

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 marca 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 lutego 2014 r. zgłoszonych **do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez **Narodowe Centrum Sportu – Rozliczenia Sp. z o.o. w Warszawie** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 stycznia 2014 r., (znak: UZP/DKD/WKZ/421/2(4)/14/GK, dot. KNZ/2/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

„Opracowanie scenariusza i organizacja imprezy Otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz
Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) [dalej także jako ustawa Pzp], przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Narodowe Centrum Sportu – Rozliczenia Sp. z o.o. w Warszawie [dalej zwane Zamawiającym] w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie „*Opracowanie scenariusza i organizacja imprezy Otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie*”.

Pismem z dnia 28 stycznia 2014 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli doraźnej, oznaczonej sygnaturą UZP/DKD/WKZ/421/2(4)/14/GK dot. KNZ/2/14, w której w oparciu o dokonane ustalenia faktyczne stwierdził m.in., że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy przeprowadzona przez Prezesa UZP kontrola, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) i c) ustawy Pzp. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający przed udzieleniem wskazanego zamówienia przeprowadził konkurs na opracowanie koncepcji artystycznej uroczystego otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie (ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2010 r.) Ogłoszenie o wynikach tego postępowania z dnia 22 grudnia 2010 r. wskazuje, że do konkursu przystąpiło 20 podmiotów, zaś zwycięzcą konkursu zostało przedsiębiorstwo ARS Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Prezes UZP w toku kontroli ustalił, że nie podpisano w tym zakresie umowy o przeniesienie praw autorskich z podmiotem, którego pracę najlepiej oceniono w konkursie.

Prezes UZP ustalił również, że w dniu 19 kwietnia 2011 r. Zamawiający zawarł umowę nr NCS/53/2011, której przedmiotem była organizacja imprezy masowej artystyczno-rozrywkowej w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustaw z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 62, poz. 504 ze zm.) – uroczystego otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie. Umowa ta została zwarta z firmą ARS Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i jak wynikało z wyjaśnień Zamawiającego nie doszło do jej realizacji.

W przedmiocie postępowania o zamówienie publiczne, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki Prezes UZP ustalił, że zostało ono wszczęte w dniu 25 listopada

2011 r., poprzez wystosowanie zaproszenia do negocjacji do wykonawcy ARS Communication Sp. z o.o. W wyniku tego postępowania zawarto umowę ze wskazanym wykonawcą w dniu 26 stycznia 2012 r. (nr 1/NCS/EURO/12).

Prezes UZP wskazał na zakres zadań objętych wskazaną umową, przywołując postanowienia § 2 pkt 6 tej umowy. Z ustaleń faktycznych Prezesa UZP wynikało, że Zamawiający uzasadnił zastosowanie wskazanego trybu do udzielenia tego zamówienia tym, że wybrany wykonawca przedstawił koncepcję przebiegu wydarzenia artystycznego, do której posiadał wyłączne prawa autorskie, a autor koncepcji nie był zainteresowany sprzedażą praw bez zapewnienia jednocześnie jej realizacji. Zamawiający wskazał też, że zamówienie to dotyczyło skomplikowanego przedsięwzięcia w zakresie działalności twórczej i artystycznej, a rozmiar i charakter wydarzenia artystycznego powodował, że zadania związane z techniczną stroną realizacji wykonywać musiał podmiot posiadający prawa autorskie do realizacji imprezy otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie. Istotą niezastosowania do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybów konkurencyjnych było posiadanie praw własnych wykonawcy do dzieła (wymyślenie koncepcji i scenariusza imprezy otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie), a wykonawca tego zamówienia, jako autor koncepcji realizacji wydarzenia artystycznego był wyłącznym podmiotem, który miał prawa do organizacji imprezy jako całości składającej się na określony produkt artystyczny i kulturoznawczy.

