

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2023r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.07.2023 r. przez wykonawcę **T. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. W.**

Profescar

w Bestwinie w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała Urząd Miejski**
w Bielsku-Białej

przy udziale wykonawcy **Spółdzielni Socjalnej Synergia, Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddała odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. W. Profescar w Bestwinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Bielsko-Biała Urząd Miejski w Bielsku-Białej w dniu 18 lipca 2023r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00313162/01 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na usługi pn. „Dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych do Specjalnego Ośrodka Edukacyjno-Leczniczko-Rehabilitacyjnego w Rudoltowicach, do Ośrodka Rehabilitacyjno-Edukacyjno-Wychowawczego w Kozach oraz do SP Specjalnej w Czechowicach-Dziedzicach”.

W dniu 21 lipca 2023r. wykonawca T. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. W. Profescar w Bestwinie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 214 ust. 1 pkt 13 z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) poprzez zaproszenie do negocjacji Spółdzielni Socjalnej „Synergia” (dalej: „Przystępujący”), pomimo faktu, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia warunku z lit. b ww. przepisu, tj. że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiających sprawujących kontrolę,

2) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy zaproszonego do negocjacji, w sytuacji, gdy podmiot ten nie spełnia warunków umożliwiających zawarcie umowy w trybie wolnej ręki,

3) naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wszczętego w dniu 18 lipca 2023 r., w sytuacji gdy postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający z naruszeniem ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki oraz ogłosił zamiar zawarcia umowy z podmiotem, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, i który jest niezdolny do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z uwagi na niedysponowanie niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami,

4) naruszenie art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE

(dalej: „dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wszczęcie postępowania w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść Przystępującego oraz na niekorzyść innych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a także zaniechanie dokonania oceny wpływu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na innych uczestników rynku, a także zaniechanie weryfikacji czy umowa nie zakłóca konkurencji na danym rynku, czy nie ogranicza dostępu do rynku lub nie eliminuje z rynku innych przedsiębiorców i czy nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez Zamawiającego,

5) naruszenie art. 16 i art. 17 Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wszczęcia przedmiotowego postępowania w trybie z wolnej ręki.

Zdaniem Odwołującego, w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający nie wykazał spełnienia ustawowych przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na usługi określone w ogłoszeniu. Przede wszystkim, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, Zamawiającym pozostaje wyłącznie Miasto Bielsko – Biała, podczas gdy Spółdzielnia nie jest kontrolowana wyłącznie przez Miasto Bielsko – Biała, ale także przez Gminę Kozy. Ponadto Zamawiający nie wykazał spełnienia warunków przewidzianych w art. 214 pkt 13, tj. że „ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających”. Odwołujący wskazał, że w oficjalnym uzasadnieniu do powstania Spółdzielni wraz z określeniem jej celów zamieszczonym na stronie internetowej: „Kluczowymi odbiorcami usług Spółdzielni Socjalnej Synergia są Miasto Bielsko – Biała oraz Gmina Kozy, czyli organy założycielskie Spółdzielni. Pracownicy spółdzielni to głównie osoby zarejestrowane w Powiatowym Urzędzie Pracy, podopieczni Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kozach oraz różnych jednostek pomocowych Bielska-Białej. Ich praca w Spółdzielni będzie polegała na dbaniu o czystość w miejskich i gminnych budynkach oraz wykonywaniu prac porządkowych na zewnątrz, konserwowaniu i dezynfekowaniu ławek oraz barierek w centrum miasta, pielęgnowaniu terenów zielonych oraz utrzymywaniu czystości na głównych deptakach. W chwili obecnej Spółdzielnia zatrudnia 30 osób, współpracując przy rekrutacji z Miejskim Ośrodkiem Pomocy Społecznej, Gminnym Ośrodkiem Pomocy Społecznej w Kozach.”. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 214 ust. 5 Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Mając na względzie powyższe, skoro gminy założyciele są kluczowymi odbiorcami usług Spółdzielni, nie oznacza to, że są one jedynymi odbiorcami tych usług oraz że ponad 90 % działalności Spółdzielni dotyczy zadań powierzonych jej do wykonania przez Zamawiającego lub Gminę Kozy. Zresztą powyższa okoliczność w żaden sposób nie została przez Zamawiającego wykazana w treści Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z dnia 18 lipca 2018 r.

