

Sygn. akt: KIO/KD 32/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 czerwca 2015 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Gminę Wałbrzych
Pl. Magistracki 1
58 – 300 Wałbrzych**

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKD/KND/7/15) z dnia 4 maja 2015 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: *Organizacja artystyczna i techniczna otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu w dniach 21 – 22 czerwca 2013 r.*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Beata Pakulska-Banach
Członkowie:	Katarzyna Prowadzisz
	Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa UZP – 13 maja 2015 r.) w przedmiocie naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 4 maja 2015 r. (znak: UZP/DKD/KND/7/15) uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej zostały zgłoszone w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwanego: Prezesem UZP) kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: *Organizacja artystyczna i techniczna otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu w dniach 21 – 22 czerwca 2013 r.*

Pismem z dnia 4 maja 2015 roku (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/14(5)/14/AO, KND/7/15/DKD) Prezes UZP, działając na podstawie art. 166 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), (dalej zwanej: ustawą Pzp), poinformował Zamawiającego, tj. Gminę Wałbrzych, o wynikach kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowania o udzielenie zamówienia pn.: *Organizacja artystyczna i techniczna otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu w dniach 21 – 22 czerwca 2013 r.*

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UZP, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp oraz 10 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Ponadto, podniósł, iż podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a udzielanie zamówień publicznych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ustawy Pzp).

Następnie powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 roku (sygn. akt III RN 16/01), w którym wyrażono stanowisko, że: *„przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”*. W dalszej kolejności Prezes UZP powołał się na pogląd wyrażony w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2009 roku

(sygn. akt: KIO/KD 16/09), iż: „względy techniczne” o obiektywnym charakterze, na które powołuje się Zamawiający, a o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy - Pzp muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem ww. przesłanki. Konieczne jest bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot”.

Prezes UZP podkreślił, że sam fakt posiadania wyłącznych praw do zorganizowania koncertu artystki A.J. w terminie wybranym przez Zamawiającego nie uzasadnia odstąpienia przez Zamawiającego od bardziej konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, obejmującego oprócz występu A.J., również inne elementy składające się na całość wydarzenia - organizacji artystycznej i technicznej otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu. Podniósł, że uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp jest jedynie bezsprzeczne istnienie na danym rynku sytuacji, w której istnieje tylko jeden podmiot, którego działalność jest związana z wykonaniem danego zamówienia. Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, przedmiotowe zamówienie obejmowało:

- 1) koncert A.J. - gaża artystki oraz muzyków, opłata kosztów ZAiKS, nocleg dla artystki i zespołu, catering;
- 2) koncert zespołu B - gaża dla zespołu, opłata kosztów ZAiKS, nocleg dla zespołu, catering;
- 3) pakiet: Koncert Zespołów P oraz C - gaża dla zespołów, opłata kosztów ZAiKS, nocleg dla zespołów, catering;
- 4) konferansjerów: M.S. oraz M.D. - gaża dla konferansjerów, nocleg, transport, catering;
- 5) technikę sceniczną - montaż, demontaż i obsługa: sceny na koncerty, oświetlenia sceny, nagłośnienia zgodnie ze specyfikacją zespołów A.J. i B. , nagłośnienia sceny przed obiektem, nagłośnienia Hali Sportowej, podświetlenia basenu;
- 6) park zabaw dla dzieci (dmuchańce) - wynajem urządzeń, transport, montaż, obsługa podczas imprezy;
- 7) pakiet medialny w TVP INFO - pięć łączów na żywo bezpośrednio z Wałbrzycha w dniu 22 czerwca 2013 r., każde po ok. 4 min., transport, obsługa urządzeń, pełna realizacja wizji, wóz transmisyjny.

Ponadto, Prezes UZP powołał się na § 3 umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 19 czerwca 2013 r., na podstawie, którego wykonawca zobowiązał się własnym staraniem i na własny koszt zapewnić: 1. ubezpieczenie OC od prowadzenia działalności gospodarczej; 2. noclegi dla ekipy technicznej oraz dla pracowników wykonawcy;

3. podpisanie i realizację na własny koszt umów z zespołami: A.J., B. , P. , C. ; 4. pełną realizację i obsługę techniczną imprezy (scena, światło, dźwięk); 5. pokrycie kosztów ZAiKS; 6. zapewnienie Parku Zabaw dla dzieci (tzw. dmuchańce); 7. zapewnienie Konferansjerów na każdy dzień realizacji; 8. zapewnienie komentatora sportowego; 9. oświetlenie basenu.

Następnie Prezes UZP stwierdził, że w treści zawartej umowy z wykonawcą Holiday Pro Art Sp. z o.o. nie zamieszczono zapisów o zobowiązaniu wykonawcy do zapewnienia pakietu medialnego w TVP INFO - pięciu łączów na żywo bezpośrednio z Wałbrzycha w dniu 22 czerwca 2013 r., każdego po ok. 4 min., transportu, obsługi urządzeń, pełnej realizacji wizji, wozu transmisyjnego, przy czym cena za wykonanie przedmiotowego zamówienia, zaoferowana przez wykonawcę Holiday Pro Art Sp. z o.o., która zgodnie z załącznikiem nr 1 do oferty - formularzem cenowym, obejmowała również pakiet medialny w TVP INFO, nie uległa zmianie.

