

Sygn. akt: KIO/KD 104/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 grudnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 i 14 listopada 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PGE Dystrybucja S.A.
ul. Garbarska 21A
20-340 Lublin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 października 2014 r.,
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/66(5)14/LB)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Marek Szafraniec
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie - działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, jako zamawiający sektorowy, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Dostawę zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok*”. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „*Prezes UZP*”) przeprowadził kontrolę doraźną tego postępowania (sygn.: UZP/KNZ/29/14, dot. KZ/1657/13/DKD), w której stwierdził naruszenie przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu tego zamówienia.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem, określonym w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP przy piśmie z dnia 31 października 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/66(5)14/LB), przekazał Informację o wynikach kontroli Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń w tym zakresie.

Pismami z dnia 7 i 14 listopada 2014 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 21 listopada 2014 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ//421/66(11)14/LB) Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 21 listopada 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/66(11)14/LB) Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II.

Izba ustaliła, że podstawą ustaleń kontrolnych Prezesa UZP było przyjęcie, że Zamawiający udzielił - w oparciu o art. 134 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp - w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowe ETRA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, nie wykazując spełnienia przesłanek określonych w art. 134 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania wskazanego trybu udzielenia zamówienia publicznego, czym naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP podkreślił, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Wskazał na dyspozycję art. 66 oraz art. 67 ust. 1 ustawy Pzp i stanowisko Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00), które podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Na poparcie tego stanowiska przywołał on też orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Przywołując przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w oparciu o którą Zamawiający udzielił kwestionowanego w wynikach kontroli zamówienia publicznego, Prezes UZP wskazał, że stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek zawartych w tym przepisie: istnienie szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Podkreślił też, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy 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. Wskazał, że w tym zakresie konieczne jest obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie, a wystarczającym jest jeśli na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

Na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNCP 2001/22/657), a także na wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia obejmującego dostawę zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok. Z analizy dokumentów oraz wyjaśnień

zdaniem Prezesa UZP nie wynika, aby w niniejszej sprawie istniały obiektywne przyczyny techniczne powodujące, że przedmiotowe zamówienie mogło zostać powierzone wyłącznie jednemu podmiotowi – to jest firmie PTU „ETRA” Sp. z o.o. w Białymstoku. Wskazał, że konieczność realizacji zamówienia, wynikająca z charakteru realizowanych obowiązków statutowych PGE Dystrybucja S.A. związanych z dystrybucją energii elektrycznej determinowanych przepisami prawa energetycznego, wynikających z art. 4 ustawy z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne, nakładającego na przedsiębiorcę energetycznego obowiązek utrzymywania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji dostaw paliw lub energii w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych – nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zdaniem Prezesa UZP również argument finansowy przywołany przez Zamawiającego związany z ewentualnymi dodatkowymi kosztami, które musiałby ponieść w związku z dostosowaniem pojazdów innego dostawcy, wskazuje tylko na względy ekonomiczne, nie wykazuje natomiast obiektywnej możliwości realizacji zadania jedynie przez jedynego wykonawcę. Według Prezesa UZP przywołane przez Zamawiającego okoliczności mają charakter prawny, organizacyjny oraz gospodarczy, podczas gdy przepis stanowiący podstawę wszczęcia postępowania wymaga zaistnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia. Według Prezesa UZP należy także odróżnić potrzebę wykonania zamówienia od kwestii możliwości wykonania zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie przez jednego wykonawcę, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego: skali zakupu oraz zgodności działań z prowadzoną przez Zamawiającego polityką transportową związaną z postępującą od 2010 r. konsolidacją w PGE Dystrybucja S.A. Prezes UZP wskazał, iż ww. czynniki mają charakter ekonomiczno – organizacyjny, tym samym są irrelevantne dla oceny czy określony przedmiot zamówienia może być oferowany wyłącznie przez jednego dostawcę i decydować o odstąpieniu od konkurencyjnych procedur wyłonienia wykonawcy określonego przedmiotu zamówienia. Prezes UZP zauważył, że w przedmiotowej kontroli nie kwestionuje swobody w określeniu przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb przez Zamawiającego, która jest ograniczona wyłącznie w zakresie wynikającym z ustawy (w szczególności art. 29 i kolejne). Wskazał, że ustawa Pzp pozostawia w tym względzie Zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie pożądaných parametrów technicznych, funkcjonalności oraz kosztów dostosowania, czy też eksploatacji przedmiotu zamówienia. Przywołane przez Zamawiającego kryteria, które przesądziły o wyborze ww. wykonawcy, zarówno podmiotowe (dysponowanie odpowiednio wyszkolona kadrą mechaników

i serwisantów o długoletnim stażu i doświadczeniu w naprawach samochodów wielu marek), jak i przedmiotowe (posiadanie gamy sprzętu dedykowanego Zamawiającemu, posiadanie oddziałów terenowych), w ocenie Prezesa UZP mogły być zweryfikowane w postępowaniu prowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych. Zdaniem Prezesa UZP, wykorzystując rozwiązania ustawowe, Zamawiający miał możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniłby mu pozyskanie pożądaney dostawy na najkorzystniejszych warunkach, dzięki pełnej weryfikacji cen rynkowych w drodze przeprowadzonego postępowania w warunkach konkurencyjnych. Podstawy do rezygnacji z tej metody działania jego zdaniem nie może stanowić subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż oferta wykonawcy zaproszonego do negocjacji stanowi „okazję rynkową”. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający nie może poprzez swoje działanie doprowadzać do sytuacji, która w sposób sztuczny ogranicza dostęp do wykonania zamówienia publicznego przez innych wykonawców, gdyż takie okoliczności nie stanowią w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a nie można wykluczyć sytuacji, w której inny podmiot, dysponujący flotą odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego złożyłby ofertę korzystniejszą. Prezes UZP podkreślił, że dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie mogą istnieć żadne wątpliwości dotyczące tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. Tymczasem w przedmiotowej sprawie oprócz PTU „ETRA” Sp. z o.o. istniało zainteresowanie innych podmiotów wskazanym zamówieniem, o czym świadczyć mogą m.in. zapytania wykonawców dotyczące udostępnienia dokumentów związanych z tym postępowaniem, np.: K. K.K.S. Sp. j. w Białymstoku – *prośba o przesłanie załączników do przetargu*; CK Auto Autoryzowany Salon i Serwis Opel w Poznaniu – *jesteśmy zainteresowani przedstawieniem swojej oferty (...) gdzie znajdę szczegółowe informacje dotyczące przetargu?*; Masterlease Polska w Warszawie – *w nawiązaniu do zamieszczonego ogłoszenia (...) prośba o przesłanie warunków szczegółowych postępowania*; Konsorcjum A. Top Auto A.A. w Białymstoku – *prośba o przesłanie załącznika dotyczącego dostawy pojazdów oraz krótkie objaśnienie na jakiej zasadzie samochody są wybierane przez PGE i ETRA*; W. Sp. j. w Nowym Targu – *prośba o informację, czy jest na stronie SIWZ?*; Auto Żoliborz Sp. z o.o. w Warszawie – *prośba o przesłanie SIWZ do przetargu, który Państwo ogłosiliście 17 grudnia br.*

W ocenie Prezesa UZP nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, iż wybrany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na doświadczenie, możliwości organizacyjne, szczególne kompetencje osób przez niego zatrudnionych, jest w stanie wykonać przedmiotowe

zamówienie, co wskazuje na konieczność przeprowadzenia postępowanie konkurencyjne na niniejsze zamówienie. Zdaniem Prezesa UZP przesądzenie z góry o możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę jedynie w oparciu o przekonanie Zamawiającego jest nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami ustawy Pzp, w szczególności równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1) oraz celami ustawy, a więc zapewnienia dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom na zasadach niedyskryminacyjnych.