Prezes UZP podkreślił, że przy udzieleniu tego zamówienia nie zostały wypełnione przesłanki ustawowe do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazane przez Zamawiającego, tj. ani art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), ani art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Co do pierwszej z przesłanek wskazał, że okoliczność, iż Zamawiający zamierza nabyć usługę, która jest objęta ochroną wynikającą z praw wyłącznych, nie jest wystarczające; w tym przypadku konieczne jest również wykazanie, iż na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu (substytutu) takiej usługi. Prezes UZP zwrócił uwagę na to, że przedmiotowe zamówienie obejmowało standardowe usługi związane z organizacją imprez o charakterze rozrywkowo-artystycznym. Według niego usługi zlecone w ramach zawartej umowy są czynnościami o charakterze organizacyjnym dotyczącym imprez i widowisk, których głównym elementem są występy muzyczne zaproszonych wykonawców, zaś branża zajmująca się taką działalnością oferuje szeroki wybór sposobu realizacji danego przedsięwzięcia, co przy sprecyzowaniu oczekiwań Zamawiającego związanych z opisem przedmiotu zamówienia powinno skutkować wyborem wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Prezes UZP, wskazując na nierówne traktowanie wykonawców w tym zakresie, zwrócił uwagę na konkurencyjny rynek tego typu usług, powołując m.in. 20 wykonawców, którzy zgłosili się do konkursu zorganizowanego przez Zamawiającego w tym zakresie.

Prezes UZP podkreślił też, że Zamawiający poprzez swoje działania kreuje okoliczności, w których dany wykonawca uzyskuje uprzywilejowaną pozycję w danej branży, przede wszystkim poprzez brak wyegzekwowania zapisów regulaminu konkursu obligujących wykonawcę do przeniesienia praw autorskich do koncepcji otwarcia stadionu. Zwrócił uwagę na okoliczności faktyczne związane z uzyskaniem tej uprzywilejowanej pozycji przez wykonawcę ARS Communication Sp. z o.o., która to firma pomimo wygrania konkursu nie podpisała umowy na przeniesienie praw autorskich do koncepcji, zaś zawarta z nim umowa z dnia 19 kwietnia 2011 r. nie została zrealizowana. Ochrona prawnoautorska nie stanowi bowiem – jak wskazał Prezes UZP – jedynego wyznacznika przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Istotne bowiem w tym zakresie jest także wykazanie, że dane produkty mogą być dostarczone tylko przez jednego wykonawcę, tymczasem skoro na rynku istnieje możliwość uzyskania usług, które odpowiadają potrzebom zamawiającego, od innych wykonawców, zamawiający nie może powoływać się na wskazaną przesłankę.

Co do drugiej z przywoływanych przez Zamawiającego przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp) Prezes UZP podkreślił, że zastosowanie tego przepisu wchodzi w grę wtedy, gdy obiektywnie tylko jeden wykonawca zdolny jest zrealizować dane zamówienie, a tymczasem w przedmiotowej sprawie na rynku podmiotów organizujących imprezy masowe (koncerty) istnieje konkurencja. Według niego usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia nie mogą zostać uznane jako działalność o charakterze twórczym lub artystycznym. Wskazał na usługi objęte przedmiotem zamówienia (m.in. dostarczenie dokumentacji zdjęciowej otwarcia, dostawa identyfikatorów, zapewnienie biura produkcji z pełnym wyposażeniem, zapewnienie wyżywienia osób biorących udział w organizacji otwarcia, zapewnienie realizacji telewizyjnych na telebimach, zapewnienie dźwigów i podnośników do montażu i demontażu sprzętu oświetleniowego, nagłośnieniowego, multimedialnego i scenograficznego, uzyskanie wszelkich przewidzianych prawem pozwoleń, zgód w związku z organizacją imprezy masowej, wygrodzenie terenu otwarcia, w tym sceny, zaplecza sceny, wież oświetleniowych i nagłośnieniowych, agregatów oraz oznaczenia terenu imprezy masowej, zapewnienie wyposażenia garderób artystów, zapewnienie łączności w trakcie otwarcia, zapewnienie materiałów scenicznych i biurowych, ubezpieczenia otwarcia, osób pracujących przy otwarciu i artystów) miały charakter czynności organizacyjnych, a nie twórczych czy artystycznych. Prezes UZP zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie było zorganizowanie otwarcia stadionu, a nie wykonanie określonego utworu, koncertu muzycznego czy innego dzieła o charakterze twórczym czy artystycznym; nie jest to zatem działalność o charakterze oryginalnym, osobliwym. Prezes UZP powołał się w tym zakresie

na stanowisko wyrażone przez Naczelną Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r., sygn. akt: II GSK 7/06), co do interpretacji wskazanego przepisu ustawy Pzp.

Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli wskazując, iż Prezes UZP w sposób zbyt powierzchowny w ramach przeprowadzonej kontroli potraktował przedmiot zamówienia, skupiając się wyłącznie na części organizacyjnej a pomijając meritum zlecanego zamówienia, tj. wydarzenie artystyczne, jakim było uroczyste otwarcie Stadionu Narodowego w Warszawie. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia było opracowanie w oparciu o autorską koncepcję wykonawcy, scenariusza i organizacja otwarcia Stadionu Narodowego.

Zamawiający wskazywał też na argument, iż w zakres zamówienia oprócz usług związanych z organizacją wydarzenia artystycznego, które nie miały wiodącego znaczenia, a ich zlecenie było związane z prawami autorskimi przynależnymi do autora scenariusza i wymogom objęcia całości prac, jako ściśle powiązanych ze sobą elementów tworzących integralną całość zamawianego utworu w wymiarze artystycznym, wchodziły zasadniczo usługi o charakterze twórczym. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim opracowanie scenariusza imprezy. Jednym z elementów integralnie związanych ze scenariuszem było zapewnienie też grupy usług koniecznych dla przeprowadzenia wydarzenia artystycznego będącego jednocześnie imprezą masową. Powyższego – zdaniem Zamawiającego – nie uwzględnia stanowisko Prezesa UZP w wynikach kontroli. Podkreślił, że wbrew twierdzeniem Prezesa UZP, Zamawiający nie miał własnej sprecyzowanej wizji przebiegu uroczystego otwarcia Stadionu Narodowego, ta została zaprezentowana przez ARS Communication Sp. z o.o. i do niej wykonawca ten posiadał indywidualne prawa autorskie. Powyższe z kolei wiązało wykorzystanie przez Zamawiającego tej wizji na warunkach określonych przez wskazanego wykonawcę. To wskazuje – jego zdaniem - na konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, kiedy wykonawca posiada wskazane prawa autorskie do koncepcji, a Zamawiający uważa, że tego rodzaju przebieg uroczystości będzie stanowić najlepszą formę artystyczną związaną z otwarciem Stadionu Narodowego.

Zamawiający podkreślił też, że prace organizacyjno – logistyczne związane z organizacją imprezy musiały być zlecone w ramach jednej umowy, gdyż taki był warunek podmiotu posiadającego prawa autorskie do koncepcji wydarzenia artystycznego. Zwrócił uwagę na to, że ze względu na posiadacza praw autorskich nie jest możliwe rozgraniczenie w niniejszym zamówieniu elementów organizacyjnych od elementów artystycznych.

Zamawiający podniósł również, że nieuzasadniona jest polemika kontroli Prezesa UZP, że nie było możliwe uzyskanie usług objętych przedmiotem zamówienia od innych

wykonawców, przede wszystkim z uwagi na posiadane przez wykonawcę prawa do wystawienia wydarzenia artystycznego.