Odwołujący podkreślił również, że Przystępujący nie posiada odpowiednich kompetencji oraz zasobów technicznych umożliwiających należytą realizację zadania polegającego na przewozie osób niepełnosprawnych do placówek rehabilitacyjnych oraz edukacyjnych. Zgodnie z wykazem PKD Spółdzielni wiodącym przedmiotem działalności spółdzielni pozostaje m.in. „działalność pomocnicza związana z utrzymaniem porządku w budynkach, działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zielenie, naprawa konserwacji urządzeń gospodarstwa domowego, zbieranie odpadów czy budowlane roboty wykończeniowe” (a zatem brak w przedmiocie działalności ww. Spółdzielni usług transportowych szczególnie istotnych przy przewozie osób niepełnosprawnych, w tym dzieci które to wymagają szczególnej dbałości o bezpieczeństwo i jakość świadczonych usług). Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że dotychczasowy transport wykonywany przez tę Spółdzielnię odbywał się wyłącznie na potrzeby wewnętrzne osób dorosłych, zdrowych lub jedynie częściowo niepełnosprawnych wymagających jedynie pojazdów przystosowanych do przewożenia wózków inwalidzkich. Wykonawca nigdy nie zajmował się specjalistycznym przewozem niepełnosprawnych dzieci do ośrodków rehabilitacyjnych i szkół.

Odwołujący wskazał, że pojazdy którymi dysponuje Spółdzielnia nie spełniają kryteriów określonych w realnym zapotrzebowaniu na taką usługę przez co realizacja zadań wynikających z zamówienia pozostaje wysoce utrudniona lub nawet niemożliwa. Wyjaśnił, że w przypadku pojazdu Peugeot Boxer, pozostaje on najczęściej wykorzystywany do przewozu

wózków inwalidzkich. W rzeczywistości jest on w stanie przyjąć na pokład maksymalnie 2 wózki (wbrew twierdzeniom wykonawcy, iż pojazd ma pomieścić 3 wózki inwalidzkie) z uwagi na fakt, że dzieci przechowują wózki w pozycji półleżącej (które to zajmują więcej przestrzeni). Kolejno Odwołujący wskazał, że samochody Renault Trafic należące do Spółdzielni pozostają używane do obsługi pasażerów w trybie „door to door” w dniach od poniedziałku do soboty w godzinach od 7:00 do 19:00. W konsekwencji harmonogram dowozu dzieci do szkół w godzinach między 6:45, a 8:20, a następnie ich odbiór w godzinach od 13:45 do 15:45 koliduje z rzeczywistym planem eksploatacji pojazdów należących do Spółdzielni.

Wobec tak postawionych warunków zamówienia, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż Spółdzielnia nie sprostą ich oczekiwaniom, a beneficjenci usługi (osoby niepełnosprawne, w tym dzieci) nie będą mogli w sposób należyty poruszać się do wskazanych placówek.

Odwołujący wskazał ponadto, że dotychczas Zamawiający w związku z realizacją zadań będących przedmiotem

skarżącego ogłoszenia, przeprowadzał postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, i obecnie realizuje jeden z nich jako Wykonawca. Tymczasem, wobec powołania w roku 2020 Spółdzielni, która została utworzona przede wszystkim celem aktywizowania osób bezrobotnych oraz niepełnosprawnych oraz mająca za zadanie głównie dbałość o utrzymanie czystości oraz porządku na ulicach założycielskich Gmin, Zamawiający niejako „odczekał” okres 3 lat działalności Spółdzielni, który umożliwił potencjalne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5, pomimo nieposiadania przez Spółdzielnię odpowiednich zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz odpowiedniego doświadczenia przy wykonywaniu usług objętych zamówieniem.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ogłaszając o zamiarze zawarcia umowy w trybie wolnej ręki naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 i 17 Pzp, dyskryminując innych niż Spółdzielnia wykonawców, naruszając uczciwą konkurencję i prowadząc do przyznania zamówienia ww. podmiotowi wyłącznie wskutek traktowania go w sposób uprzywilejowany, co nie miałyby miejsca, gdyby Zamawiający skorzystał z konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia analogiczne do tych, które formułował przy udzielaniu tego rodzaju zamówień dotychczas.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawcę Spółdzielni Socjalnej Synergia, Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z dnia 18 lipca 2023r. jako uzasadnienie wskazał: „Zapisy ustawy prawo zamówień publicznych w art. 214 ust. 1 pkt 13 umożliwiają Zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki przy spełnieniu łącznie określonych warunków tj.:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Powyższe przesłanki są spełnione, ponieważ Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu jest Gmina Bielsko-Biała, będąca zgodnie z art. 9 pkt 2 ustawy o finansach publicznych – jednostką sektora finansów publicznych. Podmiotem, któremu planowane jest zlecenie zamówienia jest Spółdzielnia Socjalna Synergia posiadająca osobowość prawną. Spółdzielnia Socjalna Synergia powołana została na podstawie Uchwały Nr XIV/309/2019 Rady Miejskiej w Bielsku-Białej z dnia 17 grudnia 2019 r. oraz Uchwały Nr XIV 105/20 Rady Gminy Kozy z dnia 14 stycznia 2020 r. Spółdzielnia Socjalna Synergia działa przez swoje organy w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami Statutu Spółdzielni, podpisanego przez Członków Założycieli Spółdzielni. Członkami Założycielami Spółdzielni są Gmina Bielsko-Biała i Gmina Kozy, które z dniem zarejestrowania Spółdzielni w Krajowym Rejestrze Sądowym stały się jej członkami. Organami Spółdzielni, zgodnie z hierarchią: są Walne Zgromadzenie i Zarząd. Przedmiotem działalności Spółdzielni jest prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o osobistą pracę jej członków oraz pracowników. Spółdzielnia Socjalna Synergia na podstawie umowy o pracę zatrudnia osoby z gminnego ośrodka pomocy społecznej tym samym realizując swoje podstawowe cele statutowe, polegające na aktywności zawodowej i tworzeniu miejsc pracy dla osób, które z różnych przyczyn nie mogą znaleźć pracy na wolnym rynku. Przedmiotem Zamówienia jest dowóz dzieci z niepełnosprawnościami do szkoły specjalnej i ośrodków, w których możliwa jest pełna realizacja zaleceń zawartych w orzeczeniu o potrzebie kształcenia specjalnego i orzeczeniach o potrzebie zajęć rewalidacyjno –

