

UZP/DKD/WKZ/421/80()/14/KB

KNZ/37/14

KZ/1000/11

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

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

Zamawiający:	Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie ul. Centralna 53 31 – 586 Kraków <u>w imieniu którego działała:</u> Wisła Kraków S.A. ul. Reymonta 22 30-059 Kraków
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	1.205.886,36 zł (314.114,71 euro)
Środki UE:	nie

2. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. Wisła Kraków S.A. (zwana dalej: „Pełnomocnikiem Zamawiającego”), działająca w imieniu Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (zwanym dalej: „ZIKiT”), przesłała Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, którego przedmiotem było *wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków.*

Pełnomocnik Zamawiającego wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 29 czerwca 2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie DEX-BUD D.B. Dębowski Spółka Jawna z siedzibą w Wieliczce. Umowa o wykonanie robót budowlanych została zawarta w dniu 1 lipca 2011 r.

Zakres zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy obejmował opracowanie projektu warsztatowego oraz realizację robót związanych z wygradzeniem między trybunami i wygradzeniem międzysektorowym.

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że wykonanie ww. robót było konieczne ze względów zachowania bezpieczeństwa podczas organizowanego w dniu 19 lipca 2011 r. meczu piłkarskiego w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów na stadionie Wisły Kraków. Dodał, że w momencie wszczęcia postępowania budowa obiektu stadionowego nie była jeszcze całkowicie zakończona, dlatego też stadion nie był wyposażony we wszystkie urządzenia zapewniające wymagane warunki bezpieczeństwa podczas organizowania imprez masowych. Zdaniem Pełnomocnika Zamawiającego, termin rozgrywek piłkarskich nie był wcześniej możliwy do przewidzenia. Z wyjaśnień Pełnomocnika Zamawiającego wynika, że informacja o udziale drużyny w rozgrywkach Ligi Mistrzów została ostatecznie potwierdzona w dniu zdobycia Mistrzostwa Polski, czyli w dniu 29 maja 2011 r.

Pełnomocnik Zamawiającego poinformował, że konieczność przeprowadzenia prac związanych z wydzieleniem sektora gości powstała w związku z nowymi wymogami policji, na dowód czego załączył kopię odręcznie sporządzonej notatki z dnia 6 czerwca 2011 r. ze spotkania z przedstawicielami policji. Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że z wiedzy jaką posiada wynika, że zakres prac objętych niniejszym zamówieniem nie był przewidziany w dokumentacji projektowej, gdyż związany był z ogólnopolską akcją zapewniania bezpieczeństwa na stadionach. Wydzielenie sektora gości stanowiło bezwzględny warunek wyrażenia zgody na rozegranie meczów w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów. Prace musiały zostać zakończone najpóźniej na 14 dni przed terminem meczu.

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że podczas budowy stadionu Wisła rozgrywała mecze na stadionie miejskim w Sosnowcu zlokalizowanym przy ul. Kresowej 1. Dodał, że stadion ten nie spełnił warunków rozgrywania meczów w ramach rozgrywek Ligi Mistrzów.

Z przekazanych przez Pełnomocnika Zamawiającego dokumentów wynika, że Pełnomocnik Zamawiającego w dniu 30 listopada 2007 r. zawarł z ZIKiT umowę dzierżawy części nieruchomości gruntowej zabudowanej w szczególności stadionem piłkarskim oraz na której znajdowała się wymieniona w załączniku do ww. umowy infrastruktura związana ze stadionem piłkarskim. Na podstawie ww. umowy dzierżawy Wisła Kraków S.A. zobowiązana została do płacenia rocznego czynszu dzierżawnego. Zgodnie z § 5 umowy dzierżawy Wisła Kraków S.A. zobowiązana jest do uzyskania zgody Wydierżawiającego w kwestii wszelkich nakładów jakie zamierza poczynić na przedmiocie dzierżawy, poza nakładami niezbędnymi dla utrzymania go w należytym stanie i warunkującymi realizację celu dzierżawy, chyba, że Wisła Kraków S.A. ma zamiar wystąpić do wydierżawiającego o zwrot wartości nakładów lub ich sfinansowanie przez wydierżawiającego. Z mocy ww. umowy dzierżawy, wszelkie nakłady poczynione przez Wisłę Kraków S.A. na przedmiot dzierżawy stają się własnością właściciela przedmiotu dzierżawy i Wisła Kraków S.A. nie będzie występowała z roszczeniem o zwrot jakichkolwiek nakładów poczynionych na przedmiocie dzierżawy, chyba, że uzgodniła z wydierżawiającym na piśmie możliwość dokonania nakładów za zwrotem na jego rzecz ustalonej wartości nakładów przez Wydierżawiającego. W oparciu o powyższe w dniu 22 czerwca 2011 r. Wisła Kraków S.A. skierowała wniosek do ZIKiT o wyrażenie zgody na poniesienie przez dzierżawcę nakładów na prace stanowiące przedmiot zamówienia i rozliczenia ich z należnościami (czynszem) z tytułu dzierżawy. W piśmie wskazano ponadto, że własność wykonanych nakładów, prawa z tytułu gwarancji i rękojmi przejdą na Wydierżawiającego przy ich odbiorze od wykonawcy. Wartość nakładów przyjęta do rozliczenia miała zostać określona na podstawie wyceny dokonanej przez rzeczoznawcę. Na podstawie wykonanej i obustronnie zaakceptowanej wyceny Wisła Kraków S.A. miała wystawić fakturę VAT Wydierżawiającemu. Należności z tytułu poniesionych nakładów i przeniesienia ich na właściciela miały być rozliczane z kolejnymi ratami czynszowymi, po okresie poprzedniego rozliczenia. Wartość przedmiotu dzierżawy podwyższona poprzez poczynione nakłady miała być uwzględniona w ratach czynszowych po okresie rozliczenia jak wyżej, a to ze względu na fakt, iż wzrost cen dotyczył tak wartości przedmiotu dzierżawy, jak i poczynionych nakładów. W odpowiedzi, pismem z dnia 24 czerwca 2011 r., ZIKiT udzielił zgody na powyższe pod warunkiem wyboru wykonawcy prac na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. Wisła Kraków S.A.

zwróciła się do ZIKiT o wyrażenie zgody na zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy i taką zgodę otrzymała.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że w oparciu o przedstawioną w sprawie dokumentację, zdaniem Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiającym był ZIKiT, w imieniu którego działała Wisła Kraków S.A.

Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 2 ustawy, zamawiający może powierzyć przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osobie trzeciej. Podmioty, o których mowa w art. 15 ust. 2 ustawy działają jako pełnomocnicy zamawiającego (art. 15 ust. 3 ustawy). Całokształt analizowanej dokumentacji prowadzi do wniosku, że konstrukcja ta została zastosowana w niniejszym postępowaniu, mimo, iż nie sporządzono dokumentu zatytułowanego „pełnomocnictwo”. Wisła Kraków S.A. zwróciła się w formie pisemnej do ZIKiT o wyrażenie zgody na dokonanie określonych nakładów na stadion, wskazując zakres, wartość i termin wykonania prac oraz wnioskując o możliwość rozliczenia tych nakładów z czynszem dzierżawnym. ZIKiT wyraził zgodę na dokonanie przez Wisłę Kraków S.A. nakładów w zakresie określonym zapytaniem, jednocześnie zobowiązał Wisłę Kraków S.A. do wyboru wykonawcy prac zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wskazując, że jest to warunek rozliczenia nakładów. Wisła Kraków S.A. zwróciła się o wyrażenie zgody na przeprowadzenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego na ww. zadanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. ZIKiT wyraził zgodę na zastosowanie przez Wisłę Kraków S.A. trybu zamówienia w wolnej ręki na podstawie ww. przepisu ustawy. Z treści korespondencji między stronami wynika, że Wisła Kraków S.A. wykonywała czynności w postępowaniu zgodnie z wolą ZIKiT, który zobowiązał Wisłę do stosowania ustawy. Mimo, iż nie sporządzono dokumentu pełnomocnictwa, to jednak z wymienionych między stronami pism wynika, że wolą ZIKiT było powierzenie wykonania czynności w postępowaniu Wisłę Kraków S.A., ponadto Zamawiający udzielił konkretnych wytycznych odnośnie sposobu przeprowadzenia tych czynności. Ustalenia stron obejmowały zatem elementy konieczne pełnomocnictwa.