Według Zamawiającego koncepcja na uroczyste otwarcie Stadionu Narodowego zaprezentowana przez wykonawcę tego zamówienia jest przejawem działalności twórczej, stanowiącym uzewnętrzniony rezultat działalności o charakterze kreatywnym (przesłanka oryginalności) o indywidualnym niepowtarzalnym charakterze dzieła artystycznego. Nie był to utwór powtarzalny, prezentowany wcześniej, lecz stworzony z myślą o wydarzeniu stanowiącym jego przedmiot. Okoliczność, że składał się on też z koniecznych działań organizacyjno – logistycznych nie może przemawiać za brakiem możliwości jego zrealizowania, zaś działania produkcyjno-organizacyjne były integralnym elementem wydarzenia, które musiały być zlecone łącznie z uwagi na prawa autorskie do dzieła. W tym zakresie wskazał na nieuzasadnione kolokwialne rozumienie w kontroli Prezesa UZP hasła: „Impreza otwarcia Stadionu Narodowego”. Wskazał, że przedmiot zamówienia obejmował również usługi organizacyjne, ale konieczne dla zrealizowania celu przedmiotu umowy, którym było zorganizowanie wydarzenia o charakterze twórczym, oryginalnie zaprojektowanym i stworzonym oraz mającym wymiar artystycznego wydarzenia kulturalnego. W jego ocenie artystycznego charakteru nie może negować fakt, że zamawiane dzieło jest kierowane do kilkudziesięciu tysięcy widzów bezpośrednio w nim uczestniczących, co wymaga równoległego przeprowadzenia szeregu prac organizacyjno-logistycznych, ale trwale wpisanych i integralnie związanych z przekazem będącym utworem stanowiącym przedmiot zlecenia.

Pismem z dnia 17 lutego 2014 r., znak: UZP/DKD/WKZ/421/2(7)/14/GK, Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej, przekazując to stanowisko w tej samej dacie do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dodatkowo w piśmie tym Prezes UZP, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, wskazał, że zgodnie z treścią kosztorysu stanowiącego załącznik nr 5 do umowy zawartej przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki zdecydowaną większość kosztów organizacji imprezy otwarcia stadionu stanowiły czynności organizacyjne. Według niego za jedną pozycję kosztorysu, która nie wchodziła w kategorię „czynności organizacyjnych” można uznać poz. 95, tj. wynagrodzenie agencji ARS Communication Sp. z o.o., które wynosiło 225 000,00 zł i stanowiło jedynie 10% wartości udzielanego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż ustalony przez kontrolującego stan faktyczny i prawny, jest pełny i wyczerpujący, nie budzi wątpliwości, a ustalenia te Izba przyjęła za własne.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, uznając, iż Zamawiający, udzielając zamówienia na opracowanie scenariusza i organizację imprezy Otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie w trybie z wolnej ręki, dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) i c) ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanymi przepisami ustawy Pzp zamawiający ma prawo w wyjątkowych, ściśle określonych w ustawie Pzp, sytuacjach udzielić zamówienia konkretnemu jednemu wykonawcy nie stosując otwartych, konkurencyjnych trybów (zgodnie z zasadą prymatu trybów przetargowych nad innymi trybami, wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp – trybu przetargu nieograniczonego i ograniczonego). Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp zamawiający może to uczynić z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, zaś zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp – w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

Co do pierwszej z przywołanych przesłanek ustawowych zgodzić należy się z Prezesem UZP, że powoływanie się przez Zamawiającego na prawa wyłączne, w tym przede wszystkim ochronę praw autorskich, musi nastąpić w określonych okolicznościach faktycznych, w których mamy do czynienia z obiektywnie jednym wykonawcą, który jest w stanie sprostać realizacji przedmiotu zamówienia bez naruszenia wskazanych praw autorskich. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której podmiot zamawiający wprost, swoim działaniem, a zasadniczo brakiem takiego działania, doprowadza do sytuacji, w której określony wykonawca posiada na wyłączność prawa autorskie do koncepcji przebiegu wydarzenia artystycznego, które leży w sferze zainteresowania zamawiającego, a następnie udziela temu wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki, powołując się właśnie na te prawa autorskie.

