

Sygn. akt: KIO/KD 43/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 czerwca 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 06.06.2016 r. /wpływ 06.06.2016 r. – e-mailem, 13.06.2016 r. – wpływ bezpośredni/ zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Opera na Zamku w Szczecinie
ul. Korsarzy 34
70-540 Szczecin

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31.05.2016 r.
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/8(4)/16/KL KNZ/3/16/DKD dot. KZ/989/15/DKD)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu
pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Paweł Trojan

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Pismem z 09.09.2015 r. Opera na Zamku w Szczecinie zwana dalej: „Zamawiającym” przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes UZP”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”, którego przedmiotem było *przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Pismem z 08.01. 2016 r. (pismem znak: UZP/DKD/WKZ/422/1011(2)/15/GK) Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające. W dniu 03.03.2016 r. Prezes UZP (pismo znak: UZP/DKD/WKZ/421/8/16/GK) wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 31.05.2016 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKD/WKZ/421/8(4)/16/KL KNZ/3/16/DKD dot. KZ/989/15/DKD) - wynikają następujące okoliczności. Zgodnie z definicją zawartą w art. 110 Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Natomiast zgodnie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3 Pzp. W przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 Pzp).

Podstawowa różnica wskazująca na odmienność regulacji dotyczących konkursów od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynika z samej istoty konkursu, który jest przyrzeczeniem publicznym, w wyniku którego nie dochodzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Konkurs nie stanowi zatem trybu udzielenia zamówienia, może natomiast przeprowadzenie takiego postępowania poprzedzać i stanowić etap przygotowania do realizacji określonego zamierzenia inwestycyjnego. Należy podkreślić, iż prace konkursowe przedkładane w ramach konkursu, określonego w art. 110 Pzp, są dziełami o charakterze niematerialnym – stanowią uzewnętrzniony rezultat indywidualnej, twórczej działalności uczestników konkursu, polegającej na przedstawieniu planu, wizji bądź

koncepcji realizacji idei lub założeń określonego przedsięwzięcia, zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Zamawiającego. Konkurs ma zatem na celu przeprowadzenie możliwie najszerszej konfrontacji twórczych pomysłów dotyczących przedmiotu konkursu wraz z wstępnym określeniem kosztów dalszych prac projektowych i kosztów wykonania zamierzenia inwestycyjnego, którego dotyczy konkurs i na bazie takiej konfrontacji dokonanie wyboru najwłaściwszego rozwiązania, mającego doprowadzić do realizacji planowanej inwestycji. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest zatem dopuszczalne, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 Pzp, w którym jako nagrodę przewidziano – zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 Pzp – zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. W takim przypadku, przedmiotem zamówienia może być wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 Pzp). Zgodnie z uchwałą KIO z 08.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 26/15 *„Celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej”*.

Aby dokonać interpretacji zwrotu „szczegółowe opracowanie” należy w pierwszej kolejności odwołać się do wykładni językowej. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem „*opracowanie*” oznacza rozprawę, pracę poświęconą jakiemuś zagadnieniu lub czyjeś działalności. Szczegółowe opracowanie w przypadku pracy konkursowej należy zatem rozumieć jako uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia, tak aby możliwa była – na podstawie takiego szczegółowego opracowania – realizacja planowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nadanie jej wymiaru materialnego. Tak też wskazywała KIO w uchwale z 05.03.2014 r., sygn. akt: KIO/KD 12/14: *„Przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika expressis verbis z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 ustawy Pzp i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – vide art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp)”*.

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

Ponadto podniósł, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia z powołaniem się na okoliczności wynikające z art. 67 ust. 1 Pzp. W świetle uchwały KIO z 08.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 26/15 „Nie jest możliwe (...) dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem”.

