

UZP/DKD/KND/15/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający:	Instytucja Kultury Katowice - Miasto Ogrodów z siedzibą w Katowicach Plac Sejmu Śląskiego 2 40-032 Katowice woj. śląskie
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	Opracowanie strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę w związku z rozpoczęciem starań miasta Katowice do wejścia do sieci miast kreatywnych UNESCO w dziedzinie muzyki wraz z wykonaniem niezbędnych badań (umowa nr KMO/15/08/G/1)
Tryb postępowania:	Zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	60.000,00 euro netto
Wszczęcie kontroli:	na wniosek
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Zamawiający udzielił w dniu 3 sierpnia 2015 r. zamówienia obejmującego *Opracowanie strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę w związku z rozpoczęciem starań miasta Katowice do wejścia do sieci miast kreatywnych UNESCO w dziedzinie muzyki wraz z wykonaniem niezbędnych badań*, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie wyboru ww. trybu zamawiający wskazał, iż osiągnięcie celu (tj. wejście miasta Katowice do sieci miast Kreatywnych UNESCO), umożliwić mogło powierzenie wykonania usługi wyłącznie spółce [REDAKTURA]. Zamawiający wskazał, że ww. wykonawca współpracuje z siecią ponad 500 festiwali, 70 agencji eksportu oraz 200 ambasad, komisji kultury, agencji ds. promocji kultury i marek na całym świecie dzięki czemu posiada szczególne kompetencje by stworzyć unikatową strategię działalności muzycznej. Zamawiający podkreślił, że „Przedmiotowy Wykonawca dysponuje własnymi, niepowtarzalnymi rozwiązaniami, stosując w tym celu m.in. własny algorytm komputerowy mierzący wartość muzyki dla miast”, a „z wykonaniem przedmiotowej usługi związane było złożenie aplikacji (Formularza Zgłoszeniowego), której charakter wymagał sporządzenia odpowiedniej strategii, poprzez sporządzenie dokumentacji i wykonanie niezbędnych badań”. Ponadto zamawiający wskazał, iż „[REDAKTURA] przygotowała ofertę współpracy dla Instytucji zamawiającej. Częścią oferty była informacja o posiadanym przez firmę doświadczeniu przy realizacji podobnych projektów. Firma [REDAKTURA] jest wiodącą globalną agencją specjalizującą się w przygotowaniu planów rozwoju i strategii działania dla rynku muzycznego (...). Posiada swoje biura m.in. w Londynie, Barcelonie, Berlinie oraz przedstawicielstwo w Bombaju. [REDAKTURA] pełni rolę stratega dla miast, władz lokalnych i dużych organizacji. Organizuje konferencje muzyczne, techniczne i wykonawcze, a także rozwija wieloletnie doświadczenie we współpracy z instytucjami unijnymi, organizacjami, instytucjami i agencjami działającymi na międzynarodowym rynku muzycznym (...). Firma dysponuje rozległą bazą klientów, a podejmowane przez nią działania są zindywidualizowane, konkretne rozwiązania zmierzające do wykorzystania muzyki jako instrumentu rozwoju są konfrontowane z wiedzą o aktualnych trendach rozwojowych na międzynarodowym rynku muzycznym(...). „Dla wyboru wykonawcy istotne znaczenie miała

również współpraca firmy z Adelajdą – miastem w południowej Australii, na rzecz którego zostały przeprowadzone badania i raport, z którymi można się było zapoznać przed podjęciem negocjacji w sprawie realizacji usługi. W efekcie Adelajda uzyskała, podobnie jak Katowice, tytuł Miasta Kreatywnego UNESCO”. W ocenie zamawiającego: „(...)Powierzenie usługi wykonawcy posiadającemu odpowiednie zasoby, wiedzę, doświadczenia i osiągnięcia w skali międzynarodowej zwiększało szanse Katowic jako kandydata do sieci Miast Kreatywnych. Z uwagi na konieczność rozpoznania Katowic jako ośrodka muzycznego, weryfikowano w skali globalnej zgodnie z założeniami Sieci Miast Kreatywnych, nie znaleziono, mimo dokonania rozpoznanego rynku, innych kompetentnych wykonawców”.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp, w brzemieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługi mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Zamawiający był zatem uprawniony do skorzystania z dyspozycji ww. przepisu tylko gdy kumulatywnie zachodziły dwie wymienione w nim przesłanki, tj.:

- 1) zamówienia miało twórczy lub artystyczny charakter,
- 2) było możliwe do realizacji tylko przez jednego wykonawcę.