Prezes UZP wskazał też, że przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, nie odnosi się również do terminu wykonania zamówienia, stąd też uzasadnienie Zamawiającego dotyczące wyboru wykonawcy – PTU „ETRA” Sp. z o.o. w Białymstoku – ze względu na ewentualne ryzyko niewykonania zamówienia w terminie (zwłaszcza, że okres realizacji zamówienia przypadają na okres zimowy), a więc okres podwyższonego ryzyka awarii sieci – nie stanowi przesłanki do zastosowania ww. trybu. Zauważył on też, że fakt, iż Oddziały PGE Dystrybucja S.A. dokonują zakupu pojazdów specjalistycznych takich jak pojazdy pogotowia technicznego/energetycznego (terenowych lub szosowych), eksploatacyjnych/brygadowych, do zabezpieczenia sieci lub pomiarowych w ramach negocjacji handlowych bądź w trybach przewidzianych w ustawie Pzp, uniemożliwia uznanie, iż na rynku istnieje wyłącznie jeden wykonawca mogący zrealizować zamówienie będące przedmiotem prowadzonego postępowania.

III.

Jednocześnie też Izba na podstawie treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej ustaliła, że Zamawiający wskazał na:

- 1) błędne uznanie przez Prezesa UZP, że Zamawiający dokonał w sposób subiektywny weryfikacji i oceny potencjalnego rynku alternatywnych wykonawców, mogących zrealizować zamówienie;
- 2) nieuzasadnione nieuwzględnienie wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w zakresie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które legły u podstaw udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki”;
- 3) błędne uznanie, braku obiektywnych przyczyn technicznych wynikających z charakteru przedmiotu zamówienia, uzasadniających wykorzystanie artykułu art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp, pomimo ich wystąpienia;
- 4) bezzasadne przyjęcie przez Prezesa UZP, że wnioski wykonawców zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu (tj. K. K.K.S. Sp. J., W. Sp. J., CK Auto Autoryzowany Serwis

i Salon Opel - K. i C., Konsorcjum A., Auto Żoliborz Sp. z o.o., Masterlease) o przekazanie im dokumentacji przetargowej, kwestionują zastosowanie trybu „z wolnej ręki” w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp;

- 5) błędne założenie, że na rynku działają inni poza Przedsiębiorstwem Usługowo - Transportowym ETRA Sp. z o. o. wykonawcy, mogący zrealizować przedmiot zamówienia;
- 6) lakoniczne/niejasne i nieoparte na wszechstronnym materiale zgromadzonym w sprawie uzasadnienie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp i art. 10 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że Prezes UZP błędnie uznał, że Zamawiający dokonał w sposób subiektywny weryfikacji i oceny potencjalnego rynku alternatywnych wykonawców, mogących zrealizować zamówienie. Podkreślił, że wskazywał Prezesowi UZP, iż Przedsiębiorstwo Usługowo - Transportowe ETRA Sp. z o.o. jest jedynym wykonawcą, który może sprostać zamówieniu na tak szeroką gamę sprzętu specjalistycznego, dedykowanego operatorowi systemu dystrybucyjnego, a swoje przekonanie opierał nie na subiektywnych przekonaniach, ale na posiadanej wiedzy i rozeznaniu rynku. Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO 2848/13, KIO 1042/14 i KIO 3043/13) wskazał, że w tym zakresie musi brać pod uwagę wszystkie okoliczności, które są mu znane, niezależnie od źródła pochodzenia tych informacji. Biorąc pod uwagę powyższe wykazywał, że na rynku nie funkcjonuje podmiot mogący zrealizować zamówienie określone przez Zamawiającego, jako dostawa zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok. Podkreślił, że Prezes UZP nie zakwestionował przedmiotu zamówienia, jako naruszającego regulacje płynące z ustawy Pzp, a wręcz przyznał, że Zamawiający ma swobodę w określaniu przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, a zatem winien ocenić przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze w kontekście przedmiotu zamówienia, a nie odbiegając od niego, co jest także ugruntowane w orzecznictwie KIO (KIO 1209/13, KIO 766/13 i KIO 767/13, KIO 1166/13 oraz KIO 1691/12 i 1704/12).

Niezrozumiałym dla Zamawiającego było pominięcie przez Prezesa UZP wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w zakresie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które legły u podstaw udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki”, wskazując, iż oparł się na wyjaśnieniach Zamawiającego dotyczących wyłącznie elementów organizacyjno-ekonomicznej.

Podkreślił, że zgodnie z przekazywaną dotychczas przez Zamawiającego korespondencją, środki transportu, będące przedmiotem zamówienia, tworzą wyspecjalizowaną, ściśle wyselekcjonowaną flotę pojazdów, która jako zintegrowane narzędzie logistyczne zabezpiecza realizację podstawowych zadań związanych

z dystrybucją energii elektrycznej. Wskazał, że wiąże się to z koniecznością zachowania ciągłości i niezawodności wykonywanych przez Zamawiającego zadań Operatora Systemu Dystrybucyjnego, do czego obliguje Zamawiającego w szczególności art. 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne (Dz.U.2012.1059). W jego ocenie zatem konieczność zakupu całej zintegrowanej floty pojazdów dedykowanych i dostosowanych do świadczenia zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, czyli dystrybucji energii elektrycznej, jest determinowane przepisami prawa energetycznego. W jego ocenie zastosowanie trybu „z wolnej ręki” w przedmiotowym zamówieniu uzasadnia również status Zamawiającego, jako zamawiającego sektorowego. Powołał się w tym zakresie na wyrok WSA w W-wie z dnia 5 marca 2009 r. V Sa/Wa 2796/08. Powołując się na stanowisko doktryny wskazał też, że rozdział sektorowy Prawa zamówień publicznych wyznacza odrębny reżim udzielania zamówień, oparty na odmiennych założeniach systemowych niż tzw. reżim klasyczny, a odmienność tę uwzględnia nade wszystko inne ratio legis stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez podmioty działające w sektorach wrażliwych oraz całokształt otoczenia prawnego, w którym podmioty te wykonują swoją działalność. Zobligowanie zamawiających sektorowych do udzielania zamówień na podstawie procedur zamówień publicznych nie zmierza do roztoczenia ochrony nad wydatkowaniem środków publicznych, tak jak ma to miejsce przy innych zamawiających. Na powyższe wpływa także to, że podmioty te działają na podstawie przyznanych przez władze państwowe praw o charakterze szczególnym (koncesje, licencje, zezwolenia), co w wymiarze faktycznym również przyczynia się do zamknięcia rynków, na których funkcjonują. Zamawiający podkreślił, że skoro przyczyny techniczne w szerokim tego słowa rozumieniu obejmują także determinanty organizacyjne (KIO/KD 20/10), to suma wszystkich okoliczności podniesionych przez Zamawiającego w dotychczasowej korespondencji, w tym powołanie się na charakter przedmiotu zamówienia, uzasadniała przyjęcie, jako zasadnego, trybu „z wolnej ręki”, co w jego ocenie koreluje również z zapisami art. 40 ust. 2 dyrektywy nr 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 31.03.2004 r. (Dz.U.U.E.L2004.134.1, dalej zwana „dyrektywą sektorową”) - obowiązującej na datę wszczęcia postępowania. Powołał się na procedury, które mogą być stosowane przez zamawiających sektorowych w oparciu o regulacje wskazanej dyrektywy. W jego ocenie redakcja dyrektywy sektorowej jest mniej rygorystyczna w stosunku do zapisów art. 134 ust. 6 pkt. 1 Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp, co dodatkowo uzasadnia zastosowanie do przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki. W tym zakresie, wskazując na zasadę supremacji prawa Unii Europejskiej nad prawem krajowym, Zamawiający powołał się także na orzecznictwo TS UE (sprawa C-106/77

Simmenthal, sprawa C-41/74 Van Duyn, czy też sprawa C-148/78 Ratt, a także orzeczenie z dnia 07.12.2010 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego (II GSK 1002/09)).