wychowawczych. Realizacja tych orzeczeń zgodna jest z zasadą tworzenia optymalnych warunków rozwoju dzieciom niepełnosprawnym i zasadą indywidualności tj. dostosowania działań terapeutycznych do kategorii upośledzeń i charakteru osób wychowywanych. Zlecenie Zamówienia Spółdzielni Socjalnej Synergia wynika zatem zarówno z formy prawnej tego podmiotu zgodnej z wymaganiami ustawy prawo zamówień publicznych określonych w art. 214 ust.1 pkt 13, doświadczenia w realizacji podobnych zadań (przewóz osób niepełnosprawnych) kwalifikacji zatrudnionych pracowników jak i posiadanej bazy sprzętowej niezbędnej do realizacji zadania i gwarantującej zgodne z opisem przedmiotu zamówienia wykonanie Zamówienia”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Wskazać należy, że Izba oceniła przesłanki dotyczące możliwości udzielenia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego braku wykazania przez Zamawiającego spełnienia warunku z lit. b) ww. przepisu, tj. że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiających sprawujących kontrolę, wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu rzeczywiście wskazał tylko na okoliczność spełnienia ww. przesłanki. Zamawiający okoliczności tej szerzej nie uzasadnił. Izba analizując spełnienie przesłanki z litery b) ww. przepisu uwzględniła jednak znajdujący się w aktach sprawy dokument pn. „Przychody finansowe w latach 2020-2023 w ramach In-House” i ustaliła, że z powyższego dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Spółdzielnia osiągnęła wymagany w ustawie procent przychodów w zakresie zadań powierzonych jej przez Zamawiających sprawujących kontrolę. Współczynnik procentowy w 2020 r. wynosił 94,86%, w roku 2021 – 97,85%, w 2022 – 90,53% a w okresie 1.01.2023-31.05.2023r. współczynnik ten wynosił 97,79%. W ocenie Izby okoliczność braku szczegółowego zreferowania poziomu współczynnika w uzasadnieniu ogłoszenia z dnia 18 lipca 2023r. nie może z automatu świadczyć o naruszeniu Pzp. Ponadto wskazać należy, że z akt sprawy nie wynika, aby Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienia analizy osiągnięcia współczynnika 90%, czy też o udostępnienie sprawozdań finansowych Spółdzielni. Odwołujący co istotne nie kwestionował, a także nie podjął żadnej próby wykazania, że ustalenia Zamawiającego w tym zakresie są nieprawidłowe. W konsekwencji Izba uznała, że okoliczność szczegółowego zreferowania w uzasadnieniu o ogłoszeniu faktu spełnienia przesłanki, że ponad 90% działalności Spółdzielni dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających nie stanowiło w okolicznościach niniejszej sprawy naruszenia prawa. Zamawiający jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie zapewnił prawo do wglądu w pełną dokumentację postępowania, po złożeniu stosownego wniosku, z której to możliwości Odwołujący nie skorzystał, czym uniemożliwił sobie weryfikację ustaleń poczynionych przez Zamawiającego w zakresie ww. przesłanki. Izba w konsekwencji uznała, że wymóg z litery b) ww. przepisu Pzp został spełniony.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Izba ustaliła bowiem, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wprowadził fakultatywnej przesłanki przewidzianej w ww. przepisie, a zatem chybione jest żądanie Odwołującego, nakazujące Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego na tej podstawie.

