetycznej wskazując jej wady i zalety. W związku z powyższym trudno się zgodzić ze stanowiskiem Prezesa UZP, w którym stwierdza się, że w przedmiotowej sprawie nie było przeszkód technicznych o obiektywnym charakterze uniemożliwiającym realizację zamówienia przez dwa różne podmioty. Podobnie stanowisko reprezentowane przez biegłego sądowego, w którym wyrażony jest pogląd „(...) iż w przypadku ustalenia właściwych zasad współpracy, nie byłoby przeszkód o charakterze technicznym (...)” jest stwierdzeniem oderwanym od indywidualnych i obiektywnych uwarunkowań technicznych jakie występują na terenie Gminy Miasta Szczecin. Ponieważ przeważająca część sieci oświetleniowej stanowi majątek „zakładu energetycznego” nie można zastosować przywołanego trybu udzielenia zamówienia publicznego - głównie z powodów technicznych - brak możliwości rozdzielania sieci i sterowania. Oczywiście rozdzielanie sieci jest teoretycznie jak i fizycznie możliwe, ale wymaga dużych nakładów finansowych w zasadzie tylko ze strony Gminy i nieadekwatnych do osiągniętych korzyści (przebudowa szaf oświetleniowych, obwodów, budowa nowych przyłączy, opracowania projektów na potrzeby przebudowy sieci) oraz wiąże się z utratą elastyczności/zalet jakie niesie za sobą obecny układ sieci, bo oświetlenie coraz częściej będzie osobną i izolowaną instalacją oświetleniową. Powyższe spowoduje również ujemne skutki np. w szybkim usuwaniu awarii i funkcjonowaniu oświetlenia ulicznego. Z uwagi na stanowisko /oświadczenie przedsiębiorstwa energetycznego brak jest możliwości ustalenia zasad współpracy i właściwą eksploatację sieci oświetleniowej przez dwa podmioty. Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie nie zgadza się ze stanowiskiem biegłego, że Gmina może wybrać w drodze zamówienia publicznego wykonawcę dla prowadzenia eksploatacji oświetlenia również w sytuacji funkcjonowania systemu sterowania kaskadowego z jednoczesnym wskazaniem, że prowadzenie eksploatacji urządzeń oświetlenia pozostaje w gestii wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami Pzp. Byłoby to możliwe w sytuacji funkcjonowania dwóch oddzielnych - niezależnych (albo prawie niezależnych) systemów zasilania i sterowania oświetleniem ulicznym w Szczecinie. Ponadto system kaskadowy uzupełnia tylko sposób sterowania oświetleniem. Dodatkowo podniósł problem odpowiedzialności i dopuszczenia „drugiego” wykonawcę - operatora do pracy na obcej sieci, do czego nie odniósł się biegły sądowy. Biegły określił, że można opracować instrukcję eksploatacji uwzględniającą zlecenie podmiotowi trzeciemu wyłonionemu w postępowaniu przetargowym eksploatację oświetlenia ulicznego. Jednakże przepisy dotyczące organizacji

