

Rypin, 17.11.2011 r.

ZP.271.30.4.1.2011

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Dostawa energii elektrycznej do obiektów i na potrzeby oświetlenia drogowego”.
Numer postępowania ZP.271.30.2011

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Działając zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wyjaśniam treść zapytania, które wpłynęło 9 listopada 2011 roku:

Treść zapytania:

W dniu 26.10.2011 r. Gmina Miasta Rypina, zwana dalej Zamawiającym, w niniejszym postępowaniu działająca w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz: Gminy Rogowo, Gminy Rypin, Powiatu Rypińskiego, Gminy Skrwilno, Gminy Wąpielsk, Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Rypinie, Rypińskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Rypinie, Przedsiębiorstwa Komunalnego „KOMES” Sp. z o.o. w Rypinie, na podstawie udzielonego Gminie Miasta Rypina pełnomocnictwa, ogłosiła „Przetarg nieograniczony na Dostawę energii elektrycznej do obiektów i na potrzeby oświetlenia drogowego”.

Informujemy Państwa jako organizatora przetargu, iż przetarg ten obciążony jest wadą prawną i warunki przetargu zamieszczone w SIWZ wprowadzają w błąd potencjalnych Oferentów. Zgodnie z punktem 3.2 SIWZ-u przedmiot zamówienia obejmuje dostawę energii elektrycznej dla potrzeb oświetlenia drogowego, gdzie przeważająca część infrastruktury oświetleniowej, wymienionej w załączniku nr 1 cz. II i nr 2 cz. II do SIWZ, nie jest własnością Zamawiającego, lecz spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie. Spółka jako właściciel urządzeń oświetleniowych nie wyraża zgody na wykorzystanie przez Zamawiającego swojej infrastruktury oświetleniowej. Przed ogłoszeniem przetargu Gmina Miasta Rypina o taką zgodę nie występowała, a co za tym idzie nie posiada tytułu prawnego do wykorzystywania majątku będącego własnością Spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o.

W świetle powyższych faktów wnosimy o unieważnienie przetargu lub wyłączenie z niego części majątku oświetleniowego będącego własnością spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o.

Zgodnie z art. 140 Ustawy z dnia 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.) dot. prawa własności, gmina nie będąca właścicielem infrastruktury oświetleniowej, nie może bez zgody właściciela urządzeń organizować przetargów na dostawę energii elektrycznej do celów oświetleniowych oraz na konserwację tej infrastruktury energetycznej

Identyczne stanowisko zajęła Rada Ministrów w odpowiedzi na dezyderat nr 36 sejmowej Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo”, gdzie stwierdzono, że w sytuacji gdy przedsiębiorstwo energetyczne lub powołana przez nie spółka jest właścicielem urządzeń oświetlenia ulicznego, strony powinny dążyć do uporządkowania tej sytuacji w drodze umowy cywilno - prawnej, zawartej w wyniku przeprowadzenia dwustronnych negocjacji.

W przypadku naruszenia praw własności majątku Spółki zastrzegamy sobie możliwość podjęcia prawem przewidzianych działań.

Wyjaśnienie treści SIWZ:

Zgodnie z treścią art. 140 kc „w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą”. Niezależnie od treści cyt. przepisu należy podkreślić, że samo wykonywanie prawa własności w świetle art. 5 kc doznaje ograniczenia z punktu widzenia społeczno – gospodarczego przeznaczenia tego prawa oraz zasad współżycia społecznego, a „działanie lub zaniechanie uprawnionego właściciela naruszające powyższe zasady nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Na tle wskazanych wyżej ograniczeń prawa własności istotne jest przeanalizowanie zakresu uprawnień wynikających z prawa własności do urządzeń elektroenergetycznych oświetlenia ulicznego. Z tego punktu widzenia zasadne jest wskazanie, iż regulacje dotyczące owych urządzeń są specyficzne. Jakkolwiek nie budzi żadnych uwag kwestia ich własności, to jednak ich przeznaczenie (oświetlenie uliczne) oraz podmiot obowiązany do ponoszenia kosztów owego oświetlenia (gminne jst) są ustawowo uregulowane. Przesądza o tym *explicite* treść art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.). Zatem tzw. *ius utendi* („prawo do używania rzeczy”) wynikające z prawa własności wspomnianych urządzeń doznaje zasadniczego ograniczenia. Z kolei prawo wyboru dostawcy energii elektrycznej do konkretnych urządzeń, za której zużycie obowiązany jest wskazany ustawowo podmiot, nie może doznawać ograniczenia z uwagi na to, że owe urządzenia należą do podmiotu trzeciego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r. o nr : V CSK 52/08 (niepubl. LEX nr 510986) „własność jest prawem bezwzględny, ale nie absolutny, a jego granice wyznacza art. 140 kc”.