Zdaniem Prezesa UZP nie wszystkie usługi wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia mają charakter usług, których żaden inny podmiot nie byłby w stanie wykonać. W jego ocenie usługi konferansjerów, zorganizowanie techniki scenicznej, parku zabaw dla dzieci czy pakietu medialnego, to typowe, dość powszechne usługi wymagane przy organizowaniu imprez masowych związanych z występami artystycznymi, bez wprowadzania ograniczenia wieku uczestników, a więc kierowanych zarówno do dzieci, młodzieży, jak i dorosłych, które są czynnościami o charakterze organizacyjnym, a nie o charakterze technicznym, których zlecenie Zamawiający mógł powierzyć tylko jednemu podmiotowi – monopolistcie. Podkreślił, że w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość zlecenia wykonania danej usługi przynajmniej dwóm podmiotom, która to usługa będzie spełniała wszystkie potrzeby Zamawiającego, zastosowanie trybu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

W dalszej kolejności Prezes UZP zauważył, że w przypadku gdy wykonawca Holiday Pro Art Sp. z o. o., ze względu na prawo wyłączności do organizowania koncertu A.J. w terminie 21 czerwca 2013 r., mógł jako jedyny wykonać tę część zamówienia, to ewentualne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i/lub c ustawy Pzp możliwe byłoby tylko do zamówienia w zakresie organizacji koncertu wybranego artysty, przy czym nie obejmowałyby to występów konferansjerów, techniki scenicznej, parku zabaw dla dzieci czy pakietu medialnego w TVP INFO, a także organizacji koncertów zespołów B, P. oraz C z uwagi na fakt, iż dopiero w trakcie negocjacji dotyczących organizacji koncertu A.J. Zamawiający zaakceptował propozycję występów ww. artystów na imprezie otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający nie może przez swoje działanie kreować

okoliczności, w których określony wykonawca uzyskuje uprzywilejowaną pozycję w danej branży i dzięki temu może jako jedyny zrealizować daną usługę.

Reasumując, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że wystąpiły przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu oraz naruszył przepis art. 10 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp przez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a w konsekwencji nie dopełnił obowiązku zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 13 maja 2015 roku (pismem datowanym na dzień 11 maja 2015 roku) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP zarzucając niewyjaśnienie wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie w sprawie, a w szczególności oparcie wyniku kontroli z pominięciem możliwości zastosowania przez Zamawiającego trybu niekonkurencyjnego, dopuszczonego przez ustawę Pzp dla zamówień usług o charakterze niepriorytetowym, o których mowa w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp w razie zaistnienia przesłanek, w tym przepisie określonych.

Zamawiający wskazał, że w toku postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 9 lipca 2014 roku (znak BO.271-68/14/14) udzielił szczegółowych informacji w zakresie żądanym przez Prezesa UZP, z których wynikało, że terminem, w którym dopiero można było rozpocząć procedurę udzielenia zamówienia był dzień 28 maja 2013 roku, gdyż dopiero wówczas w uchwale budżetowej Rada Miejska Wałbrzycha na wniosek Prezydenta Miasta Wałbrzycha wprowadziła zmiany i przewidziała wydatek w kwocie 300 000 złotych na organizację oficjalnego otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu. Zamawiający wyjaśnił również, że zamówienie to miało zostać wykonane najpóźniej w dniach 21-22 czerwca 2013 roku, tak aby w dniu rozpoczęcia wakacji szkolnych, basen został udostępniony do korzystania. Podkreślił, że od zagwarantowania środków na realizację przedmiotowego zadania do czasu jego wykonania było zaledwie 24 dni. Zamawiający stwierdził, że przedmiotem analizy Kontrolującego były również okoliczności związane z terminem realizacji zamówienia, a więc przesłanki, o których mowa w art. 5 ust. 1 a pkt 4 ustawy Pzp według stanu prawnego obowiązującego w czasie udzielania zamówienia, umożliwiające wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania zamówienia, którego przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności wymienionych w tym przepisie, w tym uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Podkreślił, że wśród dokumentów przekazanych Kontrolującemu przez Zamawiającego znajduje się wniosek o wszczęcie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 6 czerwca 2013 r. złożony przez Biuro Marketingu i Promocji Miasta, gdzie w punkcie 14 wnioskodawca wskazał jako sugerowany tryb postępowania art. 5 ust. 1 a pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że z przyczyn obiektywnych, niezależnych od niego, których nie można było wcześniej przewidzieć, gdyż do 28 maja 2013 r. nie było gwarancji, czy i kiedy dojdzie do oficjalnego otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu, miał przeprowadzić postępowanie o udzielenie tego zamówienia faktycznie w okresie 15 dni, z uwagi na założony termin wykonania tego zamówienia. Dalej wyjaśnił, że w dniu 19 czerwca 2013 r. udzielił zamówienia, którego wykonanie miało nastąpić w dniach 21-22 czerwca 2013 r., wskazując w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, iż firma Holiday Pro Art. Sp. z o. o. na podstawie wcześniej zawartych umów z artystami posiada wyłączność do ich reprezentowania w terminach określonych przez Zamawiającego. W związku z tym usługa polegająca na organizacji artystycznej i technicznej otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój, które odbędzie się w dniach 21-22 czerwca 2013 r., ze względu na termin i artystów na jakich zdecydował się Zamawiający nie może być świadczona przez żadną inną firmę. Zamawiający podniósł, że Prezes UZP, pomimo udzielenia szczegółowych informacji w tym zakresie, nie odniósł się w informacji o wynikach kontroli doraźnej do wyjaśnień Zamawiającego, co jego zdaniem mogło mieć zasadnicze znaczenie dla wniosków końcowych przeprowadzonej kontroli.

Motywuując swoje zastrzeżenia w dalszej kolejności Zamawiający podkreślił, że zachodziły szczególne, obiektywne okoliczności uzasadniające udzielenie kompleksowego zamówienia jednemu podmiotowi w trybie wolnej ręki, ponieważ zgodnie z art. 61 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp ten podmiot jako jedyny mógł wykonać w wymaganym terminie część zamówienia, tj. koncert artystów - Pani A.J. i zespołu B, a ponadto zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, w obowiązującym wówczas stanie prawnym, pozostałe elementy usługi składające się na całość zamówienia, jako jednej imprezy artystyczno-promocyjnej ściśle związane ze sobą organizacyjnie, również mogły zostać powierzone w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jako inne usługi niepriorytetowe. Zauważył, że nie było wykluczone, aby pozostałych elementów całości zamówienia nie mógł wykonać ten sam wykonawca, który jako jedyny uprawniony był wykonać część podstawową zadania.