bezpiecznej pracy przy urządzeniach energetycznych (Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych Dz. U z 2013r. poz. 492) nakazują wyznaczenie jednego eksploatującego tę samą instalację energetyczną. Ponieważ instalacje oświetleniowe Miasta Szczecin są wymieszane własnościowo wyłonienie jednego eksploatującego dla sieci oświetleniowej wymaga zgody „przedsiębiorstwa energetycznego” dla takiego działania. ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (dawniej: ENEOS Sp. z o.o.) nie wyraził zgody dla takiego postępowania. W opinii biegłego sądowego eksploatacja przez podmioty trzecie jest możliwa w przypadku zachowania układów sterowania kaskadowego, ale tylko dla wydzielonej sieci oświetlenia ulicznego w sposób umożliwiający zachowanie jednego eksploatującego urządzenia co w chwili obecnej z przyczyn czysto technicznych nie jest możliwe. Przywołane w piśmie postępowania dotyczą wydzielonych punktów zasilających wraz z infrastrukturą oświetleniową należącą tylko do gminy lub podmiotu energetycznego co po ustaleniu odpowiednich instrukcji ruchowych jest możliwe do realizacji. Na terenie Gminy Miasta Szczecin taka sytuacja nie występuje. W przypadku gdy pojedyncze części instalacji należą do różnych właścicieli rozdzielanie funkcji eksploatującego jest niemożliwe. Również przywołanie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest adekwatne do sytuacji organizacyjno - technicznej w zakresie funkcjonowania oświetlenia ulicznego w Szczecinie. To właśnie przeszkody techniczne i formalne utrudniają, a wręcz uniemożliwiają wybór „drugiego” operatora dla potrzeb konserwacji i eksploatacji części oświetlenia ulicznego. Nie znaczy to, że nie są podejmowane działania i rozmowy z ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (dawniej: ENEOS Sp. z o.o.) w celu uporządkowania tej sfery zlecenia usług.

Prezes UZP w odpowiedzi z 14.01.2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/62(9)/15/KG KNZ/29/15) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowej sprawy oraz stanowisko biegłego sądowego z zakresu sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Prezes Urzędu stwierdza, że nie zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na *konserwację i bieżące utrzymanie w roku 2014 oświetlenia ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin*. Zamawiający zarówno w przekazanych wyjaśnieniach, jak i w zastrzeżeniach będących przedmiotem niniejszej odpowiedzi, nie wykazał, iż jedynie wykonawca zaproszony do negocjacji był w stanie zrealizować zamówienie objęte przedmiotową kontrolą. Na wstępie wskazał, że sporządzający opinię, ustosunkowując się do wniesionych zastrzeżeń, podtrzymał swoje stanowisko, iż *po spełnieniu określonych warunków (tj. techniczno-ekonomiczno-organizacyjnych), usługi konserwacji i bieżącego utrzymania oświetlenia*

ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin mogą być świadczone przez wielu wykonawców, co prowadzi do wniosku, iż uprawnienie dla firmy ENEOS Sp. z o.o. do wyłącznego prowadzenia prac na majątku Gminy Miasta Szczecin w postaci infrastruktury oświetleniowej, wynika jedynie z niewyrażenia formalnej zgody na prowadzenie przez podmiot trzeci jakichkolwiek prac na instalacjach należących do ENEOS jak i zasilanych z sieci ENEOS Spółka z o.o., nie wynika zaś z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze („względy techniczne”), o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy PZP, lecz z ochrony monopolu na tego rodzaju usługi. Zdaniem biegłego, rozdzielenie spójnej pod względem funkcjonalno - użytkowym sieci oświetlenia należącej do ENEOS Sp. z o.o. i sieci oświetleniowej należącej do Gminy Miasta Szczecin jest możliwe (choć stanowi pewien problem techniczny), oczywiście po spełnieniu określonych warunków, tj. po określeniu zasad współpracy w stosownej umowie oraz „Instrukcji współpracy pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym, a samorządem w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego”, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpiecznej organizacji pracy przy instalacjach i urządzeniach elektrycznego oświetlenia drogowego, na zasadach określonych w „Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych w ENEA Operator Sp. z o.o.” (firma ENEOS Sp. z o.o., obecnie ENEA Oświetlenie Sp. z o.o., należy do Grupy Kapitałowej ENEA). Zauważył, iż ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec, C-126/03). Tym samym Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki oraz przekazywanych wyjaśnieniach powinien wykazać, iż zachodziły podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający najpierw wskazał na *brak możliwości rozdzielania sieci i sterowania*. Po czym w następnym zdaniu stwierdza, że *rozdzielenie sieci jest teoretycznie jak i fizycznie możliwe, ale wymaga dużych nakładów finansowych w zasadzie tylko ze strony Gminy i nieadekwatnych do osiągniętych korzyści oraz wiąże się z utratą elastyczności/zalet jakie niesie ze sobą obecny układ sieci (...)*. Wyjaśnił, że *powyższe spowoduje również ujemne skutki np. w szybkim usuwaniu awarii i funkcjonowaniu oświetlenia ulicznego*. Zdaniem Prezesa UZP, wskazane przez Zamawiającego okoliczności mają jedynie charakter hipotetyczny i dotyczą sfery organizacyjnej. Należy przy tym zauważyć, iż przedstawione argumenty nie zostały poparte żadnymi dowodami (dokumentacją z analizy rynku, symulacją kosztów zmiany wykonawcy, jakości świadczonych usług itp.). Stanowią zatem przejaw subiektywnych przekonań Zamawiającego. Nie uzasadniają istnienia obiektywnych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Podobne stanowisko zajął biegły. Zgodnie ze stanowiskiem

