

Sygn. akt: KIO/KD 55/20

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 7 grudnia 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 12 listopada 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **zamawiającego – Miasto Białystok** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 29 października 2020 r. (znak: KND/43/20/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Zorganizowanie w Białymstoku Młodzieżowego Pucharu FC Bayern 2018 Polska oraz Pikniku Rodzinnego z Bayern Monachium w kwietniu 2018 r. oraz przeprowadzenie kampanii promującej wydarzenie w okresie poprzedzającym jak i w czasie jego trwania”*,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Członkowie : **Katarzyna Prowadzisz**

**Ewa Sikorska**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zorganizowanie w Białymstoku Młodzieżowego Pucharu FC Bayern 2018 Polska oraz Pikniku Rodzinnego z Bayern Monachium w kwietniu 2018 r. oraz przeprowadzenie kampanii promującej wydarzenie w okresie poprzedzającym jak i w czasie jego trwania”*,

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W uzasadnieniu Prezes UZP wskazał, że w toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż korespondencja prowadzona drogą elektroniczną pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi w sprawie przedmiotowego zamówienia rozpoczęła się najpóźniej w dniu 4 stycznia 2018 r. Jednocześnie Prezes UZP ustalił, iż zawarcie umowy spółki Live-Art miało miejsce dnia 29 stycznia 2018 r., podczas gdy rejestracja spółki w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nastąpiła w dniu 2 lutego 2018 r. Stwierdzono także, że ww. korespondencja była prowadzona m.in. przez osoby, które zostały ujawnione w informacji z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako wspólnicy wykonawcy Live-Art po rejestracji spółki. Ponadto ustalono, iż umowa pomiędzy wykonawcą Live-Art a FC Bayern Munchen AG, której przedmiotem jest zorganizowanie i sfinansowanie krajowych turniejów preselekcyjnych do Młodzieżowego Pucharu FC Bayern w sezonie 2017/2018 w Polsce jako Partnera Prezentującego przez wykonawcę Live-Art została podpisana przez przedstawiciela wykonawcy Live-Art w dniu 26 lutego 2018 r., zaś przez przedstawiciela FC Bayern Munchen AG – w dniu 6 marca 2018 r. Prezes UZP wskazał, że z dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż fakt uzyskania przez wykonawcę Live-Art. statusu Partnera Prezentującego miał przesądzić o ziszczeniu się w przedmiotowej sprawie przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp.

Prezes UZP ustalił, że w ramach korespondencji toczącej się pomiędzy dniem 4 stycznia 2018 r. a dniem 6 marca 2018 r., tj. dniem zawarcia ww. umowy pomiędzy wykonawcą Live-Art a FC Bayern Munchen AG, pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Live-Art reprezentowanym przez określone osoby fizyczne jak również pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi przed zawarciem umowy spółki Live-Art sp. z o.o. i jej wpisem do rejestru przedsiębiorców KRS dokonywano uzgodnień obejmujących m.in.:

- sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu działań marketingowych poprzedzających Młodzieżowy Puchar FC Bayern 2018 Polska,
- sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu dotyczącego przebiegu samego turnieju i pikniku,

- wybór piłkarzy na projekt tzw. „standu” z Prezydentem Miasta Białystok oraz ustalenia dotyczące projektu „standu”,
- rodzaj i rozkład atrakcji w związku z organizacją turnieju i pikniku,
- wykaz przedstawicieli klubu piłkarskiego, którzy przybędą na turniej,
- sposób przekazywania informacji o wydarzeniu do mediów,
- sporządzenie planu ramowego z rozpisaniem godzin eliminacji i turnieju wraz z piknikiem,
- przygotowanie strony internetowej dotyczącej wydarzenia,
- termin organizacji konferencji prasowej dotyczącej wydarzenia oraz zakres osób biorących w niej udział,
- określenie sposobu przeprowadzenia preeliminacji do turnieju,
- lokalizację banerów reklamowych,
- ustalenie terminu przeprowadzenia formalnych negocjacji z wykonawcą Live-Art,
- przekazanie wykonawcy Live-Art projektu umowy z Zamawiającym.

