

Warszawa, dnia 2016 r.

UZP/DKD/WKZ/421/8( )/16/KL  
KNZ/3/16/DKD  
dot. KZ/989/15/DKD

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej  
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

<b>Zamawiający:</b>	Opera na Zamku w Szczecinie ul. Korsarzy 34 70 – 540 Szczecin
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	usługa
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”
<b>Tryb postępowania:</b>	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych
<b>Wartość zamówienia:</b>	330.000,00 zł (78.108,36 euro)
<b>Środki UE:</b>	tak

## 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Pismem z dnia 9 września 2015 r. Zamawiający – Opera na Zamku w Szczecinie przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem było *przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 7 września 2015 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji [REDAKTURA]. Umowa z ww. wykonawcą została zawarta w dniu 9 września 2015 r.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie zostało poprzedzone konkursem, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp. Zgodnie z punktem 4 rozdziału I regulaminu konkursu przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”. Przedmiot konkursu obejmował:

- a) opracowanie spójnej koncepcji scenariuszowo-graficznej dla całości działań prowadzonych zarówno w mediach, jak i w przestrzeni miejskiej, uwzględniającej założenia ogólne oraz elementy obowiązkowe i uzupełniające kampanii wizerunkowo – informacyjnej,
- b) opracowanie dwóch projektów spójnych layoutów dla wszystkich materiałów graficznych charakteryzujących się wysokim poziomem artystycznym i jakością kreacji,
- c) opracowanie media planu,
- d) opracowanie programu promocji w przestrzeni miejskiej na obszarze Szczecina, województwa Zachodniopomorskiego i największych miast Polski wraz z planem realizacji.

Procedura konkursowa została rozpoczęta ogłoszeniem o konkursie opublikowanym w dniu 8 lipca 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 170616 – 2015, w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego od dnia 8 lipca 2015 r. do dnia 12 sierpnia 2015 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 8 lipca 2015 r. bezterminowo. W dniu 7 sierpnia 2015 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 202778 – 2015. W związku ze zmianą ogłoszenia przedłużony został termin składania prac konkursowych. Regulamin konkursu został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 8 lipca 2015 r. bezterminowo.

Zgodnie z zapisami punktu 17 regulaminu konkursu sekcją IV pkt 3) ogłoszenia o konkursie nagrodą dla uczestnika konkursu – autora najlepszej pracy konkursowej, miało być zaproszenie do udziału w negocjacjach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na przeprowadzenie kampanii wizerunkowo-informacyjnej promującej projekt przebudowy Opery na Zamku w Szczecinie.

Zamawiający wyjaśnił, że nie zawarł umowy na opracowanie koncepcji kampanii wizerunkowo-informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”.

### **Prezes Urzędu zważył, co następuje:**

Zgodnie z definicją zawartą w art. 110 ustawy Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

Natomiast zgodnie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, 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. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp).

Podstawowa różnica wskazująca na odmienność regulacji dotyczących konkursów od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynika z samej istoty konkursu, który jest przyrzeczeniem publicznym, w wyniku którego nie dochodzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Konkurs nie stanowi zatem trybu udzielenia zamówienia, może natomiast przeprowadzenie takiego postępowania poprzedzać i stanowić etap przygotowania do realizacji określonego zamierzenia inwestycyjnego. Należy podkreślić, iż prace konkursowe przedkładane w ramach konkursu, określonego w art. 110 ustawy Pzp, są dziełami o charakterze niematerialnym – stanowią uzewnętrzniony rezultat indywidualnej, twórczej działalności uczestników konkursu, polegającej na przedstawieniu planu, wizji bądź koncepcji realizacji idei lub założeń określonego przedsięwzięcia, zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Zamawiającego. Konkurs ma zatem na celu przeprowadzenie możliwie najszerszej konfrontacji twórczych pomysłów dotyczących przedmiotu konkursu wraz

z wstępnym określeniem kosztów dalszych prac projektowych i kosztów wykonania zamierzenia inwestycyjnego, którego dotyczy konkurs i na bazie takiej konfrontacji dokonanie wyboru najwłaściwszego rozwiązania, mającego doprowadzić do realizacji planowanej inwestycji.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest zatem dopuszczalne, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym jako nagrodę przewidziano – zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. W takim przypadku, przedmiotem zamówienia może być wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 *„Celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej”*.

Aby dokonać interpretacji zwrotu „szczegółowe opracowanie” należy w pierwszej kolejności odwołać się do wykładni językowej. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem „opracowanie” oznacza rozprawę, pracę poświęconą jakiemuś zagadnieniu lub czyjeś działalności. Szczegółowe opracowanie w przypadku pracy konkursowej należy zatem rozumieć jako uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia, tak aby możliwa była – na podstawie takiego szczegółowego opracowania – realizacja planowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nadanie jej wymiaru materialnego.

Tak też wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 marca 2014 r. KIO/KD 12/14 mianowicie, iż: *„Przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika expressis verbis z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 ustawy Pzp i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – vide art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp)”*.

Dalej w tej samej uchwale KIO podkreślono iż: „ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej. Także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, jako że – po pierwsze – przepis zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast – po drugie – wydaje się, że pojęć użytych w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego „opracowanie utworu” i art. 111 ust. 2 ustawy „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej” nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy)”.

Ponadto należy podnieść, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia z powołaniem się na okoliczności wynikające z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 „Nie jest możliwe (...) dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem”.