Zamawiający podniósł, że pomimo tego, iż w uzasadnieniu wyboru trybu przy udzielaniu zamówienia nie wyartykułowano wprost trybu przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp i nie podzielono zadania na elementy, to działanie Zamawiającego zgodne było z wolą ustawodawcy. Stwierdził, że brak uzasadnienia w chwili udzielania zamówienia, czy powoływania się w trakcie kontroli doraźnej przez Zamawiającego na tę normę prawną, nie powoduje, że Zamawiający dopuścił

się naruszenia prawa, gdyż tryb ten prawnie dopuszczalny, został przez Zmawiającego w rzeczywistości przewidziany w chwili występowania z wnioskiem o udzielenie zamówienia oraz faktycznie zastosowany oraz było to uzasadnione podstawami zarówno faktycznymi, jak i prawnymi. Dalej powołał się na treść art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, obowiązującego w dacie udzielenia zamówienia oraz powołał się na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68), wydane na podstawie art. 2a ustawy Pzp oraz na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2012r., poz. 1361), wydane na podstawie art. 2b ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że zarówno cały przedmiot zamówienia, jak i poszczególne jego elementy stanowią usługi o charakterze niepriorytetowym.

Zamawiający dodał, iż w przypadku art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp należy wykazać, że zastosowanie innego trybu udzielenia zamówienia publicznego niż tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki mogłoby skutkować uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. W ocenie Zamawiającego zaistniały obiektywne, zewnętrzne i uzasadnione okoliczności w rozumieniu art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, uprawniające go do wyboru trybu niekonkurencyjnego. Wskazał, że kluczowe znaczenie dla oceny przedmiotowej sprawy ma uwarunkowany okolicznościami zewnętrznymi i niezależnymi od Zamawiającego termin realizacji zamówienia. Wyjaśnił, że Prezydent Miasta Wałbrzycha był związany publiczną obietnicą złożoną mieszkańcom Wałbrzycha w maju 2013 roku, że dołoży wszelkich starań, aby długo oczekiwany przez mieszkańców obiekt użyteczności publicznej - Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu, został oddany do użytku jeszcze przed wakacjami. Podkreślił, że obietnica ta miała o tyle istotne znaczenie społeczne, że otwarcie tego kompleksu było już kilkakrotnie przekładane, czego powodem był spór pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą realizującym roboty budowlane. Termin zakończenia inwestycji planowany był (zgodnie z umową) początkowo na wiosnę 2012 r., później na wrzesień 2012 r., następnie przesunięty został na koniec roku 2012 r., a po upływie tego terminu ponownie przesunięty na marzec 2013 r. Zamawiający podniósł, że obietnica dotrzymania kolejnego nowego terminu, ustalonego na koniec czerwca 2013 r. miała charakter priorytetowy i była szeroko komentowana w lokalnej prasie i telewizji, zauważył przy tym, że był to w tym czasie jednak jeszcze plac budowy i nie było żadnej gwarancji, że również tym razem termin ten będzie realny i ostateczny. Wskazał, że precyzyjne ustalenie daty otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdroju nastąpiło w dniu 10 maja 2013 r. i wtedy też podjęto decyzję o wyborze artysty, który miał uświetnić to wydarzenie. Natomiast na sesji Rady Miasta Wałbrzycha w dniu 28 maja 2013 r.

Prezydent Miasta potwierdził informację, że Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu zostanie udostępnione do użytku jeszcze przed wakacjami, a radni Rady Miejskiej Wałbrzycha podjęli uchwałę zabezpieczającą środki finansowe na realizację imprezy otwarcia tych obiektów i od tego momentu zaistniała obiektywna możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że stosunkowo krótki okres czasu przeznaczony na przygotowanie imprezy otwarcia połączonej z działaniami reklamowymi podjętymi przez Biuro Marketingu i Promocji Urzędu Miejskiego w Wałbrzychu, uniemożliwił dokonanie wyboru wykonawców poszczególnych usług w ramach imprezy otwarcia, w trybie konkurencyjnym. Wskazał ponadto, iż powierzenie jednemu wykonawcy (mającemu wyłączność na występ A.J. i zespołu B) do realizacji w ramach jednego zamówienia kilku usług, na które składała się impreza otwarcia, gwarantowało Zamawiającemu, że termin zostanie dotrzymany oraz, że impreza zostanie zrealizowana na odpowiednio wysokim poziomie, stosownie do rangi wydarzenia. Stwierdził, że przy tak skonstruowanej umowie, której przedmiotem było kilka usług, to na wykonawcy spoczywał ciężar prawidłowej realizacji imprezy otwarcia. W innym zaś przypadku Zamawiający musiałby pełnić funkcję koordynatora wszystkich usług i to na nim spoczywałaby odpowiedzialność za możliwe ewentualne niedociągnięcia. Wskazał, że aspekt ten miał istotne dla niego znaczenie z uwagi na dotychczasowe doświadczenia. Podkreślił, że względy organizacyjne i techniczne przemawiają za tym, aby imprezy tej rangi były obsługiwane przez jeden podmiot. Nie ma prawnego obowiązku dzielenia takiego zamówienia. Podkreślił, że wybór jakiegokolwiek trybu konkurencyjnego spowodowałby, że oficjalne otwarcie Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu nie odbyłoby się w planowanym - jako ostateczny - terminie. Zwrócił uwagę na aspekt ekonomiczny podjętych działań, a mianowicie na rozreklamowanie kompleksu m.in. przez występy artystów, co w powiązaniu z ustaleniem symbolicznej opłaty w kwocie 1 zł, umożliwiłoby przyciągnięcie dużej liczby klientów. W dalszej kolejności Zamawiający powołał się na uchwałę KIO z dnia 19 marca 2012 roku (sygn. akt KIO/KD 30/12) odnoszącą się do przesłanek zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Następnie podkreślił, że prowadząc przedmiotowe postępowanie zastosował się do „Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę” Urzędu Zamówień Publicznych z 2010 roku, uwzględniając w szczególności zasadę proporcjonalności, gdyż możliwość przewidzianą w art. 5 zastosował w zakresie, w jakim tego samego celu nie mógłby osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję. Powołał się przy tym na „Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.”, z którego wynikało, że średni czas potrzebny na przeprowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia o wartości nieprzekraczającej progów UE, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w roku 2013 dla przetargu nieograniczonego wyniósł 32 dni (w 2012 i 2011-31 dni, w 2010-33 dni), natomiast dla przetargu ograniczonego 62 dni (w 2012 i 2011-60 dni, w 2010-91 dni).

