

Sygn. akt: KIO/KD 103/12

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 27 grudnia 2012 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 grudnia 2012 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Miasto Gliwice – Prezydenta Miasta Gliwice – Urząd Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 22 listopada 2012r., (znak UZP/DKD/GM/30736/1896/12)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy PZP na przebudowę i rozbudowę stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach – roboty dodatkowe 0 instalacje elektryczne niskoprądowe**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Członkowie: Renata Tubisz**  
**Bogdan Artymowicz**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 listopada 2012 r. nie zasługują na uwzględnienie**

## Uzasadnienie

W dniu 22 sierpnia 2011 r. (pismem z dnia 19 sierpnia 2011 r.) Zamawiający przestał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) (zwanej dalej: ustawą), którego przedmiotem była przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach w zakresie instalacji elektrycznych niskoprądowych.

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia dodatkowego były instalacje elektryczne niskoprądowe:

- System identyfikacji kibica;
- System Public Access – dostawa i zabudowanie bramek i kołowrotek wejściowych o wysokości 200 cm.

Według Zamawiającego, przedmiotowe roboty dodatkowe nie były objęte zamówieniem podstawowym, które realizowało na podstawie umowy nr IR/10/3420/30/5834 z dnia 28.09.2010 r. konsorcjum firm: „Polimex-Mostostal” S.A. (Lider) i AGIS Fire & Security Sp. z o.o. (dalej: wykonawca).

Jak podkreślił Zamawiający potrzeba wykonania zamówienia dodatkowego uzasadniona była dokonaniem wyłączeniem części zakresu umowy podstawowej w obszarze elementów nie spełniających unormowań zawartych w obowiązującej ustawie i wydanym na jej podstawie rozporządzeniu w zakresie zabezpieczenia imprez masowych, tj.: Ustawie z dnia z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 62, poz. 504 z późn. zm.) oraz Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 stycznia 2011 r. w sprawie sposobu utrwalania przebiegu imprezy masowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 16, poz. 73).

Zamawiający wskazał ponadto, że wyżej wyszczególnione roboty dodatkowe są zgodne z normami i regulacjami zawartymi w obowiązujących aktach prawa.

Zdaniem Zamawiającego w związku z wystąpieniem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia zaszła konieczność wykonania przedmiotowych robót budowlanych, od których uzależnione było wykonanie zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający podnosi, iż wykonawca dysponuje właściwym potencjałem kadrowym i technicznym, które są dostępne bezpośrednio na miejscu realizacji inwestycji, co pozwala eliminować koszty działań przygotowawczych. W przywołanym powyżej kontekście zlecenie wykonania zamówienia dodatkowego wykonawcy gwarantuje, z uwagi na spójność

technologiczną z prowadzonymi robotami oraz jedność odpowiedzialności kierownictwa i nadzoru, właściwą organizację robót oraz zapewnia utrzymanie rękojmi i warunków gwarancyjnych na całość robót realizacyjnych obiektu stadionu.

W związku z nadesłanym zawiadomieniem, Prezes Urzędu pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. (znak: UZP/DKD/GK/30736/9294/11) zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przesłanie następujących dokumentów i wyjaśnień:

1. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia,
2. informacji, czy nie było możliwości przewidzenia realizacji przedmiotowego zamówienia na etapie opisu przedmiotu zamówienia podstawowego,
3. szczegółowego opisanie i wyjaśnienia sytuacji w wyniku której zaistniała potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki (wraz z załączeniem wszelkiej dokumentacji potwierdzającej w/w konieczność),
4. wykazania, że prace dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
5. protokołu z postępowania dla zamówienia podstawowego oraz protokołu z postępowania w trybie z wolnej ręki,
6. kopii umowy w sprawie zamówienia podstawowego,
7. kopii umowy w sprawie zamówienia dodatkowego,
8. kopii protokołu konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego,
9. informacji czy przedmiotowe zamówienie jest finansowane ze środków UE.