Odnosząc się zaś do postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli na wstępie należy wskazać, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca

dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu, Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do udzielenia zamówienia pn. *wykonanie wygradzenia sektorów dla kibiców na stadionie piłkarskim Wisła Kraków*.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Należy podkreślić, że norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132). Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy powinny być zatem oceniane w świetle zasad i przepisów prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż przesłanką niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest wystąpienie sytuacji o charakterze wyjątkowym i obiektywnie nieprzewidywalnym. Chodzi tu o taką sytuację, której zaistnienie jest na tyle mało prawdopodobne, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł jej przewidzieć. Bez wątplenia do katalogu sytuacji tego typu można zaliczyć wszelkiego rodzaju katastrofy, awarie, klęski bądź też zagrożenie ich wystąpienia wymagające podjęcia przez zamawiającego natychmiastowych działań. W przedmiotowej sprawie przeprowadzenie meczu piłki nożnej zostało uznane przez Pełnomocnika Zamawiającego za sytuację o charakterze wyjątkowym i nieprzewidywalnym. W swych wyjaśnieniach Pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że *nie można było z całą stanowczością stwierdzić na którym miejscu w tabeli ligowej drużyna Wisły Kraków zakończy sezon piłkarski*. Jednakże, skoro drużyna Wisły Kraków brała udział w rozgrywkach ligowych o mistrzostwo Polski to należało liczyć się z tym, że może zająć pierwsze miejsce i zakwalifikuje się do udziału w rozgrywkach Ligi Mistrzów. Tym bardziej, że po rundzie jesiennej (27-28 listopada 2010 r.) zespół znajdował się w czołówce Ekstraklasy. Początek rozgrywek Ligi Mistrzów w każdym sezonie datowany jest na lipiec, po zakończeniu eliminacji krajowych. Z powyższego wynika, że istniało prawdopodobieństwo udziału Wisły Kraków w rozgrywkach Ligi Mistrzów, które zaczynają się w określonym terminie. Jeżeli Pełnomocnik Zamawiającego zamierzał przeprowadzać mecze w ramach Ligi Mistrzów na własnym stadionie (mecze w rozgrywkach ligowych o mistrzostwo Polski rozgrywały się na stadionie w Sosnowcu, gdyż stadion Wisły Kraków był w budowie) to powinien z określonym wyprzedzeniem przystosować stadion do wymogów UEFA.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09) *istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia*. W przedmiotowym stanie faktycznym, celem Pełnomocnika Zamawiającego było przeprowadzenie meczu piłki nożnej

na stadionie spełniającym wymogi UEFA. Należy podkreślić, że nie istniała konieczność przeprowadzenia meczu na stadionie Wisły Kraków, a więc cel ten mógł zostać osiągnięty w inny sposób, a nie tylko poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Mecz mógł zostać rozegrany na innym stadionie spełniającym odpowiednie wymagania (podobnie jak w przypadku meczy ligowych, które odbywały się na stadionie w Sosnowcu), a więc nie zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym tryb z wolnej ręki został wykorzystany do osiągnięcia określonego zamierzenia inwestycyjnego. Dostosowanie stadionu Wisły Kraków do wymogów warunkujących rozgrywanie na nim w przyszłości meczów w ramach Ligi Mistrzów mogło nastąpić z zachowaniem terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, które gwarantowałyby zachowanie zasady konkurencyjności.

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazano spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym, przy wszczęciu przedmiotowego postępowania naruszony został art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

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