Z kolei odnosząc się do zarzutu, iż w treści umowy z wykonawcą nie zamieszczono postanowień o zobowiązaniu wykonawcy do zapewnienia pakietu medialnego w TVP INFO, oświadczył, że pomimo to, usługa ta faktycznie była przedmiotem zamówienia, ujęta została w formularzu cenowym i została należycie wykonana. Na dowód czego przedłożył płytę CD z zarejestrowanym materiałem filmowym wyświetlanym w telewizji polskiej.

Reasumując stwierdził, że nawet jeżeli były uchybienia w działaniu zamawiającego, spowodowane wyjątkowo krótkim czasem na terminowe zrealizowanie zamówienia, to nie można uznać, że wyczerpują one znamiona naruszenia, polegającego na niezastosowaniu trybu przetargu nieograniczonego czy ograniczonego, skutkującego naruszeniem ustawy Pzp, w zakresie, o którym mowa w Informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 28 maja 2015 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/12(8)/14/AO, KND/7/15/DKD, KW – 4493/15) Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że w całości nie uwzględnia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń.

Jednocześnie odnosząc się do przedmiotowych zastrzeżeń wskazał m.in., że sugerowanie przez Biuro Marketingu i Promocji Miasta we wniosku o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp nie jest jednoznaczne z zastosowaniem ww. przepisu. Stwierdził, że zamawiający są zobowiązani do formułowania jasnych i precyzyjnych zapisów we wszystkich dokumentach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczących zastosowanego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Prezes UZP zauważył, że propozycja zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki udzielonego w oparciu o art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp wynika jedynie z treści wniosku o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, w związku z czym nie ma podstaw do domniemywania zastosowania przez Zamawiającego ww. przepisu, jeżeli w pozostałych dokumentach (tj. w zaproszeniu do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 7 czerwca 2013 r., w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, w protokole postępowania - druk ZP-WR) podano jako podstawę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Ponadto, podkreślił, że zamawiający zamierzający skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp powinni wykazać, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki uzasadniające jego zastosowanie.

Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał, iż skorzystał z uprawnienia do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp oraz nie uzasadnił wystąpienia okoliczności skorzystania z dyspozycji ww. przepisu na etapie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie trwania postępowania wyjaśniającego wszczętego przez Urząd Zamówień Publicznych ani na etapie trwania kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Prezesa UZP w takiej sytuacji należy przyjąć, iż Zamawiający zrezygnował z zastosowania uprawnienia wynikającego z art. 5 ust. 1 a pkt 4 ustawy Pzp. Powołał przy tym uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2011 roku (sygn. akt KIO/KD 78/11), w której wyrażono stanowisko, iż zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

W dalszej kolejności Prezes UZP wskazał, że w jego ocenie, w okolicznościach faktycznych sprawy nie zachodziły również przesłanki do zastosowania art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp. Dodał, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Prezes UZP podniósł również, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy m.in. dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, co oznacza, że Zamawiający mógł ustalić krótszy termin na składanie ofert niż określony w art. 43 ust. 1 oraz art. 49 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Prezesa UZP, przywołany przepis wskazuje na możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie dodatkowych przesłanek niż określone w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, uzależniając ją jednak od charakteru usługi oraz prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnych skutków zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia, zaś każdorazowo warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest obiektywne uzasadnienie przyczyn braku możliwości (niecelowości) zastosowania trybów konkurencyjnych.

Prezes UZP nie kwestionował niepriorytetowego charakteru usług stanowiących przedmiot zamówienia. Jednakże, jego zdaniem, nie zaistniały po stronie Zamawiającego obiektywne, zewnętrzne oraz uzasadnione okoliczności, w rozumieniu art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, uprawniające Zamawiającego do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Podkreślił, że Zamawiający powinien zadbać o zabezpieczenie środków finansowych w takim terminie by móc przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów konkurencyjnych. Podnosił, że twierdzenia Zamawiającego o zbyt krótkim czasie na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, należy uznać za bezzasadne, choćby z uwagi na możliwość wyznaczenia krótszych terminów składania ofert/składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niż określone w art. 43 ust. 1 oraz art. 49 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podniesionej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, iż termin realizacji zamówienia został ustalony na dzień 21-22 czerwca 2013 r. z uwagi na związanie Prezydenta Miasta Wałbrzycha publiczną obietnicą złożoną mieszkańcom Wałbrzycha w maju 2013 r. Prezes UZP stwierdził, że publiczna obietnica złożona przez Kierownika Zamawiającego dotycząca realizacji danego zamówienia w określonym terminie nie należy do obiektywnych, zewnętrznych czynników wpływających na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Prezes UZP wskazywał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie nie regulują kwestii dotyczących rozliczeń finansowych oraz kwestii dysponowania środkami finansowymi na pokrycie zobowiązań w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym, przepisy ww. aktów prawnych nie formułują zakazu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma jeszcze zagwarantowanych pełnych środków na realizację określonego zadania. W jego ocenie, w świetle przepisów ustawy Pzp, nie ma przeszkód, aby Zamawiający, mimo braku środków finansowych mógł wszcząć i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Prezes UZP przyznał, iż pewne ograniczenia mogą wynikać z innych ustaw, przy czym odwołał się do treści art 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z którego wynika, iż w odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia do zaciągania zobowiązań obciążających budżet tych jednostek, co jednak dotyczy sytuacji, gdy zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego bez zabezpieczenia środków finansowych na realizację tego zamówienia, gdyż dopiero takie działanie będzie mogło stanowić naruszenie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jednocześnie Prezes UZP powołał się na wyjaśnienia Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu w tym zakresie w związku z zapytaniem o dopuszczalność ogłoszenia i przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma zabezpieczonego planu finansowego na realizację przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Prezesa UZP twierdzenia Zamawiającego, iż wszczęcie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było możliwe dopiero w dniu 28 maja 2013 r., czyli w dniu uwzględnienia przez Radę Miasta Wałbrzycha kosztów tego przedsięwzięcia w uchwale budżetowej, są bezzasadne. Zauważył, że uchwała budżetowa Rady Miejskiej Wałbrzycha została zmieniona w dniu 28 maja 2013 r., poprzez przyznanie środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia, na wniosek Prezydenta Miasta Wałbrzycha, który miał wpływ na to, kiedy wniosek o uwzględnienie w uchwale budżetowej środków finansowych na organizację imprezy otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu zostanie złożony, a zatem pośrednio miał wpływ na termin zabezpieczenia w budżecie miasta środków na ten cel. Podkreślił, że Zamawiający powinien zadbać o stosownie wcześniejsze wszczęcie procedury przyznania środków finansowych na realizację niniejszego zamówienia, tak aby zapewnić sobie wystarczającą ilość czasu niezbędnego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym. Zaznaczył również, że w dniu 10 maja 2013 roku zapadły najważniejsze ustalenia dotyczące organizacji imprezy otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu umożliwiające wszczęcie postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w jednym z trybów konkurencyjnych, o których mowa w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał również, iż z oświadczenia wykonawcy Sound Production Sp. z o.o. (dawniej: Holiday Pro Art Sp. z o.o.) z dnia 8 maja 2014 r. wynika, iż umowa w sprawie wyłącznych praw ww. wykonawcy na organizację koncertu artystki A.J. w dniu 21 czerwca 2013 r. została zawarta w dniu 16 maja 2013 r., a zatem już po spotkaniu, na którym podjęto decyzję o występie artystki podczas imprezy otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu.