Ponadto, Prezes UZP ustalił na podstawie informacji uzyskanych z Komendy Wojewódzkiej Policji w Białymstoku, że w dniu 12 grudnia 2017 r. na Stadionie Miejskim w Białymstoku odbyło się spotkanie pomiędzy przedstawicielami Zamawiającego oraz m.in. osobą następnie ujawnioną w rejestrze przedsiębiorców KRS jako wspólnik i prezes zarządu spółki Live-Art, jak również z przedstawicielem FC Bayern Munchen AG, w celu obejrzenia stadionu i przedstawienia ogólnej koncepcji turnieju, z którego to spotkania brak jest dokumentacji.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp,

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

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

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Prezes UZP wskazał, że wykładnia przepisów art. 66-68 ustawy Pzp daje podstawę do uznania, iż dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki przesłanki jego zastosowania muszą być spełnione już w momencie wszczęcia postępowania, co znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2011 r., sygn. KIO/KD 71/11). Przyjąc także należy, iż Zamawiający nie jest uprawniony do prowadzenia szczegółowych negocjacji z wykonawcą dotyczących przedmiotu zamówienia przed skierowaniem doń zaproszenia do negocjacji w rozumieniu art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym ustawodawca nie precyzuje formy zaproszenia do negocjacji, wskazując jedynie na obowiązek przekazania wraz z nim informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy lub wzoru umowy.

W ocenie Prezesa UZP, w kontekście dokonanych ustaleń w zakresie stanu faktycznego uznać należy, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wszczął i prowadził negocjacje w sprawie zamówienia publicznego udzielanego w trybie z wolnej ręki w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy Pzp przed dniem 6 marca 2018 r., tj. dniem, w którym ziszczyły się przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) stanowiące podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Powyższe w szczególności potwierdza fakt, iż w dniu 27 lutego 2018 r. poprzez wiadomość mailową przesłaną o godzinie 13:50 Zamawiający przekazał wykonawcy Live-Art projekt umowy pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą wraz ze wskazaniem pierwotnego terminu negocjacji określonego na dzień 2 marca 2018 r. W tym względzie przekazanie wykonawcy Live-Art dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z

wolnej ręki” w dniu 8 marca 2018 r. należy uznać za czynność jedynie pozorną, dokonaną w celu zadośćuczynienia formalnym elementom postępowania, podczas gdy istotne, szczegółowe postanowienia dotyczące realizacji zamówienia jak również przekazanie wykonawcy Live-Art wzoru (projektu) umowy były przedmiotem wcześniejszych uzgodnień między stronami w okresie, w którym względem wykonawcy Live-Art nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp, w tym częściowo w okresie przed zawarciem umowy spółki wykonawcy Live-Art, tj. przed ustanowieniem spółki. W szczególności, w ocenie Prezesa UZO, uznać należy również, iż uzgodnienia dotyczące przedmiotu zamówienia dokonywane przed chwilą ziszczenia się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zdecydowanie wykraczały poza zakres ustaleń dopuszczalnych praktyką w ramach rozeznania rynku czy innych podobnych czynności mających na celu weryfikację istnienia na rynku podmiotów zdolnych do realizacji określonego zamówienia w sytuacji planowania przez Zamawiającego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub b) ustawy Pzp. Powyższe ma szczególne znaczenie w związku z faktem, iż jak wynika z treści korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Live-Art, Zamawiający miał świadomość, iż w okresie przed 6 marca 2018 r. względem danego wykonawcy nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w ww. przepisie.

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, iż jak wynika z treści wiadomości przekazanej przez wykonawcę Live-Art (wiadomość mailowa z dnia 27 lutego 2018 r., g. 19:30), prowadzone przez Zamawiającego oraz wykonawcę Live-Art ustalenia dotyczące przedmiotu przyszłej umowy i osiągnięcie określonego etapu, jak również sporządzenie przynajmniej wstępnie części dokumentacji niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia mogły mieć wpływ na wyrażenie przez FC Bayern Munchen AG zgody na zawarcie umowy na wyłączność na zorganizowanie i sfinansowanie krajowych turniejów preselekcyjnych do Młodzieżowego Pucharu FC Bayern w sezonie 2017/2018 w Polsce konkretnie z wykonawcą Live-Art, a tym samym – doprowadzić do ziszczenia się przesłanki uzasadniającej udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki danemu wykonawcy w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Prezesa UZP poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp. Zamawiający poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych naruszył tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa UZP, powyższe naruszenie miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem w przypadku zastosowania przez Zamawiającego trybu

podstawowego udzielenia zamówienia w okresie negocjacji prowadzonych z wykonawcą Live-Art przed ziszczeniem się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki temu wykonawcy możliwe było uzyskanie zamówienia przez innego wykonawcę.