W przedmiotowej sprawie to Zamawiający, choć powinien był to uczynić zgodnie z postanowieniami regulaminu konkursu przeprowadzonego na opracowanie koncepcji artystycznej uroczystego otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie, nie doprowadził do

przeniesienia autorskich praw majątkowych do tej koncepcji po zakończeniu konkursu, w którym wybrano najlepszą pracę konkursową złożoną przez ARS Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W takiej sytuacji Zamawiający nie może powoływać się na konieczność zawarcia umowy na opracowanie scenariusza wskazanego wydarzenia, czyli de facto szczegółową koncepcję imprezy otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie, jak i organizację samej imprezy otwarcia, wyłącznie z jednym wykonawcą, z uwagi na będące wyłącznie w jego dyspozycji majątkowe prawa autorskie, które mimo postanowień regulaminu przeprowadzonego konkursu nie zostały przeniesione na Zamawiającego. W takiej sytuacji też mamy do czynienia z możliwością pozyskania nowej koncepcji i scenariusza, jak i organizacji w oparciu o taki scenariusz samej imprezy otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie w standardowym, otwartym i konkurencyjnym trybie. Nie możemy zatem w tym przypadku mówić o obiektywnie jedynym wykonawcy, który ze względu na posiadane prawa autorskie do koncepcji otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie, a tym bardziej na samą organizację imprezy w oparciu o tę koncepcję, jako jedyny jest w stanie zrealizować na rzecz Zamawiającego to zamówienie. Wskazana koncepcja miała być pozyskana w trybie konkursu, który nie jest właściwym postępowaniem o udzieleniu zamówienia publicznego, a jedynie przyrzeczeniem publicznym, co do przyznania przez zamawiającego nagrody za wykonanie i przeniesienie prawa do określonej, wybranej w konkursie pracy konkursowej. W związku z brakiem podpisania przez autora wybranej w konkursie pracy konkursowej umowy o przeniesienie praw autorskich do tej pracy można powiedzieć, że konkurs nie zakończył się efektywnie z uwagi na niewypełnienie wskazanego powyżej i istotnego warunku konkursu, określonego w jego regulaminie (przeniesienie praw autorskich na Zamawiającego). Tym samym Zamawiający nie ma prawa powoływania się na wyniki wskazanego konkursu, jako podstawę materialno prawną udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Warto podkreślić, że Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego na opracowanie scenariusza i organizację imprezy otwarcia Stadionu Narodowego w Warszawie w dniu 26 stycznia 2012 r. nie powołał się na przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj., iż podstawą zawarcia umowy z wolnej ręki jest przeprowadzenie konkursu, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Zamawiający powołał się na jednego wykonawcę, który posiada prawa autorskie do określonej koncepcji, w sytuacji gdy takie, czy podobne koncepcje realizacji określonego przedsięwzięcia mogłoby stworzyć kilku, kilkunastu, czy - jak pokazywał przeprowadzony konkurs - nawet dwudziestu wykonawców. Nie jest to zatem zamówienie które może zrealizować tylko jeden wykonawca z uwagi na to choćby, że Zamawiający nie jest obiektywnie zmuszony do realizacji tej właśnie koncepcji, biorąc pod uwagę jego

uwarunkowania finansowe, gospodarcze itp. skoro wcześniej przeprowadzony na wybór tej pracy konkurs nie został skutecznie zakończony przeniesieniem praw autorskich na Zamawiającego za przyrzeczoną nagrodę w konkursie.