sporządzającego opinię, bez przeprowadzenia stosownej analizy techniczno-ekonomicznej nie wiadomo jednak, jaki byłby konieczny do wykonania zakres rzeczowo - ilościowy robót w celu umożliwienia sprawnego zarządzania ruchowego siecią oświetleniową. Niewykluczone, iż stosunkowo niewielki przy prawidłowym opracowaniu zasad współpracy w stosownej umowie oraz „Instrukcji współpracy pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym, a samorządem w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego”, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpiecznej organizacji pracy przy instalacjach i urządzeniach elektrycznego oświetlenia drogowego, na zasadach określonych w „Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych w ENEA Operator Sp. z o.o.” Biegły stwierdził, iż w związku z brakiem przedstawienia przez Zamawiającego stosownej analizy techniczno-ekonomicznej oraz powoływanie się jedynie na oświadczenie firmy ENEOS Sp. z o.o., nie można wykluczyć, iż opinia Zamawiającego jest *de facto* opinią zainteresowanej strony, tj. firmy ENEOS Sp. z o.o., która z przyczyn biznesowych (ochrony własnego monopolu) nie wyraziła formalnej zgody na prowadzenie przez jakikolwiek podmiot trzeci jakichkolwiek prac na instalacjach należących do niej, jak i zasilanych z jej sieci. Biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny, biegły wysnuł wniosek, iż na etapie wyboru wykonawcy, Zamawiający nie posiadał wiedzy opartej na merytorycznym uzasadnieniu, co do braku technicznych możliwości rozdzielania sieci i sterowania oświetleniem. Ustosunkowując się do dalszych twierdzeń zawartych w zastrzeżeniach dotyczących problemu odpowiedzialności i dopuszczenia „drugiego” wykonawcy - operatora do pracy na obcej sieci, biegły wskazał, że jak wynika z „Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych w ENEA Operator Sp. z o.o.” prowadzącym eksploatację może być (jest) jednostka organizacyjna, osoba prawna lub osoba fizyczna, zajmująca się eksploatacją własnych lub powierzonych jej na podstawie zawartej umowy urządzeń elektroenergetycznych. W ENEA Operator Sp. z o. o. prowadzącym eksploatację jest Dyrektor właściwego terytorialnie Oddziału Dystrybucji lub pisemnie wyznaczone przez niego osoby. Zewnętrzni wykonawcy wykonujący prace przy urządzeniach elektroenergetycznych muszą przestrzegać ustaleń zawartych w niniejszej instrukcji oraz pozostałych regulacji dotyczących prowadzonych prac wynikających z zakresu umowy. Jednocześnie biegły zgodził się z Zamawiającym, iż w sytuacji, gdy instalacje oświetleniowe Miasta Szczecin są wymieszane własnościowo, wyłonienie jednego eksploatującego dla sieci oświetleniowej wymaga zgody ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. (dawniej: ENEOS Sp. z o.o.). Należy w tym miejscu powtórzyć za informacją o wyniku kontroli, że w przekazanej opinii biegły stwierdził, iż w przypadku ustalenia właściwych zasad współpracy, nie byłoby przeszkód o charakterze technicznym uniemożliwiających równoczesną eksploatację jednego systemu sterowania kaskadowego z centralnej szafy oświetleniowej dla danego obszaru przez dwa odrębne podmioty, tj. ENEOS Spółka z o.o. w zakresie instalacji

