

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 lutego 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 stycznia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Wrocław 2012 sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 stycznia 2016 r., znak sprawy: UZP/DKD/KND/15/15, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Leasing operacyjny urządzeń aktywnych do sieci komputerowej, systemu CCTV, systemu nagłośnienia trybun, ściany LCD, nośników LCD, wielkoformatowych ekranów LED oraz urządzeń reżyserki dla Stadionu Miejskiego we Wrocławiu”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Piotr Kozłowski

Izabela Kuciak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”) dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, pn.: „Leasing operacyjny urządzeń aktywnych do sieci komputerowej, systemu CCTV, systemu nagłośnienia trybun, ściany LCD, nośników LCD, wielkoformatowych ekranów LED oraz urządzeń reżyserki dla Stadionu Miejskiego we Wrocławiu” (dalej: „Postępowanie”), przeprowadzonego przez Zamawiającego – Wrocław 2012 sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 j.t. ze zm. – tekst aktu normatywnego obowiązujący w dacie wszczęcia Postępowania), zwanej dalej „Pzp”.

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 4 stycznia 2016 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów (1) art. 7 ust. 1 Pzp, (2) art. 48 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817– tekst aktu normatywnego obowiązujący w dacie wszczęcia Postępowania), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, jak również (3) art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 40 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 48 ust. 1 Pzp

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

W zakresie pierwszego ze stwierdzonych uchybień Kontrolujący ustalił, że Zamawiający, w dniu 10 czerwca 2011 r., przekazał ogłoszenie o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i zostało ono opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 113-186967. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiającego od dnia 13 czerwca 2011 r. do dnia 21 czerwca 2011 r. oraz na stronie internetowej www.2012.wroc.pl od dnia 10 czerwca 2011 r. do dnia 21 czerwca 2011 r. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 21 czerwca 2011 r. do godziny 12.00.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu uzasadnił wybór procedury przyspieszonej m.in. koniecznością wystąpienia do podmiotów finansujących przedsięwzięcie

(„Stron finansujących”) o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązań polegających na sfinansowaniu dostaw inwestorskich przy wykorzystaniu formy leasingu (zgodnie z zawartą z nim w dniu 29 czerwca 2010 r. umową kredytu) oraz zakontraktowaniem, na wrzesień 2011 r., 3 dużych imprez masowych, na które, z początkiem czerwca 2011 r., rozpoczęła się sprzedaż biletów. Podkreślił, że ich odwołanie wiąże się dla Zamawiającego z poważnymi konsekwencjami finansowymi, a nadto, że z ich charakteru oraz wymogów określonych przez organizatorów wynika, iż nie mogą się odbyć bez zainstalowania i uruchomienia na obiekcie stadionu urządzeń i sprzętu składającego się na dostawy inwestorskie.

Następnie Prezes UZP stwierdził, że do dnia 21 czerwca 2011 r. wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożyło 5 wykonawców: Zamawiający, pismem z dnia 24 czerwca 2011 r., poinformował o wykluczeniu 2 wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz zakwalifikowaniu pozostałych do dalszego etapu Postępowania. W dniu 25 czerwca 2011 r. zostali oni zaproszeni do składania ofert.

Kontrolujący przytoczył określone w SIWZ terminy dostaw (wydania) instalacji oraz uruchomienia urządzeń, przypadające na okres pomiędzy 20 lipca 2011 r., a 10 sierpnia 2011 r. oraz podał, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 7 lipca 2011 r. Wskazał ponadto, że w toku Postępowania dwóch wykonawców zwracało uwagę Zamawiającego m.in. na okoliczność, że przyjęte terminy powodują konieczność rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy zwracali również uwagę na zbyt krótki termin dostaw sprzętu, któremu postawiono profesjonalne wymagania, wykonania projektu systemu nagłośnienia oraz wejścia na budowę, a nadto wnosili o wydłużenie terminu składania ofert.

Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 1 i 2 lipca 2011 r. stwierdził, że nie podziela zgłoszonych wątpliwości oraz, że nie widzi podstaw wydłużenia terminu składania ofert ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia.

Zamawiający w toku kontroli wyjaśnił, iż nie jest możliwe podanie konkretnej daty, w której podjął decyzję o konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia. Pierwsze działania zostały podjęte z początkiem marca 2011 r., a dokładny zakres zamówienia został ustalony ostatecznie przed wszczęciem Postępowania. Ponadto wskazał, że rozważał możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jednemu z wykonawców biorących udział w Postępowaniu i prowadził szereg czynności, do których był zobowiązany w oparciu o postanowienia umowy kredytu, jednakże ostatecznie w dniu 9 czerwca 2011 r. zrezygnował z wszczęcia postępowania w tym trybie i w dniu 10 czerwca 2011 r. wszczął skontrolowaną procedurę.