Zamawiający podkreślił również, iż nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dokonywanie zamówień sektorowych pomiędzy podmiotami powiązаныmi doznaje pewnego rozluźnienia, co pomija Prezes UZP w swoich wynikach. Wskazał, że wprawdzie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp zupełne zwolnienie spod reżimu ustawy daje jedynie usługom i robotom budowlanym wobec podmiotów powiązanych spełniających warunek pochodzenia ze świadczenia usług lub robót budowlanych na rzecz podmiotu powiązanego co najmniej 80% średnich obrotów przedsiębiorstwa, tym niemniej – jego zdaniem - art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy sektorowej nie przewiduje dodatkowego wymogu co do statusu wykonawcy jako Zamawiającego w odniesieniu do dostaw, który to wymóg zawiera art. 136 ust. 1 ustawy Pzp. W jego ocenie na gruncie przepisów dyrektywy sektorowej brak jest uzasadnienia dla uzależnienia możliwości odstąpienia od stosowania reżimu zamówień publicznych od tego, czy wykonawca jest jednocześnie podmiotem prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3) lub zamawiającym stricte sektorowym (art. 3 ust. 1 pkt 4). Jego zdaniem Prawo zamówień publicznych wydaje się być niezgodne w tym zakresie z dyrektywą sektorową (por. art. 23 ust. 2 lit. a oraz ust. 3 Dyrektywy sektorowej).

W jego ocenie zasada supremacji prawa Unii Europejskiej nad prawem krajowym, w obliczu rozwiązań krajowych sprzecznych z prawem Unii Europejskiej, daje Zamawiającemu prawo powołania się wprost na zapisy art. 23 dyrektywy sektorowej (tak m.in. orzeczenie TS UE w sprawie C - 236/92 i w sprawie C - 76/97 oraz w sprawie 102/79) i odejście od stosowania w zakresie przedmiotu zamówienia ustawy Pzp.

W tym zakresie powołał się na orzecznictwo ETS w zakresie zamówień tzw. in house. Wskazał, że pod pojęciem zamówień typu in house należy rozumieć sytuacje, w których pod pewnymi warunkami Zamawiający nie będzie zobowiązany do przestrzegania regulacji dotyczących udzielania zamówień publicznych, mimo że powierza wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych odrębnemu od siebie wykonawcy. Tutaj powołał się na orzeczenie TS UE w sprawie C-295/05 „Tragsa”, gdzie wskazuje się, że uchylony jest obowiązek ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad wykonawcą kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, oraz po drugie, wykonawca ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek. Powołując się na wcześniejsze orzeczenie Trybunału, w sprawie „Teckal” (wyrok ETS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98) wskazał, że wyłączenie stosowania zamówień publicznych dotyczy jedynie podmiotów funkcjonalnie bardzo blisko powiązanych z zamawiającym (tu przywołał opinię prawną

dotyczącą dopuszczalności świadczenia na gruncie polskiego systemu prawnego usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych przez spółki komunalne na rzecz gmin będących ich udziałowcami (w systemie „in-house”) z pominięciem regulacji prawa zamówień publicznych - dr hab. A.J.).

Zamawiający wskazał, że wydzielenie PTU ETRA miało na celu utworzenie podmiotu, który będzie prowadził usługi transportowo-warsztatowe na potrzeby PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok w zakresie kompleksowego zarządzania flotą pojazdów oraz świadczeniu usług sprzętowo-transportowych, co wskazuje że działalność PTU ETRA, jako służąca wypełnieniu zadań PGE, winna i podlega reżimowi działalności sektorowej. W jego ocenie ten bardzo rozbudowany, modułowy system oferowanych usług logistycznych, transportowych, księgowych, administracyjnych oraz serwisowo-warsztatowych dedykowanych pod określonego odbiorcę, jakim jest PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, potwierdza, że wykonawca ten wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki - PGE Dystrybucja S.A., co wskazuje, że PTU ETRA spełnia warunki uznania jej za zamawiającego sektorowego, a to determinuje możliwość zastosowania w przypadku zakupu od tego wykonawcy art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, czyli dokonanie zakupu poza ramami ustawowymi Pzp, a w każdym bądź razie ze względu na okoliczności powołane wyżej.

Według Zamawiającego w sposób nieuzasadniony przyjęto, iż wnioski wykonawców zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu (tj. K. K. K.S. Sp. J., W. Sp. J, CK Auto Autoryzowany Serwis i Salon Opel - K. i C., Konsorcjum A., Auto Żoliborz Sp. z o.o., Masterlease) o przekazanie im dokumentacji przetargowej kwestionują zastosowanie trybu „z wolnej ręki” w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił wyniki swojej szczegółowej weryfikacji wskazanych podmiotów, w szczególności pod kątem ich działalności statutowej, z których – jego zdaniem - jednoznacznie wynika, iż nie dysponują oni wymaganym przez Zamawiającego sprzętem, a zatem nie byłoby w stanie faktycznie zrealizować zamówienia.

I tak wskazał m.in., że Spółka K. posiada w sprzedaży wyłącznie pojazdy osobowe oraz dostawcze o dopuszczalnej masie całkowitej do 4,25 T. Są to jednak pojazdy, modele, które wymagają gruntownej dodatkowej adaptacji, zabudowy jak również montażu dodatkowego wyposażenia spełniającego wymogi poszczególnych służb technicznych Oddziału PGE. Dopiero po dodatkowych adaptacjach i montażach mogą zostać zaliczone do grup zadaniowych pojazdów lekkich pogotowia technicznego, energetycznego oraz grupy pojazdów pomiarowych. Podkreślił, że firma ta nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m.in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej. K. nie posiada również w ofercie samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-

brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. Wskazał, że w ofercie dealera nie występują środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt. Jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

Co do Spółki W. wskazał, że posiada ona w sprzedaży wyłącznie pojazdy osobowe oraz ciężarowe Van-y o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 T. Są to jednak pojazdy osobowe lub o niewielkiej ładowności, które mogą być wykorzystywane jedynie przez służby pomiarowe PGE. Spółka ta jego zdaniem nie posiada w ofercie pojazdów ciężarowych typu furgon czy pick-up, które po odpowiedniej adaptacji/zabudowie wykorzystywane byłyby przez służby pogotowia technicznego, energetycznego. Podkreślił, że firma ta nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m. in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej i w ofercie tej firmy nie ma również samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. Wskazał, że w ofercie tego dealera nie występują również środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt, jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

Co do CK Auto Autoryzowany Serwis i Salon Opla wskazał, że posiada w sprzedaży wyłącznie pojazdy osobowe oraz dostawcze o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 T, a są to jednak pojazdy, modele, które wymagają gruntownej dodatkowej adaptacji, zabudowy, jak również montażu dodatkowego wyposażenia spełniającego wymogi poszczególnych służb technicznych Oddziału PGE. Dopiero po dodatkowych adaptacjach i montażach mogą zostać zaliczone do grup zadaniowych pojazdów lekkich pogotowia technicznego, energetycznego oraz grupy pojazdów pomiarowych. W jego ocenie firma CK Auto nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m. in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej, a w/w dealer nie posiada również w ofercie samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych, jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. W ocenie Zamawiającego w ofercie dealera nie występują środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt, jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