Wybór dostawcy energii elektrycznej w niczym nie narusza prawa własności właściciela urządzeń oświetleniowych. Nadal bowiem może on swobodnie wykonywać wszelkie uprawnienia wchodzące w skład prawa własności, a w szczególności *ius possidendi* (prawo do swobodnego posiadania lamp ulicznych), *ius fruendi* (prawo do uzyskiwania przychodów wynikających np. ze świadczenia usługi oświetleniowej czy z umieszczania reklam na tych urządzeniach), *ius abutendi* oraz *ius disponendi* (prawo do dysponowania tymi urządzeniami, przekazywania podmiotom podległym, sprzedaży, itp.). Podkreślić także należy, że dostarczana energia elektryczna, niezależnie od sprzedawcy, odpowiada ściśle określonym parametrom technicznym. Nie ma więc mowy o ewentualnych szkodach związanych z wyborem przez gminy dostawcy.

Prawo energetyczne nakłada na gminy obowiązek finansowania oświetlenia rozumianego jako finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania. Brak jest racjonalnych powodów do tego, aby kwestia własności punktów świetlnych, a nie faktyczne okoliczności świadczące o tym, że przedsiębiorstwo energetyczne realizuje dostawę energii elektrycznej na potrzeby gminy,

przesądzała o posiadaniu (bądź nie posiadaniu) przez gminę statusu odbiorcy oraz prawa zmiany sprzedawcy.

Konsekwentne stanowisko w tej sprawie prezentuje Urząd Regulacji Energetyki. W piśmie z dnia 19.10.2011 Prezes URE przytacza zdanie Rządu RP będące odpowiedzią na Dezyderat Nr 36 Sejmowej Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo”, pisząc jednocześnie „(...)za słuszny należy uznać pogląd, zgodnie z którym brak jest uzasadnienia dla pozbawienia gminy (niezależnie od okoliczności czyją własność stanowi infrastruktura oświetleniowa) prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych. Należy zatem podkreślić, że w obecnej sytuacji rynkowej, w której świadczący usługi oświetlenia ulicznego nie jest już operatorem sieci energetycznej i oferuje wykonanie „usługi kompleksowej”, dotychczasowe stanowisko Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki odnośnie praw przysługujących gminom w zakresie możliwości wyboru przez nie sprzedawcy energii elektrycznej, jest nadal aktualne.(...)”.

W kwestii organizowania przetargów na zakup energii elektrycznej przez gminy, niezależnie od tego kto jest właścicielem urządzeń oświetleniowych, konsekwentnie jednoznaczne stanowisko prezentuje Urząd Zamówień Publicznych. Zgodnie z wyjaśnieniem UZP dotyczącym interpretacji prawa zamówień publicznych z dnia 17.10.2011 r. (a więc wydanym po dacie stanowiska Rządu RP) „(...)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. W konsekwencji zamawiający powinni stosować podstawowe tryby udzielania zamówień na dostawy energii elektrycznej, tj. tryb przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Należy przy tym zauważyć, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki uznać można za dopuszczalne jedynie do udzielania zamówień na świadczenie usług dystrybucji bądź przesyłania energii elektrycznej, gdyż przedsiębiorstwa zajmujące się tą działalnością nadal działają w obszarze monopolu naturalnego(...)”.

W świetle powyższego stanowiska dokonanie zakupu energii elektrycznej w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a także ustawy o finansach publicznych, w konsekwencji stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

Wykluczone jest również zawarcie w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego umowy na kompleksową usługę oświetleniową zawierającą w sobie elementy kilku rodzajów zamówienia:

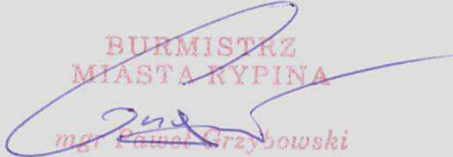
- a) usługa oświetleniowa zawierająca koszty tzw. konserwacji urządzeń,
- b) przesył energii elektrycznej,
- c) dostawa energii elektrycznej.

Zamówienie takie należy bowiem zdefiniować jako zamówienie mieszane, do którego zgodnie z art.6 PZP należy stosować przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. W omawianym przypadku największy jest udział kosztów dostawy energii elektrycznej – co wyklucza możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki i narzuca konieczność stosowania trybu otwartego na konkurencję. To z kolei powoduje konieczność podzielenia zamówienia na trzy odrębne – jedno dotyczące usługi oświetleniowej (w trybie z wolnej ręki), drugie na dystrybucję energii elektrycznej (w trybie z wolnej ręki) i trzecie na dostawę energii elektrycznej (w trybie przetargu).

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż:

1. Nie może zostać uznane za naruszenie prawa własności właściciela urządzeń oświetlenia ulicznego dokonanie przez jst wyboru dostawcy energii elektrycznej do tych urządzeń, które z punktu widzenia społeczno – gospodarczego przeznaczenia mogą służyć wyłącznie do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gmin.
2. Gminne jst są obowiązane do racjonalnego wydatkowania środków publicznych (*vide*: art.44 ust.3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych; Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). Natomiast na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) *a contrario* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zmuszone są do stosowania trybów konkurencyjnych przy wyborze dostawcy energii elektrycznej do ww. urządzeń.

Termin składania ofert i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian.

BURMISTRZ
MIASTA RYPINA

mgr Paweł Grzybowski