Zamawiający wyjaśnił również, iż w okresie, gdy rozważana była możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (kwiecień – czerwiec 2011 r.), obok korespondencji z bankami finansującymi, drogą elektroniczną prowadzona była robocza korespondencja z wykonawcą, któremu miało zostać udzielone zamówienie z wolnej ręki. W jej trakcie mogły zostać przesłane do niego wersje elektroniczne niektórych projektów dokumentów (np. wzory umów, ogólnych warunków leasingu itp.), w tym także dane/informacje o producentach i/lub potencjalnych dostawcach sprzętu, jak też cenach obowiązujących w danym okresie. Zaznaczył, że nie były przekazane projekty dokumentacji przetargowej oraz że po podjęciu ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, tj. po 9 czerwca 2011 r., nie prowadził ze wspomnianym wykonawcą korespondencji zawierającej dane lub projekty dokumentów związane z przedmiotem zamówienia.

Prezes UZP podkreślił, że Najwyższa Izba Kontroli ustaliła, że Zamawiający, jeszcze przed wszczęciem Postępowania, tj. w dniach 18 maja i 7 czerwca 2011 r., przekazał ww. wykonawcy szczegółowy zakres przedmiotowy zamawianych urządzeń i systemów (w tym informacje o objęciu zamówieniem również ich montażu oraz projektu), ich ceny uzgodnione z dostawcami oraz wskazał czterech dostawców urządzeń.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na konieczność uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Stron finansujących, w dniu 8 kwietnia 2011 r. skierował wniosek o wyrażenie zgody na sfinansowanie przedmiotowych dostaw z wykorzystaniem instrumentu leasingu, zwiększenie budżetu projektu i zwiększenie części inwestycyjnej. Na żądanie Stron Finansujących wraz z wnioskiem zostały bankom przekazane m.in. dane dotyczące specyfikacji sprzętu, który miał zostać sfinansowany z wykorzystaniem instrumentu leasingu, szacunkowej wartości sprzętu, potencjalnych dostawców i/lub producentów poszczególnych urządzeń. Agent kredytu (działając w imieniu Stron Finansujących) w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. wskazał, iż zgoda na sfinansowanie przez leasing dostaw inwestorskich dotyczy wyłącznie wskazanego przez banki jednego podmiotu. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż umowy o udzielenie kredytu bankowego, w szczególności w części dotyczącej zabezpieczeń udzielonego kredytu (w tym także konieczność uzyskania zgód kredytodawcy na zaciągnięcie przez kredytobiorcę jakichkolwiek zobowiązań dłużnych i możliwość niewyrażenia takich zgód jako uprawnienia kredytodawcy oraz zgód na ustanowienie jakichkolwiek zabezpieczeń) są konstruowane w oparciu o funkcjonujące na rynku bankowym i utrwalone standardy powodujące, iż niektóre postanowienia umów kredytu stają się *de facto* „nienegocjowalne”, a ich niezaakceptowanie przez kredytobiorcę skutkuje odmową udzielenia finansowania.

Zamawiający podał również, iż w dniu 10 czerwca 2011 r. do Agenta kredytu zostało skierowane pismo dotyczące możliwości wystąpienia Przypadku Naruszenia Umowy Kredytu oraz zawierające w szczególności wnioski o wyrażenia zgody na zawarcie umów leasingu z podmiotem wyłonionym w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 17 czerwca 2011 r. Agent kredytu zaakceptował możliwość wyboru innego podmiotu przy założeniu zachowania ustalonych i zaakceptowanych parametrów leasingu operacyjnego. Zatem zgoda banku została wydana po wszczęciu postępowania w trybie przetargu ograniczonego.

Kontrolujący przytoczył również wyjaśnienia Zamawiającego, że pierwotny termin jednej z imprez masowych planowanej na 3 września 2011 r. został przesunięty na dzień 1 października 2011 r. Stwierdził, że umowa obejmująca drugą z imprez, na które w uzasadnieniu procedury przyspieszonej powołał się Zamawiający, zawarta została w dniu 25 maja 2011 r., natomiast w przypadku trzeciej z nich – w dniu 16 czerwca 2011 r., a zatem już po wszczęciu Postępowania, mimo iż we wspomnianym uzasadnieniu Zamawiający powoływał się na jej zakontraktowanie.

Prezes UZP ustalił również, że odbiory części dostaw zostały dokonane z przekroczeniem ustalonych postanowieniami SIWZ terminów, a nadto przywołał argumentację Zamawiającego, że w umowie stadionowej zawartej z UEFA znalazło się postanowienie, zgodnie z którym nie później niż na 6 miesięcy przed pierwszym meczem na stadionie zostały rozegrane co najmniej 2 oficjalne międzynarodowe mecze lub cały sezon meczy na najwyższym krajowym poziomie. UEFA wyraziła zgodę na uznanie za spełnienie wymogów imprez testowych przez imprezy masowe zorganizowane na stadionie w miesiącu wrześniu 2011 r.