oświetleniowej stanowiącej jej własność (około 70%) oraz przez wykonawcę wybranego przez Gminę Miasto Szczecin odnośnie instalacji oświetleniowej należącej do gminy (około 30%). Jednocześnie zwrócił uwagę, że sam Zamawiający ma świadomość istnienia nieprawidłowości przy udzielaniu zamówienia na konserwację i utrzymanie oświetlenia w zakresie urządzeń oświetleniowych będących jego własnością. We wniesionych zastrzeżeniach nadmienił, że są *podejmowane działania i rozmowy z ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. w celu uporządkowania tej sfery zlecenia usług*. Jednocześnie ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. podejmując takie rozmowy wskazuje na potencjalną bądź nawet realną możliwość uregulowania kwestii świadczenia przedmiotowych usług. Zamawiający powinien jednak przedsięwziąć niezbędne działania, rozmowy i analizy przed udzieleniem zamówienia, będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Reasumując stwierdził, że w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych okoliczności, które wskazywałyby, iż w przedmiotowej sprawie w części należącej do Gminy Miasta Szczecin zaistniała sytuacja, w której usługi konserwacji i utrzymania oświetlenia ulicznego z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógł świadczyć tylko jeden wykonawca. W przypadku, gdy urządzenia stanowią własność Zamawiającego - powinien on, dążąc do ustalenia zasad wzajemnej współpracy z przedsiębiorstwem energetycznym, zachować uprawnienie do swobodnego dysponowania swoim majątkiem, a co za tym idzie wyboru w trybie konkurencyjnym podmiotu, który będzie świadczył na jego rzecz usługi.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko organu kontroli wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej oraz opinie powołanego biegłego tak pierwszą, jaki i uzupełniającą oraz jego stanowisko do zastrzeżeń Zamawiającego, należy uznać w ocenie Izby, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wykazał, że istniały przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

W konsekwencji, Izba nie podzieliła oceny organu kontroli uzasadniającego stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenia przez Zamawiającego

przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp. Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Izba zapoznała się ze stanowiskiem organu kontroli opartym na opinii biegłego, jednakże należy przywołać następujące okoliczności a ściśle pytania zadane biegłemu.

W pierwszym wypadku biegły miał odpowiedzieć na pytania:

1. Czy w zakresie instalacji oświetlenia ulicznego będącego własnością Zamawiającego - Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie (około 30%) z przyczyn technicznych możliwe było udzielenie zamówienia na konserwację i bieżące utrzymanie tego oświetlenia innemu wykonawcy niż ENEOS Sp. z o.o.,
2. Czy sterowanie oświetleniem poprzez jeden system kaskadowy z centralnej szafy oświetleniowej dla danego obszaru może stanowić uzasadnienie dla udzielenia zamówienia w części będącej własnością Zamawiającego firmie ENEOS Sp. z o.o. (biorąc pod uwagę czynności wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia wymienione w § 2 umowy NR ZDiTM - 109/2013 z dnia 15 stycznia 2014r.).

W zakresie opinii uzupełniającej biegły udzielił odpowiedzi na następujące pytania:

Czy biorąc pod uwagę treść sporządzonej i przekazanej Opinii z dnia 07.09.2015r. poprawne będzie twierdzenie, iż w przypadku ustalenia zasad współpracy nie byłoby przeszkód o charakterze technicznym uniemożliwiających równoczesną eksploatację jednego systemu sterowania z centralnej sieci oświetleniowej przez dwa odrębne podmioty? ENE-OS Sp. z o.o. w zakresie instalacji oświetleniowej stanowiącej jej własność (około 70%) oraz przez wykonawcę wybranego przez Gminę Miasto Szczecin odnośnie instalacji oświetleniowej należącej do Gminy (około 30%)? Następnie biegły ustosunkował się do zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń.