Przedmiotem Umowy nr DM/AMCZ/153/2015 dalej zwanej: „Umową”, zawartej w dniu 09.09.2015 r. w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, objętego niniejszą kontrolą, było - *przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Umowa obejmowała zgodnie z paragrafem 2 ust. 2:

W ramach realizacji Etapu I Przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany był w terminie do dnia 30.09.2015 r.:

- 1) wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego:
 - a) zaproszenia na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery wraz z wymienną wkładką/kartką umożliwiającą personalizację w zakresie wydarzenia i osób, w ilości 2 000 sztuk,

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

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

- 1) wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego
 - a) plakaty w formacie 1560 mm x 1920 mm w nakładzie 52 sztuk, druk cyfrowy. Kolor 4+0. Papier: blueback matt, gramatura 115g na m², w terminie do 16 października 2015 r.,
 - b) plakaty w formacie 680 mm x 960 mm w nakładzie 200 sztuk, druk cyfrowy lub offsetowy 4+0. Papier: kreda matt 135g-170g na m², w terminie do 16 października 2015 r.,
 - c) ulotki w formacie 400mm x 210mm, dwustronnych, składanych do DL na cztery łamy, w nakładzie 30.000 szt., Druk 4+4, Papier 170-250g na m² offset matt, w terminie do 30 października 2015 r.
- 2) wykonać i przesłać na adres poczty elektronicznej Zamawiającego, wskazany w § 8 ust. 1 Umowy, finalne wersje grafik, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 3) Umowy oraz tekstów do nich w formacie umożliwiającym ich edycję; Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie do wskazania nazw wszystkich fontów użytych w tekstach i grafikach, w terminie do dnia 30 października 2015 r.,
- 3) zarezerwować miejsca w mediach, w których realizowane będą poszczególne świadczenia związane z kampanią promocyjną wchodzące w zakres Przedmiotu Umowy; Wykonawca jest zobowiązany udokumentować Zamawiającemu dokonanie przedmiotowych rezerwacji, w terminie do dnia 30 października 2015 r.,
- 4) wykonać film promocyjny z akcji ambientowej, w terminie do dnia 30 października 2015r.

Ponadto zgodnie z paragrafem 2 ust. 12 Umowy:

- Wykonawca dokona kompletnej analizy zrealizowanej kampanii wizerunkowo-informacyjnej i przedstawi szczegółowy raport z jej obecności w mediach i w przestrzeni miejskiej. Opracowany raport powinien zawierać zestawienie przeprowadzonych działań uwzględniające terminy ekspozycji, publikacji, emisji wszystkich materiałów reklamowych w ramach przeprowadzonej kampanii wizerunkowo-informacyjnej oraz parametry kampanii zgodnie z opisem przedmiotu konkursu. Raport powinien być zgodny z zaakceptowanym przez Zamawiającego media planem. Wykonawca dołączy do raportu dokumentację fotograficzną kampanii na nośnikach typu outdoor oraz przeprowadzonych działań niestandardowych wskazanych w zaakceptowanej i skorygowanej wg. wytycznych pokonkursowych koncepcji kampanii wizerunkowo-informacyjnej. Opracowany raport powinien zostać dostarczony do siedziby Zamawiającego do 07.12.2015 r.

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

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

Jednoznacznie stwierdził, iż tak określony zakres umowy obejmował stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia. Po pierwsze, wskazuje na to już sam paragraf pierwszy zawartej Umowy z wolnej ręki, a mianowicie w ustępie pierwszym: *Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do przygotowania i przeprowadzenia kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Po drugie, treść paragrafu drugiego Umowy, jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazuje czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. wykonanie zaproszeń na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery, wykonanie masek dekoracyjnych, zarezerwowanie miejsc w mediach, wykonanie plakatów, wykonanie filmu promocyjnego, realizacja grafik, wykonanie ulotek, analiza zrealizowanej kampanii wraz ze szczegółowym raportem. Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na realizację przedsięwzięcia, którego koncepcja była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. W zakres zamówienia wchodzi usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Pzp w postępowaniu w trybie

zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem konkursu mogą być bowiem jedynie takie działania, wyraźnie oznaczone w przyrzeczeniu, które mają charakter utworu, jako że do skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia, którego zakres przedmiotowy wykracza poza dopuszczalne dla konkursu ramy jest sprzeczne z *ratio legis* wprowadzenia możliwości przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu, który ma realizować przedsięwzięcie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie. Reasumując stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z 06.06.2016 r. /wpływ 06.06.2016 r. – e-mailem, 13.06.2016 r. – wpływ bezpośredni/) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Zamawiający podnosił, że przedmiot umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, objętego kontrolą, na przygotowanie kampanii wizerunkowo - promocyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”, przedstawiał czynności o charakterze twórczym, będące uszczegółowieniem opracowanej koncepcji. Odnosząc się do zdefiniowania terminu opracowanie pracy konkursowej (uszczegółowienie koncepcji), poprzez odwołanie się jedynie do postanowień ustawy Prawo autorskie, nie jest wystarczające, a sprowadzenie rozumienia pojęcia opracowania utworu, do w szczególności tłumaczenia, przeróbki, adaptacji, nie można utożsamiać z określeniem „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej”, którym posługuje się art. 111 ust. 2 Pzp. W tym względzie podkreślił, że każde „opracowanie” - w tym szczegółowe - stanowi o odrębności takiego utworu. Ustawa bowiem nie wskazuje, w jakiej formie, czy to dalszych opracowań teoretycznych, projektów, rysunków, czy w formie instalacji lub mających wymiar materialny, winno następować rozwinięcie (opracowanie) utworów będących przedmiotem pracy konkursowej. Zdaniem Opery czynności, składające się na przedmiot umowy na przygotowanie kampanii wizerunkowo - promocyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”, miały bezpośrednio związek z opracowanym pierwotnie projektem kampanią wizerunkowo - promocyjną, i stanowiły elementy niezbędne do jego realizacji, tworząc bardziej szczegółowe opracowanie tego projektu. Takim szczegółowym

opracowaniem stanowiło przygotowanie zaproszeń na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery, w którym zamieszczeniu podlegała wkładka umożliwiająca personalizację dla danego wydarzenia i osoby zaproszonej, tym samym każde zaproszenie opracowane na podstawie wzoru, wymagało indywidualnego wykonania, dla nadania mu unikatowego charakteru i wymiaru, w zależności od personalizacji osoby zaproszonej, jak i dobrania dopasowanych do jego wykonania i tego celu metod tłoczeń, lakieru UV czy złocień, w tym opakowania. Podobnie jeżeli chodzi o maski dekoracyjne (balowe) na oczy, do spektaklu operowego, których wzór wymagał uszlachetnienia, jak zastosowania odpowiednio dobranego efektu ażuru lub innego rodzaju uszlachetnień, kolorystyki, faktury i światłocieni, w zależności od przeznaczenia. Nie można także odmówić twórczego charakteru czynnościom mającym za przedmiot stworzenie filmu promocyjnego z akcji ambientowej, w tym analizie zrealizowanej kampanii wizerunkowo - informacyjnej wraz z przedstawieniem raportu z jej obecności w mediach i przestrzeni miejskiej, które w świetle definicji zawartych w ustawie Prawo autorskie, miały charakter opracowań. Nadto opracowany raport zawierał również załączone nośniki z przeprowadzonych działań w ramach kampanii wizerunkowo- informacyjnej, w tym działań niestandardowych, czyli czynności podjętych w ramach kampanii, ściśle nie sprecyzowanych, a podlegających dalszemu twórczemu uszczegółowieniu, zatem nie opierał się wyłącznie na wytycznych, zawartych w pierwotnie opracowanej koncepcji opracowana kampanii wizerunkowo - promocyjnej, ale także jej uszczegółowienie. Podobne uwagi należy odnieść do media planu, promującego projekt przebudowy Opery, jako, że końcowy efekt, w tym dobór mediów, tytułów prasowych, sposobu promocji, nie został określony w sposób jednostronny i sztywny, zawierał elementy twórcze, które podlegały dalszemu doborowi, tym samym uszczegółowieniu na etapie prowadzonej kampanii promocyjnej. W konsekwencji uznał, że zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, stanowiło szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Na powyższe, mianowicie, że czynności składające się na przedmiot umowy na przeprowadzenie kampanii wizerunkowo - promocyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”, miały charakter utworu, wskazuje przeniesienie praw autorskich, które nastąpiło zgodnie z treścią § 6.

Prezes UZP w odpowiedzi z 21.06.2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/8(7)/16/KL dot. KNZ/3/16) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Zauważył, iż poprzez użycie zwrotu „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej” ustawodawca ograniczył dopuszczalny zakres zamówienia udzielanego po przeprowadzeniu konkursu. W ocenie Prezesa UZP przedmiot postępowania, którego dotyczy kontrola, nie mieścił się w użytym w ustawie określeniu. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli, przez szczegółowe opracowanie pracy konkursowej należy rozumieć

uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej, poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia. Opracowanie pracy konkursowej nie będzie więc tożsame z wykonaniem (w sensie urzeczywistnienia, stworzenia) przedmiotu, którego dotyczy praca konkursowa. Czynności tego rodzaju nie można bowiem zakwalifikować jako „*opracowania*”. Zamówienie realizowane w oparciu o art. 111 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczyć może zatem wyłącznie przedmiotu konkursu, z tą różnicą, iż wykonawca powinien dokonać doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej.