Co do Konsorcjum A. wskazał, że pomimo faktu, iż jest dealerem kilku firm, posiada w sprzedaży wyłącznie pojazdy osobowe oraz dostawcze o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 T, a są to jednak pojazdy, modele, które wymagają gruntownej dodatkowej adaptacji, zabudowy, jak również montażu dodatkowego wyposażenia spełniającego wymogi poszczególnych służb technicznych Oddziału PGE. Dopiero po dodatkowych adaptacjach i montażach mogą zostać zaliczone do grup zadaniowych pojazdów lekkich pogotowia technicznego, energetycznego oraz grupy pojazdów pomiarowych. W jego ocenie Konsorcjum A. nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m.in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów, wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej, nie posiada również w ofercie samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. W ofercie dealera nie występują środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt; jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń, tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

Co do Auto Żoliborz Sp. z o.o. wskazał, że posiada w sprzedaży wyłącznie pojazdy osobowe oraz dostawcze o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 T, a są to jednak pojazdy, modele, które wymagają gruntownej dodatkowej adaptacji, zabudowy, jak również montażu dodatkowego wyposażenia spełniającego wymogi poszczególnych służb technicznych Oddziału PGE i dopiero po dodatkowych adaptacjach i montażach mogą zostać zaliczone do grup zadaniowych pojazdów lekkich pogotowia technicznego, energetycznego oraz grupy pojazdów pomiarowych. W jego ocenie spółka ta posiada w ofercie możliwość zabudowy pojazdów dostawczych natomiast jest to kilka najprostszych i najczęściej stosowanych gotowych zabudów na niewielkich podwoziach do 3.5 T. (niepełniających oczekiwań PGE Dystrybucja S.A. Oddziału Białystok.) Spółka ta jego zdaniem nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m.in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej, a w/w dealer nie posiada również w ofercie samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. W ofercie dealera nie występują środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt, a jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

Co do Grupa Masterlease wskazał, że specjalizuje się w leasingu samochodów do 3,5 ton i posiada w sprzedaży wyłącznie pojazdy pokontraktowe osobowe oraz dostawcze

o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 T, a są to jednak pojazdy, modele, które wymagają gruntownej dodatkowej adaptacji, zabudowy, jak również montażu dodatkowego wyposażenia spełniającego wymogi poszczególnych służb technicznych Oddziału PGE i dopiero po dodatkowych adaptacjach i montażach mogą zostać zaliczone do grup zadaniowych pojazdów lekkich pogotowia technicznego, energetycznego oraz grupy pojazdów pomiarowych. W jego ocenie Grupa nie posiada w ofercie pojazdów ciężkich, specjalnych (m.in. żuraw samojezdny, podnośnik koszowy) stanowiących trzon pojazdów wykorzystywanych przy zabezpieczeniu sieci elektroenergetycznej, jak również w ofercie samochodów ciężkich, terenowych zaliczanych do grupy pojazdów eksploatacyjno-brygadowych; chodzi o pojazdy z zabudową specjalną, umożliwiającą przewóz zarówno brygad eksploatacyjnych, jak i sprzętu, narzędzi czy też materiałów specjalistycznych. Podkreślił, że w ofercie dealera nie występują środki transportu stanowiące dodatkowy osprzęt; jest to grupa przyczep specjalistycznych do przewozu materiałów i urządzeń, tj.: kabli, bębnow, słupów energetycznych, ciężkich agregatów i baterii akumulatorów.

W ocenie Zamawiającego Prezes UZP w ogóle nie wziął pod uwagę okoliczności, że nabyte środki transportu zostały wyposażone i zabudowane, jak również dostosowane do szczególnego charakteru pracy Zamawiającego. Wynika to m.in. z wyposażenia ich w specjalistyczną zabudowę umożliwiającą przewożenie wszystkich niezbędnych narzędzi, urządzeń związanych z usuwaniem awarii i prac na sieci, aluminiową zabudową modułową przystosowaną do przewozu m.in.: bezpieczników, izolatorów, drążków elektroizolacyjnych, uziemiaczy, urządzeń pomiarowych czy innych narzędzi do prac pod napięciem, nadbudowę przestrzeni ładunkowej z podłogą opartą na burtach skrzyni ładunkowej, umożliwiające łatwy dostęp do przewożonych materiałów elektroenergetycznych, po obu bokach zabudowy, a ponadto, przyczynia się do tego wyposażenie tych pojazdów w transformatory, bębny z kablami, kabinę brygadową z niezależnym ogrzewaniem „webasto” (7 osobową z oddzielną kabiną kierowcy oraz pasażera), dużą ładowność powyżej 2 ton, część ładunkową ze stalowymi bądź aluminiowymi burtami z zamknięciem żaluzjowym po obu stronach zabudowy, osłoniętą plandekę o wysokości równej zabudowie i wysokości kabiny (Star 266), napęd 4x4 (Iveco) lub 4x4, 6x6 (Star 266), wciągarkę. Wskazał, że pojazdy te posiadają podwozia terenowe o DMC nie przekraczającym 12 ton - do zabudowy podnośnikiem 18 m, lekkie do 3.5 DMC - do zabudowy podnośnikiem 12 m, napęd 2x2, 4x4 lub 6x6, a dodatkowo, wszystkie nabywane pojazdy wyposażone są w specjalną aplikację, program i narzędzia pozwalające udoskonalać procesy związane z zarządzaniem oraz monitoringiem użytkowanej floty pojazdów, które tworzą wymierne korzyści związane z możliwością tworzenia szczegółowych analiz i raportów związanych z pracą poszczególnych grup technicznych. Wskazał też, że już w większości pojazdów zamontowany jest specjalny sprzęt

radio-telefoniczny będący własnością Zamawiającego służy do stałej łączności służb mobilnych z wydziałami pracującymi na miejscu.

W ocenie Zamawiającego wszystkie te techniczne aspekty przedmiotu zamówienia determinowały konieczność zakupu całej zintegrowanej floty pojazdów od PTU ETRA, szczególnie, iż potrzebą Zamawiającego był zakup całej floty w możliwie najkrótszym terminie, celem zapewnienia ciągłości wykonywanych zadań OSD, a termin dostawy oraz wysoce wyspecjalizowana i profesjonalna zabudowa i wyposażenie pojazdów uniemożliwiały wykonanie przedmiotu zamówienia przez inny podmiot, który w swojej ofercie nie posiadał gotowego sprzętu dedykowanego OSD. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, dowodzi, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie istniał na rynku wykonawca będący w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego - w całości i w określonym przez niego, wynikającym z obowiązków OSD, terminie.