Powyższe przytoczenie jest konieczne z uwagi na następujące okoliczności. W ocenie bowiem, Izby biegły nie odpowiedział w sposób nie budzący wątpliwości na zadane pytania, a ściślej uzyskane opinie są niepełne, mają istotne braki. Sporządzone bowiem opinie wskazują na konieczność przeprowadzenia stosownej analizy techniczno-ekonomicznej – *„Bez przeprowadzenia stosownej analizy techniczno-ekonomicznej nie można w chwili obecnej ocenić, czy de facto brak jest ekonomicznego uzasadnienia do rozdzielania majątku ENEOS Spółka z o.o. od majątku oświetleniowego Gminy Miasta Szczecin (w celu prowadzenia eksploatacji infrastruktury oświetleniowej również przez innych wykonawców, aniżeli wyłącznie ENEOS Spółka z o.o.)”* (str. 27 opinii z 07.09.2015 r. – pkt 5). Podobnie – wniosek końcowy nr 5 (str. 6 opinii uzupełniającej z 30.09.2015 r.). Nadto, biegły podnosił w kontynuacji przytoczonego fragmentu, że: *„Tym bardziej, iż w Szczecinie powstaje inteligentny system zarządzania oświetleniem miejskim „Philips City*

Touch", czyli scentralizowany, zdalny system zarządzania oświetleniem w mieście (System „Philips City Touch” pozwala na komunikowanie i sterowanie indywidualnymi punktami świetlnymi, budując inteligentną sieć, która pozwoli miastu kontrolować i zarządzać oświetleniem na głównych ulicach w centrum, tam gdzie ruch jest największy). Nie można wykluczyć, iż po jego uruchomieniu produkcyjnym, może znacznie skomplikować się techniczna możliwość prowadzenia jego eksploatacji nie przez jednego, ale jednocześnie przez różne podmioty gospodarcze (przez wielu wykonawców).” (str. 27-28 opinii z 07.09.2015 r. – pkt 5). Podobnie – wniosek końcowy nr 5 (str. 6 opinii uzupełniającej z 30.09.2015 r.).

Zamawiający w ramach wniesionych zastrzeżeń wskazał, że: „(...) przeważająca część sieci oświetleniowej stanowi majątek „zakładu energetycznego” nie można zastosować przywołanego trybu udzielenia zamówienia publicznego - głównie z powodów technicznych - brak możliwości rozdzielania sieci i sterowania. Oczywiście rozdzielanie sieci jest teoretycznie jak i fizycznie możliwe, ale wymaga dużych nakładów finansowych w zasadzie tylko ze strony Gminy i nieadekwatnych do osiągniętych korzyści (przebudowa szaf oświetleniowych, obwodów, budowa nowych przyłączy, opracowania projektów na potrzeby przebudowy sieci) oraz wiąże się z utratą elastyczności/zalet jakie niesie za sobą obecny układ sieci, bo oświetlenie coraz częściej będzie osobną i izolowaną instalacją oświetleniową.” Zaś, biegły w stanowisku do tego fragmentu stwierdził m.in., że: „(...) w rzeczywistości z technicznego punktu widzenia prawie każdy problem jest rozwiązywalny (oczywiście do uwzględnienia pozostają uwarunkowania ekonomiczne i kwestie organizacyjne). (...) Bez przeprowadzenia stosownej analizy techniczno-ekonomicznej nie wiadomo jednak, jaki byłby konieczny do wykonania zakres rzeczowo-ilościowy robót w celu umożliwienia sprawnego zarządzania ruchowego siecią oświetleniową. Niewykluczone, iż stosunkowo niewielki przy prawidłowym opracowaniu zasad współpracy w stosownej umowie oraz „Instrukcji współpracy pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym, a samorządem w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego”, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpiecznej organizacji pracy przy instalacjach i urządzeniach elektrycznego oświetlenia drogowego, na zasadach określonych w „Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych w ENEA Operator Sp. z o.o.”. Zdaniem Zamawiającego, powyższe spowoduje również ujemne skutki np. w szybkim usuwaniu awarii i funkcjonowaniu oświetlenia ulicznego. Nie wiadomo jednak, skąd Zamawiający czerpie taką wiedzę, jeśli przyjąć, iż nie przeprowadził do chwili obecnej stosownej analizy techniczno-ekonomicznej w przedmiotowym zakresie. Nie można zatem wykluczyć, iż wyrażona powyżej opinia Zamawiającego w tej kwestii jest de facto opinią zainteresowanej strony, tj. firmy ENEOS Sp. z o.o., która z przyczyn biznesowych (ochrony własnego monopolu) nie wyraziła formalnej zgody na prowadzenie przez jakikolwiek podmiot