Przedmiotem Umowy nr DM/AMCZ/153/2015 dalej zwanej „Umową”, zawartej w dniu 9 września 2015 r. w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, objętego niniejszą kontrolą, było *przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Umowa obejmowała zgodnie z paragrafem 2 ust. 2:

W ramach realizacji Etapu I Przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany był w terminie do dnia 30 września 2015 r.:

- 1) wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego:

- a) zaproszenia na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery wraz z wymienną wkładką/kartką umożliwiającą personalizację w zakresie wydarzenia i osób, w ilości 2 000 sztuk,
  - b) damsko-męskie maski dekoracyjne (balowe) na oczy, do spektaklu operowego Giuseppe Verdiego „Bal maskowy" zgodnie z zaakceptowanym wzorem w ilości 1800 sztuk,
- 2) zarezerwować miejsca w mediach, w których realizowane będą poszczególne świadczenia związane z kampanią promocyjną wchodzące w zakres Przedmiotu Umowy; Wykonawca jest zobowiązany udokumentować Zamawiającemu dokonanie przedmiotowych rezerwacji,
  - 3) wykonać składy graficzne projektów wszystkich materiałów promocyjnych i graficznych realizowanych w ramach niniejszej Umowy i przesłać je Zamawiającemu w formie plików pdf z rozdzielczością do druku na adres poczty elektronicznej, wskazany w § 8 ust. 1 niniejszej Umowy,
  - 4) wykonać i przesłać na adres poczty elektronicznej Zamawiającego, wskazany w § 8 ust. 1 Umowy media plan,

Zgodnie z paragrafem 2 ust. 3 Umowy w ramach realizacji Etapu II Przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany był:

- 1) wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego
  - a) plakaty w formacie 1560 mm x 1920 mm w nakładzie 52 sztuk, druk cyfrowy. Kolor 4+0. Papier: blueback matt, gramatura 115g na m<sup>2</sup>, w terminie do 16 października 2015 r.,
  - b) plakaty w formacie 680 mm x 960 mm w nakładzie 200 sztuk, druk cyfrowy lub offsetowy 4+0. Papier: kreda matt 135g-170g na m<sup>2</sup>, w terminie do 16 października 2015 r.,
  - c) ulotki w formacie 400mm x 210mm, dwustronnych, składanych do DL na cztery łamy, w nakładzie 30.000 szt., Druk 4+4, Papier 170-250g na m<sup>2</sup> offset matt, w terminie do 30 października 2015 r.
- 2) wykonać i przesłać na adres poczty elektronicznej Zamawiającego, wskazany w § 8 ust. 1 Umowy, finalne wersje grafik, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 3) Umowy oraz tekstów do nich w formacie umożliwiającym ich edycję; Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie do wskazania nazw wszystkich fontów użytych w tekstach i grafikach, w terminie do dnia 30 października 2015 r.,

- 3) zarezerwować miejsca w mediach, w których realizowane będą poszczególne świadczenia związane z kampanią promocyjną wchodzące w zakres Przedmiotu Umowy; Wykonawca jest zobowiązany udokumentować Zamawiającemu dokonanie przedmiotowych rezerwacji, w terminie do dnia 30 października 2015 r.,
- 4) wykonać film promocyjny z akcji ambientowej, w terminie do dnia 30 października 2015r.

Ponadto zgodnie z paragrafem 2 ust. 12 Umowy:

- Wykonawca dokona kompletnej analizy zrealizowanej kampanii wizerunkowo-informacyjnej i przedstawi szczegółowy raport z jej obecności w mediach i w przestrzeni miejskiej. Opracowany raport powinien zawierać zestawienie przeprowadzonych działań uwzględniające terminy ekspozycji, publikacji, emisji wszystkich materiałów reklamowych w ramach przeprowadzonej kampanii wizerunkowo-informacyjnej oraz parametry kampanii zgodnie z opisem przedmiotu konkursu. Raport powinien być zgodny z zaakceptowanym przez Zamawiającego media planem. Wykonawca dołączy do raportu dokumentację fotograficzną kampanii na nośnikach typu outdoor oraz przeprowadzonych działań niestandardowych wskazanych w zaakceptowanej i skorygowanej wg. wytycznych pokonkursowych koncepcji kampanii wizerunkowo-informacyjnej. Opracowany raport powinien zostać dostarczony do siedziby Zamawiającego do 7 grudnia 2015 r.

W świetle powyższego nie sposób uznać, aby zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jako nagroda w konkursie, które jest przedmiotem niniejszej kontroli, stanowiło szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

Wskazać należy, iż przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było de facto wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia – kampanii informacyjnej, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż tak określony zakres umowy obejmował stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia. Po pierwsze, wskazuje na to już sam paragraf pierwszy zawartej Umowy z wolnej ręki, a mianowicie w ustępie pierwszym: *Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do przygotowania i przeprowadzenia kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Po drugie, treść paragrafu drugiego Umowy, jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazuje czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. wykonanie zaproszeń na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery, wykonanie masek dekoracyjnych, zarezerwowanie miejsc w mediach, wykonanie plakatów, wykonanie filmu promocyjnego, realizacja grafik, wykonanie

ulotek, analiza zrealizowanej kampanii wraz ze szczegółowym raportem. Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na realizację przedsięwzięcia, którego koncepcja była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. W zakres zamówienia wchodzi usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem konkursu mogą być bowiem jedynie takie działania, wyraźnie oznaczone w przyrzeczeniu, które mają charakter utworu, jako że do skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia, którego zakres przedmiotowy wykracza poza dopuszczalne dla konkursu ramy jest sprzeczne z ratio legis wprowadzenia możliwości przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu, który ma realizować przedsięwzięcie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.