Zamawiający odpowiadając na ww. prośbę pismem z dnia 10 października 2011 r. (znak: IR-09131/1/11) wskazał, iż na etapie opisu zamówienia podstawowego nie było możliwości przewidzenia realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, Zamawiający przesłał wymagane dokumenty oraz poinformował, iż przedmiotowe zamówienie nie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Zamawiający wyjaśnił, iż zamówienie podstawowe pn. „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach” zostało wszczęte w marcu 2010 r. w trybie przetargu nieograniczonego. Na etapie przygotowania dokumentacji projektowej, która zawierała opis przedmiotu zamówienia przedmiotowej inwestycji obowiązywały następujące akty prawne:

- Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 909 z późn. zm.) (zwana dalej ustawą z 1997 r.);

- Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 62, poz. 504) (zwana dalej ustawą z 2009 r.);

Zamawiający podnosił, iż w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego została zmieniona ustawa z 1997 r. w zakresie uregulowań prawnych dotyczących robót będących przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zamawiający w celu wykazania dokonanych zmian przywołał w szczególności treść art. 5 ust. 2a i 2b ustawy z 1997 r. oraz treść art. 13 ustawy z 2009 r., czym wywiódł, iż zasadnicza różnica polegała na wprowadzeniu obowiązku wyposażenia obiektów wykorzystywanych do prowadzenia rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej w kompatybilne między sobą elektroniczne systemy identyfikacji osób, służące do sprzedaży biletów, kontroli przebywania na miejscu i w czasie trwania meczu piłki nożnej oraz kontroli dostępu do określonych miejsc. Dodatkowo powyższe systemy musiały być zgodne z zasadami określonymi przez podmiot zarządzający rozgrywkami ligi zawodowej (w tym przypadku Ekstraklasa S.A.) w porozumieniu z właściwym związkiem sportowym (PZPN).

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż w art. 17 ustawy z 2009 r. ustawodawca zaznaczył, iż Minister właściwy do spraw wewnętrznych w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw kultury fizycznej oraz ministrem właściwym do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, warunki bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej, w szczególności dotyczące:

1. rozwiązań technicznych pozwalających na kierowanie przepływem i kontrolę osób uczestniczących w meczach piłki nożnej,
  2. wprowadzenia identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej,
  3. ich wyposażenia w infrastrukturę obejmującą, w szczególności zintegrowane stanowiska dowodzenia, sposób rozmieszczenia osób uczestniczących w meczu piłki nożnej, system kontroli wejść i wyjść, zaplecze parkingowe oraz węzły komunikacyjne
- uwzględniając konieczność zapewnienia bezpieczeństwa i sprawnego przebiegu imprez masowych oraz bezpieczeństwa osób w nich uczestniczących.

W związku z powyższym zostały wydane następujące rozporządzenia:

- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej (Dz.U. z 2010 Nr 121, poz. 820) (dalej: Rozporządzenie z 2010 r.);

- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 stycznia 2011 r. w sprawie sposobu utrwalania przebiegu imprezy masowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 16, poz. 73) (dalej: Rozporządzenie z 2011 r.).

Mając na uwadze, że wyżej wymienione przepisy wykonawcze weszły w życie odpowiednio w sierpniu 2010 r. oraz w styczniu 2011 r., a zamówienie podstawowe zostało wszczęte w miesiącu marcu 2010 r., Zamawiający wywodzi twierdzenie, że opisując przedmiot zamówienia nie był w stanie określić zawartości merytorycznej przedstawionych rozporządzeń, a tym samym dokonać opisu przedmiotu zamówienia podstawowego w sposób z nimi zgodny. Tym samym Zamawiający podnosił, iż nie miał możliwości prawnej i technicznej dokonania korekty opisu przedmiotu zamówienia podstawowego ze względu na brak przepisów wykonawczych do ustawy z 2009 r., a więc konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