trzeci jakichkolwiek prac na instalacjach należących do niej, jak i zasilanych z jej sieci. Taki wniosek potwierdza kolejne zdanie wyrażone przez Zamawiającego, iż z uwagi na stanowisko/oświadczenie przedsiębiorstwa energetycznego brak jest możliwości ustalenia zasad współpracy i właściwą eksploatację sieci oświetleniowej przez dwa podmioty. Dodatkowo należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający najprawdopodobniej nigdy nie żądał również od firmy ENEOS Sp. z o.o. merytorycznego (technicznego) uzasadnienia, co do konieczności zlecenia tylko tej właśnie firmie konserwacji i bieżącego utrzymania w roku 2014 oświetlenia ulicznego na terenie administrowanym przez Urząd Miasta Szczecin (tzn. stosownej na tę okoliczność analizy techniczno-ekonomicznej).”.

Powyższe obrazuje, że owe opracowanie ma kluczowy charakter dla wartości merytorycznej opinii biegłego oraz oceny przeprowadzonej kontroli, skoro sam biegły od niego uzależnia faktyczne zaistnienie przesłanek technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych warunkujących możliwość rozdzielnia sieci energetycznej Zamawiającego od sieci energetycznej podmiotu prywatnego. Co więcej, skoro organ kontrolny postanowił o powołaniu dowodu z opinii biegłego – winien dochować należytej staranności, aby udzielone odpowiedzi nie zawierały sprzecznych stwierdzeń, czy też unikały odpowiedzi na kluczowe kwestie. Biegły dysponował wiedzą specjalną w zakresie objętym pytaniami i brak było przeszkód w sporządzeniu takiego opracowania. Zważywszy, iż opinie zostały sporządzone w czasie trwania postępowania wyjaśniającego – brak było przeszkód co do uzyskania ewentualnych informacji wyjściowych od Zamawiającego koniecznych do sporządzenia stosownej analizy techniczno-ekonomicznej. Przy czym, biegły jest głównym inżynierem jednego z podmiotów funkcjonujących na rynku energetycznym i takie analizy nie powinny być mu obce, skoro w każdym z trzech pisemnych stanowisk powołuje się na brak takiego opracowania. Należy zauważyć, że w stanowisku do zastrzeżeń biegły wręcz uzależnia zasadność argumentacji Zamawiającego od kwestii ekonomicznych i uwarunkowań organizacyjnych. Nadto, sam biegły wyciąga hipotetyczne wnioski, jak wynika z przytoczonego powyżej fragmentu, na podstawie nie istniejącego opracowania uznając, że konieczny do wykonania zakres rzeczowo-ilościowy robót byłby niewykluczone, iż stosunkowo niewielki. Podobnie odnosząc się w tym fragmencie do ujemnych skutków np. w szybkim usuwaniu awarii i funkcjonowaniu oświetlenia ulicznego, stwierdzając że - nie można zatem wykluczyć, iż wyrażona opinia Zamawiającego w tej kwestii jest de facto opinią zainteresowanej strony. Czyni też założenie, że: „(...)Zamawiający najprawdopodobniej nigdy nie żądał również od firmy ENEOS Sp. z o.o. merytorycznego (technicznego) uzasadnienia, co do konieczności zlecenia tylko tej właśnie firmie konserwacji i bieżącego utrzymania (...)”. Niektóre z wniosków biegłego budzą zdziwienie Izby, skoro równie dobrze można uznać, że niektóre z przytoczonych wniosków można na tej samej zasadzie jak biegły, uznać za przejaw opinii zainteresowanej strony, skoro sam biegły pracuje u jednego