W świetle powyższego uznał, iż określony przez Zamawiającego w skontrolowanym postępowaniu przedmiot zamówienia wykracza poza dopuszczalny ustawowo zakres, który pozwala udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie do szczegółowego opracowania pracy konkursowej. Akceptacja odmiennego stanowiska wypaczałaby ideę przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu który ma realizować taki projekt.

Analiza przedmiotu zamówienia w postępowaniu udzielonym w trybie z wolnej ręki prowadzi do wniosku, że było nim nie tylko wykonanie prac twórczych, ale również takich, których efektem była realizacja kampanii wizerunkowo – promocyjnej. W konsekwencji wskazał, iż przedmiotem zamówienia w trybie z wolnej ręki było w istotnej części wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś jedynie uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej. Świadczy o tym m.in. zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy nr DM/AMCZ/153/2015, w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Obejmował on stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia, ponieważ dotyczył czynności związanych z finalnym przeprowadzeniem kampanii. Wskazuje na to już sam paragraf pierwszy zawartej Umowy z wolnej ręki, a mianowicie w ustępie pierwszym: *Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do przygotowania i przeprowadzenia kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”*. Ponadto treść paragrafu drugiego Umowy, jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazuje czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. wykonanie zaproszeń na wydarzenie „*Nowego Otwarcia*” Opery, wykonanie masek dekoracyjnych, zarezerwowanie miejsc w mediach, wykonanie plakatów, wykonanie filmu promocyjnego, realizacja grafik, wykonanie ulotek, analiza zrealizowanej kampanii wraz ze szczegółowym raportem.

Przez szczegółowe opracowanie pracy konkursowej należy rozumieć uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie

ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej, poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia. W związku z powyższym Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania konkursowego (etap I) miał możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie szczegółowego opracowania pracy konkursowej (etap II), a następnie przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym na jego finalną realizację (etap III).

Podniesiony przez Zamawiającego argument o twórczym charakterze niektórych elementów realizowanej kampanii nie ma wpływu na fakt, iż Zamawiający mógł ograniczyć się do tego zakresu w zamówieniu udzielonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nie było przeszkód żeby autor wybranej pracy konkursowej dokonał szczegółowego opracowania pracy konkursowej, którą następnie zrealizuje inny podmiot (lub nawet on sam), w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie konkurencyjnym. Sam Zamawiający wskazał, iż zaproszenia opracowane były na podstawie wzoru. Zgodnie z jego twierdzeniem wzór masek dekoracyjnych (balowych) na oczy, do spektaklu operowego wymagał uszlachetnienia, jak zastosowanie odpowiednio dobranego efektu ażuru lub innego rodzaju uszlachetnień. W świetle powyższego charakter twórczy miało jedynie uszlachetnienie wzoru, natomiast produkcja masek w oparciu o niniejszy wzór miała jedynie charakter czysto techniczny (wykonawczy). Wykonawca zobowiązany był do wykonania i dostarczenia 2000 sztuk zaproszeń oraz 1800 sztuk masek dekoracyjnych. Również film promocyjny z akcji ambientowej i analiza zrealizowanej kampanii wraz z przedstawieniem raportu z jej obecności w mediach i przestrzeni miejskiej mogły zostać zrealizowane na etapie III, przez podmiot wyłoniony w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie konkurencyjnym. Zamawiający wskazał także, że raport zawierał załączone nośniki z przeprowadzonych działań w ramach kampanii wizerunkowo – informacyjnej, w tym działań niestandardowych, czyli czynności podjętych w ramach kampanii, ściśle niesprecyzowanych, a podlegających dalszemu twórczemu uszczegółowieniu, zatem nie opierał się wyłącznie na wytycznych, zawartych w pierwotnie opracowanej koncepcji, ale także jej uszczegółowieniu. Również media plan, promujący projekt przebudowy Opery, jako że końcowy efekt, w tym dobór mediów, tytułów prasowych, sposobu promocji, nie został określony w sposób jednostronny i sztywny, zawierał elementy twórcze, które podlegały dalszemu doborowi, tym samym uszczegółowieniu na etapie prowadzonej kampanii promocyjnej. Prezes UZP nie widzi przeszkód, aby raport oraz media plan zostały opracowane w oparciu o uszczegółowioną na etapie II koncepcję kampanii.