Zamawiający pismem z dnia 9 listopada 2020 r. (wpływ do Prezesa UZP w dniu 11 listopada 2020 r.) wniósł zastrzeżenia w zakresie przywołanego powyżej naruszenia, zgłaszając następujące zarzuty względem wyniku kontroli doraźnej:

- 1) naruszenie art. 66 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż wymiana korespondencji mailowej pomiędzy pracownikami UM Białegostoku a przedstawicielem spółki Live-Art. sp. z o.o. (dalej: „Live-Art”) w okresie od dnia 4 stycznia 2018 r. do dnia 6 marca 2018 r. (w tym przedstawienie w dniu 27 lutego 2018 r. nieuzupełnionego projektu umowy, którym zamawiający zamierzał posłużyć się przy udzieleniu przyszłego zamówienia), świadczy o tym, iż „zamawiający wszczął i prowadził negocjacje w sprawie zamówienia publicznego udzielonego w trybie z wolnej ręki w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy Pzp” – gdy zdaniem Zamawiającego – przepis ten nie ma zastosowania do negocjacji prowadzonej w celu przygotowania projektu umowy, a jedynie do negocjacji prowadzonych dla udzielenia zamówienia publicznego;
- 2) naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, iż ustawa nie precyzuje formy zaproszenia do negocjacji, wskazując jedynie na obowiązek przekazania wraz z nim informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy lub wzoru umowy – gdy zdaniem Zamawiającego, zgodnie z tym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, a przepis art. 68 ust. 1 ustawy Pzp takiego wyjątku nie wprowadza;
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, iż zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki z dnia 8 marca 2018 r. miało charakter pozorny – gdy zdaniem Zamawiającego, w dniu 9 marca 2018 r. przedstawiciele Miasta Białegostoku utargowali zarówno niższą kwotę wynagrodzenia wykonawcy, a także dokonali pozostałych, istotnych podmiotowo szczegółów przedsięwzięcia, w tym: udziału minimalnej liczby tzw. legend klubu, minimalnej liczby informacji w mediach społecznościowych, liczby wejść na żywo oraz liczby reportaży na antenie stacji telewizyjnej Eleven Sports czy liczby galerii handlowych, w których należało uruchomić centra informacyjne o wydarzeniu;

- 4) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż w okresie od dnia 4 stycznia 2018 r. do dnia 6 marca 2018 r. prawo zorganizowania w Polsce turnieju preselekcyjnego do Młodzieżowego Pucharu FC Bayern 2017/2018 przysługiwało innym podmiotom, a tym samym możliwe było uzyskanie zamówienia na zorganizowanie turnieju przez innych wykonawców niż Live-Art – gdy zdaniem Zamawiającego – Kontrolujący nie wykazał, aby w danym okresie chociażby jeden potencjalny wykonawca dysponował franczyzą spółki FC Bayern Munchen A.G. w zakresie koncepcji turnieju i praw ochronnych do rozgrywek piłkarskich pod marką klubu FC Bayern.

Zamawiający przedstawił także szczegółową argumentację na poparcie przedmiotowych zarzutów, jak również wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń w całości oraz o stwierdzenie, iż udzielając przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Prezes Urzędu pismem z dnia 26 listopada 2020 r. poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględni wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli. Odnosząc się do zarzutów przywołanych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał, co następuje:

Ad 1)

W odniesieniu do zastrzeżenia nr 1, Prezes UZP wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie ustawy Pzp ma charakter w znacznym stopniu sformalizowany, zaś jak wynika z treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do czynności zamawiającego w postępowaniu przepisy kodeksu cywilnego stosuje się tylko wtedy, jeśli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, tym samym postanowienia kodeksu cywilnego mają w tym zakresie charakter subsydiarny. Biorąc pod uwagę m.in. treść zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób uznać, iż zamawiający uprawniony jest do nieograniczonych negocjacji z wykonawcą, któremu zamierza powierzyć zamówienie w trybie z wolnej ręki na etapie przed skierowaniem doń zaproszenia do negocjacji, to bowiem mogłoby stanowić działanie mające na celu obejście prawa i sprowadzić czynność zaproszenia do negocjacji do czynności jedynie pozornej. Jakkolwiek uznać należy, iż możliwe jest podejmowanie przez zamawiającego pewnych działań obejmujących także kontakt z wykonawcami w ramach mniej sformalizowanych procedur, zmierzających do przygotowania istotnych elementów właściwego postępowania o udzielenie zamówienia, w