W ustalonym stanie faktycznym Kontrolujący odwołał się do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, którym ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto wskazał, że w myśl art. 52 ust. 4 Pzp jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oraz jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni. Podkreślił, że nie zawsze wyznaczenie minimalnego terminu składania ofert przewidzianego przepisami Pzp (tym bardziej skróconego, na podstawie art. 52 ust. 4 Pzp, terminu składania ofert) jest czasem wystarczającym dla wykonawcy na złożenie oferty. Stąd też, zamawiający wyznaczając termin składania ofert zobowiązany jest dochować minimalnych terminów określonych Pzp, niemniej jednak jego podstawowym obowiązkiem jest przede wszystkim wyznaczenie takiego terminu, który jest niezbędny wykonawcy dla przygotowania i złożenia

oferty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego. Zdaniem Prezesa UZP wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert jest tym istotniejsze, iż zapewnia wykonawcom niedyskryminujący dostęp do procedury i realizuje podstawowy cel funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Tym samym, ustalając termin składania ofert, zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim złożoność zamówienia oraz czas na przygotowanie ofert. Za niedopuszczalne należy uznać takie wyznaczenie terminów, które uniemożliwi potencjalnym wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia złożenie oferty. Określenie minimalnych terminów (a tym bardziej terminów skróconych) musi każdorazowo korespondować z rzeczywistymi możliwościami wykonawców do złożenia kompletnych i ważnych ofert. Wyznaczenie przez zamawiającego zbyt krótkich terminów na składanie ofert ogranicza uczciwą konkurencję.

Kontrolujący zakwestionował argumentację Zamawiającego odnoszącą się do organizacji imprez masowych we wrześniu 2011 r. stwierdzając, że jednak z nich uległa przesunięciu z 3 września na 1 października 2011 r., a umowę na organizację kolejnej zawarto już po wszczęciu Postępowania. Podkreślił, że Zamawiający już w marcu 2011 r. (a więc przed zakontraktowaniem którejkolwiek z ww. imprez) podejmował pierwsze działania związane z udzieleniem przedmiotowego zamówienia, w tym analizował możliwość jego udzielenia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Stwierdził również, że Zamawiający powinien organizować imprezy masowe dopiero jeżeli ma pewność, że prace na stadionie są na tyle zaawansowane, że zostaną wykonane w terminie umożliwiającym ich organizację. Za niewłaściwą uznał praktykę odwrotną, w której zamawiający maksymalnie skraca terminy składania ofert na podstawie art. 52 ust. 4 Pzp, wyznacza bardzo krótkie terminy dostaw, instalacji i uruchomienia urządzeń oraz systemów, aby zdążyć przed imprezami, na których organizację zawarł umowy w okresie, w którym powinien był zdawać sobie sprawę, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nie zostało jeszcze wszczęte lub znajdowało się na początkowym jego etapie.

Prezes UZP zwrócił także uwagę na okoliczność, że w świetle przywołanych przez Zamawiającego postanowień tzw. umowy stadionowej pierwsze imprezy mogły się odbyć do dnia 8 grudnia 2011 r., a zatem niekoniecznie we wrześniu 2011 r. Stwierdził ponadto, że Zamawiający wszczął Postępowanie przed uzyskaniem zgody banku, która została wyrażona w dniu 17 czerwca 2011 r., zatem argumentacja o konieczności jej uzyskania przed wszczęciem Postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślił, że rzeczywiste terminy odbiorów poszczególnych urządzeń, systemów i ich instalacji zostały dokonane w terminach późniejszych niż wynikało to z treści SIWZ.

Kontrolujący uznał, że mając na uwadze złożony charakter przedmiotowego zamówienia, należy uznać, iż Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert,

jak również terminy dostawy, instalacji i uruchomienia urządzeń oraz systemów, w rezultacie czego została złożona tylko 1 oferta, pomimo iż zaproszonych do ich składania zostało 3 wykonawców. Stwierdził również, że wykonawca, który złożył ofertę znajdował się w uprzywilejowanej sytuacji, bowiem w okresie, w którym Zamawiający rozważał możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (kwiecień – czerwiec 2011 r.), prowadził z nim drogą elektroniczną roboczą korespondencję, w trakcie której, jak stwierdził sam Zamawiający, mogły mu zostać przesłane wersje elektroniczne niektórych projektów dokumentów (np. wzory umów, ogólnych warunków leasingu itp.), w tym także dane/informacje o producentach i/lub potencjalnych dostawcach sprzętu, jak też cenach obowiązujących w danym okresie. Podkreślił, że powyższe ustalenia potwierdziły również wyniki kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli.

Prezes UZP podsumował, że powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert oraz terminu dostawy i instalacji urządzeń oraz systemów, jak również nierówne traktowanie wykonawców.

Drugie ze stwierdzonych naruszeń przepisów Pzp polegać miało na żądaniu złożenia przez wykonawców, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, niewłaściwego dokumentu, tj. dokumentu odnoszącego się do warunku związanego z wiedzą i doświadczeniem (wykazu dostaw). Powyższe, w ocenie Kontrolującego, stanowi naruszenie art. 48 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia.

Ostatnie z opisanych w Informacji naruszeń dotyczy zamieszczenia w różnych dniach ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego oraz w jego siedzibie, a nadto zamieszczenia ogłoszenia w siedzibie dwa dni po przekazaniu go Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Prezes UZP podkreślił, że z dokumentacji Postępowania wynika, że w dniu 10 czerwca 2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Zostało ono opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 15 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 113-186967. Ogłoszenie o zamówieniu zostało natomiast zamieszczone w siedzibie Zamawiającego w dniu 13 czerwca 2011 r., a na jego stronie internetowej – 10 czerwca 2011 r.