Co do drugiej z przywołanych przesłanek ustawowych również zgodzić należy się z Prezesem UZP, że usługi objęte zakresem przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki nie są wprost usługami z zakresu działalności twórczej lub artystycznej. Jak wskazują postanowienia § 2 zawartej w dniu 26 stycznia 2012 r. umowy z firmą ARS Communication Sp. z o.o. wykonawca ten będzie wykonywał w ramach wskazanej umowy czynności o charakterze techniczno-organizacyjnym, za wykonanie których otrzyma określone wynagrodzenie umowne. Wskazany § 2 zawartej umowy przywołuje, jako zobowiązania Organizatora (wykonawcy zamówienia) takie czynności, jak: dostarczenie dokumentacji zdjęciowej otwarcia, dostawa identyfikatorów, zapewnienie biura produkcji z pełnym wyposażeniem, zapewnienie wyżywienia osób biorących udział w organizacji otwarcia, zapewnienie realizacji telewizyjnych na telebimach, zapewnienie dźwigów i podnośników do montażu i demontażu sprzętu oświetleniowego, nagłośnieniowego, multimedialnego i scenograficznego, uzyskanie wszelkich przewidzianych prawem pozwoleń, zgód w związku z organizacją imprezy masowej, wygrodzenia terenu otwarcia, w tym sceny, zaplecza sceny, wież oświetleniowych i nagłośnieniowych, agregatów oraz oznaczenia terenu imprezy masowej, zapewnienia wyposażenia garderób artystów, zapewnienie łączności w trakcie otwarcia, zapewnienie materiałów scenicznych i biurowych, ubezpieczenia otwarcia, osób pracujących przy otwarciu i artystów. Jak pokazuje powyższe zestawienie nie są to z pewnością czynności związane przykładowo z publicznym wykonaniem jakiegoś utworu muzycznego, czy innego, które należałoby zakwalifikować do działalności twórczej, czy artystycznej, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Czynności, do których sprowadza się wykonanie zamówienia po stronie ARS Communication Sp. z o.o. to czynności związane z koordynacją różnego rodzaju działań, czy też czynności stricte techniczne związane z przygotowaniem określonych materiałów niezbędnych z punktu widzenia organizacji określonej imprezy.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podniesionej w zastrzeżeniach od wyników kontroli Prezesa UZP stwierdzić należy, że to, iż przedmiotem zamówienia jest opracowanie scenariusza imprezy otwarcia Stadionu Narodowego i organizacja tej imprezy w oparciu o autorską koncepcję wykonawcy nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) i c) ustawy Pzp. Przedmiotem zamówienia było bowiem opracowanie scenariusza i organizacja imprezy otwarcia Stadionu Narodowego.

Koncepcję realizacji tych zadań każdy z wykonawców stający do konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógł przedstawić, bowiem żadna koncepcja, a w tym ta, która była wybrana w nieefektywnie zakończonym przez Zamawiającego konkursie, w żaden sposób nie wiązała Zamawiającego. Stąd też powoływanie się, jako podstawa do scenariusza na konkretną koncepcję, której autorem był wskazany wykonawca, wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia, jest daleko idącym uproszczeniem, które stosuje w tym przypadku Zamawiający w swojej argumentacji. Argumentacja ta pojawia się również w kontekście czynności o charakterze organizacyjno-technicznym, które związane są z zamawianym dziełem związanym z koniecznością ochrony praw autorskich przysługujących autorowi koncepcji. W tym również zakresie Izba uznała tę argumentację za nieuzasadnioną.

Całkowicie niezasadny jest również – zdaniem Izby – argument Zamawiającego o tym, iż prace organizacyjno – logistyczne związane z organizacją imprezy musiały być zlecone w ramach jednej umowy, gdyż taki był warunek podmiotu posiadającego prawa autorskie do koncepcji wydarzenia artystycznego. Jak już wskazano powyżej, koncepcja, której autorem była firma ARS Communication Sp. z o.o. w żaden sposób nie wiązała Zamawiającego, ponieważ postępowanie konkursowe nie zakończyło się przeniesieniem praw autorskich do konkretnej koncepcji na Zamawiającego. Subiektywne zaś twierdzenie i ocena Zamawiającego, że ta praca mu się podoba i pomimo braku podstaw do dysponowania nią musi być przez niego wykorzystana, nie znajduje żadnego oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Skoro, być może podobną albo też jeszcze lepszą koncepcję, także wraz ze scenariuszem realizacji imprezy, jak też jego realizacją, Zamawiający mógł pozyskać od więcej niż jednego wykonawcy, przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) w tym przypadku nie zachodzi.

Zakres prac objętych przedmiotem zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy, których wykonanie powierzono firmie ARS Communication Sp. z o.o., wskazuje – jak przywołano powyżej – na czynności organizacyjne, które niewątpliwie wiążą się z dużym wydarzeniem artystycznym, jednak jako takie same w sobie nie stanowią takich czynności (usług artystycznych czy twórczych). Z punktu widzenia oceny czy mamy do czynienia z usługami o charakterze twórczym, czy artystycznym istotny jest bowiem charakter tych usług, które są zlecane konkretnemu wykonawcy, a nie to w ramach jakiego przedsięwzięcia będą one wykorzystane.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....