Jednocześnie Zamawiający nie zaprzeczył, że pozostałe elementy Umowy wskazane w informacji o wyniku kontroli tj. m.in. sama produkcja zaproszeń i masek, rezerwacja miejsca w mediach, druk plakatów i ulotek miały charakter czysto techniczny (wykonawczy),

co Prezes UZP uznał za bezsporne. Ponadto posiadanie przez część elementów przedmiotu Umowy charakteru twórczego nie podważa w żaden sposób naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli.

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

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem wykazania przez Zamawiającego przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jak również naruszenia przez Zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

W pierwszej kolejności stwierdzając, że nie można podzielić tezy Zamawiającego z zastrzeżeń sprowadzającej się do tego, że w jego przypadku miało miejsce rozwinięcie (opracowanie) utworów będących przedmiotem pracy konkursowej – w innej formie - nie tylko dalszych opracowań teoretycznych, projektów, rysunków, ale także poprzez efekt mających wymiar materialny, który miały bezpośrednio związek z opracowanym pierwotnie projektem kampanią wizerunkowo - promocyjną, i stanowiły elementy niezbędne do jego realizacji, tworząc bardziej szczegółowe opracowanie tego projektu. Takie stanowisko, w ocenie Izby, słusznie budzi wątpliwości Prezesa UZP, można je uznać za przygotowane na potrzeby polemiki z Informacją o wynikach kontroli. Zasadnie w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli zauważono również, że – bezspornie - sama produkcja zaproszeń i masek, rezerwacja miejsca w mediach, druk plakatów i ulotek miały charakter czysto techniczny (wykonawczy).

Nawet jeśli bowiem - część elementów przedmiotu Umowy miała charakter twórczy nie podważa to w żaden sposób naruszeń wykazanych w Informacji o wyniku kontroli i nie usprawiedliwi działań Zamawiającego, który uznał, że może pominąć etap przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego na wykonanie (III etap), tj. na - przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”, w tym na: wykonanie zaproszeń na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery, wykonanie masek dekoracyjnych, zarezerwowanie miejsc w mediach, wykonanie plakatów, wykonanie filmu promocyjnego, realizacja grafik, wykonanie ulotek, analizę zrealizowanej kampanii wraz ze szczegółowym raportem.

Zamawiający mógł ograniczyć się przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki do zakresu obejmującego twórczy charakter niektórych elementów realizowanej kampanii, na co wskazywano szczegółowo w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, czego nie zrobił, gdyż objął zakresem także usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację.

Ewentualny argument Zamawiającego wzajemnego przenikania się etapów II i III (szczegółowego opracowania pracy konkursowej oraz jego realizacji) i wiążącego się z tym problemu autorskich praw majątkowych nie stanowi nierozwiązywalnej bariery, gdyż kwestia ta może być, i jest rozwiązywana, w postanowieniach umowy, które mogą umożliwiać dokonywanie ewentualnych modyfikacji i zmian w wytworzonym dziele na różnych etapach realizacji przedsięwzięcia. Nadto wybrany w ramach postępowania konkurencyjnego wykonawca do realizacji części wykonawczej zamówienia (produkcja masek, zaproszeń itp.) miałby obowiązek uzyskania zgody i realizacji konsultacji z podmiotem opracowującym koncepcję w ramach nadzoru autorskiego nad realizacją dzieła. Wszakże instytucja nadzoru autorskiego nie została przewidziana wyłącznie dla utworów architektoniczno-budowlanych i może ona zostać w drodze postanowień umownych rozciągnięta na inne dzieła, w tym

objęte przedmiotowym postępowaniem kontrolnym. Tym samym odpada argument Zamawiającego o wzajemnym przenikaniu się etapów twórczych i odtwórczych, zaś realizacja etapu odtwórczego mogła być realizowana pod nadzorem i przy współudziale twórcy kampanii.

Reasumując, Izba uznała, że przedmiot zamówienia wykracza poza dopuszczalne ramy udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie stanowi on jedynie doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej, ale zawiera także elementy będące przedmiotem samej kampanii (elementy techniczne, wykonawcze).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....