Podkreślił, że żaden z w/w podmiotów nie byłby w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w całości, a wskazane w Informacji o wyniku kontroli podmioty nie posiadały i nie posiadają w swoich ofertach pełnej gamy środków transportu, niezbędnych do prowadzenia podstawowej działalności statutowej przez PGE Dystrybucja SA Oddział Białystok, jakie zostały nabyte od spółki PTU ETRA. W/w firmy, jego zdaniem, prowadzą sprzedaż pojazdów osobowych oraz dostawczych, jak również pojazdów używanych o tej samej charakterystyce, zaś nie posiadają w ofercie pojazdów ciężarowych, brygadowych, specjalnych, jak również pełnej gamy przyczep specjalistycznych. Podkreślił, że sama okoliczność „zainteresowania się” przez powyższe podmioty niniejszym postępowaniem nie może determinować faktycznych przyczyn pozwalających na skorzystanie z trybu wynikającego z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego pozbawiona podstaw pozostaje argumentacja Prezesa UZP o istnieniu na rynku innych poza PTU ETRA wykonawców, mogących zrealizować przedmiot zamówienia, bowiem tak specjalistycznie wyposażony sprzęt, dedykowany wprost do zadań operatora systemu dystrybucyjnego, wyposażony we wszelkie potrzebne Zamawiającemu urządzenia, uszczegółowione parametry, w zakresie pełnej gamy środków transportu niezbędnych do prowadzenia podstawowej działalności statutowej Zamawiającego, co ważne sprawdzony - w kontekście art. 4 ustawy Prawo energetyczne - posiadała tylko PTU ETRA. Zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe zamówienie obejmuje specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze wskazujące na to, że jeden wykonawca może wykonać konkretne zamówienie (za wyrokiem KIO w sprawie KIO 2033/12), a wskazując dodatkowo na czas i kompletność floty, w jego ocenie, zasadnym było przeprowadzenie postępowania na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

W uzupełnieniu zastrzeżeń Zamawiający wskazał dodatkowo, że biorąc pod uwagę całościowy przekrój floty, a także realia rynku, bezsprzecznie nie jest możliwe dostarczenie

tak zróżnicowanej i specjalistycznej grupy środków transportu, przez innego dostawcę niż spółka PTU ETRA. Na powyższe jego zdaniem wskazują takie okoliczności, jak:

Co do zakupu pojazdów pogotowia technicznego/energetycznego - terenowe (pick-up) bądź szosowe (furgon) z zabudową specjalną, podkreślił, że na rynku nie ma wykonawcy, który w swojej ofercie posiada używane pojazdy z zabudową dedykowaną branży energetycznej, spełniającą wszelkie wymagania ze względu na specyfikę terenu i rodzaj służb. Jedyną alternatywą w takiej sytuacji byłoby według niego przeprowadzenie przez Zamawiającego, co najmniej trzech odrębnych postępowań. Pierwsze miałyby na celu wyłonienie dostawców pick-upów oraz furgonów, wcześniej określając parametry techniczne pojazdów, wymiarów przestrzeni ładunkowej oraz ładowności. W przypadku furgonów byłyby to np. modele takich firm jak Opel, Fiat, Citroen, Peugeot, jeśli chodzi o pick-upy byłyby to np. firmy Toyota, Mitsubishi, czy Ford. Kolejne postępowanie dotyczyłoby, po poznaniu dostawców pojazdów, wyłonienia zupełnie nowych, odrębnych wykonawców specjalizujących się w zabudowach, na rynku są to np. Sortimo, Modul-System czy Modesto. Wykonawca wyłoniony w tym drugim postępowaniu musiałby spełniać dodatkowo, poza takimi kryteriami jak możliwości techniczne wykonania szczegółowych projektów zabudów dla obu rodzajów pojazdów, również kryterium: czasu, posiadania autoryzacji producentów pojazdów (tzn. możliwości wykonania zabudowy na pojeździe bazowym bez utraty przez Zamawiającego gwarancji na pojazd bazowy), zaplecza do realizacji zamówienia (uwzględniając wolumen pojazdów w liczbie 168 pojazdów) i synchronizacji realizacji zamówienia z miejscem jego wykonania. Termin od wyłonienia dostawców pojazdów do ich zabudowy, z uwzględnieniem wszystkich krytycznych parametrów technicznych, przy tak dużym zapotrzebowaniu i złożonym procesie to jego zdaniem okres przynajmniej dwóch lat. W takiej sytuacji jego zdaniem dodatkowo należałoby przeprowadzić kolejne postępowanie, wyłaniające wykonawcę, który zająłby się montażem urządzeń GPS wraz z oprogramowaniem, przy jednoczesnym spełnieniu przez wyłonionego wykonawcę warunku zachowania praw wyłącznych do systemu obsługującego GPS posiadanego już przez Zamawiającego.

Co do pojazdów eksploatacyjnych/brygadowych - pojazdy ciężkie terenowe wykorzystywane bezpośrednio do pracy na sieci, podkreślił, że są to samochody dostosowane do przewozu brygad ze specjalną zabudową/adaptacją przestrzeni ładunkowej, zaś na rynku nie ma wykonawcy, który w swojej ofercie posiada używane pojazdy brygadowe z zabudową i wyposażeniem w urządzenia niezbędne przy pracach eksploatacyjnych na sieci. Tutaj również jego zdaniem jedyną alternatywą byłoby przeprowadzenie kilku odrębnych postępowań na wyłonienie dostawców nowych pojazdów z kabiną brygadową do zabudowy. Byłyby to dwa postępowania na dostawę pojazdów brygadowych od 3,5T - do 5,5T np. firmy Iveco, Mercedes oraz kolejne oddzielne

postępowanie na samochody brygadowe od 5,5T do 12T skierowane do firm specjalizujących się w dostawie pojazdów ciężkich typu Man, Scania czy Tatra i w obu przypadkach postępowania wymagają precyzyjnej specyfikacji technicznej. Następnie, w kolejnym postępowaniu, znając oferentów pojazdów 3,5 do 5,5 T, należałoby wyłonić odrębnych wykonawców specjalizujących się w zabudowach, na rynku są to np. Mawatech czy Transcar. Wykonawca wyłoniony w tym kolejnym postępowaniu musiałby spełniać również, poza takimi kryteriami jak możliwości techniczne wykonania szczegółowych projektów zabudów dla tych rodzajów pojazdów, również kryterium: czasu, posiadania autoryzacji producentów pojazdów (tzn. możliwości wykonania zabudowy na pojeździe bazowym bez utraty przez Zamawiającego gwarancji na pojazd bazowy), zaplecza do realizacji zamówienia (uwzględniając liczbę 30 ciężkich pojazdów) i synchronizacji realizacji zamówienia z miejscem jego wykonania. Termin od wyłonienia dostawców pojazdów do ich zabudowy, z uwzględnieniem wszystkich istotnych szczegółów, przy tak dużym zapotrzebowaniu i złożonym procesie to jego zdaniem okres przynajmniej 1 roku, przy czym dodatkowo należałoby przeprowadzić kolejne postępowanie, wyłaniające firmę, która zajmie się montażem urządzeń GPS przy jednoczesnym spełnieniu przez wyłonionego wykonawcę warunku zachowaniem praw wyłącznych do systemu obsługującego GPS posiadanego już przez Zamawiającego.

Co do pojazdów do zabezpieczenia sieci - pojazdy ciężkie specjalne wykorzystywane do prac na liniach przesyłowych (podnośniki koszowe, żurawie) podkreślił, że na rynku wtórnym nie ma możliwości zakupu podwozia używanego, trzyosiowego o masie własnej poniżej 10 ton zabudowanego nowym urządzeniem do prac konserwacyjno-montażowych (podnośnik izolowany 18m), zaś w przypadku żurawi samojezdnych na podwoziach trzyosiowych (Star 266) praktycznie nie występują urządzenia żuraw o udźwigu 8T wskazał, że istnieje możliwość zakupu nowych podnośników oraz żurawi, ale żeby mieć pełną kontrolę nad produktem finalnym należałoby rozbić postępowania na trzy oddzielne. W pierwszej kolejności, w oparciu o szczegółową specyfikację, należałoby przeprowadzić postępowanie na dostawę podwozi, a liderzy na rynku to przede wszystkim Iveco czy też Mercedes. Następnie należałoby przeprowadzić dwa odrębne postępowania na dostawę i adaptację urządzeń typu żuraw i podnośnik i tu są zupełni różni dostawcy; przedstawiciele firm dostarczających urządzenia typu żuraw to m.in. Hiab, Palfinger czy HMF natomiast podnośników koszowych np. Bumar, GSR jak również Bizzocci. Zabudowa nowego podwozia nowym urządzeniem jego zdaniem jest procesem długotrwałym, na co ma wpływ m.in. produkcja pod zamówienie podwozia dostosowanego do zabudowy urządzeniem specjalistycznym, etap projektowania, produkcji i adaptacji jednostkowej urządzenia pod określony rodzaj podwozia, powyższe zaś wiąże się jednak z niebezpieczeństwem niewykonania adaptacji urządzeń w terminie, w przypadku, gdy termin dostawy podwozi

opóźni się. W każdym z przypadków przy zakupie nowego sprzętu termin od wyłonienia dostawców pojazdów do zabudowy urządzeń, z uwzględnieniem wszystkich w/w szczegółów i zapotrzebowaniu na poziomie 22 sztuk, to w jego ocenie okres przynajmniej 2 lat. Dodatkowo, w tym przypadku, również jego zdaniem należałoby przeprowadzić kolejne postępowanie, wyłaniające wykonawcę, który zajmie się montażem urządzeń GPS przy jednoczesnym spełnieniu przez wyłonionego wykonawcę warunku zachowaniem praw wyłącznych do systemu obsługującego GPS posiadanego już przez Zamawiającego.