Zgodnie z art. 40 ust. 1 Pzp zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Jednocześnie art. 40 ust. 6 pkt 1 Pzp

stanowi, iż ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Z kolei zgodnie z art. 48. ust. 1 Pzp do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 Pzp stosuje się odpowiednio.

Zdaniem Kontrolującego z powyższych przepisów wynika, iż Zamawiający wszczynając Postępowanie powinien był zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej w tym samym dniu, jak również, że powinien dokonać tej czynności w dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W przeciwnym bowiem przypadku, wykonawcy poszukujący informacji o zamówieniu w oparciu o jedno z ww. źródeł publikacji, dowiadują się o nim w odmiennym terminie, co z kolei skutkuje innym czasem jakim dysponują na przygotowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 40 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 48 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 5 stycznia 2016 r. Zamawiający zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli argumentując, jak niżej.

Odnosnie pierwszego z zarzutów Zamawiający stwierdził, że w żadnej mierze czynności podejmowane przez niego w związku z Postępowaniem nie były ukierunkowane na celowe naruszenie jakichkolwiek zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady wynikającej z przepisu art. 7 ust.1 Pzp. Podkreślił, że okoliczności w jakich przyszło mu działać z całą pewnością nie były sztucznie przez niego wykreowane. Działania Zamawiającego determinowały bowiem postanowienia umowy kredytowej jaką był związany, a zgodnie z którą zaciągnięcie kolejnych zobowiązań dłużnych wymagało uzyskania zgody Stron Finansujących. Z uwagi na pojawiające się wątpliwości Zamawiający ostatecznie zrezygnował z kontynuowania przygotowań do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Decyzja ta była jednak obarczona szeregiem ryzyk, np. w przypadku konieczności unieważnienia Postępowania i braku możliwości zapewnienia odpowiedniego sprzętu (przedmiot leasingu) mogło dojść do poważnych konsekwencji finansowych dla Zamawiającego, w tym w szczególności nałożenia kar finansowych związanych z odwołaniem imprez masowych zakontraktowanych na wrzesień 2011 r., utraty środków finansowych wypłaconych za zakontraktowanie walki bokserskiej oraz za działania promocyjne i PR, sankcji ze strony UEFA z powodu braku organizacji na stadionie,

przed rozpoczęciem turnieju EURO 2012, wymaganej liczby imprez testowych, czy wreszcie straty wizerunkowe dla Miasta Wrocławia oraz samego stadionu.

Ponadto Zamawiający zakwestionował tezę, jakoby wszczął Postępowanie bez poczynienia wszelkich niezbędnych starań celem uzyskania zgody banków, do której uzyskania obligowała go umowa kredytu.

Po pierwsze, z uwagi na konieczność uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Stron Finansujących w dniu 8 kwietnia 2011 r. skierowany został wniosek o wyrażenie przez Strony Finansujące zgody na sfinansowanie dostaw inwestorskich w projekcie pn. „Budowa stadionu piłkarskiego we Wrocławiu” (projekt) przez wykorzystanie instrumentu leasingu oraz wyrażenie zgody na sfinansowanie przez Kredytobiorcę zwiększenia budżetu projektu poprzez ograniczenie części rewolwingowej (Kredyt VAT) i zwiększenie części inwestycyjnej (Kredyt Inwestycyjny) kredytu udzielonego zgodnie z umową kredytu na sfinansowanie budowy stadionu piłkarskiego we Wrocławiu z dnia 29 czerwca 2010 r. Agent Kredytu (działając w imieniu Stron Finansujących) informował, iż zgoda na sfinansowanie w drodze leasingu dostaw inwestorskich dotyczy wyłącznie wskazanego przez banki podmiotu, a zatem wyrażona przez Strony Finansujące zgoda na zabezpieczenie umowy leasingu wekslem *in blanco* oraz Umową Wsparcia odnosi się również do ustanowienia przedmiotowego zabezpieczenia na rzecz konkretnego leasingodawcy. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w piśmie Agenta Kredytu z dnia 26 maja 2011 r. zawierającym co prawda zgodę Stron Finansujących na wniosek Kredytobiorcy z dnia 8 kwietnia 2011r., jednakże ograniczoną tylko i wyłącznie do jednego podmiotu.

Po drugie, po wszczęciu Postępowania Zamawiający, mając świadomość, iż działa sprzecznie z treścią zgody banków wyrażonej w piśmie z dnia 26 maja 2011r., w dniu 10 czerwca 2011 r. skierował do Agenta Kredytu pismo wskazujące na możliwość wystąpienia Przypadku Naruszenia Umowy Kredytu oraz zawierające w szczególności wnioski o wyrażenie zgody na zawarcie umów leasingu z podmiotem wyłonionym w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, zgodnie z przepisami Pzp. Przedmiotowe pismo stanowiło formalne zawiadomienie o możliwości wystąpienia Przypadku Naruszenia Umowy Kredytu, którego zaistnienie mogło rodzić poważne konsekwencje dla kredytobiorcy, oraz jednocześnie było wnioskiem o wyrażenie przez Strony Finansujące zgody na zawarcie umowy leasingu z podmiotem wyłonionym w wyniku przeprowadzonego postępowania, wbrew treści zgody udzielonej przez banki z dnia 26 maja 2011r. Wśród najpoważniejszych konsekwencji grożących Zamawiającemu w przypadku zaistnienia Przypadku Naruszenia wskazać należy możliwość wstrzymania przez banki wypłaty kolejnych transz kredytu, z którego finansowana była budowa stadionu.

Zgodnie bowiem z umową kredytu dany wniosek o wypłatę środków z kredytu nie mógł być zrealizowany w sytuacji wystąpienia Przypadku Naruszenia niemożliwego do usunięcia, a z takim mielibyśmy do czynienia w opisywanym stanie faktycznym, tj. ustanowienie bez uprzedniej pisemnej zgody Stron Finansujących jakiegokolwiek zabezpieczenia oraz zaciągnięcie bez uprzedniej pisemnej zgody Stron Finansujących jakiegokolwiek zadłużenia finansowego. Wstrzymanie finansowania inwestycji stadionowej przez banki doprowadziłoby nieuchronnie do wstrzymania jej realizacji, co z punktu widzenia interesu publicznego byłoby katastrofalne w skutkach. Ergo, Zamawiający – wszczynając Postępowanie bez posiadanej pisemnej zgody banków na wybór leasingodawcy (jedyną zgodą jaką dysponował Zamawiający na tamten moment była zgoda z dnia 26 maja 2011r., tj. zgoda wyłącznie na leasingodawcę wskazanego przez banki) – podjął ogromne ryzyko. Jednocześnie wydłużające się niebezpiecznie w czasie procedury banków w przedmiotowej sprawie, a tym samym brak szybkiej reakcji na działania Zamawiającego, skutkowało skracaniem czasu niezbędnego do przeprowadzenia przetargu ograniczonego oraz rozstrzygnięcia jego wyników przed terminem organizacji imprez, które miały się odbyć na stadionie w wyznaczonych wcześniej terminach.

Zamawiający wskazał, że Strony Finansujące ponownie rozważyły sprawę (m.in. dyskutując przedmiotową kwestię z kredytobiorcą podczas telekonferencji), w konsekwencji czego w dniu 17 czerwca 2011 r. Agent Kredytu, działając w imieniu banków, zaakceptował możliwość wyboru innego leasingodawcy przy założeniu zachowania ustalonych i zaakceptowanych parametrów leasingu operacyjnego.

Podsumowując, zgoda banków z dnia 17 czerwca 2011 r., pomimo, iż wydana na piśmie po wszczęciu Postępowania, stanowiła sanację zarówno ewentualnego Przypadku Naruszenia umowy kredytu (gdyby banki nie wyraziły przedmiotowej zgody Przypadek Naruszenia umowy kredytu miałby charakter nieusuwalny), jak i, łącznie ze zgodą z dnia 26 maja 2011 r., wypełniała warunek uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Stron Finansujących.

Zamawiający odniósł się również do zarzutu wyznaczenia skróconych terminów składania ofert. Podkreślił, że wynikało to wyłącznie z przyczyn natury obiektywnej, na które Zamawiający nie miał wpływu w tym sensie, iż pomimo wykazywanych przez niego starań wynikających z potrzeby, a jednocześnie obowiązku działania z należytą starannością, w zgodzie z obowiązującym porządkiem prawnym, tryb procedowania przez banki, w szczególności w zakresie udzielania wymaganych umową kredytu zgód, oddalał w czasie moment wszczęcia Postępowania. Z drugiej zaś strony Zamawiający zobligowany był do zorganizowania, w ustalonych wcześniej terminach, imprez, których odbycie się na stadionie warunkowało dopuszczenie obiektu do organizacji turnieju Euro 2012, po uprzednim jego

przetestowaniu. Zamawiający zaznaczył, że również w tym przypadku nie miał możliwości negocjowania terminów imprez, ponieważ narzucali je menadżerowie artystów/sportowców. Tym samym należy uznać, iż przyczyny uzasadniające konieczność pilnego udzielenia zamówienia, a w konsekwencji skrócenie terminu składania ofert, miały charakter obiektywny, zaś Zamawiający w żadnej mierze nie wykreował ich swoim celowym, świadomie ukierunkowanym na naruszenie jakichkolwiek przepisów prawa, działaniem. Mając, z jednej strony, obowiązek realizacji zadań powierzonych Zamawiającemu ustawą z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012, z drugiej zaś – konieczność respektowania procedur narzuconych przez banki finansujące realizację inwestycji stadionowej, jak i konieczność wypełnienia zobowiązań wobec UEFA wynikających z zawartej umowy, a wreszcie również niezwykle trudne relacje z generalnym wykonawcą inwestycji, Zamawiający dołożył wszelkich starań by w okolicznościach w jakich przyszło mu działać, a na które nie miał realnego wpływu, podejmować decyzje ukierunkowane na realizację zamierzonego celu z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający – w ustosunkowaniu do zarzutu, jakoby rzeczywiste terminy odbiorów poszczególnych urządzeń, systemów i ich instalacji zostały dokonane w terminach późniejszych niż wynikało to z treści SIWZ – stwierdził, że zmiana terminów realizacji dostaw i montażu przedmiotu leasingu nie wynikała z przyczyn leżących po stronie wykonawców (dostawców sprzętu), ani też z działania Zamawiającego. To generalny wykonawca inwestycji uniemożliwił terminową realizację prac montażowych z uwagi na prowadzone przez siebie prace polegające na wykonywaniu instalacji pod murawą boiska i związany z tym brak możliwości wjazdu ciężkiego sprzętu wykorzystywanego przy pracach montażowych. Z kolei brak terminowego wykonania instalacji i wykończenia punktów dystrybucyjnych sieci LAN przez generalnego wykonawcę inwestycji, skutkowało brakiem możliwości wykonania w terminie umownym prac montażowych sprzętu dostarczanego przez drugiego z dostawców.

W zakresie rzekomego uprzywilejowania jednego z wykonawców Zamawiający stwierdził, że dysponując pisemną zgodą Stron Finansujących z dnia 26 maja 2011 r. obejmującą wyłącznie jednego wykonawcę, a jednocześnie mając świadomość ryzyka wstrzymania finansowania inwestycji w przypadku nie zastosowania się do treści udzielonej zgody, Zamawiający podjął działania zmierzające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w tym m.in. przekazał wykonawcy, z którym miało dojść do zawarcia umowy informacje dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że stanowisko banków w maju 2011 r. było jednoznaczne i nie pozostawiało wątpliwości odnośnie akceptacji wyłącznie jednego leasingodawcy.

Powyższa okoliczność determinowała działania Zamawiającego, który w zaistniałej sytuacji podjął decyzję o przygotowaniach do wszczęcia postępowania w trybie art. 66 Pzp. Zamawiającemu towarzyszyło przy tym pełne przekonanie, iż działa w zgodzie z prawem. Zamawiający dodał, że późniejsza zmiana stanowiska banków nie była możliwa do przewidzenia. Z uwagi na powyższe działaniom Zamawiającego nie należy przypisywać przymiotu działań zmierzających do nierównego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Zamawiający zakwestionował także stanowisko Prezesa UZP w zakresie możliwości zorganizowania tzw. imprez testowych w późniejszych terminach. Podał, że okoliczność zawarcia umowy na jedną ze wspomnianych imprez po wszczęciu Postępowania nie może mieć znaczenia, jako że termin jej organizacji, przypadający na 17 września 2011 r., ustalony został znacznie wcześniej, tj. w maju 2011 r. Nie było już zatem możliwości niepodpisania umowy na organizację tej imprezy, bez negatywnych konsekwencji dla dalszego prowadzenia działań komercyjnych obiektu stadionu przez organizację na nim wydarzeń artystycznych. W sytuacji niezawarcia kontraktu będącego uwieńczeniem oraz formalnym sfinalizowaniem poczynionych w toku negocjacji uzgodnień, należało się spodziewać, iż kolejni wykonawcy tego rodzaju zamówień będą żądali wprowadzenia w umowach z nimi postanowień dotyczących nałożenia na Zamawiającego dodatkowych kar z tytułu odwołania przez niego imprezy lub dodatkowych zabezpieczeń realizacji umowy.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wrześniowe terminy organizacji imprez były istotne z punktu widzenia warunków atmosferycznych/pogodowych. Należy mieć na uwadze fakt, iż wszystkie imprezy, podczas których widzowie siedzą na otwartych trybunach, odbywają się w miesiącach letnich (ciepłych), nie zaś w miesiącach zimowych (chłodnych). Dodatkowo zaś terminy wrześniowe organizacji imprez były optymalne z punktu widzenia frekwencji widzów, ponieważ zakończył się wakacyjny okres urlopowy, a warunki atmosferyczne z reguły panujące we wrześniu we Wrocławiu, wskazywały, że będzie możliwe odbycie się zakontraktowanych imprez w warunkach komfortowych zarówno dla ich wykonawców, jak i dla widzów, których obecność szacowano na co najmniej 20-30 tysięcy, a taka właśnie liczba uczestników wymagana była dla spełnienia warunków odnoszących się do imprez testowych.

Co do przesunięcia terminu drugiej z imprez testowych z dnia 3 września na dzień 1 października 2011 r., należy zauważyć, iż przedmiotowa zmiana nastąpiła już po wszczęciu Postępowania, czego Zamawiający nie mógł w żaden sposób przewidzieć.

W związku z drugim ze stwierdzonych w Informacji naruszeń Zamawiający podał, że w pozycji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, noszącej tytuł: „Zdolność techniczna”, sformułował warunek udziału w Postępowaniu odnoszący się do wiedzy i doświadczenia.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wymagał od wykonawców złożenia wykazu zrealizowanych zamówień oraz dokumentów potwierdzających, że zamówienia, wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż warunek udziału w Postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został sformułowany zgodnie z przepisami Pzp, w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, natomiast dokument przywołany na potwierdzenie spełniania owego warunku jest w pełni zgodny z przepisami Rozporządzenia. Zamawiający umownie nazwał ów warunek „warunkiem w zakresie zdolności technicznej” chcąc tym samym nawiązać do nomenklatury przyjętej we wzorze ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (poz. III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu nosi tytuł: „Zdolność techniczna”). We wspomnianym wzorze ogłoszenia brak odrębnej pozycji zatytułowanej: „zdolność w zakresie wiedzy i doświadczenia”. Należy zatem przyjąć, iż warunki udziału w Postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawców winny być zamieszczane w dostępnej pozycji III.2.3 ogłoszenia: „Zdolność techniczna” i tak też uczynił Zamawiający opisując warunek, o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp. Na marginesie Zamawiający zasygnalizował, że o poprawności sformułowanego warunku udziału w postępowaniu przesądza nie jego nazwa, lecz treść.

W odpowiedzi na ostatnie z zarzuconych Zamawiającemu naruszeń podał, że kluczowe znaczenie ma data i czas publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (10 czerwca 2011 r., godz. 23:47). Publikacja przypadła bowiem na piątek, co oznacza, że nawet gdyby ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w budynku Urzędu Miejskiego Wrocławia, w piątek, 10 czerwca 2011 r. o godz. 23:48, co z uwagi na tak późną porę nie było możliwe, żaden z potencjalnych wykonawców nie mógłby, z przyczyn obiektywnych i oczywistych, dotrzeć do treści ogłoszenia zarówno w sobotę (11 czerwca 2011 r.), ani też w niedzielę (12 czerwca 2011 r). Najwcześniej wykonawcy mogliby się zapoznać z ogłoszeniem w poniedziałek (13 czerwca 2011 r.), tj. po upływie dni wolnych od pracy. Z sytuacją taką mamy zawsze do czynienia w każdym przypadku zamieszczania ogłoszeń w miejscach publicznie dostępnych w budynkach użyteczności publicznej, jak również w innych lokalach, które w tzw. weekendy nie działają, pozostając zamknięte. Tym samym, Zamawiający zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na tablicy ogłoszeń w budynku Urzędu Miejskiego Wrocławia, w poniedziałek, 13 czerwca 2011 r., zamiast w piątek, 10 czerwca 2011r., tuż przed północą, nie naruszył zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców albowiem w żadnej mierze nie opóźnił

dostępu do treści ogłoszenia wykonawcom poszukującym informacji o zamówieniu w oparciu o to właśnie źródło publikacji.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego Prezes UZP poinformował o uwzględnieniu zastrzeżeń odnośnie naruszeń opisanych w pkt 2 i 3 Informacji, podtrzymując wyrażone w niej stanowisko odnośnie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, że w konsekwencji poczynionych przez Kontrolującego ustaleń faktycznych, które – co do zasady – nie budzą zastrzeżeń, Zamawiającemu, zgodnie z treścią pkt 1 Informacji, postawiono zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Wyraża on jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która następnie doznaje konkretyzacji w przepisach poświęconych *stricte* procedurom udzielania zamówień publicznych. Jakkolwiek nie sposób pominąć doniosłej roli zasad udzielania zamówień publicznych, tym niemniej ze względu na ich ogólny charakter nie mogą one stanowić samodzielnej podstawy zarzutów kierowanych względem zamawiającego. Stanowisko takie prezentowane jest przez Izbę w odniesieniu do zarzutów formułowanych we wnoszonych środkach ochrony prawnej i nie wydaje się, aby wyłącznie ze względu na specyfikę postępowania w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli, zasadne było przyjęcie odmiennego zapatrywania.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Prezes UZP oparł przedmiotowy zarzut na ustaleniu, że Zamawiający – nie mając ku temu przesłanek – niezasadnie skrócił termin składania ofert w Postępowaniu oraz czas realizacji dostaw objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, która w jego następstwie miała zostać zawarta. Ponadto Kontrolujący – powołując się na ustalenia Najwyższej Izby Kontroli – stwierdził również, że Zamawiający przekazał jednemu z wykonawców biorących udział w Postępowaniu dokumentację istotną dla przygotowania i złożenia oferty jeszcze przed jego wszczęciem, co łącznie – w jego ocenie – stanowiło przejawy naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby przedstawionych powyżej zapatrywań nie sposób podzielić w całości.

Przede wszystkim wskazać należy na okoliczność, że kwestia skrócenia przez Zamawiającego terminu składania ofert powinna być rozpatrywana w kontekście zaistnienia przesłanek wynikających z przepisu art. 52 ust. 4 Pzp, tj., *ad casum*, z uwagi na brak sporu