Reasumując, Prezes UZP stwierdził, iż możliwość wystąpienia skutku w postaci uniemożliwienia terminowej realizacji zadań w przypadku zastosowania jednego z trybów konkurencyjnych do udzielenia przedmiotowego postępowania wynikała z kolejnych czynności podejmowanych przez samego Zamawiającego, w tym z podjęcia decyzji o wyznaczeniu terminu imprezy oraz ze zwlekania ze wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia do dnia 7 czerwca 2013 r. (data przesłania zaproszenia do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki), pomimo realnej możliwości wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego w ciągu kilku dni od podjęcia na spotkaniu Biura Marketingu i Promocji Miasta oraz Spółki Aqua Zdrój najważniejszych ustaleń dotyczących niniejszego przedsięwzięcia, tj. od dnia 10 maja 2013

r., co oznacza, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podnoszonego w zastrzeżeniach przez Zamawiającego aspektu ekonomicznego stwierdził, że pozostaje to bez znaczenia dla oceny zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zauważył również, że udzielenie zamówienia przy skorzystaniu z jednego z trybów konkurencyjnych, przy założeniu, że postępowanie zostałyby wszczęte w pierwszej połowie maja 2013 r., doprowadziłoby do tego samego „ekonomicznego” skutku.

W dniu 8 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo od Zamawiającego, w którym wnosił on o uwzględnienie zgłoszonych przez niego zastrzeżeń, również w oparciu o wyjaśnienia zawarte w tym piśmie. Zamawiający poddał pod rozagę Krajowej Izby Odwoławczej również to, czy w przedmiotowej sprawie, z uwagi na zaplanowane w dniu 10 maja 2013 roku zamierzenie, którego realizacja została przewidziana najpóźniej na 21-22 czerwca 2013 roku, uprawnione było udzielenie przez Zamawiającego jednego kompleksowego zamówienia, będącego usługą niepriorytetową przez połączenie w jednym przedmiocie zamówienia innych, związanych funkcjonalnie usług, również nie priorytetowych i zlecenia wykonania tej usługi w trybie zamówienia z wolnej ręki jednemu wykonawcy, skoro art. 5 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi niepriorytetowe oraz inne usługi (priorytetowe), dostawy i roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Zamawiający stwierdził, że Prezes UZP prezentuje stanowisko, iż Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić odrębne postępowanie dla każdej z usług, natomiast w ogóle nie odnosi się do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do konieczności połączenia tych usług w jedno zamówienie, w szczególności z uwagi na potrzebę koordynacji wszystkich usług. Zdaniem Zamawiającego podział zamówienia stwarzałby zagrożenie niewykonania zamówienia w terminie. Zwrócił uwagę na fakt, że podmiot, który ma wyłączność na organizację występu danego artysty, odpowiada i przed Zamawiającym i przed artystą za prawidłową organizację występu, stan techniczny sceny i jej scenografię, konferansjerkę, oświetlenie, zabezpieczenie imprezy masowej czy przekaz medialny. W konsekwencji udzielenie zamówienia dotyczyło jednego zadania, którego elementami były usługi tworzące całość zamierzenia, a tym samym pożądane było udzielenie tego zamówienia jednemu wykonawcy w jednym postępowaniu. Podkreślił, że Prezes UZP nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia, nie stwierdził bowiem naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, jak również nie miał zastrzeżeń do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla wyboru wykonawcy zamówienia