Odnosząc się do zarzutu braku dysponowania niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami Izba ustaliła:

Jak wynika z punktu 3.8. ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy „przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na opiece, dowozie i odwozie uczniów niepełnosprawnych z miejsca zamieszkania do Specjalnego Ośrodka Edukacyjno-Leczniczo-Rehabilitacyjnego dla Dzieci Niewidomych i Niedowidzących w Rudoltowicach, do Szkoły

Podstawowej Specjalnej nr 9 w Zespole Szkół Specjalnych nr 4 w Czechowicach-Dziedzicach oraz do Ośrodka Rehabilitacyjno-Edukacyjno Wychowawczego w Kozach i (z uwagi na różne adresy placówek podzielono dowóz na 3 trasy. Łączna długość tras: 157 km.). Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego opcjonalnego zwiększenia lub zmniejszenia liczby przewożonych osób - maksymalnie o 2 osoby na każdej trasie, skutkującego zwiększeniem lub zmniejszeniem ogólnej długości tras, o nie więcej niż 50 km dziennie, przy zastrzeżeniu, że dziecko dowożone do Specjalnej Szkoły Podstawowej nr 9 w Zespole Szkół Specjalnych nr 4 w Czechowicach – Dziedzicach, będzie odbierane po 4 godzinach nauki, z uwagi na wskazania lekarskie. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia opiekuna podczas każdego przewozu. Zamawiający nie dopuszcza by opiekunem uczniów niepełnosprawnych był kierowca pojazdu.”. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wskazał, że wymagał, aby Wykonawca realizował zamówienie, dysponując flotą pojazdów, które łącznie będą mieć możliwość zamontowania ośmiu wózków inwalidzkich.

Izba ustaliła, czego Odwołujący nie kwestionował, że Przystępujący dysponuje dwoma pojazdami marki Renault Trafic oraz jednym pojazdem marki Peugeot Boxer. Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wskazał, że powyższe pojazdy umożliwiają pomieszczenie odpowiedniej ilości wózków, bowiem w jednym pojeździe marki Renault Trafic zmieszczą się dwa wózki inwalidzie, a więc łącznie cztery, a w pojeździe Peugeot zmieszczą się cztery wózki inwalidzkie, czyli łącznie 8. Powyższe znajduje potwierdzenie w dowodach złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym. Podkreślić należy, że Odwołujący poza kwestionowaniem ww. okoliczności nie przedłożył, wbrew zasadzie wynikającej z art. 534 ust. 1 Pzp, żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Wyjaśnić natomiast należy, że postępowanie odwoławcze oparte jest na tych samych podstawach, co inne postępowania o charakterze kontradyktoryjnym i – zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regulacje w tej materii zostały zawarte m.in. w art. 534 ust. 1 Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący natomiast poprzestał na głośliwym zakwestionowaniu możliwości pomieszczenia w pojazdach odpowiedniej ilości wózków. W konsekwencji Izba uznała, że nie zdołał on podważyć stanowisko Zamawiającego i Przystępującego co do dysponowania przez Przystępującego niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał też żadnymi dowodami, aby niemożliwe było zrealizowanie usługi na rzecz Zamawiającego w związku z wykonywaniem innych zadań przez Spółdzielnię. Izba twierdzenia w tym zakresie uznała za głośliwe, co sprawiło, że zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wszczęcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji wskazać należy, że Izba również ten zarzut uznała za nieuzasadniony.

Podkreślić należy, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp poza przesłankami w nim określonymi nie przewiduje aby dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tzw. in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w tym przepisie. W konsekwencji stwierdzić należy, że w sytuacji spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp, nie dochodzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiejkolwiek konkurencji dla jedyne go wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa. Ponadto wskazać należy, że stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastosowanie trybu in-house jest możliwe tylko w przypadku braku innych podmiotów na rynku, które mogą świadczyć określone usługi, jest wprost sprzeczne z ratio legis art. 214 ust 1 pkt. 13 Pzp, ponieważ przyjęcie takiego założenia, powodowałoby de facto brak możliwości stosowania regulacji w praktyce.

W konsekwencji braku zasadności zarzutów odwołania dotyczących ogłoszenia o udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki na rzecz Przystępującego, niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp.

Przewodnicząca: