

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 stycznia 2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 grudnia 2014 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Wisłę Kraków S.A. w Krakowie dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 26 listopada 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/80(3)/14/14/KB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Wisła Kraków S.A. w Krakowie, działając na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub “Pzp” – udzieliła w dniu 1 lipca 2011 r. firmie DEX-BUD D.B. Bębowski Sp. jawna w Wieliczce, w trybie z wolnej ręki, zamówienie na wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* z dnia 26 listopada 2014 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. Wisła Kraków S.A. (zwana dalej: „Pełnomocnikiem Zamawiającego”), działająca w imieniu Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (zwanym dalej: „ZIKiT”), przesłała Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, którego przedmiotem było *wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków*.

Pełnomocnik Zamawiającego wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 29 czerwca 2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie DEX-BUD D.B. Dębowski Spółka Jawna z siedzibą w Wieliczce. Umowa o wykonanie robót budowlanych została zawarta w dniu 1 lipca 2011 r.

Zakres zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy obejmował opracowanie projektu warsztatowego oraz realizację robót związanych z wygradzeniem między trybunami i wygradzeniem międzysektorowym.

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że wykonanie ww. robót było konieczne ze względów zachowania bezpieczeństwa podczas organizowanego w dniu 19 lipca 2011 r. meczu piłkarskiego w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów na stadionie Wisły Kraków. Dodał, że w momencie wszczęcia postępowania budowa obiektu stadionowego nie była jeszcze całkowicie zakończona, dlatego też stadion nie był wyposażony we wszystkie urządzenia zapewniające wymagane warunki bezpieczeństwa podczas organizowania imprez masowych. Zdaniem Pełnomocnika Zamawiającego, termin rozgrywek piłkarskich nie był wcześniej możliwy do przewidzenia. Z wyjaśnień Pełnomocnika Zamawiającego wynika, że informacja o udziale drużyny w rozgrywkach Ligi Mistrzów została ostatecznie potwierdzona w dniu zdobycia Mistrzostwa Polski, czyli w dniu 29 maja 2011 r.

Pełnomocnik Zamawiającego poinformował, że konieczność przeprowadzenia prac związanych z wydzieleniem sektora gości powstała w związku z nowymi wymogami policji, na dowód czego załączył kopię odręcznie sporządzonej notatki z dnia 6 czerwca 2011 r. ze spotkania z przedstawicielami policji. Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że z wiedzy jaką posiada wynika, że zakres prac objętych niniejszym zamówieniem nie był przewidziany w dokumentacji projektowej, gdyż związany był z ogólnopolską akcją zapewniania bezpieczeństwa na stadionach. Wydzielenie sektora gości stanowiło bezwzględny warunek wyrażenia zgody na rozegranie meczów w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów. Prace musiały zostać zakończone najpóźniej na 14 dni przed terminem meczu.

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że podczas budowy stadionu Wisła rozgrywała mecze na stadionie miejskim w Sosnowcu zlokalizowanym przy ul. Kresowej 1. Dodał, że stadion ten nie spełnił warunków rozgrywania meczów w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów.

Z przekazanych przez Pełnomocnika Zamawiającego dokumentów wynika, że Pełnomocnik Zamawiającego w dniu 30 listopada 2007 r. zawarł z ZIKiT umowę dzierżawy części nieruchomości gruntowej zabudowanej w szczególności stadionem piłkarskim oraz na której znajdowała się wymieniona w załączniku do ww. umowy infrastruktura związana ze stadionem piłkarskim. Na podstawie ww. umowy dzierżawy Wisła Kraków S.A. zobowiązana została do płacenia rocznego czynszu dzierżawnego. Zgodnie z § 5 umowy dzierżawy Wisła Kraków S.A. zobowiązana jest do uzyskania zgody Wydierżawiającego w kwestii wszelkich nakładów jakie zamierza poczynić na przedmiocie dzierżawy, poza nakładami niezbędnymi dla utrzymania go w należytym stanie i warunkującymi realizację celu dzierżawy, chyba, że Wisła Kraków S.A. ma zamiar wystąpić do wydierżawiającego o zwrot wartości nakładów

lub ich sfinansowanie przez wydzierżawiającego. Z mocy ww. umowy dzierżawy, wszelkie nakłady poczynione przez Wisłę Kraków S.A. na przedmiot dzierżawy stają się własnością właściciela przedmiotu dzierżawy i Wisła Kraków S.A. nie będzie występowała z roszczeniem o zwrot jakichkolwiek nakładów poczynionych na przedmiocie dzierżawy, chyba, że uzgodniła z wydzierżawiającym na piśmie możliwość dokonania nakładów za zwrotem na jego rzecz ustalonej wartości nakładów przez Wydzierżawiającego. W oparciu o powyższe w dniu 22 czerwca 2011 r. Wisła Kraków S.A. skierowała wniosek do ZIKiT o wyrażenie zgody na poniesienie przez dzierżawcę nakładów na prace stanowiące przedmiot zamówienia i rozliczenia ich z należnościami (czynszem) z tytułu dzierżawy. W piśmie wskazano ponadto, że własność wykonanych nakładów, prawa z tytułu gwarancji i rękojmi przejdą na Wydzierżawiającego przy ich odbiorze od wykonawcy. Wartość nakładów przyjęta do rozliczenia miała zostać określona na podstawie wyceny dokonanej przez rzeczoznawcę. Na podstawie wykonanej i obustronnie zaakceptowanej wyceny Wisła Kraków S.A. miała wystawić fakturę VAT Wydzierżawiającemu. Należności z tytułu poniesionych nakładów i przeniesienia ich na właściciela miały być rozliczane z kolejnymi ratami czynszowymi, po okresie poprzedniego rozliczenia. Wartość przedmiotu dzierżawy podwyższona poprzez poczynione nakłady miała być uwzględniona w ratach czynszowych po okresie rozliczenia jak wyżej, a to ze względu na fakt, iż wzrost cen dotyczył tak wartości przedmiotu dzierżawy, jak i poczynionych nakładów. W odpowiedzi, pismem z dnia 24 czerwca 2011 r., ZIKiT udzielił zgody na powyższe pod warunkiem wyboru wykonawcy prac na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. Wisła Kraków S.A. zwróciła się do ZIKiT o wyrażenie zgody na zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy i taką zgodę otrzymała.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że w oparciu o przedstawioną w sprawie dokumentację, zdaniem Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiającym był ZIKiT, w imieniu którego działała Wisła Kraków S.A.

Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 2 ustawy, zamawiający może powierzyć przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osobie trzeciej.

Podmioty, o których mowa w art. 15 ust. 2 ustawy działają jako pełnomocnicy zamawiającego (art. 15 ust. 3 ustawy). Całokształt analizowanej dokumentacji prowadzi do wniosku, że konstrukcja ta została zastosowana w niniejszym postępowaniu, mimo, iż nie sporządzono dokumentu zatytułowanego „pełnomocnictwo”. Wisła Kraków S.A. zwróciła się w formie pisemnej do ZIKiT o wyrażenie zgody na dokonanie określonych nakładów na stadion, wskazując zakres, wartość i termin wykonania prac oraz wnioskując o możliwość rozliczenia tych nakładów z czynszem dzierżawnym. ZIKiT wyraził zgodę na dokonanie przez Wisłę Kraków S.A. nakładów w zakresie określonym zapytaniem, jednocześnie zobowiązał Wisłę Kraków S.A. do wyboru wykonawcy prac zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wskazując, że jest to warunek rozliczenia nakładów.

Wisła Kraków S.A. zwróciła się o wyrażenie zgody na przeprowadzenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego na ww. zadanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. ZIKiT wyraził zgodę na zastosowanie przez Wisłę Kraków S.A. trybu zamówienia w wolnej ręki na podstawie ww. przepisu ustawy. Z treści korespondencji między stronami wynika, że Wisła Kraków S.A. wykonywała czynności w postępowaniu zgodnie z wolą ZIKiT, który zobowiązał Wisłę do stosowania ustawy. Mimo, iż nie sporządzono dokumentu pełnomocnictwa, to jednak z wymienionych między stronami pism wynika, że wolą ZIKiT było powierzenie wykonania czynności w postępowaniu Wisle Kraków S.A., ponadto Zamawiający udzielił konkretnych wytycznych odnośnie sposobu przeprowadzenia tych czynności. Ustalenia stron obejmowały zatem elementy konieczne pełnomocnictwa.

Odnosząc się zaś do postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli na wstępie należy wskazać, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu, Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do udzielenia zamówienia pn. *wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków.*

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Należy podkreślić, że norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132). Zgodnie z ww. przepisem dyrektywy zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy powinny być zatem oceniane w świetle zasad i przepisów prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż przesłanką niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest wystąpienie sytuacji o charakterze wyjątkowym i obiektywnie nieprzewidywalnym. Chodzi tu o taką sytuację, której zaistnienie jest na tyle mało prawdopodobne, że zamawiający, dochowując należytej

staranności, nie mógł jej przewidzieć. Bez wątplenia do katalogu sytuacji tego typu można zaliczyć wszelkiego rodzaju katastrofy, awarie, klęski bądź też zagrożenie ich wystąpienia wymagające podjęcia przez zamawiającego natychmiastowych działań. W przedmiotowej sprawie przeprowadzenie meczu piłki nożnej zostało uznane przez Pełnomocnika Zamawiającego za sytuację o charakterze wyjątkowym i nieprzewidywalnym. W swych wyjaśnieniach Pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że *nie można było z całą stanowczością stwierdzić na którym miejscu w tabeli ligowej drużyna Wisły Kraków zakończy sezon piłkarski*. Jednakże, skoro drużyna Wisły Kraków brała udział w rozgrywkach ligowych o mistrzostwo Polski to należało liczyć się z tym, że może zająć pierwsze miejsce i zakwalifikuje się do udziału w rozgrywkach Ligi Mistrzów. Tym bardziej, że po rundzie jesiennej (27-28 listopada 2010 r.) zespół znajdował się w czołówce Ekstraklasy. Początek rozgrywek Ligi Mistrzów w każdym sezonie datowany jest na lipiec, po zakończeniu eliminacji krajowych. Z powyższego wynika, że istniało prawdopodobieństwo udziału Wisły Kraków w rozgrywkach Ligi Mistrzów, które zaczynają się w określonym terminie. Jeżeli Pełnomocnik Zamawiającego zamierzał przeprowadzać mecze w ramach Ligi Mistrzów na własnym stadionie (mecze w rozgrywkach ligowych o mistrzostwo Polski rozgrywały się na stadionie w Sosnowcu, gdyż stadion Wisły Kraków był w budowie) to powinien z określonym wyprzedzeniem przystosować stadion do wymogów UEFA.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09) *istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia*. W przedmiotowym stanie faktycznym, celem Pełnomocnika Zamawiającego było przeprowadzenie meczu piłki nożnej na stadionie

spełniającym wymogi UEFA. Należy podkreślić, że nie istniała konieczność przeprowadzenia meczu na stadionie Wisły Kraków, a więc cel ten mógł zostać osiągnięty w inny sposób, a nie tylko poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Mecz mógł zostać rozegrany na innym stadionie spełniającym odpowiednie wymagania (podobnie jak w przypadku meczy ligowych, które odbywały się na stadionie w Sosnowcu), a więc nie zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym tryb z wolnej ręki został wykorzystany do osiągnięcia określonego zamierzenia inwestycyjnego. Dostosowanie stadionu Wisły Kraków do wymogów warunkujących rozgrywanie na nim w przyszłości meczów w ramach Ligi Mistrzów mogło nastąpić z zachowaniem terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, które gwarantowałyby zachowanie zasady konkurencyjności.

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazano spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym, przy wszczęciu przedmiotowego postępowania naruszony został art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

[...]"

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. Wisła Kraków S.A. wniosła do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]

Przede wszystkim zarzucam przedmiotowej informacji błędy w zakresie ustaleń faktycznych w oparciu o stan prawny, a w szczególności w części dotyczącej nie wystarczającego wykazania spełnienia przesłanek 67 ust 1 pkt. 3 Prawa Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie

Dnia 22 czerwca 2011 r., Wisła Kraków SA wystąpiła do Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, dalej jako ZIKIT, o zgodę na poniesienia nakładów przewyższających konieczne jako Dzierżawca i rozliczenia ich z czynszem dzierżawnym. Nakłady stanowiły prace związane z wygradzeniem sektora dla Kibiców Gości na terenie stadionu przy ul. Reymonta 22 w Krakowie. W odpowiedzi Wisła Kraków SA, dnia 24

czerwca 2011 r., otrzymała zgodę na poczynienie w/w nakładów od ZIKiT, pod warunkiem wyboru wykonawcy prac zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. Dla doprecyzowania podstawy prawnej przeprowadzenia postępowania-zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, dnia 27 czerwca 2011 r. Wisła Kraków SA zwróciła się ponownie do ZIKiT o potwierdzenie możliwości przeprowadzenia prac wydzielających sektor dla Kibiców Gości, w trybie art. 67 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Powodem konieczności przeprowadzenia w/w prac budowlanych było pozyskanie wiedzy o nowych okolicznościach- niespodziewane zwiększenie rygorów bezpieczeństwa narzuconych przez organ Policji, bowiem od tegoż organu uzależnione było wydanie pozytywnej opinii co możliwości odbycia imprezy masowej- meczu piłkarskiego w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów UEFA. Zaostrzenie rygorów bezpieczeństwa, wiązało się z koniecznością dokonania zmian w istniejących już trybunach stadionu. Wskazane wymogi zostały spisane w notatce służbowej dnia 6 czerwca 2011 r., podczas wizyty funkcjonariuszy Policji na Stadionie im. H. Reymana w Krakowie. Z uwagi na treść przedmiotowego dokumentu dnia 27 czerwca 2011 r., ZIKiT wyraził w formie pisemnej, nie budzącą wątpliwości, zgodę na zastosowanie trybu wynikającego z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, co w sposób jednoznaczny pozwala stwierdzić, iż ZIKiT posiadał pełną świadomość treści w/w przepisu oraz zakresu prac koniecznych do wykonania, celem spełnienia nowych wymogów stawianych przez organ Policji, pozwalających na przeprowadzenie rozgrywek piłkarskich eliminacji Ligi Mistrzów UEFA. Odpowiedź pozytywna, ze strony ZIKiT utwierdziła Wisłę Kraków SA co do zasadności i legalności prowadzonego postępowania.

W związku z uzyskaną zgodą Wisła Kraków SA dnia 30 czerwca 2011 r. odbyła negocjacje z firmą DEX-BUD D.B. Bębowski Sp. jawna, która to podczas dających pozytywny rezultat uzgodnień, zobowiązała się do wykonania prac oddzielających sektor Kibiców Gości. Termin realizacji został ustalony na 10 lipca 2011 r, zatem na 9 dni przed rozpoczęciem rozgrywek piłkarskich, o których mowa powyżej. Co istotne w niniejszej sprawie, Wisła Kraków SA ostatecznie powzięła informację o konieczności przeprowadzenia rozgrywek piłkarskich w terminie 19 lipca 2011 r. dopiero w dniu 29 maja 2011 r., kiedy to zdobyła tytuł Mistrza Polski w najwyższej klasie rozgrywkowej piłki nożnej. Wcześniej w żaden sposób nie można było uprawdopodobnić w stopniu wystarczającym czy też dochowując należytej staranności przewidzieć miejsca w tabeli, jakie zajmować mógłby klub, a co z kolei wprost miałoby wpływ

na. podjęcie decyzji o konieczności dokonywania zmian w zakresie bezpieczeństwa zdrowia lub życia uczestników imprezy masowej. Co więcej nowe ustalenia organu Policji w zakresie zwiększonych wymogów bezpieczeństwa również odbyły się w dacie 6 czerwca 2011 r. Do tegoż terminu Wisła Kraków SA w żadnym stopniu nie miała wiedzy jak i świadomości co do konieczności przeprowadzenia rozgrywek piłkarskich w dniu 19 lipca 2014 r., z uwagi na trwający jeszcze sezon rozgrywek piłkarskich.

Konkludując zatem powyższy akapit należy z całą stanowczością podnieść, iż Wisła Kraków SA jako podmiot profesjonalnie zajmujący się prowadzeniem działalności sportowej, w ramach rozgrywek piłkarskich, znając charakterystykę rozgrywek, nie mógł a priori przyjąć założenia, że zdobędzie pierwsze miejsce w rozgrywkach piłkarskich, zarówno podczas tzw. rundy wiosennej, a tym bardziej w ramach rundy jesiennej, kiedy to de facto aby realizować inwestycję w trybie zamówienia publicznego- przetargu nieograniczonego, naieżałoby rozpocząć postępowanie. Profesjonalne uprawianie piłki nożnej obarczone jest z zasady wysokim ryzykiem finansowym przy jednoczesnym rażąco wysokim stopniu braku przewidywalności i możliwości planowania,

Zatem Wisła Kraków SA w ogóle nie mogła przewidzieć zaistnienia okoliczności faktycznych- zwycięstwo w rozgrywkach krajowych dające uprawnienie do gry w eliminacjach Ligi Mistrzów UEFA ale również okoliczności zmiany przepisów prawa, które zostały ujawnione dopiero po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego stadionu przez właściwy organ Policji. Łącznie obie wskazane okoliczności obligowały Wisłę Kraków do wprowadzenia zmian wymagających przeprowadzenia prac budowlanych.

Cel zamówienia w trybie z wolnej ręki objawia się w potrzebie natychmiastowej realizacji zamówienia, podyktowanej koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zatem Wisła Kraków SA, z związku ze zbliżającymi się w owym czasie rozgrywkami w ramach Ligi Mistrzów UEFA była zobligowana zastosować dyspozycję Policji w zakresie bezpieczeństwa imprezy masowej. W przypadku niezastosowania się do ustalonych przez organ wytycznych Wisła Kraków SA poniosłaby znaczące straty sportowe jak i finansowe, włącznie z karami za nieprzystosowania Stadionu do rozgrywek Ligi Mistrzów UEFA w zakresie bezpieczeństwa uczestników. Konieczność pilnego albo niezwłocznego udzielenia zamówienia z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego występuje, gdy nie jest możliwe dotrzymanie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego lub ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem, można mówić tylko wtedy, jeśli wystąpienia okoliczności wymagających szybkiego udzielenia zamówienia

nie dało się przewidzieć lub zaplanować. Zamawiający, który zastosuje mniej konkurencyjny tryb postępowania, nie powinien zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż wynikający z oszacowania czasu niezbędnego do wykonania zamówienia. W takiej też sytuacji znalazła się Wisła Kraków SA.

Na poparcie powyższej tezy można przytoczyć stanowisko KIO, która wskazuje, iż okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik, (zob. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., KIO 1833/12, www.uzp.gov.pl).

Ponadto istotnym jest również fakt, iż przesłanką konieczną do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych jest wykazanie, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w każdym z pozostałych trybów jest niemożliwe ze względu na minimalne terminy wymagane w tych trybach, co też zostało wykazane w toku postępowania.

Wyjaśniając okoliczności zastosowania trybu uregulowanego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w przedmiotowej sprawie zostały przeprowadzone zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez ZIKIT, czego potwierdzeniem jest przywołana w toku postępowania korespondencja.

Należy zatem poczytywać, że ZIKIT uznał, iż Wisła Kraków SA w oparciu o przedstawiony stan faktyczny oraz prawny spełniała przesłanki, płynące z art. 67 ust. pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, w sposób kumulatywny, pozostając w związku przyczynowo - skutkowym oraz w odpowiedniej relacji czasu

[...]"

Pismem z dnia 28.10.2014 r. Prezes UZP poinformował Wisłę Kraków S.A. o nie uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

Pełnomocnik Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Po pierwsze wskazać należy, że nie można zgodzić się z Pełnomocnikiem Zamawiającego, że ustalony przez Prezesa Urzędu stan faktyczny przedstawiony w informacji o wyniku kontroli obarczony jest błędem. Stan faktyczny, w oparciu o który została przeprowadzona analiza w celu stwierdzenia, czy w przedmiotowej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki niezbędne do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, został ustalony w oparciu o informacje przekazane przez Pełnomocnika Zamawiającego w zawiadomieniu, wyjaśnieniach oraz przesłanych dokumentach i jest tożsamy ze stanem faktycznym zaprezentowanym w zastrzeżeniach.

Zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowiła sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Jeszcze raz należy podkreślić za informacją o wyniku kontroli, iż biorąc pod uwagę wyniki rundy jesiennej, istniało prawdopodobieństwo udziału Wisły Kraków w rozgrywkach Ligi Mistrzów, które odbywają się co roku w określonym terminie. Natomiast cechą wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Jeżeli Pełnomocnik Zamawiającego zamierzał przeprowadzać mecze w ramach Ligi Mistrzów na własnym stadionie to powinien z określonym wyprzedzeniem przystosować stadion do wymogów UEFA.

W ocenie Prezesa Urzędu, w badanym stanie faktycznym nie została również wykazana przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy w tym miejscu podkreślić, że Prezes Urzędu, nie kwestionuje potrzeby zachowania rygorów bezpieczeństwa wskazanych przez Policję, od wypełnienia których uzależnione było przeprowadzenie meczu piłkarskiego w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów UEFA na stadionie Wisły Kraków. Z przedstawionego stanu faktycznego nie wynika jednakże, że zaistniała konieczność przeprowadzenia meczu na stadionie Wisły Kraków. Jak zostało to już

stwierdzone w informacji o wyniku kontroli, a nie zakwestionowane w zastrzeżeniach, mecz mógł zostać rozegrany na innym stadionie spełniającym odpowiednie wymagania. Podstawową przyczyną, która spowodowała, iż Pełnomocnik Zamawiającego uznał za konieczne natychmiastowe wykonanie zamówienia była chęć rozegrania meczu na stadionie Wisły Kraków. Biorąc pod uwagę możliwość alternatywnego miejsca rozegrania meczu, stwierdzić należy, że nie zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia.

Z powyższych przyczyn brak jest podstaw do uwzględnienia złożonych przez Pełnomocnika Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został należycie zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP w sprawie stwierdzonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* naruszeń przepisów ustawy dotyczących wyboru trybu udzielenia zamówienia - art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Przy czym argumentację Kontrolującego dotyczącą niespełnienia przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podziela jedynie w zakresie dotyczącym braku wykazania przesłanki konieczności natychmiastowego udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Wisła Kraków S.A. nie wykazała, a nawet nie wskazała, jakie to względy ekonomiczne, społeczne lub inne ważne powody, przesądzały o konieczności rozegrania meczu Ligi Mistrzów w dniu 19 lipca 2011 r. na dzierżawionym przez nią stadionie i tym samym czyniły konieczne natychmiastowe udzielenie (bez zachowania terminów związanych z udzieleniem zamówienia w trybie konkurencyjnym) i wykonanie zamówienia w zakresie dostosowania tego stadionu do standardów bezpieczeństwa narzucanych przez Policję Państwową.

Natomiast, co do wskazywanej przez Kontrolującego możliwości przewidzenia zakwalifikowania się przez drużynę Wisły Kraków do rozgrywek Ligi Mistrzów UEFA, Izba wskazuje, iż „przewidywalność sytuacji”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, w kontekście zastosowania tego przepisu nie należy odnosić tylko do możliwości zaistnienia danej sytuacji, ale raczej badać stopień prawdopodobieństwa wystąpienia tej sytuacji oraz związaną z tym racjonalność i zasadność uprzedniego przedsięwzięcia określonych środków związanych ze skutkami wystąpienia danego hipotetycznego zdarzenia oraz ponoszenia nakładów z tym związanych.

Jednakże nie przesądzając okoliczności, czy Wisła Kraków S.A. mogła przewidzieć swój udział w rozgrywkach Ligi Mistrzów i z wyprzedzeniem powinna przygotowywać zamówienia i ponosić nakłady z tym związane, należy wskazać, iż z pewnością nie mogła przewidzieć sprecyzowanych w dniu 6 czerwca 2011 r wymagań Policji dotyczących bezpieczeństwa. Natomiast właśnie powyższe wymagania mogły być w tym przypadku zakwalifikowane jako nieprzewidywalna sytuacja, stanowiąca przesłankę wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, a nie samo bardziej lub mniej spodziewane uczestnictwo klubu w rozgrywkach międzynarodowych.

Przy czym Izba zaznacza, iż w ramach niniejszej uchwały rozpatrywała zastrzeżenia względem wyniku kontroli, jedynie w zakresie w jakim zostały wniesione.

Przedmiotowe zastrzeżenia dotyczyły kwestionowania ustaleń i stanowiska Kontrolującego w zakresie zaistnienia przesłanek dla wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Wisła Kraków S.A. nie kwestionowała natomiast dokonanej przez Prezesa UZP, jej kwalifikacji jako domniemanego bądź faktycznego pełnomocnika zamawiającego (Miasta Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie), w imieniu którego miała przeprowadzić przedmiotowe postępowanie (i udzielić zamówienie). W związku z powyższym wszelkie kwestie z tym związane pozostają poza oceną Izby wyrażoną w niniejszej uchwale.

Izba nie przeprowadza własnego postępowania kontrolnego, ale jedynie opiniuje zasadność zastrzeżeń zamawiających dotyczących wyników kontroli. Pozbawiona jest więc możliwości prowadzenia dodatkowego postępowania wyjaśniającego oraz czynienia ustaleń w przedmiocie okoliczności, których nie podnosi wnoszący zastrzeżenia lub wykraczających poza ustalenia faktyczne kontroli.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....