co do wartości zamówienia – w odniesieniu do pilnej potrzeby realizacji zamówienia. Stanowisko Kontrolującego opiera się jednak na rozważaniach o wpływie przyjęcia minimalnego, dopuszczalnego przepisami Pzp, terminu składania ofert na możliwość przygotowania i złożenia przez wykonawców ofert odpowiadającym oczekiwaniom Zamawiającego (w tym zakresie przytoczone zostało orzeczenie Izby z tezą sformułowaną na dużym poziomie ogólności – *vide* Informacja, str. 9) oraz o poprawnej kolejności prowadzenia przez Zamawiającego działań obejmujących realizację i wykorzystanie inwestycji (Informacja, str. 10). Przepis art. 52 ust. 4 Pzp jest wprawdzie w tej argumentacji przywoływany, jednak wyłącznie we wskazanych powyżej kontekstach, nie zaś w odniesieniu do wspomnianej przesłanki umożliwiającej skorzystanie z przewidzianego w nim dobrodziejstwa. *Ergo*, wyłącznie stwierdzenie przez Prezesa UZP, że na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego nie zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, uprawniałoby go do stwierdzenia, że przez naruszenie art. 52 ust. 4 Pzp działanie Zamawiającego stanowiło również obrazę przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji stwierdzone przez Kontrolującego uchybienie nie mogło się ostać nie tylko z tego powodu, że w płaszczyźnie określenia naruszonych przez Zamawiającego przepisów nie wskazano na jego pełną, w ocenie Izby, podstawę prawną, ale przede wszystkim z tego względu, że nie opiera się ono na stwierdzeniu braku podstaw do skorzystania z możliwości zastosowania skróconego terminu składania ofert, o których mowa w przepisie art. 52 ust. 4 Pzp.

Izba nie podziela również zapatrywań Prezesa UZP w odniesieniu do krótkich terminów realizacji dostaw objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawcom podnoszącym tego rodzaju wątpliwości, na których stanowisku oparł się w istocie Kontrolujący, przysługiwało bowiem w tym zakresie prawo skorzystania ze środka ochrony prawnej, którego rozstrzygnięcie przez Izbę przesądzałoby kwestię zasadności określenia terminów w zakwestionowany sposób. W braku takiej reakcji ze strony wykonawców, których działania ograniczały się do składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, nie sposób niejako automatycznie przyjmować, że trudne do dotrzymania terminy realizacji poszczególnych zobowiązań umownych stanowiły powód złożenia oferty wyłącznie przez jednego z trzech wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu Postępowania.

Nie sposób natomiast nie podzielić stanowiska Kontrolującego w przedmiocie nieuzasadnionego udostępnienia jednemu z wykonawców istotnych z punktu widzenia sporządzenia i złożenia prawidłowej oferty informacji stanowiących elementy dokumentacji Postępowania (szczegółowy zakres przedmiotowy zamawianych urządzeń i systemów), jak również innych ułatwiających prawidłową identyfikację oczekiwań Zamawiającego (wskazanie dostawców sprzętu i uzgodnione z nimi ceny) jeszcze przed wszczęciem

Postępowania. Jakkolwiek także w odniesieniu do tego zastrzeżenia można mieć wątpliwość, czy w zakresie pierwszej z wyróżnionych kategorii informacji Prezes UZP nie powinien był powiązać naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp z konkretnym przepisem regulującym dopuszczalne działania zamawiającego na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (choćby z art. 51 ust. 4 zd. pierwsze Pzp, zgodnie z którym dopiero wraz z zaproszeniem do złożenia oferty przekazywana jest SIWZ, za której element należy uznać wspomniany szczegółowy zakres przedmiotowy zamawianych urządzeń i systemów), tym niemniej zwrócono uwagę, że Zamawiający *de facto* nie wdał się w merytoryczną polemikę z tym ustaleniem, a wręcz je potwierdził (Zastrzeżenia, str. 9). Wyrażone przez Zamawiającego przekonanie o działaniu w zgodzie z przepisami prawa pozbawione jest, w ocenie Izby, znaczenia prawnego, natomiast odwoływanie się do towarzyszącego mu stanowiska banków nie może stanowić przesłanki sanującej stwierdzone naruszenie Pzp. Niezależnie bowiem od trybu, w jakim ma zostać udzielone zamówienie publiczne, nie jest dopuszczalne udostępnianie jednemu z jego przyszłych uczestników szczegółów przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania (w odniesieniu do rozważanego przez Zamawiającego uprzednio postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki omawianą kwestię rozstrzyga przepis art. 68 ust. 1 Pzp).

Przedstawioną argumentację można również odnieść do drugiej kategorii informacji przekazanych przez Zamawiającemu jednemu z wykonawców. O ile bowiem w ogóle istniała konieczność ich udostępnienia, to – po pierwsze – powinno się to odbyć w równym czasie w odniesieniu do wszystkich wykonawców i – po drugie – zasadniczo mieć miejsce po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że z przytoczonych poniżej przyczyn wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego zawartej w przesłanym do Izby piśmie z dnia 26 stycznia 2016 r., w którym dokonano reasumpcji zgłoszonych zastrzeżeń.

Po pierwsze – zgodnie z przepisem art. 167 ust. 1 Pzp – zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Kontrolującego umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Po drugie – zgodnie z przepisem art. 166 ust. 2 Pzp w przypadku wniesienia zastrzeżeń momentem zakończenia kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ich ostatecznym rozpatrzeniu.

Z przywołanych regulacji nie wynika możliwość prowadzenia dalszej polemiki z ustaleniami Kontrolującego poza tą, która zawarta jest w samych zastrzeżeniach i została zgłoszona w przewidzianym do tego terminie.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....