szczegółności w celu ustalenia istnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co zaznaczono także w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r., o tyle należy podkreślić, iż w ramach przedmiotowej sprawy Zamawiający prowadził szczegółowe negocjacje dotyczące konkretnych elementów usługi będącej przedmiotem zamówienia mimo wiedzy, iż względem danego wykonawcy w okresie prowadzenia tych negocjacji (tj. przed dniem 6 marca 2018 r.) nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Ponadto, w ocenie Prezesa UZP, nie może znaleźć uznania argumentacja Zamawiającego, iż o odmiennym charakterze wzoru umowy przekazanego wykonawcy Live-Art w dniu 27 lutego 2018 r. świadczy to, że nie określono w nim essentialia negotii zamówienia, tj. wynagrodzenia, w kontekście faktu, iż wynagrodzenie nie zostało określone także we wzorze umowy dołączonym do dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r. Prezes UZP podkreślił, iż analiza wzoru umowy załączonego do wiadomości e-mail skierowanej do wykonawcy Live-Art z dnia 27 lutego 2018 r. (załączonej przez Zamawiającego do zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r.) oraz wzoru umowy dołączonego do dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r. nie daje podstaw do uznania, iż pomiędzy tymi dokumentami istnieją zasadnicze różnice treściowe pozwalające na ich odmienną klasyfikację w kontekście charakteru wzoru umowy. Oczywistym jest bowiem, iż ani wzór umowy dołączony do wiadomości e-mail z dnia 27 lutego 2018 r. ani wzór umowy dołączony do dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r. nie stanowiły kompletnej umowy niewymagającej dalszych negocjacji, gdyż w obu przypadkach przedmiotowe dokumenty nie zawierają kluczowych z punktu widzenia realizacji zamówienia informacji (w tym wynagrodzenia wykonawcy). Określone różnice istniejące pomiędzy treścią dokumentów wskazują co najwyżej na uzgodnienie kolejnych elementów przyszłej umowy, co może wskazywać na postęp procesu negocjacji jako takiego, nie daje jednakże podstaw do uznania, iż negocjacje prowadzone przed przekazaniem wykonawcy Live-Art dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r., w tym negocjacje prowadzone przed dniem 6 marca 2018 r., tj. przed ziszczeniem się względem wykonawcy Live-Art przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie stanowiły negocjacji, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy Pzp.



Ad 2)

W zakresie zastrzeżenie nr 2, Prezes UZP wskazał, iż przedstawione twierdzenia Zamawiającego pozostają bez wpływu na stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. naruszenie dotyczące prowadzenia przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą Live-Art przed dniem ziszczenia się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. W ocenie Prezesa UZP, nawet bowiem w przypadku uznania formalnej poprawności dokumentu pn. "Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki" z dnia 8 marca 2018 r. w kontekście regulacji art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, nie zmienia to faktu, iż szczegółowe negocjacje pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą Live-Art faktycznie prowadzone były już przed dniem 8 marca 2018 r., jak również przed dniem ziszczenia się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (6 marca 2018 r.), co pozwala na uznanie przekazania dokumentu z dnia 8 marca 2018 r. za czynność jedynie pozorną w kontekście przebiegu postępowania. Należy bowiem uznać, iż w zakresie w jakim art. 68 ust. 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie, dopiero po przekazaniu zaproszenia do negocjacji właściwemu wykonawcy możliwe jest prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie zaś negocjacji wcześniej, w szczególności jeśli zdarzenie to następuje w okresie, w którym względem wykonawcy nie zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jest niedopuszczalne.

Ad 3)

W zakresie zastrzeżenia nr 3 Prezes UZP wskazał, że przedstawił w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. zakres uzgodnień dokonanych w ramach korespondencji toczącej się pomiędzy dniem 4 stycznia 2018 r. a dniem 6 marca 2018 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Live-Art reprezentowanym przez określone osoby fizyczne jak również pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi przed zawarciem umowy spółki Live-Art sp. z o.o. i jej wpisem do rejestru przedsiębiorców, obejmujących m.in.: sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu działań marketingowych poprzedzających Młodzieżowy Puchar FC Bayern 2018 Polska, sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu dotyczącego przebiegu samego turnieju i pikniku, wybór piłkarzy na projekt tzw. „standu” z Prezydentem Miasta Białystok oraz ustalenia dotyczące projektu „standu”, rodzaj i rozkład atrakcji w związku z organizacją

turnieju i pikniku, wykaz przedstawicieli klubu piłkarskiego, którzy przybędą na turniej, sposób przekazywania informacji o wydarzeniu do mediów, sporządzenie planu ramowego z rozpisaniem godzin eliminacji i turnieju wraz z piknikiem, przygotowanie strony internetowej dotyczącej wydarzenia, termin organizacji konferencji prasowej dotyczącej wydarzenia oraz zakres osób biorących w niej udział, określenie sposobu przeprowadzenia preeliminacji do turnieju, lokalizację banerów reklamowych, ustalenie terminu przeprowadzenia formalnych negocjacji z wykonawcą Live-Art, przekazanie wykonawcy Live-Art projektu umowy z Zamawiającym.