w części odnoszącej się do organizacji występu jednego artysty, a jednak rozważał naruszenie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 10 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zalecanie takiej zmiany przedmiotu zamówienia, która ze swej natury miała prowadzić do zlecenia zamówienia w części z wolnej ręki, a w części w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Zamawiający podniósł przy tym, że również na występ drugiego artysty wykonawca miał wyłączność w tym czasie. Zamawiający ponadto powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2015 roku (sygn. akt KIO/KU 7/15). Zauważył, że w sprawie, w której wydano powyższe orzeczenie, sam Prezes UZP wyraził pogląd, iż co do zasady zamawiający w jednym postępowaniu powinien nabywać określonego rodzaju świadczenia, jeżeli zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy posiadają one to samo lub podobne przeznaczenie lub funkcję, tzw. zamówienia tego samego rodzaju oraz dodał, że konieczne jest także istnienie funkcjonalnego i czasowego związku między nabywanymi świadczeniami. Wobec takiego stanowiska Prezesa UZP, w ocenie Zamawiającego, w pełni uprawnione było połączenie przez niego w jedno zamówienie usług, które funkcjonalnie, czasowo i organizacyjnie były ze sobą związane, i zastosowanie do całego postępowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w szczególności na zasadzie per analogiam z zasadą wyrażoną w art. 5 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie podkreślił, że wielokrotnie podnosił, że zasadniczą przyczyną niemożności wcześniejszego rozpoczęcia procedury udzielenia zamówienia były niezależne od Zamawiającego przeszkody, związane z brakiem możliwości jednoznacznego wskazania terminu oddania obiektu do użytku. Dopiero w dniu 10 maja 2013 roku zaplanował otwarcie Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu i na najbliższej sesji Rady Miejskiej w Wałbrzychu, a więc niezwłocznie, została podjęta uchwała zabezpieczająca środki na ten cel.

Podniósł, że brak odpowiedzialności Zamawiającego za naruszenie przepisów ustawy Pzp czy za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku wszczęcia procedur zamówień publicznych mimo niezagwarantowania środków na ten cel, nie może oznaczać, że taka praktyka jest zalecana czy pożądana na gruncie przepisów prawa. Podkreślił, że w sytuacji unieważnienia postępowania z powodu braku środków na realizację zamówienia czy odstąpienie z tej przyczyny od zawarcia umowy, Zamawiający ponosi wobec wykonawcy odpowiedzialność na zasadach określonych w kodeksie cywilnym.

Wobec powyższego Zamawiający wniósł o uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zastrzeżeń z dnia 11 maja 2015 roku zgłoszonych do wyniku kontroli doraźnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zastrzeżenia złożone przez Zamawiającego Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie. W ocenie Izby Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Prezes UZP słusznie stwierdził, że propozycja zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki udzielonego w oparciu o przepis art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp wynika jedynie z treści wniosku o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, co nie jest równoznaczne z zastosowaniem przez Zamawiającego tego przepisu, z uwagi na brak odniesienia do powołanego przepisu w pozostałych dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia. Wniosek o wszczęcie postępowania nie jest to dokument stricte związany z dokumentowaniem postępowania przez Zamawiającego. Dokumentowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone zostało w dziale II rozdział 5 ustawy Pzp oraz w przepisach wykonawczych. Określenie podstawy prawnej, jak i sprecyzowanie powodów zastosowania przez Zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony ma miejsce w protokole postępowania.

Zamawiający bowiem w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 237326-2013 z dnia 20.06.2013 r.) w Załączniku I (Uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę) określając podstawę prawną wskazał: *„Postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”,* zaś w samym uzasadnieniu wyboru trybu podał, iż: *„Firma HolidayProArt Sp. z o. o. na podstawie wcześniej zawartych umów z artystami, posiada wyłączność do ich reprezentowania, w terminach określonych przez Zamawiającego. W związku z tym usługa polegająca na organizacji artystycznej i technicznej otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój, które odbędzie się w dniach 21-22 czerwca 2013 r. ze względu na termin i artystów na jakich zdecydował się Zamawiający, nie może być świadczona przez żadną inną firmę.”.*

Analogiczne, jak wyżej, uzasadnienie wyboru trybu postępowania Zamawiający zawarł w protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie może na etapie zgłaszania zastrzeżeń od wyniku kontroli, powoływać się na inne przesłanki wyboru trybu postępowania

o udzielenie zamówienia, zawarte w innych przepisach ustawy, niż wynikające z dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie będące przedmiotem badania Prezesa UZP, a następnie wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Jak powyżej wskazano, Zamawiający, ani w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, ani też w protokole postępowania nie powołał jako podstawy prawnej wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki przepisu art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, nie zawarł też uzasadnienia do zastosowanie tego przepisu. Przedmiotem postępowania kontrolnego było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadania: *Organizacja artystyczna i techniczna otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu w dniach 21 – 22 czerwca 2013 r.* wyłącznie na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp i w takim zakresie sporządzona została Informacja o wynikach kontroli doraźnej. Powyższe oznacza, że Zamawiający na etapie składania zastrzeżeń nie może powoływać się na inne podstawy prawne i okoliczności faktyczne, aniżeli odnoszące się do zasadności wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Rozpoznaniu nie podlegają zatem zastrzeżenia w zakresie w jakim odnoszą się do kwestii możliwości skorzystania przez Zamawiającego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, skoro Prezes UZP, zajął w tej kwestii stanowisko w odpowiedzi na zastrzeżenia, to Izba wskazuje, iż podziela stanowisko Prezesa UZP, co do tego, że w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne przesłanki określone w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp również nie zaistniały.

Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania) *W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.*”.

Podkreślić należy, że Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania, które w sposób najbardziej optymalny gwarantuje, że środki publiczne będą wydatkowane w sposób celowy, oszczędny i efektywny. Z dokumentacji postępowania wynika bowiem, że termin realizacji zadania został już określony na spotkaniu w dniu 10 maja 2013 roku, kiedy to podjęto również decyzję o wyborze kluczowego artysty, który miał wystąpić na imprezie otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu (tj. A.J.). Co więcej z treści zastrzeżeń

wynika, że Prezydent Miasta Wałbrzycha (kierownik Zamawiającego) był związany publiczną obietnicą złożoną mieszkańcom Wałbrzycha w maju 2013 r., że dołoży wszelkich starań, aby kompleks został oddany do użytku jeszcze przed wakacjami. Jak sam Zamawiający zwrócił uwagę złożona obietnica miała charakter priorytetowy i była szeroko komentowana w mediach. Jednocześnie, Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że termin zakończenia inwestycji był wielokrotnie przesuwany (od wiosny 2012 r). W tym miejscu należy podzielić stanowisko Prezesa UZP, że: *„publiczna obietnica złożona przez Kierownika Zamawiającego dotycząca realizacji danego zamówienia w określonym terminie nie należy do obiektywnych, zewnętrznych czynników wpływających na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.”*