W projekcie wykonawczym, będącym załącznikiem do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, przewidziano system kontroli wejść bez elektronicznego systemu identyfikacji kibiców (System Public Access). Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia podstawowego podjął działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa imprez masowych na realizowanym stadionie prowadząc konsultacje w zakresie jego stanu technicznego z Komendą Wojewódzką Policji w Katowicach i Komendą Miejską Policji w Gliwicach. Według stanowiska Komendy Wojewódzkiej Policji przedstawionego w dniu 07.03.2011 r. system będący elementem zamówienia podstawowego nie gwarantował bezpieczeństwa imprez masowych oraz nie spełniał standardów określonych w ustawie z 2009 r. oraz w Rozporządzeniu z 2011 r. Ponadto Gliwicki Klub Sportowy „PIAST” S.A. w marcu 2011 r. zalecił Zamawiającemu dostosowanie standardów technicznych realizowanej inwestycji do przepisów aktualnie obowiązującej ustawy z 2009 r. oraz Rozporządzenia z 2011 r. m.in. w zakresie właściwości kołowrotów, które jako element wygradzenia powinny cechować się wysokością min. 2,5 m.

W związku z powyższym z podstawowej umowy z wykonawcą zostały wyłączone elementy kontroli dostępu, związane z okablowaniem strukturalnym i elektroniką oraz bramki obrotowe zwykłe typu „Tripod”, zgodnie z wartością określoną przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Wartość wyłączonych robót wynosi: 672 098,56 zł. Ponadto zmiana rodzaju bramek wymagała wykonania adaptacyjnych prac budowlanych – istniejące fundamenty żelbetowe pod niskie bramki „Tripod” należało bowiem przystosować do nowych rozwiązań.

Roboty budowlane wprowadzające wysokie bramki obrotowe wraz z elektronicznym systemem identyfikacji kibiców zastąpiły elementy z zamówienia podstawowego nie spełniające wymogów obowiązujących przepisów prawa. Łączna wartość zamówień dodatkowych została ustalona w kwocie 3 016 256,32, co stanowi 5,57% kwoty zamówienia podstawowego. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy nr IR/11/342505/2170 z dnia 13.09.2011 r. wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia dodatkowego, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, zostało ustalone na kwotę 1 789 650,00 zł brutto. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dodatkowego został określony w „Specyfikacji technicznej Systemu Identyfikacji Kibica Stadion Piasta w Gliwicach” oraz przedmiarach robót: „Część mechaniczna i budowlana” oraz „Część niskoprądowa”.

Zakres wdrożenia systemu obejmował, zgodnie z treścią „Specyfikacji technicznej Systemu Identyfikacji Kibica Stadion Piasta w Gliwicach”:

- Dostawę i montaż urządzeń niezbędnych do prawidłowej pracy elektronicznego systemu identyfikacji kibica i kontroli wejść, w tym kołowrotów, urządzeń kontroli dostępu, komputerów, serwerów, urządzeń sieciowych aktywnych itp.;
- Dostawę kompletnego oprogramowania;
- Zaprogramowanie i uruchomienie Systemu Identyfikacji Kibica;
- Przeszkolenie personelu w zakresie obsługi systemu i urządzeń.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, wykonanie prac dodatkowych było niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego, gdyż warunkowało dopuszczenie obiektu do użytkowania. Jednocześnie z uwagi na możliwość wykorzystania przez wykonawcę elementów już wykonanych Zamawiający konkluduje, iż istniało ściśle powiązanie techniczne robót dodatkowych z robotami podstawowymi.

W dniu 11 września 2012 r. Prezes Urzędu (pismo znak: UZP/DKD/GK/30736/9311/12) wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania na roboty budowlane pod nazwą: „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach – roboty dodatkowe – instalacje elektryczne niskoprądowe”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej: ustawą.

Zamówienie podstawowe pod nazwą: „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach” zostało wszczęte w dniu 23 marca 2010 r. w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości zamówienia ustalonej powyżej kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z treścią protokołu postępowania wartość zamówienia podstawowego została ustalona w dniu 16 marca 2010 r. na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy nr IR/11/342505/2170 z dnia 13.09.2011 r. wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia dodatkowego, będącego przedmiotem kontroli, zostało ustalone na kwotę 1 789 650,00 zł brutto.

W ocenie Prezesa Urzędu, zawartej w informacji o wyniku kontroli z dnia 22 listopada 2012r., Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy.

Prezes Urzędu wskazał, że stosownie do ww. przepisu, Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy uzależniona jest zatem od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał, aby w opisanym stanie faktycznym zachodziła sytuacja, w której konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia dodatkowego powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jak wynika z wyjaśnień przedłożonych przez Zamawiającego, zasadniczym

argumentem uzasadniającym konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego był brak możliwości prawnej i technicznej dokonania korekty opisu przedmiotu zamówienia podstawowego ze względu na brak przepisów wykonawczych do ustawy z 2009 r. Zamawiający wyjaśnił, że nie był w stanie przewidzieć zakresu i charakteru koniecznych modyfikacji w zakresie systemów instalacji elektrycznych niskoprądowych, które należało wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego w celu osiągnięcia parametrów funkcjonalnych zgodnych z ustawą z 2009 r.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia podstawowego w dniu 16 marca 2010 r., a następnie wszczynając postępowanie o zamówienie publiczne w dniu 23 marca 2010 r. posiadał wiedzę w zakresie zmian wprowadzonych ustawą z 2009 r., a nie uwzględnionych w dokumentacji projektowej.

Jak wynika z treści wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego została zmieniona ustawa z 1997 r. w zakresie uregulowań prawnych dotyczących robót będących przedmiotem zamówienia dodatkowego, a w projekcie wykonawczym, będącym załącznikiem do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, przewidziano system kontroli wejść bez elektronicznego systemu identyfikacji kibiców (System Public Access).

Należy wskazać, iż ustawa z 2009 r. określiła główne reguły organizacji imprez masowych poprzez ustanowienie: zasad postępowania koniecznych do zapewnienia bezpieczeństwa imprez masowych; warunków bezpieczeństwa imprez masowych; zasad i trybów wydawania zezwoleń na przeprowadzanie imprez masowych; zasad gromadzenia i przetwarzania informacji dotyczących bezpieczeństwa imprez masowych; zasad odpowiedzialności organizatorów za szkody wyrządzone w związku ze zorganizowaniem imprez masowych.

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy należy podkreślić, iż ustawa z 2009 r. weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2009 r. (art. 80 ustawy z 2009 r.), a więc miała moc obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Należy też dodać, iż z treści art. 13 ust. 2 ustawy z 2009 roku jednoznacznie wynika, iż obiekty wykorzystywane do prowadzenia rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej wyposaża się w kompatybilne między sobą elektroniczne systemy identyfikacji osób, służące do sprzedaży biletów, kontroli przebywania w miejscu i w czasie trwania meczu piłki nożnej oraz kontroli dostępu do określonych miejsc. Tym samym Zamawiający, wskazując na wprowadzony ustawą z 2009 roku obowiązek wyposażenia obiektu w elektroniczny system identyfikacji osób potwierdził, iż wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego posiadał wiedzę w zakresie braków



i technologicznego niedostosowania projektu wykonawczego do aktualnie obowiązujących przepisów.

Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zobowiązał więc wykonawców biorących udział w postępowaniu do wyceny systemu kontroli wejść bez elektronicznego systemu identyfikacji kibiców, który nie spełniał norm zawartych w aktualnie obowiązujących przepisach, tj. m.in. ustawie z 2009 roku. W związku z powyższym konieczność modyfikacji systemu kontroli wejść nie stanowiła w ustalonym stanie faktycznym sytuacji niemożliwej do przewidzenia. W tym miejscu należy również podkreślić, iż zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć dotyczy sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Zamawiający, którego w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego obowiązywały regulacje zawarte w ustawie z 2009 r. miał więc obowiązek dostosowania dokumentacji projektowej do norm zawartych w jej treści. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie tylko powinien przewidzieć obowiązek wdrożenia elektronicznego systemu kontroli systemu identyfikacji kibiców ale również, zgodnie z regulacjami zawartymi w ustawie z 2009 roku, włączyć przedmiotowy system do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego.

Prezes Urzędu zauważył, że Rozporządzenie z 2010 roku, na które powołuje się w udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający, uregulowało warunki bezpieczeństwa jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej, w zakresie:

1) rozwiązań technicznych pozwalających na kierowanie przepływem i kontrolę osób uczestniczących w meczach piłki nożnej;

2) wprowadzenia identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej;

3) wyposażenia stadionów w infrastrukturę obejmującą zintegrowane stanowiska dowodzenia, sposób rozmieszczenia osób uczestniczących w meczu piłki nożnej, system kontroli wejść i wyjść, zaplecze parkingowe oraz węzły komunikacyjne.

Biorąc pod uwagę treść przywołanego Rozporządzenia z 2010 roku należy stwierdzić, iż nie zawierało ono szczegółowych wytycznych i standardów funkcjonalnych Systemu Identyfikacji Kibica, a więc nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż wiedzę na temat charakterystycznych cech przedmiotu zamówienia dodatkowego oraz informację o konieczności jego udzielenia Zamawiający powziął dopiero w dniu wejścia w życie aktów wykonawczych do ustawy z 2009 roku.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w treści protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki uzasadnił dokonany wybór trybu m.in. zgodnością przedmiotu zamówienia dodatkowego z normami zawartymi w Rozporządzeniu z 2011 roku.

Rozporządzenie z 2011 roku określiło sposób utrwalania przebiegu imprezy masowej, a w szczególności:

1) miejsca na stadionach, w obiektach lub na terenach, umieszczonych w wykazie, o którym mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, w których utrwalanie przebiegu imprezy masowej za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk jest obowiązkowe;

2) minimalne wymagania techniczne dla urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk;

3) sposób przechowywania materiałów zgromadzonych podczas utrwalania przebiegu imprezy masowej.

Przedmiotem zamówienia dodatkowego było wykonanie instalacji elektrycznych niskoprądowych (system identyfikacji kibica oraz system Public Access – dostawa i zabudowanie bramek i kołowrotków wejściowych o wysokości 200 cm.). Reasumując w treści Rozporządzenia z 2011 roku również nie zostały określone szczegółowe parametry techniczne i wymagane funkcjonalności w zakresie przedmiotu zamówienia dodatkowego objętego niniejszą kontrolą.

Z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów wynika, iż podstawą opracowania Specyfikacji Technicznej z dnia 26.06.2011 r. określającej przedmiot zamówienia dodatkowego były m.in. zalecenia spółki Ekstraklasy S.A. w zakresie kompatybilności systemów identyfikacji kibica (dalej: zalecenia Ekstraklasy S.A.) oraz wytyczne PZPN w sprawie wymogów techniczno-organizacyjnych dla poprawy bezpieczeństwa na obiektach piłkarskich (dalej: wytyczne PZPN).

Zalecenia Ekstraklasy S.A. z dnia 15.12.2009 r. dotyczą opisu punktów styku systemu wydającego karty kibica Ekstraklasy S.A. z systemami biletowymi i kontroli dostępu na stadionach klubowych. Z powyższego wynika, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią zaleceń Ekstraklasy S.A. przed wszczęciem postępowania, którego przedmiotem było zamówienie podstawowe, a więc obowiązek wprowadzenia elektronicznego systemu identyfikacji kibica powinien być przez niego na tym etapie respektowany. Również wytyczne PZPN, które przyjęto Uchwałą Zarządu PZPN w dniu 13.02.1995 r. miały moc obowiązującą przed wszczęciem postępowania, którego przedmiotem było zamówienie podstawowe. Biorąc pod uwagę fakt, iż Gliwicki Klub Sportowy „PIAST” S.A. w marcu 2011 r. zalecił Zamawiającemu dostosowanie standardów technicznych realizowanej inwestycji do aktualnie obowiązujących przepisów m.in. w zakresie właściwości kołowrotów, należy wskazać, iż minimalna wysokość ogrodzenia zewnętrznego stadionu została określona w § 5 ust. 1 wskazanych wytycznych PZPN czyli na długo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia

podstawowego. W związku z powyższym Zamawiający uzasadniając potrzebę wykonania zamówienia dodatkowego koniecznością zachowania zgodności przedmiotu zamówienia z zasadami określonymi przez podmiot zarządzający rozgrywkami ligi zawodowej (Ekstraklasa S.A.) w porozumieniu z właściwym związkiem sportowym (PZPN) powinien wziąć pod uwagę zalecenia i wytyczne ww. podmiotów już na etapie opisu przedmiotu zamówienia podstawowego.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, zaistniały stan faktyczny nie stanowi sytuacji, której nie można było przewidzieć i nie może być uznany za okoliczność uzasadniającą skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Prezes Urzędu wskazał także na to, że podobne stanowisko w kwestii oceny uznania zamówienia za zamówienie dodatkowe prezentuje w orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza. W uchwale z dnia 12 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 29/10) Izba wskazała, iż *„immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług. Nie chodzi zatem o usługi nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale usługi niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności.”*

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zastrzeżenia do wyniku kontroli złożył w dniu 3 grudnia 2012r. zamawiający podnosząc:

1. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że Zamawiający nie udowodnił spełnienia jednej z przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki - przesłanki, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
2. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że konieczność wykonania zamówienia dodatkowego nie powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
3. naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. "b" ustawy poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego z naruszeniem art. 10 i art. 7 ustawy,

4. nierozważenie w sposób wszechstronny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie.

Wniósł o:

uwzględnienie uwag zawartych w niniejszym piśmie;

- uznanie, że zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. „b” ustawy dla udzielania zamówienia dodatkowego było zgodne z przepisami ustawy;

- uznanie, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 10 oraz art. 7 ustawy.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł, że przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie powinny być interpretowane rozszerzająco, a ich znaczenie należy ustalać przede wszystkim przy zastosowaniu wykładni gramatycznej. Jednocześnie jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 30/10 oceny należy dokonywać każdorazowo odnosząc się do okoliczności konkretnego stanu. Wskazał, iż cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Zamawiający uważa, że wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. „b” ustawy. Podkreślił, że na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej dla realizacji zadania „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach”, a następnie przy przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia i publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach” obowiązywały następujące akty prawne:

- ustawa z dnia 22 sierpnia 1997r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2005r. Nr 108, poz. 909 z późn. zm. - dalej:u.b.i.m.1997),

- ustawa z dnia 20 marca 2009r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2009r. Nr 62 poz. 504 - dalej: u.b.i.m.2009),

Ustawa u.b.i.m. 1997 została w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego zmieniona, a zapisy u.b.i.m.2009r. dotyczące zakresu robót dodatkowych objętych zamówieniem z 2011r. - znacząco zmieniono. Dotyczy to w szczególności art. 5 ust. 2a i 2b u.b.i.m,1997r. o treści:

„2a. Organizator masowej imprezy sportowej zapewnia również identyfikację osób biorących udział w masowej imprezie sportowej o podwyższonym ryzyku organizowanej na stadionie lub w hali sportowej.

2b. Zakres przetwarzanych danych mających na celu identyfikację osób biorących udział w imprezach, o których mowa w ust. 2a, obejmuje imię i nazwisko oraz numer PESEL, a w przypadku osób, którym nie nadano tego numeru, rodzaj i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość.

Wyżej przywołane przepisy w u.b.i.m.2009r. zostały zastąpione art. 13 o następującej treści:

1. Organizator meczu piłki nożnej zapewnia identyfikację osób uczestniczących w tej imprezie niezależnie od obowiązków i wymogów, o których mowa w art. 6.

2. Obiekty wykorzystywane do prowadzenia rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej wyposaża się w kompatybilne między sobą elektroniczne systemy identyfikacji osób, służące do sprzedaży biletów, kontroli przebywania w miejscu i w czasie trwania meczu piłki nożnej oraz kontroli dostępu do określonych miejsc.

3. Systemy, o których mowa w ust. 2, tworzy się w zgodzie z zasadami określonymi przez podmiot zarządzający rozgrywkami ligi zawodowej w porozumieniu z właściwym związkiem sportowym.

4. Zakres przetwarzanych danych identyfikujących osoby uczestniczące obejmuje:

1) w przypadku meczu piłki nożnej - imię i nazwisko oraz numer PESEL, a w razie gdy nie został on nadany - rodzaj, serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość;

2) w przypadku rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej - imię i nazwisko, wizerunek twarzy oraz numer PESEL, a w razie gdy nie został on nadany - rodzaj, serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość.

Należy zauważyć, iż w ówczesnym stanie prawnym zapisy powyższego artykułu były nieścisle oraz mało precyzyjne, a ustawodawca nałożył w nim na organizatora meczu piłki nożnej obowiązek zastosowania kompatybilnych między sobą systemów identyfikacji osób, nie określił jednak w żaden sposób w ustawie co należy rozumieć pod pojęciem kompatybilność, ani jaki jest jej zakres i jak mają wyglądać zasady współpracy systemów.

Zamawiający wskazuje, iż ust. 2c) w art. 13 omawianej ustawy definiujący pojęcie kompatybilność został wprowadzony do ustawy dopiero z dniem 12 listopada 2011r.

Ustawodawca nie wskazał również, że powyższy system ma służyć do identyfikacji uczestników meczów piłki nożnej oraz że ma być prowadzony w formie systemu elektronicznego.

Ponadto w chwili przygotowywania przez Zamawiającego dokumentacji projektowej nie zostało wydane rozporządzenie ministra właściwego do spraw wewnętrznych na podstawie art. 17 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych precyzujące warunki bezpieczeństwa

jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej, a w szczególności dotyczące:

- 1) rozwiązań technicznych pozwalających na kierowanie przepływem i kontrolę osób uczestniczących w meczach piłki nożnej,
- 2) wprowadzenia identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej,
- 3) ich wyposażenia w infrastrukturę obejmującą, w szczególności zintegrowane stanowiska dowodzenia, sposób rozmieszczenia osób uczestniczących w meczu piłki nożnej, system kontroli wejść i wyjść, zaplecze parkingowe oraz węzły komunikacyjne.

- uwzględniając konieczność zapewnienia bezpieczeństwa i sprawnego przebiegu imprez masowych oraz bezpieczeństwa osób w nich uczestniczących.

Z uwagi na powyższe zapisy ustawowe Zamawiający spodziewał się, iż rozporządzenie na podstawie art. 17 u.b.i.m. zostanie wydane niezwłocznie, a jego zastosowanie będzie możliwe w trakcie sporządzania dokumentacji przetargowej w postępowaniu wszczętym w dniu 23 marca 2010r.

Okazało się to jednak niemożliwe z uwagi, iż rzeczony rozporządzenie w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej zostało wydane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji dopiero w dniu 10.06.2010r. a weszło w życie w dniu 21.06.2010r.

Zamawiający mając na uwadze powyższe nie może zgodzić się z zarzutami Kontroli jakoby przedstawiony stan faktyczny nie stanowił sytuacji, której nie można było przewidzieć.

Przepis art. 13 ust. 2 u.b.i.m.2009r. stanowiący zdaniem Prezesa Urzędu podstawę do stwierdzenia, iż Zamawiający mógł przewidzieć konieczność wykonania przedmiotowego zakresu robót dodatkowych, mając na uwadze zasady legislacji w Polsce, był do dnia wydania odpowiedniego rozporządzenia przepisem martwym, którego z przyczyn obiektywnych nie dało się stosować.

Zamawiający podkreślił ponadto, iż nie ma przepisów, które nakazywałyby oczekiwać Zamawiającemu na wejście w życie przepisów wykonawczych i wstrzymać podjęcie koniecznych decyzji inwestycyjnych. W okresie kiedy podejmowano decyzję o wszczęciu procedury przetargowej dot. Zamówienia podstawowego istniało na rynku zjawisko wzrastających cen materiałów i usług budowlanych i powstrzymanie się Zamawiającego z przystąpieniem do realizacji inwestycji groziło poważnym wzrostem kosztów inwestycji, co z kolei prowadzić by mogło do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez wydatkowanie środków w większym zakresie niż w marcu 2010 r. (art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2003r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm. - dalej: u.d.f.p.).

Żaden przepis prawa nie zabraniał Zamawiającemu rozpoczęcia procedury przetargowej oraz wyłonienia wykonawcy do czasu wydania przepisów wykonawczych.