Przesłanka opisana w tym przepisie odnosi się do tych zamówień, w których wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności wytwarzanych dzieł powoduje, że ich udzielenie jest możliwe tylko jednemu wykonawcy. Zatem o zastosowaniu tego trybu decydują szczególnie walory twórczości danego wykonawcy, przekładające się bezpośrednio na walory dostarczanego przez niego produktu. Tym samym nie wystarczy wykazanie, że dane zamówienie ma charakter twórczy lub artystyczny, niezbędne jest również wykazanie, że jego przedmiot może być dostarczony tylko przez jednego wykonawcę. Tak więc na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie musiał istnieć wyłącznie jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia. Powyższa okoliczność musiała być oczywista, wynikać z niebudzących wątpliwości faktów a nie z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przy czym podkreślenia wymaga, iż przesłanka jednego wykonawcy nie dotyczy wykonawcy, który jako jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany uzyskaniem tego konkretnego zamówienia bądź w opinii zamawiającego wykona je najlepiej, ale wykonawcy, który - obiektywnie rzecz biorąc - jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Tym samym zamawiający nie może zastosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie zasadne jest przyjęcie domniemania, że istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia. Jakikolwiek wątpliwości co do tego, że rynek wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia obejmuje wyłącznie jednego wykonawcę, powodują, że art. 67 ust. 1 ustawy Pzp nie będzie miał

zastosowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01, Legalis nr 50466).

Należy także podkreślić, iż renoma wykonawcy, jego pozycja czy też walory jego twórczości, same w sobie nie stanowią przesłanki przemawiającej za prawidłowym zastosowaniem trybu z wolnej ręki na podstawie 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Wskazane czynniki mogą mieć jedynie znaczenie pomocnicze przy ocenie kwalifikacji danego przedmiotu zamówienia do kategorii działalności twórczej lub artystycznej, zwłaszcza pod kątem oceny specyfiki i niepowtarzalności danych dzieł.

W przedmiotowej sprawie, wskazane przez zamawiającego przesłanki wyboru spółki [REDAKTURA] jako jedyne podmiotu mogącego sporządzić raport będący przedmiotem zamówienia, są niewystarczające by realizować dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Przypisane przez zamawiającego wybranemu wykonawcy cechy takiej jak wieloletnie doświadczenie we współpracy z instytucjami unijnymi, organizacjami, instytucjami i agencjami na rynku muzycznym, współpraca z miastem Adelajdą oraz osiągnięcia międzynarodowe w tym zakresie, są ogólne i mogą charakteryzować wiele podmiotów działających na rynku muzycznym – krajowym lub zagranicznym.

W tym miejscu należy podkreślić, iż przed przeprowadzeniem postępowania w oparciu o przesłankę uregulowaną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) niezbędne jest rozeznanie rynku w celu obiektywnego i rzetelnego ustalenia, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować. Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Powyższe oznacza, że zamawiający na etapie przygotowania kontrolowanego postępowania miał obowiązek m.in. ustalić, czy jego realizacja jest możliwa tylko przez jednego wykonawcę. W tym celu zamawiający powinien dokonać np. rozeznania rynku w celu ustalenia, czy obiektywnie rzecz biorąc obok wykonawcy [REDAKTURA] istnieją inne podmioty zdolne do wykonania zamówienia na podobnym poziomie. Tymczasem z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający nie weryfikował potencjału innych wykonawców pod ich kątem zdolności do realizacji zamówienia, gdyż oparł swoje ustalenia na informacjach „ze źródeł internetowych, jak i zasięgając rady i opinii podmiotów działających na rynku kultury – takich jak Instytut Adama Mickiewicza, Piranha Arts (organizatorzy największych na świecie festiwali showcasowych i targów muzycznych jak WOMEX czy Classical Next) oraz organizatorzy Tallin Music Week. Wszystkie wymienione podmioty rekomendowały współpracę z firmą [REDAKTURA], odwołując się do własnych doświadczeń i uzyskanych efektów tej współpracy”. Zamawiający wskazał, iż „podstawowym założeniem, którym kierowano się przy wyborze wykonawcy była

konieczność zachowania międzynarodowych standardów przeprowadzanych badań oraz udokumentowane niezbędne doświadczenie przy realizacji projektu o unikalnym, nierozpoznanym wcześniej w Polsce charakterze". W dokumentacji przekazanej przez zamawiającego brak jest dowodów, by zamawiający weryfikował inne podmioty działające na rynku pod kątem posiadanego przez nie doświadczenia. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż ograniczył się do weryfikacji jednego podmiotu ([REDACTED]), wskazanego mu przez inne instytucje.

Także argument, iż wykonawca pozostawał we współpracy z miastem Adelajdą obiektywnie nie wpływa na uznanie zasadności przeprowadzenia postępowania z tym konkretnym wybranym wykonawcą. Sieć Miast Kreatywnych UNESCO (Creative Cities Network) utworzona w 2004 roku w celu promowania rozwoju ekonomicznego, społecznego i kulturowego miast, liczyła przed wszczęciem kontrolowanego postępowania ponad 60 miast, powoływanie się na współpracę z jednym z nich nie może stanowić uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższe uzasadnia też twierdzenie, że na rynku funkcjonują podmioty mające doświadczenie w organizacji projektów umożliwiających przystąpienie do Sieci Miast Kreatywnych UNESCO. Przypisanie istotnego znaczenia współpracy ww. firmy z wymienionym miastem pozostawało także w sprzeczności z ideą systemu Sieci Miast Kreatywnych UNESCO opartego na zasadach kreatywności i zrównoważonego rozwoju a nie na powielaniu projektów w różnych miejscach na świecie.

Ponadto twierdzenie zamawiającego, że *„powierzenie usługi wykonawcy posiadającemu odpowiednie zasoby, wiedzę, doświadczenia i osiągnięcia w skali międzynarodowej zwiększało szanse Katowic jako kandydata do sieci Miast Kreatywnych”*, stanowiło jedynie przypuszczenie. Nie było bowiem możliwe przewidzenie skuteczności działania wykonawcy i efektów opracowanego projektu, a zatem nie można nadać temu argumentowi rangi, jaką przypisuje mu zamawiający.

W tym miejscu należy także zauważyć, iż przedmiot zamówienia kontrolowanego postępowania obejmował opracowanie strategii zrównoważonego rozwoju miasta Katowice poprzez muzykę i polegał w głównym zakresie na analizie potencjału muzycznego drzemiącego w granicach tego miasta i jego obrzeżach, w celu uzyskania tytułu Miasta Muzyki UNESCO oraz dalszego rozwoju branży muzycznej. Jednocześnie analiza oferty wykonawcy [REDACTED], złożonej w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji oraz sporządzonego w wyniku jej przyjęcia raportu, mimo, iż wskazuje pewne elementy działalności twórczej, nie może zostać zakwalifikowana do utworów posiadających unikatowy charakter, immanentnie związany z danym wykonawcą. Przedmiot działania wykonawcy (raport), nie miał charakteru uzależnionego od indywidualnych cech wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami umowy (do której załącznik stanowiła m.in. oferta wykonawcy), propozycja obejmowała

opracowanie i sporządzenie oferty (proces, strategia, opracowanie i napisanie) dla Katowic, Miasta Muzyki UNESCO, w tym prace badawcze, strategię, zatrudnienie firm muzycznych i badanie rynku, warsztaty i coaching, opracowanie łańcucha wartości, organizację festiwalu i wsparcie. Zamówienie miało zostać potem wykonane w 4 etapach, tj.:

1. Badanie – polegające na przeprowadzeniu szeregu warsztatów muzycznych i kulturalnych by zaangażować lokalną społeczność w proces tworzenia oferty, w celu wyłonienia mocnych i słabych stron Katowic i określenia wyzwań, którymi należy się zająć. Etap ten obejmował utworzenie dwóch kluczowych grup docelowych w postaci Rady Doradczej ds. Przemysłu Muzycznego oraz Rady Doradczej ds. Artystów, informowanych i otrzymujących narzędzia badawcze w procesie sporządzania oferty. Ponadto przeprowadzenie tego etapu realizacji zamówienia związane miało być z koordynacją i prezentacją przewodników dla Instytucji Kultury Katowice obejmujących struktury, sektory, gatunki muzyczne; skontaktowanie się z wszystkimi wcześniejszymi przedstawicielami Miast Muzyki UNESCO i analiza ich ofert w celu wyeliminowania wcześniejszych błędów, zapewnienie Instytucji Kultury Katowice dostępu do zgromadzonych raportów sektorowych; całodobowe wsparcie dla Instytucji w dziedzinie międzynarodowego przemysłu muzycznego. Celem tego etapu była pomoc w opracowaniu mapy działalności muzycznej Katowic. Zbadane miały zostać obszary rozwoju zawodowego w sektorze muzycznym, zarządzanie i przywództwo, edukacja i kreatywny rozwój artystów, strategia dotycząca miejsc w których organizowane są wydarzenia muzyczne.
2. Strategia – zdefiniowanie Katowic jako międzynarodowego miasta muzyki, a następnie opracowanie i utrzymanie szerokiej listy kontaktów obejmującej wszystkie struktury łańcucha wartości w przemyśle muzycznym. Etap ten miał rozwijać dostęp do rynku dla działań podejmowanych przez miasto Katowice przez m.in. opracowanie i stworzenie/ przeanalizowanie/ zmierzenie kryteriów „gotowości eksportowej” w koordynacji z Instytucją Kultury Katowice, utworzenie międzynarodowego organu odpowiedzialnego za wykrywanie talentów; zorganizowanie indywidualnego treningu dla wybranych katowickich artystów.
3. Zaangażowanie – etap obejmujący: rozwój lokalnego festiwalu showcase’owego (poprzez współpracę z lokalnymi przedsiębiorstwami oraz podmiotami już zaangażowanymi w działalność sceniczną, by stworzyć w Katowicach nowe międzynarodowe możliwości showcase’owe zwiększające dostęp katowickich artystów do międzynarodowych

nabywców i rynków), rozwój strategii eksportowej (obejmującej strategię dotyczącą turystyki, dziedzictwa, rozwoju działalności muzycznej, eksportu muzyki, rozwoju artystów i talentów), międzynarodowy PR handlowy (poprzez działanie przez [REDAKTOWANE] jako jedyna międzynarodowa agencja ds. komunikacji i handlowego PR działająca na rzecz instytucji Kultury Katowice oraz podejmowanie przez nią wszelkich działań, obsługę magazynów handlowych, uproszczenie partnerstwa z mediami oraz prezentacje artystów na rynku międzynarodowym, promowanie artystów poprzez utrzymywanie playlisty na Spotify, Deezer, SoundCloud, wsparcie przekazu informacji.

4. Reportaż i rozpowszechnianie – współpraca z instytucją Kultury Katowice oraz z właściwymi artystami, festiwalami, lokalną społecznością. Etap ten mógł obejmować zarządzanie komunikacją, opracowanie przewodników poświęconych analizie mediów społecznościowych.

Z przygotowanego przez [REDAKTOWANE] Raportu końcowego z dnia 29 kwietnia 2016 r. pn. *Polityka rozwoju sektora muzycznego w Katowicach* wynika, iż przedstawiona strategia rozwoju branży muzycznej w Katowicach obejmowała następujące cele:

1. Diagnoza ekosystemu muzycznego Katowic (osiągnięta m.in. za pomocą ankiety).
2. Udoskonalenie narzędzi sektora publicznego wspierającego muzykę i twórczość muzyczną w Katowicach.
3. Stworzenie jasnych strategii sprzyjających rozwojowi branży muzycznej w Katowicach.
4. Zadbanie o to, by polityka kulturalna miasta sprzyjała muzyce i muzykom.
5. Zadbanie o to, by artyści i firmy z branży muzycznej mogli lepiej prosperować.
6. Stworzenie najbardziej rozwojowego ekosystemu sektora muzycznego w Polsce.

Zgodnie z informacjami zawartymi w Raporcie, stosowane metody badań obejmowały: *„analizę materiałów i danych dostarczonych przez KMO, zawartych we wniosku o przyjęcie miasta do sieci Miast Muzyki UNESCO z roku 2015”*. Wykonawca wskazał, iż by zebrać wiarygodne dane przeanalizowano również dokumentację finansową KMO oraz pięciokrotnie odwiedzone Katowice (w sierpniu, wrześniu, październiku, listopadzie 2015 r. oraz w lutym 2016 r.), biorąc udział w festiwalach, projekcjach filmowych i odwiedzając lokalne miejsca związane z muzyką. W Raporcie wskazano: *„Informacje gromadziliśmy również poprzez ankietę online, dzięki której mogliśmy stworzyć ogólny obraz sceny muzycznej Katowic i stojących przed nią wyzwań. Dołożyliśmy wszelkich starań, by zdobyć wypowiedzi przedstawicieli środowiska. Ankieta była propagowana przez KMO oraz inne wiodące organizacje muzyczne i związane z branżą firmy, została przedstawiona we wszystkich*

kanałach mediów społecznościowych i wsparta poprzez indywidualną korespondencję e-mailową”.

Jak wskazano wyżej o dopuszczalności zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp decyduje obiektywna ocena, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do realizacji danego zamówienia. Z kolei o kwalifikacji danego wykonawcy, jako jedyne go zdolnego do jego wykonania decydują cechy twórcy lub artysty oraz wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalny charakter działalności twórczej lub artystycznej, która ma być przedmiotem zamówienia. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej pojęć „działalność twórcza” i „działalność artystyczna”. Ustalając znaczenie tych pojęć należy pomocniczo odnieść się do przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 666, z późn. zm.) oraz przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.). Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych „utwór” to każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Za działalność twórczą należy zatem uznać tylko rezultat działania odróżniającego się w chociażby minimalnym stopniu od rezultatów analogicznego działania. Konieczne jest tym samym wystąpienie elementu nowości, bez względu na jego stopień. Z powyższego wynika, iż by zakwalifikować określone działanie do kategorii utworu, konieczne jest stworzenie dzieła o indywidualnym charakterze, tj. odróżniającego się od innych takich samym przejawów tej działalności, świadczącego o jego oryginalności i niepowtarzalności. Z kolei pojęcie „działalność artystyczna” obejmuje w szczególności działalność sceniczną, działalność wspomagającą wystawianie przedstawień artystycznych, a także artystyczną i literacką działalność twórczą. Zatem zamówienie w zakresie działalności twórczej lub artystycznej winno stanowić realizację wyobraźni konkretnej osoby lub podmiotu, od której pochodzi. Także ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych w art. 8 ust. 7 i 8 definiuje twórcę, jako osobę która tworzy dzieła w zakresie architektury, architektury wnętrz, architektury krajobrazu, urbanistyki, literatury pięknej, sztuk plastycznych, muzyki, fotografii, twórczości audiowizualnej, choreografii i lutnictwa artystycznego oraz sztuki ludowej, będące przedmiotem prawa autorskiego. Z kolei artysta, jest definiowany jako osoba wykonująca zarobkowo działalność artystyczną w dziedzinie sztuki aktorskiej i estradowej, reżyserii teatralnej i estradowej, sztuki tanecznej i cyrkowej oraz w dziedzinie dyrygentury, wokalistyki, instrumentalistyki, kostiumografii, scenografii, a także w dziedzinie produkcji audiowizualnej reżyserów, scenarzystów, operatorów obrazu i dźwięku, montażyistów i kaskaderów. W tym miejscu należy wskazać, iż usługa świadczona na rzecz Zamawiającego przez wykonawcę [REDAKTOR] nie może zostać zakwalifikowana do żadnej z ww. kategorii, w szczególności nie stanowiła ona działalności artystycznej, jak również jej efektem nie było dzieło w zakresie muzyki.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że przedmiot zamówienia nie stanowi dzieła lub działalności artystycznej, której wykonanie było uzależnione od indywidualnych cech wykonawcy, zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że tylko firma [REDAKTOWANE] była w stanie go zrealizować. W tym miejscu podkreślić należy, że każdy przejaw działalności twórczej podlega ochronie jako utwór, ale nie każdy produkt dostarczony przez wykonawcę jest przejawem działalności twórczej, której można przypisać cechy oryginalnego i zindywidualizowanego dzieła uzależnionego od osobistych cech danego twórcy, do którego odnosi się przesłanka wskazana w art. 67 ust.1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp. Także, nie w każdej sytuacji objęcie przedmiotu zamówienia prawem autorskim będzie bowiem uzasadniało skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki. A zatem, mimo iż raport wykonany w ramach przedmiotowego zamówienia jest objęty ochroną prawnoautorską, a wykonawca świadczył usługę związaną z rynkiem muzycznym, to usługa ta miała w istocie charakter doradczy i w jej wyniku nie powstał zindywidualizowany utwór, który mógł być wykonany tylko przez jednego wykonawcę.

Odnosząc się do kwestii unikalności przedmiotu zamówienia oraz pomysłów zawartych w koncepcji strategii opracowanej przez wykonawcę [REDAKTOWANE] w przedmiotowym raporcie zauważyć także należy, iż zarówno w zaproszeniu do negocjacji jak i w samym protokole z negocjacji oraz innych dokumentach postępowania zamawiający nie określił szczegółowego zakresu zamówienia i cech zamawianego raportu, co tym bardziej podważa dokonaną ocenę, iż zamówienie był w stanie zrealizować tylko jeden wykonawca. Zamawiający określił w zasadzie jedynie, iż przedmiot zamówienia stanowić miała usługa w zakresie działalności twórczej polegającą na opracowaniu strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę w związku z rozpoczęciem starań miasta Katowice do wejścia do sieci miast kreatywnych UNESCO w dziedzinie muzyki wraz z wykonaniem niezbędnych badań. Natomiast zamawiający nie sprecyzował swoich oczekiwań w zakresie cech ww. przedmiotu, które wskazywałyby na taki stopień zindywidualizowania, iż jego realizacja byłaby możliwa wyłącznie przez konkretnego wykonawcę.

Wskazać także należy, iż każdy inny wybrany wykonawca byłby zobligowany do zindywidualizowanego, dedykowanego miastu Katowice, autorskiego zdiagnozowania rynku muzycznego i określenia konkretnych działań w celu rozwoju branży muzycznej w Katowicach, w celu ubiegania się przez miasto Katowice o status miasta kreatywnego UNESCO. Stworzenie przedmiotowej strategii w postaci raportu nie mogłoby powstać bez przeprowadzenia badania i analizy rynku muzycznego. Zatem trudno stwierdzić, iż działania

zaproponowane przez spółkę [REDAKTOWANE] w postaci ankiet i rozmów z artystami miały charakter unikatowy.

Natomiast argument zamawiającego, iż unikalny i niepowtarzalny charakter raportu polega także na tym, że dotychczas nie sporządzono nie tylko w Katowicach ale w całej Polsce podobnego opracowania w celu starania o otrzymanie tytułu Miasta Kreatywnego UNESCO w dziedzinie muzyki, wskazuje jedynie, iż każdy raport sporządzony przez jakiegokolwiek innego wykonawcę otrzymałby ww. przymioty unikalności i niepowtarzalności.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający powyższym zachowaniem naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp oraz poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie dopełnił obowiązku zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającego z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. W protokole przedmiotowego postępowania, sporządzonego na druku ZP-WR, w punkcie 2, nie wskazano kwoty wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający zawarł jedynie informację, iż wartość zamówienia została ustalona na kwotę mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Brak jest również ww. informacji także w innych dokumentach postępowania.

Należy wskazać, iż protokół postępowania jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służącym realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób rzetelny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w art. 96 ust. 1 określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole postępowania. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 października 2010 r. (Dz. U. z 2010 r., nr 223, poz. 1458), obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 96 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia, protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera m.in. określenie wartości zamówienia oraz daty i sposobu jej ustalenia. Z kolei zgodnie z § 3 pkt 1 lit. f, szczegółowy wzór protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowi załącznik Nr 6 do ww. rozporządzenia. Z punktu 2.2 wskazanego wzoru protokołu wynika, iż zamawiający jest obowiązany podać kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyrażoną w złotych oraz jej równowartość w euro.

Tym samym zamawiający, nie zawierając w protokole postępowania ww. informacji, uchybił treści art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 3 oraz § 3 pkt 1 lit. f rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

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