Zdaniem Izby, skoro już na początku maja 2013 roku, zapadła decyzja, że impreza odbędzie się w weekend czerwcowy, przed rozpoczęciem wakacji szkolnych i wtedy też wybrano kluczowego artystę, a także rozpoczęto działania mające na celu ustalenie podmiotu, który byłby w stanie zapewnić występ A.J. w terminie wskazanym przez Zamawiającego i zorganizować całą imprezę kulturalną, to już wówczas wiadome było, że będzie konieczność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i od tego momentu Zamawiający winien był podjąć działania zmierzające do przeprowadzenia postępowania. Jak wynika z treści zastrzeżeń problem w realizacji tego zamierzenia nie wynikał z braku środków finansowych na realizację zadania, lecz głównie dotyczył tego, w jakim terminie obiekt zostanie oddany do użytku. W zastrzeżeniach Zamawiający podał, że na sesji Rady Miasta Wałbrzycha w dniu 28 maja 2013 roku Prezydent Miasta potwierdził informację, że Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu zostanie udostępnione jeszcze przed wakacjami i na tej samej sesji radni podjęli uchwałę zabezpieczającą środki finansowe na realizację imprezy. Nie wskazał jednak kiedy Prezydent Miasta Wałbrzycha w ogóle powziął informację, że Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu zostanie udostępnione jeszcze przed wakacjami. Natomiast z samych wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania kontrolnego (pismo datowane na dzień 3.02.2015 r., data wpływu do UZP – 9.02.2015 r., znak: BPM.033.01.2015) wynika, że: *„Oczekiwany i pożądaný następny termin otwarcia został wskazany na koniec czerwca 2013 r., przed zakończeniem lub w dniu zakończenia roku szkolnego, tak by obiekt był czynny przed wakacjami 2013r. Termin ten został wskazany na spotkaniu o którym mowa w naszym piśmie BO.271-68/14/14, które odbyło się dnia 10 maja 2013 i notatka z tego spotkania stanowi załącznik do niniejszego pisma. W trakcie tego spotkania ustalono, precyzyjnie datę otwarcia obiektu Aqua Zdrój to 21-22 czerwca 2013 r. Jednocześnie podjęto decyzję, że artystą, który uświetni event otwarcia będzie A.J.. Ze względu na krótki okres przygotowań do otwarcia*

obiekcie, niezwłocznie rozpoczęto prace organizacyjne. W dniu 17 maja dokonano badania możliwości występu artysty A.J., które polegało na sprawdzeniu w managementie artystki czy jest dostępna w wyznaczonym terminie, a następnie jakie są warunki umowy i z kim należy kontaktować się celem zawarcia umowy”.

Powyższe oznacza, że w istocie od dnia 10 maja 2013 roku były znane wszystkie istotne warunki realizacji zadania (termin i główny artysta) i od tego czasu można było wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, że jak słusznie Prezes UZP stwierdził: *„uchwała budżetowa Rady Miejskiej Wałbrzycha została zmieniona w dniu 28 maja 2013 r., poprzez przyznanie środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia, na wniosek Prezydenta Miasta Wałbrzycha, który miał wpływ na to, kiedy wniosek o uwzględnienie w uchwale budżetowej środków finansowych na organizację imprezy otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu zostanie złożony, a więc pośrednio miał wpływ na termin zabezpieczenia w budżecie miasta środków na ten cel.”.* Zatem, nie jest w pełni uzasadniona argumentacja Zamawiającego, iż dopiero od dnia 28 maja 2013 roku, zaistniała obiektywna możliwość realizacji usług składających się na imprezę otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu.

W dalszej kolejności stwierdzić należy, że zarówno Zamawiający, jak i Prezes UZP przyznali, że przedmiotem zamówienia są usługi o charakterze niepriorytetowym, a zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania) *Do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.* Zatem, Zamawiający mógł ustalić krótszy termin na składanie ofert niż określony w art. 43 ust. 1 ustawy Pzp czy w art. 49 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podziela również argumentację Prezesa UZP przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej stwierdzenia naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp oraz art. 10 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie było podstaw do udzielenia przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Zgodnie z powołanym powyżej przepisem (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania przez Zamawiającego) *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 a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.*

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że w przedmiotowym postępowaniu nie znajdzie zastosowania przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, z uwagi na sam fakt posiadania wyłącznych praw przez wykonawcę Holiday Pro Art. Sp. z o. o. do zorganizowania koncertu A.J. w terminie wybranym przez Zamawiającego, ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje również inne usługi, składające się na całość wydarzenia – otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku. Nie jest to bowiem tego typu sytuacja, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca, mogący świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia.

W dniu 19 czerwca 2013 roku Zamawiający zawarł umowę z Holiday Pro Art Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu o numerze: UM/BPM/1/1191/113/1034-W/2013.

W § 1 ww. umowy wskazano: *„Zamawiający zamawia u Wykonawcy zorganizowanie imprez promujących miasto Wałbrzych w dniach 21–23 czerwca 2013, podczas otwarcia kompleksu sportowego „Aqua - Zdrój” w Wałbrzychu. Promocja obejmuje zorganizowanie i wykonanie: 1. Oświetlenia i nagłośnienia – Profesjonalne nagłośnienie i oświetlenie z uwzględnieniem wymagań technicznych artystów A.J. oraz B. co określają załączniki nr 1. i 2. Transport, montaż, obsługa przez cały okres trwania imprezy (tj. od godz. 6⁰⁰ w dniu 21.06.2013r. do godz. 6⁰⁰ w dniu 23.06.2013 r.) i demontaż nagłośnienia i oświetlenia. 2. Realizację koncertów – Podpisanie umowy koncertowej z artystami: A.J., B. , P. , C. .”.*