Co do pojazdów pomiarowych - pojazdy lekkie osobowo-cieżarowe w części dwuosobowe z wygradzoną przestrzenią ładunkową do przewozu rozmaitych urządzeń pomiarowych podkreślił, że wprawdzie na rynku istnieją dostawcy, którzy mogą zrealizować dostawę na te pojazdy (np. Fiat, Opel czy Toyota), to jednak po pierwsze przewidywany okres dostawy to pół roku, a po drugie brakowałoby w dostarczonych pojazdach zintegrowanego z całością floty systemu monitorowania oraz zarządzania pojazdami. Konieczne jego zdaniem byłoby uruchomienie dodatkowego postępowania związanego z montażem urządzeń GPS z zachowaniem wszelkich praw wyłącznych do systemów monitorowania i zarządzania pojazdami floty posiadanego przez Zamawiającego.

Co do przyczep specjalistycznych - grupa 31 szt. środków transportu, lekkie i ciężkie przyczepy specjalistyczne, służące głównie do przewozu słupów, bębnow z kablami agregatów prądotwórczych czy baterii akumulatorów podkreślił, że tabor ten jest bardzo zróżnicowany i w dużej mierze wykonany wcześniej na specjalne zamówienie, zaś na rynku wtórnym zdecydowana większość jest niedostępna, a pozostała część możliwa jest do dostarczenia przez dostawców w drodze odrębnego postępowania w terminie do 6 miesięcy.

Według Zamawiającego jak wynika z powyższej analizy, zarówno dostawa pojazdów bazowych, jak też ich zabudowa oraz instalacja GPS wraz z oprogramowaniem, wykonywane są przez inne podmioty w ramach poszczególnych grup pojazdów, a korelacja wszystkich tych podmiotów do realizacji zamówienia jest niemożliwa z punktu widzenia rodzaju wykonywanych poszczególnych prac, miejsca ich wykonywania oraz czasu określonego przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Według Zamawiającego w przypadku zorganizowania postępowania w trybie konkurencyjnym na przedmiot zamówienia, tj. dostawę zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, wykonawcy musieliby wystąpić w konsorcjum złożonym z kilkunastu firm o różnym profilu działalności, co de facto determinowałoby termin realizacji w latach, a także niemożliwość logistyczną zaplanowania tak obszernego przedsięwzięcia. Powyższe, zdaniem Zamawiającego dowodzi, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie istniał na rynku wykonawca będący w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, zgodnie z potrzebami

Zamawiającego - w całości i w określonym przez niego, wynikającym z obowiązków OSD, terminie. Ponadto w jego ocenie w świetle powyższego, obiektywnie nie byłoby możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z dyspozycją art. 29 ustawy Pzp, który to opis uzasadniałby zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w kontekście art. 7 ustawy Pzp.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w Informacji o wynikach kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP.

Izba, stwierdzając powyższe, wydała przedmiotowe rozstrzygnięcie w sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego od wyników kontroli.

Izba podzieliła w pełni ustalenia faktyczne dotyczące udzielenia zamówienia publicznego objętego kontrolą Prezesa UZP, dokonane w Informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP.

Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP 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, stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w Informacji o wynikach kontroli.

Zdaniem Izby Zamawiający, udzielając w dniu 19 grudnia 2013 r. (umowa nr 1151/LZA/2013) zamówienia publicznego w przedmiocie dostawy zintegrowanej floty pojazdów niezbędnych do wykonywania podstawowych zadań statutowych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowe „ETRA” Sp. z o.o. w Białymstoku (dalej: PTU „ETRA” Sp. z o.o.), dopuścił się naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasadę prymatu trybów przetargowych oraz – w przypadku zamówień sektorowych – trybu negocjacji z ogłoszeniem nad pozostałymi trybami, która – wyrażona w art. 10 ustawy Pzp doznaje rozwinięcia w przypadku zamówień sektorowych w art. 134 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1-5 oraz 8 i 9 ustawy Pzp. Zamówienie, objęte przedmiotem niniejszej kontroli Prezesa UZP zostało udzielone w oparciu o przesłankę zamówienia z wolnej ręki określoną w art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamówienia publicznego z wolnej ręki można udzielić, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Dokonując analizy wskazanej przesłanki ustawowej udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki należy wskazać, że ustawodawca wyraźnie określił, że okoliczności wskazujące na jednego wykonawcę określonych usług dostaw czy robót budowlanych muszą mieć naturę techniczną i mają mieć charakter obiektywny, czyli niezależny od zamawiającego. Przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki opisana w przywołanym przepisie ustawy Pzp wskazuje na możliwość udzielenia zamówienia publicznego konkretnemu wykonawcy, który z natury przedmiotu zamówienia jest monopolistą na rynku danego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych, tj. w sposób obiektywny wyłącznie on może zrealizować na rzecz konkretnego podmiotu zamawiającego daną usługę, dostawę czy robotę budowlaną. Zgodzić należy się także ze stanowiskiem Prezesa UZP, że przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jako trybu najmniej konkurencyjnego, ponieważ pozwalającego na udzielenie zamówienia po negocjacjach wyłącznie z jednym wykonawcą, powinny być interpretowane w sposób ścisły.

Mając powyższe na uwadze Izba doszła do przekonania, że dostawa objęta zamówieniem publicznym, którego dotyczą wyniki kontroli Prezesa UZP podlegające ocenie Izby, nie spełniała wskazanych przesłanek ustawowych udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Nabycie przez Zamawiającego środków transportu w ilości 316 sztuk od wybranego przez Zamawiającego wykonawcy - PTU „ETRA” Sp. z o.o., było wynikiem rozstrzygnięcia podmiotu Zamawiającego, które to rozstrzygnięcie miało podłoże w jego decyzji biznesowej, będącej wynikiem określonej polityki prowadzonej przez Zamawiającego. Z tego punktu widzenia, tak Prezes UZP, wykonując na mocy przepisów ustawy Pzp czynności kontrolne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i Izba, dokonujące oceny tych czynności również w trybie wskazanej ustawy, nie są uprawnieni do oceny działań Zamawiającego. Prezes UZP, jak i Izba dokonuje jedynie oceny legalności takich czynności Zamawiającego z punktu widzenia oceny ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie natomiast należy uznać, iż zakupu określonej ilości pojazdów od konkretnego

podmiotu na potrzeby Zamawiającego nie spełnia wymogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż przy określeniu i opisie przedmiotu zamówienia istotne są potrzeby Zamawiającego i one z punktu widzenia oceny celowości określonych zakupów nie podlegają ocenie Prezesa UZP. Zamawiający w tym zakresie ma pewną swobodę, biorąc pod uwagę właśnie swoje obiektywnie uzasadnione potrzeby, jednakowoż uwzględniając także w tym względzie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający nie może uzasadniać potrzeby zakupu wyłącznie od jednego wykonawcy określonej, nawet stosunkowo licznej floty pojazdów (środków transportu), powołując się przy tym na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze i wskazując na okoliczność, iż dokładnie dane, konkretne środki transportu, będące w dyspozycji określonego podmiotu odpowiadają jego oczekiwaniom, choćby z racji tego, że do tej pory z nich korzystał. Powyższe może być oceniane pod kątem celowości takiego zakupu, lecz nie mieści się w przesłance przyczyn technicznych. Zakup określonych środków transportu na potrzeby Zamawiającego jest obiektywnie możliwy – biorąc pod uwagę rynek tego rodzaju dostaw – przez nieokreśloną liczbę podmiotów zajmujących się sprzedażą środków transportu. Specyfika pojazdów, na którą wskazywał Zamawiający, sprowadzająca się do konieczności określonej adaptacji, specjalnie na potrzeby Zamawiającego, oferowanych standardowo przez dealerów pojazdów różnych marek samochodów, nie jest czymś wyjątkowym na rynku tego rodzaju dostaw. Pojazdy różnego typu przewidziane w ramach dostawy na rzecz Zamawiającego możliwe byłyby do ujęcia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie konkurencyjnym z wykorzystaniem określonych zamówień częściowych (pakiety). Z urzędu znane są liczne przypadki, w których danego rodzaju zakupów, wymagających także skoordynowania przez zamawiającego określonych czynności związanych z dostosowaniem takich pojazdów na potrzeby zamawiającego (instalacja określonego sprzętu, oprogramowania itp.), zamawiający dokonują w trybach konkurencyjnych w ramach szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego konieczność skoordynowania różnego rodzaju czynności mających na celu uzyskanie określonego efektu przez zamawiającego (pozyskania pojazdów dostosowanych do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w określonym terminie).

W ocenie Izby także argument, iż pojazdy należące do wykonawcy PTU „ETRA” Sp. z o.o. zostały wyposażone w nowoczesny system monitoringu GPS, a dodatkowo, iż w tym zakresie powstała specjalna aplikacja, program wyposażony w narzędzia pozwalające udoskonalać procesy związane z zarządzaniem oraz monitoringiem użytkowanej floty pojazdów, nie zasługuje na uwzględnienie dla uznania wypełniania przesłanki wskazującej

na jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Podobne systemy montowane są na różnego rodzaju pojazdach wykorzystywanych np. w zamówieniach na usługi letniego czy też zimowego utrzymania dróg, nie mówiąc już o specjalistycznych pojazdach nabywanych przez różnego rodzaju służby: policji, służby celne czy graniczne, straże pożarne itp. i stanowią przedmiot zamówień nabywanych w trybach konkurencyjnych. Z podobnych względów Izba uznała za niezasadną argumentację Zamawiającego o zamontowaniu w większości pojazdów należących do wykonawcy PTU „ETRA” Sp. z o.o. specjalnego sprzętu radio – telefonicznego, będącego własnością Zamawiającego. Powyższe w żadnej mierze nie wskazuje – zdaniem Izby – na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Określony system łączności, GPS, czy też określone oprogramowanie służące do uzyskania efektu łączności i to niezależnie od tego, czy stanowi ono własność zamawiającego, czy też nie, może być także zamontowane na każdym innym pojeździe nabytym w trybie konkurencyjnym.

Argumentacja Zamawiającego, iż nabywana przez niego flota pojazdów tworzy pewną wyspecjalizowaną, ściśle wyselekcjonowaną flotę, która jako zintegrowane narzędzie logistyczne zabezpiecza realizację podstawowych zadań związanych z dystrybucją energii elektrycznej, a jej nabycie uwarunkowane jest określoną konsolidacją w PGE Dystrybucja S.A. zmierzającą do uzyskania wewnętrznej spójności w zakresie polityki transportowej w Spółce, może wskazywać jedynie – jak wcześniej podniesiono – na określoną politykę Spółki Zamawiającego i wyraz określonych potrzeb Zamawiającego ściśle związanych z tą polityką. W żadnej mierze natomiast nie stanowi przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wskazujących na konkretnego, jedyne na rynku tego rodzaju dostaw, wykonawcę. Argumentacja Zamawiającego dla uzasadnienia udzielenia wskazanego zamówienia w trybie z wolnej ręki sprowadza się do skumulowania w ramach jednego zamówienia określonej ilości pojazdów, z których Zamawiający aktualnie również korzysta dla realizacji jego ustawowych zadań. Zamawiający zatem, poprzez pewnego rodzaju efekt skali uzasadnia możliwość nabycia floty pojazdów wyłącznie od jednego dostawcy. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że właśnie tę konkretną flotę pojazdów, stanowiącą stworzony specjalnie przez Zamawiającego przedmiot jego zakupu, można było nabyć od jednego wykonawcy. Powyższe jednak – jak wskazano – nie jest w żaden sposób wynikiem przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym. Nabycie wskazanego przedmiotu zamówienia od konkretnego wykonawcy wynika bowiem z indywidualnych uwarunkowań Zamawiającego związanych z jego polityką biznesową, a nie z obiektywnej sytuacji, iż określone pojazdy – pomijając stworzony przez samego Zamawiającego efekt skali zamówienia – można nabyć tylko od jednego dostawcy. Przedmiotem zamówienia są pojazdy, które można nabyć na konkurencyjnym rynku dostaw i to biorąc pod uwagę tak rynek pierwotny (nowe pojazdy),

jak i rynek wtórny tego rodzaju dostaw. Rolą Zamawiającego zaś jest właściwe opisanie przedmiotu dostaw na rynku konkurencyjnym z uwzględnieniem specjalnych, na potrzeby Zamawiającego, zabudów tych pojazdów, czy też niezbędnego osprzętu.

Odnosząc się do kwestii badania rynku tego rodzaju dostaw przez Zamawiającego, to Izba stwierdza, że u podstaw tego badania legło określone, błędne założenie Zamawiającego, iż potrzebuje właśnie tej konkretnej floty pojazdów, z której aktualnie korzysta. Różnica to nie sprowadzało się natomiast do faktycznej analizy rynku dostaw pojazdów, które mogłyby służyć realizacji określonej działalności prowadzonej przez Zamawiającego.

Niezależnie od wiedzy ogólnej o konkurencyjności tego rynku dostaw nie można także pominąć okoliczności, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkretni dealerzy i serwisy samochodowe wyrażały zainteresowanie zakupami prowadzonymi przez Zamawiającego. To również potwierdza, że wskazany rynek dostaw ma charakter konkurencyjny. Różnica prowadzone przez Zamawiającego sprowadzało się jednak do oceny subiektywnie skonstruowanego przez niego zakresu przedmiotu zamówienia, stworzonego jedynie w oparciu o wskazaną decyzję biznesową Zamawiającego.

Zgodzić należy się także z Prezesem UZP, że wskazywany przez Zamawiającego termin realizacji zamawianej dostawy nie uzasadnia wypełnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. W art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp bowiem nie wskazuje się w żadnej mierze na kwestie związane z terminowością realizacji zamówienia. Taka okoliczność została przez ustawodawcę ustalona w odrębnej przesłance do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), która w przedmiotowej sprawie nie znalazła wypełnienia.

Tym samym Izba uznała, że w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brak było podstaw do zastosowania przesłanki udzielenia zamówienia publicznego, o której mowa w art. 134 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Izba odniosła się również do argumentacji Zamawiającego, zawartej w zastrzeżeniach od wyników kontroli, dotyczącej możliwości udzielenia przedmiotowego zamówienia sektorowego poza przepisami ustawy Pzp, jako tzw. zamówienia *in house*.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że do powyższej okoliczności Prezes UZP nie odniósł się w żaden sposób, tak w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, jak i w samych wynikach kontroli. Okoliczność powyższa - zdaniem Izby - jest na tyle istotna, iż powinna stanowić z urzędu przedmiot rozważań Prezesa UZP jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp), w tym w zakresie kontroli udzielania zamówień publicznych (art. 161 ust. 1 ustawy Pzp), w szczególności z uwagi na fakt, iż mogłoby to prowadzić do ustaleń o braku obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przez dany podmiot w konkretnej sytuacji. Tym niemniej – jak wskazano – tak w piśmie z dnia 21 listopada 2014 r. stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej Prezesa UZP, jak i w Informacji o wynikach kontroli, czy też w samym protokole z przeprowadzonej kontroli brak jest jakichkolwiek informacji w tym zakresie.

Niemniej zdaniem Izby, skoro powyższa kwestia wprost stanowi przedmiot zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego powinna także stanowić przedmiot rozważań Izby. Uwzględniając jednak okoliczność, że Izba rozpoznając zastrzeżenia od wyników kontroli może oprzeć się wyłącznie na treści tych zastrzeżeń i dołączonych do nich ewentualnych dowodów oraz na dokumentacji zgromadzonej przez Prezesa UZP w ramach prowadzonej kontroli, zasadnym jest zastrzeżenie, że Izba w tym zakresie swoje rozstrzygnięcie oparła wyłącznie na wskazanych dokumentach, nie mając formalnych uprawnień do prowadzenia w tym zakresie dodatkowych ustaleń, czy też żądania dodatkowych dokumentów, co mógł uczynić Prezes UZP w toku prowadzonej kontroli.

W drugiej kolejności, odnosząc się merytorycznie do wskazanej kwestii, podniesionej w zastrzeżeniach od wyników kontroli Prezesa UZP, Izba stwierdziła, że niewątpliwie zamówienie udzielone przez Zamawiającego mieści się w zakresie regulacji ustawy Pzp dotyczącej przepisów szczególnych tej ustawy, tj. zamówień sektorowych (dział III rozdział 5 ustawy Pzp). Przepisy odnoszące się do zamówień sektorowych są przepisami szczególnymi, kierującymi się własnymi regułami odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego. Uregulowanie to stanowi w pewnym sensie kompletną regulację wprowadzającą swego rodzaju ułatwienia przy udzielaniu tego rodzaju zamówień. Regulacje zawarte w tym zakresie przewidują m.in. wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień sektorowych. Wyłączenia te zostały określone przez ustawodawcę w art. 136-138 ustawy Pzp. Żadna ze wskazanych w tych przepisach okoliczności nie została zdaniem Izby wypełniona, nie była też wykazywana przez Zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii udzielania zamówień *in house* stwierdzić należy, że tak przepisy ustawy Pzp, jak i dyrektywy sektorowej aktualnie obowiązującej (regulacje nowych dyrektyw z dnia 26 lutego 2014 r. nie zostały jeszcze wdrożone do porządku prawnego

polskiej ustawy Pzp, a termin na ich wdrożenie upływa dopiero w dniu 18 kwietnia 2016 r.), tj. dyrektywy 2004/17/WE, (jak i dyrektywy klasycznej 2004/18/WE), nie przewidują wprost unormowań dotyczących wyłączenia obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do udzielania tego typu zamówień. Na tego typu sytuacje wskazuje natomiast wprost orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości). Z tych też względów w omawianej kwestii należy wziąć pod uwagę właśnie orzecznictwo TS UE. Istotne w tym zakresie jest orzeczenie Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Teckal (C-107/98), które także przywoływał Zamawiający w zastrzeżeniach od wyników kontroli. Z orzeczenia tego można wywodzić tezę, iż jeżeli określony podmiot zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach zawiera odpłatną umowę z inną osobą (odrębnym podmiotem) nie będzie miał obowiązku stosowania tych przepisów przy zawarciu umowy, jeżeli podmiot ten ma w stosunku do wskazanej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych służb (sprawuje nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami) oraz osoba ta wykonuje istotną część działalności tego podmiotu (wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki). Podobne stanowisko zostało wyrażone w orzeczeniach Trybunału w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau C-26/03 (wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r.), w sprawie Komisji przeciwko Hiszpanii C-84/03 (wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r.), w sprawie Komisji przeciwko Austrii C-29/04 (wyrok z dnia 10 listopada 2005 r.), w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei C-340/04 (wyrok z dnia 11 maja 2006 r.), w sprawie Tragsa C-295/05 (wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r.), czy w sprawie Datenlotsen C-15/13 (wyrok z dnia 8 maja 2014 r.).

Przenosząc główne tezy z tych orzeczeń na stan niniejszej sprawy stwierdzić należy, że o ile pierwsza z w/w przesłanek uprawniających do przyjęcia, że mamy do czynienia z zamówieniem *in house* mogłaby znaleźć swoje wypełnienie (Zamawiający – Spółka z o.o., poprzez dysponowanie 100% udziałami w firmie PTU „ETRA” Sp. z o.o. sprawuje kontrolę nad tą spółką podobną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, choć dodatkowo wymagałoby to potwierdzenia stosownymi dokumentami pozwalającymi na ocenę charakteru stosunków pomiędzy tymi odrębnymi podmiotami gospodarczymi - czy mają one charakter stosunków wewnętrznych, zależnych i podległych, a ponadto wymagałoby to oceny, że mamy do czynienia z kontrolą skuteczną, na którą wskazuje orzecznictwo Trybunału), to istnieją poważne wątpliwości, czy zachodzi druga z wymienionych przesłanek (zasadnicza działalność PTU „ETRA” Sp. z o.o. wykonywana jest na rzecz Zamawiającego). Choć wedle oświadczeń Zamawiającego składanych Prezesowi UZP podstawowym kierunkiem działania wskazanej Spółki (PTU „ETRA” Sp. z o.o.), jest świadczenie usług transportowych, naprawczych oraz serwisowych dla całej floty pojazdów będącej w bieżącym

użytkowaniu Zamawiającego, to Zamawiający nie przedłożył w tym zakresie żadnych dokumentów, potwierdzających do jakich celów została powołana wskazana spółka, a ponadto dokumentów, które wskazywałyby na tożsamość przedmiotu zlecenia (zawartej umowy) z zakresem zadań do jakich ta spółka została powołana. Jeśli uznać za słuszne twierdzenia Zamawiającego (choć – jak wskazano – nie zostało to poparte żadnymi dokumentami), iż spółka PTU „ETRA” ukierunkowana jest na świadczenie usług transportowych, naprawczych oraz serwisowych na rzecz Zamawiającego, to z całą pewnością takiego rodzaju usługi nie zostały zlecone przez Zamawiającego do wykonania przez PTU „ETRA” Sp. z o.o. w ramach kwestionowanej umowy z dnia 19 grudnia 2013 r. Przedmiotem tej umowy była bowiem dostawa pojazdów, a nie świadczenie wskazanych usług.

Tym samym zatem, w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż w tym przypadku mielibyśmy do czynienia z tzw. zamówieniem *in house*, pozwalającym na ustalenie, iż podmiot zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach, a więc nie ma też prawa odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu kwestionowanego zamówienia.

Tym samym też, biorąc pod uwagę wskazaną powyżej argumentację Izby, jak również dokonując oceny stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp, zdaniem Izby w tym przypadku zastrzeżenia Zamawiającego co do wyników kontroli Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....