Prezes UZP wskazał, że z treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r., Zamawiający nie kwestionuje wskazanych ustaleń faktycznych. W tym względzie Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. stanowisko, że wskazane uzgodnienia mają w kontekście przedmiotu zamówienia poddanego kontroli doraźnej charakter istotny oraz szczegółowy oraz zdecydowanie wykraczały poza zakres ustaleń dopuszczalnych praktyką w ramach rozeznania rynku czy innych podobnych czynności mających na celu weryfikację istnienia na rynku podmiotów zdolnych do realizacji określonego zamówienia w sytuacji planowania przez Zamawiającego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub b) ustawy Pzp. W ocenie Prezesa UZP pozwala to na uznanie, iż stanowiły one część negocjacji prowadzonych przez Zamawiającego z wykonawcą Live-Art w okresie, w którym względem wykonawcy Live-Art nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp.

Ad 4)

W zakresie zastrzeżenia nr 4, Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2014 r., sygn. KIO/KD 88/14), ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, spoczywa na zamawiającym. Tym samym przedstawione w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. stanowisko, iż wykazane naruszenie miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem w przypadku zastosowania przez Zamawiającego trybu podstawowego udzielenia zamówienia w okresie negocjacji prowadzonych z wykonawcą Live-Art przed ziszczeniem się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki temu wykonawcy możliwe było uzyskanie zamówienia

przez innego wykonawcę, stanowi konsekwencję niewykazania przez Zamawiającego spełniania przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp względem wykonawcy Live-Art w okresie przed dniem 6 marca 2018 r., kiedy negocjacje pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą były już w toku. Należy przy tym podkreślić, iż w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. Zamawiający nie zakwestionował faktu nieziszczenia się względem wykonawcy Live-Art przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp w okresie przed dniem 6 marca 2018 r.

Ponadto Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. stwierdzenie, iż jak wynika z treści wiadomości przekazanej przez wykonawcę Live-Art (wiadomość mailowa z dnia 27 lutego 2018 r., g. 19:30), prowadzone przez Zamawiającego oraz wykonawcę Live-Art ustalenia dotyczące przedmiotu przyszłej umowy i osiągnięcie określonego etapu, jak również sporządzenie przynajmniej wstępnie części dokumentacji niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia mogły mieć wpływ na wyrażenie przez FC Bayern Munchen AG zgody na zawarcie umowy na wyłączność na zorganizowanie i sfinansowanie krajowych turniejów preselekcyjnych do Młodzieżowego Pucharu FC Bayern w sezonie 2017/2018 w Polsce konkretnie z wykonawcą Live-Art.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

W ocenie Izby zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko i argumentację Prezesa UZP.

W ocenie Izby możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp jest uzależniona od łącznego spełnienia następujących przesłanek: (1) istnienia szczególnych przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dotyczących przedmiotu zamówienia; oraz (2) szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę. Pzp nie zawiera katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający

powinny się kierować decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie dziwi ten fakt, gdyż okoliczności takich nie sposób ująć w ramy przepisu prawnego, a zależną one od konkretnych okoliczności danego zamówienia. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm, parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca, albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający.

Z kolei zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Tak więc, możliwość zastosowania procedury opartej na wyżej wymienionym przepisie wymaga kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, czyli: przedmiot zamówienia może być zrealizowany przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz ochrona praw wyłącznych musi wynikać z przepisów ustawowych. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności. Wykazaniu zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. (przykładowo: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 7 kwietnia 2010 roku sygn. akt KIO/KD 23/10).

W ocenie Izby Zamawiający nie wskazał przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt a) lub b) ustawy Pzp. Zdaniem Izby zgłoszone zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zastrzeżenia Zamawiającego dotyczącego możliwości zastosowania przepisów kodeksu cywilnego dotyczących negocjacji tj. art. 72 kodeks cywilny, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisy kodeksu cywilnego stosuje

się tylko wtedy, jeśli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Tym samym postanowienia kodeksu cywilnego mają w tym zakresie charakter subsydiarny. Innymi słowy, w przypadku, gdy ustawa Pzp reguluje w sposób wyczerpujący postępowanie w zakresie udzielania zamówień publicznych, stosowanie przepisów kodeksu cywilnego nie ma uzasadnienia prawnego. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający jest podmiotem publicznym, dysponującym środkami publicznymi. Zasady ich dysponowania zostały określone w ustawie Pzp. W tym zakresie ustawodawca przewidział szereg procedur wyboru wykonawcy, któremu mają zostać powierzone środki publiczne na realizację zadań publicznych. Wśród nich przewidziana jest procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Art. 68 ust. 1 ustawy Pzp stanowi zaś, że wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Zdaniem Izby z powyższych regulacji wynika jednoznacznie, że etap negocjacji w wybranym wykonawcą odbywa się po przekazaniu wybranemu wykonawcy zaproszenia do negocjacji. Wszczęcie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wymaga więc, zgodnie z zapisami ustawy Pzp, zidentyfikowania przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu, określonych w art. 67 ustawy Pzp, wystosowania zaproszenia do wybranego wykonawcy, rozpoczęcia negocjacji i zawarcia umowy. Zdaniem Izby za nieuprawnione uznać należy więc stanowisko Zamawiającego o możliwości zastosowania przepisów kodeksu cywilnego dotyczących negocjacji tj. art. 72 kodeksu cywilnego i możliwości prowadzenia negocjacji z wybranym wykonawcą przed formalnym przekazaniem zaproszenia do negocjacji. W ocenie, Izby przepisy ustawy Pzp w sposób wyczerpujący regulują procedurę udzielania zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w zakresie sposobu jej wszczęcia i nie ma konieczności pomocniczego stosowania w tym zakresie przepisów kodeksu cywilnego.

Zdaniem Izby, jak słusznie wskazał Prezes UZP, w ramach przedmiotowej sprawy Zamawiający prowadził szczegółowe negocjacje dotyczące konkretnych elementów usługi będącej przedmiotem zamówienia mimo wiedzy, iż względem danego wykonawcy w okresie prowadzenia tych negocjacji (tj. przed dniem 6 marca 2018 r.) nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający prowadził negocjacje w celu wykreowania przesłanki zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż w kontekście dysponowania środkami publicznymi przez podmioty publiczne w reżimie ustalonym przepisami ustawy Pzp należy odróżnić negocjacje w celu zawarcia umowy od negocjacji w celu przygotowania projektu umowy. Zamawiający pomija okoliczność, że prowadził negocjacje w tym samym podmiocie, dotyczące tego samego zakresu usługi, mające na celu ustalenie kluczowych elementów realizacji zamówienia. Co więcej nie może znaleźć uznania argumentacja Zamawiającego, iż o odmiennym charakterze wzoru umowy przekazanego wykonawcy Live-Art w dniu 27 lutego 2018 r. świadczy to, że nie określono w nim essentialia negotii zamówienia, tj. wynagrodzenia, w kontekście faktu, iż wynagrodzenie nie zostało określone także we wzorze umowy dołączonym do dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r. Analiza wzoru umowy załączonego do wiadomości e-mail skierowanej do wykonawcy Live-Art z dnia 27 lutego 2018 r. (załączonej przez Zamawiającego do zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r.) oraz wzoru umowy dołączonego do dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r. nie daje podstaw do uznania, iż pomiędzy tymi dokumentami istnieją zasadnicze różnice treściowe pozwalające na ich odmienną klasyfikację w kontekście charakteru wzoru umowy. Określone różnice istniejące pomiędzy treścią dokumentów wskazują co najwyżej na uzgodnienie kolejnych elementów przyszłej umowy, co może wskazywać na postęp procesu negocjacji jako takiego, nie daje jednakże podstaw do uznania, iż negocjacje prowadzone przed przekazaniem wykonawcy Live-Art dokumentu pn. „Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki” z dnia 8 marca 2018 r., w tym negocjacje prowadzone przed dniem 6 marca 2018 r., tj. przed ziszczeniem się względem wykonawcy Live-Art przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie stanowiły negocjacji, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto zdaniem Izby, Zamawiający w żaden logiczny sposób nie uzasadnił w jakim celu prowadził negocjacje w celu przygotowania projektu umowy z przedstawicielami spółki Live – Art. Nasuwa się pytanie, że jeśli nie w celu udzielenia jej zamówienia na realizację przedmiotowego zadania, to w jakim innym celu? Takiego celu Zamawiający nie wskazał. Przytoczenie zapisów z komentarza kodeksu cywilnego odnośnie odmiennego charakteru negocjacji projektu umowy od negocjacji umowy właściwej, bez odniesienia się do okoliczności analizowanej sprawy jest zdaniem Izby bez znaczenia dla oceny zasadności zgłoszonego zastrzeżenia. Zdaniem Izby strony prowadziły negocjacje w celu zawarcia umowy, na podstawie której spółka Live – Art miała otrzymać wyłączne prawo do zorganizowania omawianego wydarzenia. Jak wynika z chronologii zdarzeń, umowę pomiędzy spółką Live Art a FC Bayern Munchen AG podpisano w dniu 6 marca 2020 r., zaś zaproszenie do negocjacji w dniu 8 marca 2018 r. Rozmowy obu stron co do kształtu umowy

toczyły się od stycznia 2018 r. Jest oczywistym dla Izby, że rozmowy te miały na celu ustalenie warunków umownych, którym strony dały finalne brzmienie w umowie z dnia 6 marca 2020 r. Strony wykreowały w ten sposób przesłankę wyłączności organizowania wydarzenia, które miało uzasadniać zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający brał czynny udział w prowadzonych negocjacjach, to potwierdza ustalona przez Prezesa UZP w sposób prawidłowy chronologia zdarzeń i udział poszczególnych osób w tych wydarzeniach.

Odnosząc się do zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie pozornego charakteru zaproszenia do negocjacji wystosowanego przez Zamawiającego, to Izba, za Prezesem UZP, wskazuje, że twierdzenia Zamawiającego pozostają bez wpływu na stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. naruszenie dotyczące prowadzenia przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą Live-Art przed dniem ziszczenia się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Należy wskazać, że Zamawiający wypełnił formalny obowiązek wynikający z 66 w zw. z art. 68 ust.1 ustawy Pzp poprzez przesłanie wybranemu wykonawcy zaproszenia do negocjacji. W tym zakresie Zamawiający nie uchybił przepisom ustawy Pzp, jednakże w wynikach kontroli Prezes UZP nie wskazał na naruszenie art. 66 w zw. z art. 68 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy jednak podkreślić, że formalne wypełnienie obowiązku wynikającego z ustawy Pzp przez Zamawiającego nie zmienia faktu, iż szczegółowe negocjacje pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą Live-Art faktycznie prowadzone były już przed dniem 8 marca 2018 r., jak również przed dniem ziszczenia się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (6 marca 2018 r.), co pozwala na uznanie przekazania dokumentu z dnia 8 marca 2018 r. za czynność jedynie pozorną w kontekście przebiegu postępowania. Izba podziela pogląd Prezesa UZP, że w świetle art. 68 ust. 1 ustawy Pzp dopiero po przekazaniu zaproszenia do negocjacji właściwemu wykonawcy możliwe jest prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie zaś negocjacji wcześniej, w szczególności jeśli zdarzenie to następuje w okresie, w którym względem wykonawcy nie zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do zastrzeżenia Zamawiającego, iż Prezes UZP nie wykazał, że w okresie od dnia 4 stycznia 2018 r. do dnia 6 marca 2018 r. chociażby jeden potencjalny wykonawca dysponował franczyzą spółki FC Bayern Munchen A.G. w zakresie koncepcji turnieju i praw ochronnych do rozgrywek piłkarskich pod marką klubu FC Bayern, to Izba wskazuje, że zadaniem Prezesa UZP nie było wskazanie takiego podmiotu w wynikach przeprowadzonej kontroli. To zadaniem i obowiązkiem Zamawiającego było, przed wszczęciem postępowania