Z kolei § 3 ww. umowy określał, iż: *„Wykonawca zobowiązuje się własnym staraniem i na własny koszt zapewnić: 1. ubezpieczenie OC od prowadzenia działalności gospodarczej, 2. noclegi dla ekipy technicznej oraz dla pracowników Wykonawcy, 3. podpisanie i realizację na własny koszt umów z zespołami: A.J., B. , P. , C. , 4. pełną realizację i obsługę techniczną imprezy (scena, światło, dźwięk), 5. Pokrycie kosztów ZAiKS, 6. zapewnienie Parku Zabaw dla dzieci (tzw. dmuchańce), 7. zapewnienie Konferansjerów na każdy dzień realizacji, 8. zapewnienie komentatora sportowego, 9. oświetlenie basenu.”.*

W dokumentacji postępowania znajduje się również oświadczenie przedstawiciela Holiday Pro Art Sp. z o. o. z dnia 5 czerwca 2013 roku, iż posiada on wyłączność na występy wskazanych zespołów w podanych dniach, tj. A.J. – wyłączność na występ dnia 21.06.2013 r., B. – wyłączność na występ dnia 22.06.2013 r. Ponadto, w aktach znajduje się oświadczenie z dnia 8 maja 2014 roku przedstawiciela spółki Sound Production (dawniej:

Holiday Pro Art Sp. z o.o.), iż umowy z artystami występującymi podczas imprezy otwarcia kompleksu rekreacyjno–sportowego Aqua – Zdrój zostały zawarte w następujących terminach: A.J. – umowa zawarta dnia 16.05.2013 r., B. – umowa zawarta dnia 22.05.2013 r. Znamienne jest, że wykonawca Holiday Pro Art Sp. z o. o. oświadczył, że posiada umowy zawarte z ww. wykonawcami w maju 2013 r. (odpowiednio 16.05.2013 r. oraz 22.05.2013 r.). Nie ma natomiast odniesienia do jakiegokolwiek innej umowy zawartej z tymi wykonawcami na wyłączność w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że przesłanką do wyboru wykonawcy Holiday Pro Art Sp. z o. o. była wyłącznie okoliczność, iż wykonawca ten zapewniał zorganizowanie koncertu A.J. w wybranym terminie. Natomiast, z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego, w tym z notatki służbowej z przebiegu spotkania z dnia 10 maja 2013 roku oraz z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku kontroli, nie wynika, że dla niego kluczowym zespołem był także zespół B. . Jedyne ustalenia na spotkaniu w dniu 10 maja 2013 roku dotyczyły występu A.J. i tylko w tym zakresie można uznać, że Zamawiający był związany wyborem artysty. Dlatego też, nieuzasadnione jest w ocenie Izby powoływanie się przez Zamawiającego, że ww. wykonawca jako jedyny mógł wykonać w wymaganym terminie część zamówienia, tj. również koncert zespołu B. . Zamawiający w wyjaśnieniach zawartych w piśmie datowanym na dzień 9 lipca 2014 r. (data wpływu do UZP – 15 lipca 2014 r., znak: BO.271-68/14/14) wskazał, że: *„Oferta Firmy Holiday Pro Art. Sp. z o. o. na dni 21 – 22 czerwca 2013r. obejmowała również występy m.in. takich zespołów jak: B, P. oraz C. Zamawiający uznał, że również te zespoły będą stanowiły dobrą oprawę muzyczną dla ceremonii otwarcia „Centrum”.*

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że nie wszystkie ww. usługi wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia mają charakter usług, których żaden inny podmiot nie byłby w stanie wykonać, choćby takie jak usługi konferansjerów, parku zabaw dla dzieci, czy koncerty dodatkowych artystów. Słusznie podniósł Prezes UZP, że, gdy na rynku istnieje możliwość zlecenia wykonania usług przynajmniej dwóm podmiotom, odpowiadających potrzebom Zamawiającego, to wówczas nie będzie podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Za Prezesem UZP Izba wskazuje, że w przypadku gdy wykonawca Holiday Pro Art Sp. z o.o., ze względu na prawo wyłączności do organizowania koncertu A.J. w terminie 21 czerwca 2013 r., mógł jako jedyny wykonać tę część zamówienia, to ewentualne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe byłoby tylko do zamówienia w zakresie organizacji koncertu wyłącznie A.J.. Natomiast Izba wskazuje, odmiennie niż twierdzi Prezes UZP, że być może technika sceniczna z uwagi na specjalne wymagania artysty mogłaby być wykonana tylko przez tego wykonawcę, który zobowiązał się

do zorganizowania koncertu danego artysty, jednak nie zostało wykazane w tym postępowaniu, że rzeczywiście taka okoliczność wystąpiła.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego.

Odnosząc się do pisma złożonego przez Zamawiającego w dniu 8 czerwca 2015 roku (pismo datowane na dzień 1 czerwca 2015 roku, znak: BO.271-68/13/5/2015) stwierdzić należy, że argumentacja w nim zawarta nie może być wzięta pod uwagę przy ocenie zasadności zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego. Otóż, 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.* Na podstawie zaś art. 167 ust. 3 ustawy Pzp *Krajowa Izba Odwoławcza w składzie trzyosobowym wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania.* Z powołanych powyżej przepisów wynika, że Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, które powinny być zgłoszone w ustawowo określonym terminie bezpośrednio do Prezesa Urzędu. Pismo Zamawiającego, o którym mowa powyżej, zostało złożone już po upływie ustawowego terminu i do niewłaściwego organu, dlatego też argumentacja zawarta w tym piśmie nie może mieć wpływu na wyrażenie opinii w przedmiocie zastrzeżeń od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie. Izba wydając opinię w sprawie zastrzeżeń może wyłącznie polegać na ich treści i okolicznościach w nich zawartych.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Prezes UZP prawidłowo stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, którego przedmiotem jest organizacja artystyczna i techniczna otwarcia Centrum Aktywnego Wypoczynku Aqua Zdrój w Wałbrzychu w dniach 21 – 22 czerwca 2013 r., a w konsekwencji prawidłowo ustalił, że Zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a, art. 10 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....