z podmiotów funkcjonujących na rynku energetycznym, który bierze czynny udział w zamówieniach publicznych w zakresie objętym kontrolowanym zamówieniem, czemu dobitny wyraz dał sam biegły w swojej pierwszej opinii (załącznik nr 7 – str. 92 i 93). Kolejną kwestia jest niedopowiedzenie co do powstającego w Szczecinie inteligentnego systemu zarządzania oświetleniem miejskim „Philips City Touch”. Izba zapytuje w jakim kontekście ma rozpatrywać tę informację (także sam Zamawiający), na przyszłość, na chwilę obecną, czy też w kontekście kontrolowanego postępowania, jako potwierdzenie zasadności działania Zamawiającego, który wziął tę kwestie także pod uwagę. Nadto, Izba wskazuje, że organ kontrolny nigdy nie wnosił do Zamawiającego o przedstawienie takiego opracowania, jak wskazywane w opiniach biegłego. Biegły również nie odniósł się co do istoty oświadczenia z 10.12.2013 r. Eneos Sp. z o.o., z którego wynika że: *„(...) z istoty prawa własności wynika, że co do zasady jest jedynym podmiotem uprawnionym do korzystania z infrastruktury oświetleniowej będącej jego własnością o czym stanowi art. 140 Kodeksu Cywilnego. Na mocy tego art. (...) jako właściciel Instalacji nie wyraża zgody na prowadzenie przez podmiot trzeci („Wykonawca”), jakichkolwiek prac na Instalacjach. Informujemy, iż podjęcie jakichkolwiek prac na Instalacjach bez zgody (...) stanowić będzie naruszenie prawa własności (...) w odniesieniu do własności. W takiej sytuacji (...) na podstawie art. 222 ust.1 Kodeksu Cywilnego wystąpi przeciwko Wykonawcy na drogę sądową, z pozwem o zaniechanie naruszeń i przywrócenie stanu sprzed rozpoczęcia prac na Instalacjach (...)”*. Izba wyjaśnia, że biegły w tym zakresie nie odniósł się do tego, co ma zrobić Zamawiający w sytuacji, gdy wskazany podmiot mocą przywołanego oświadczenia jednoznacznie odmówił wszelkiej współpracy, to w kontekście założenia biegłego w jego opiniach o możliwości wynikającej z regulaminu wskazanego podmiotu ułożenia wzajemnej współpracy. Należy także uwzględnić realia Zamawiającego, i ewentualne zarzuty, z którymi miałby do czynienia, gdyby naruszył zasady finansów publicznych i nie wydatkował środków publicznych w sposób celowy, racjonalny i oszczędny. Zamawiający miał bowiem obowiązek zapewnienia racjonalizację kosztów, oznaczającą wydajność i skuteczność ich wydatkowania w związku z realizacją zamierzonych zadań.

Należy podkreślić, że w ocenie Izby, na moment podejmowania decyzji o wyborze trybu, dysponując przywołanym oświadczeniem podmiotu prywatnego Zamawiający nie mógł z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wybrać trybu konkurencyjnego. Oczywiście, Izba uznaje za jak najbardziej właściwe wszelkie działania Zamawiającego, które docelowo są podejmowane, aby usunąć owe przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, czyli Zamawiający powinien dążyć konsekwentnie do usunięcia zaistniałych przeszkód.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....