w trybie z wolnej ręki zidentyfikowanie czy zachodzą przesłanki zastosowanie takiego trybu. Zamawiający zaś czynnie uczestniczył w negocjacjach z przedstawicielami spółki Live – Art oraz spółki FC Bayern Munchen w celu wykreowania takiego podmiotu, a następnie formalnego przekazania zaproszenia do negocjacji. Izba wskazuje, że Prezes UZP przedstawił w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. zakres uzgodnień dokonanych w ramach korespondencji toczącej się pomiędzy dniem 4 stycznia 2018 r. a dniem 6 marca 2018 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Live-Art reprezentowanym przez określone osoby fizyczne jak również pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi przed zawarciem umowy spółki Live-Art sp. z o.o. i jej wpisem do rejestru przedsiębiorców, obejmujących m.in.: sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu działań marketingowych poprzedzających Młodzieżowy Puchar FC Bayern 2018 Polska, sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu dotyczącego przebiegu samego turnieju i pikniku, wybór piłkarzy na projekt tzw. „standu” z Prezydentem Miasta Białystok oraz ustalenia dotyczące projektu „standu”, rodzaj i rozkład atrakcji w związku z organizacją turnieju i pikniku, wykaz przedstawicieli klubu piłkarskiego, którzy przybędą na turniej, sposób przekazywania informacji o wydarzeniu do mediów, sporządzenie planu ramowego z rozpisaniem godzin eliminacji i turnieju wraz z piknikiem, przygotowanie strony internetowej dotyczącej wydarzenia, termin organizacji konferencji prasowej dotyczącej wydarzenia oraz zakres osób biorących w niej udział, określenie sposobu przeprowadzenia preeliminacji do turnieju, lokalizację banerów reklamowych, ustalenie terminu przeprowadzenia formalnych negocjacji z wykonawcą Live-Art, przekazanie wykonawcy Live-Art projektu umowy z Zamawiającym.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie kwestionuje wskazanych ustaleń faktycznych. W ocenie Izby wskazane uzgodnienia mają w kontekście przedmiotu zamówienia poddanego kontroli doraźnej charakter istotny oraz szczegółowy oraz zdecydowanie wykraczały poza zakres ustaleń dopuszczalnych praktyką w ramach rozeznania rynku czy innych podobnych czynności mających na celu weryfikację istnienia na rynku podmiotów zdolnych do realizacji określonego zamówienia w sytuacji planowania przez Zamawiającego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub b) ustawy Pzp. Zdaniem Izby stanowiły one część negocjacji prowadzonych przez Zamawiającego z wykonawcą Live-Art w okresie, w którym względem wykonawcy Live-Art nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, spoczywa na zamawiającym. Tym



samym przedstawione w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. stanowisko, iż wykazane naruszenie miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem w przypadku zastosowania przez Zamawiającego trybu podstawowego udzielenia zamówienia w okresie negocjacji prowadzonych z wykonawcą Live-Art przed ziszczeniem się przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki temu wykonawcy możliwe było uzyskanie zamówienia przez innego wykonawcę, stanowi konsekwencję niewykazania przez Zamawiającego spełniania przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp względem wykonawcy Live-Art w okresie przed dniem 6 marca 2018 r., kiedy negocjacje pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą były już w toku. Należy przy tym podkreślić, iż w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r. Zamawiający nie zakwestionował faktu nieziszczenia się względem wykonawcy Live-Art przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp w okresie przed dniem 6 marca 2018 r.

W ocenie Izby z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż uczestnicy procesu negocjacji tj. przedstawiciele spółki Live Art, przedstawiciele Zamawiającego oraz spółki FC Bayern Munchen A.G., swoim działaniami podejmowanym w okresie od dnia 4 stycznia do 6 marca 2018 r. wykreowali przesłankę, która uzasadniać miała udzielenie zamówienia z wolnej ręki. W złożonych zastrzeżeniach Zamawiający nie wyjaśnia i nie wykazuje w żaden sposób czy informował spółkę FC Bayern Munchen A.G., iż organizacja wydarzenia będzie finansowana ze środków publicznych, co wymaga wyłonienia podmiotu realizującego wydarzenie w trybie konkurencyjnym. Zamawiającemu zdaje się umykać okoliczność, iż nie była do trzystronna transakcja prywatna pomiędzy FC Bayern Munchen A.G. spółką Live-Art i Zamawiającym, ale wydarzenie organizowane przez podmiot publiczny, ze środków publicznych. To obowiązkiem Zamawiającego było dołożenia należytych staranności i poinformowanie odpowiednie podmioty o procedurze wydatkowania środków publicznych, przed przystąpieniem do organizowania wydarzenia, niezależnie od jego znaczenia dla miasta. Zamawiający zaś nie tylko zaakceptował ustalenia pomiędzy spółką Live-Art oraz FC Bayern Munchen A.G, ale czynnie w nich uczestniczył sankcjonując swoim postępowaniem ustalony z góry nieprawidłowy sposób wydatkowania środków publicznych.

Ponadto, Izba wskazuje, że w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt a) ustawy Pzp. Nie są znane Izbie żadne przyczyn techniczne o obiektywnym charakterze, które powodowałyby, że wykonanie zamówienia mogło nastąpić wyłącznie przez spółkę Live – Art.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....