Zamawiający nie może z uwagi na powyższe odpowiadać za jakość prawa i z tego powodu nie można wyciągać w stosunku do niego negatywnych konsekwencji.

Mając powyższe na uwadze należy Zamawiający stwierdzić, iż Instytucja Kontrolująca błędnie przyjęła, iż konieczność wykonania zamówienia dodatkowego nie powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Ponadto Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, że stan faktyczny nie stanowił sytuacji, której nie można było przewidzieć i nie można być uznany za okoliczność uzasadniającą skorzystanie przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 5 lit. „b” ustawy. Sam niejednoznaczny zapis w art. 13 u.b.i.m.2009 nie stanowił bowiem obiektywnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający mógł przewidzieć powyższe roboty uznane przez niego jako roboty dodatkowe. Obowiązujące akty prawne i wytyczne nie pozwalały na precyzyjne określenie opisu przedmiotu zamówienia pod względem technicznym w projekcie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dodatkowo brak rozporządzenia wykonawczego w przedmiotowej sprawie wymagał od Zamawiającego przeprowadzenia zmian opisu przedmiotu zamówienia i poniesienia z tego tytułu dodatkowych kosztów, narażając się bezpośrednio na zarzuty niegospodarności i nieracjonalnego wydawania środków publicznych.

Ponadto określenie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia właściwej podstawy prawnej naraziłoby Zamawiającego na negatywne konsekwencje związane z naruszeniem ustawy o finansach publicznych i spowodowałoby powstanie po stronie Zamawiającego odpowiedzialności na podstawie art. 13 i 17 u.d.f.p.

Dodatkowo wskazał, że dokonano błędnej wykładni przepisów ustawy, a w szczególności wykładni zwrotu „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia” i w konsekwencji przyjęto, że Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego z naruszeniem przepisów prawa. Prezes Urzędu nie wziął zupełnie pod uwagę faktu, iż nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług.

W art. 13 ust. 3 u.b.i.m.2009 ustawodawca wskazał, iż systemy identyfikacji osób tworzy się w zgodzie z zasadami określonymi przez podmiot zarządzający rozgrywkami ligi zawodowej w porozumieniu z właściwym związkiem sportowym. Podmiotem zarządzającym w tym przypadku jest Ekstraklasa SA, a związkiem sportowym - Polski Związek Piłki Nożnej.

Ustawodawca nałożył zatem obowiązek prawny stosowania dla budowy systemów identyfikacji osób zasad określonych przez Ekstraklasa SA. Wyżej wskazane ustawowe

zasady nie zostały określone przez Ekstraklasa SA w dokumencie z dnia 15.12.2009r. (System Ekstraklasa. Karta kibica. Wymagania dla systemów stadionowych), gdyż dokument dotyczy raczej kompatybilności systemów na różnych obiektach stadionowych z systemem stosowanym przez Ekstraklasa SA niż zasad dotyczących tworzenia systemów identyfikacji kibiców. Tym bardziej wyraźne jest to w dalszych częściach dokumentu - zarówno opis kompatybilności systemu biletowego jak i systemu dostępu ma wyraźne wskazania, iż „podane w niniejszym rozdziale wymagania są jedynie fragmentem wymagań jakie w pełni funkcjonujący system biletowy powinien spełniać” oraz “Podane przez Ekstraklasę wymagania mają jedynie na celu zagwarantowanie interoperacyjności pomiędzy systemem biletowym instalowanym w obiekcie sportowym a systemem teleinformatycznym firmy Ekstraklasa i w takim zakresie zostały wyspecyfikowane. Wymagania te dla w pełni funkcjonalnego systemu biletowego implementowanego na danym obiekcie muszą zostać uzupełnione o wszystkie inne elementy typowe dla tego typu systemów (takie jak np. uwarunkowania pojemności systemu, wydajność systemu, dostępności systemu, logikę działania oraz sterowanie systemem dostosowane do charakterystyki obiektu, warunki środowiskowe pracy, uwarunkowania prawne, uwarunkowania finansowo - podatkowo - księgowo, uwarunkowania bezpieczeństwa oraz wiele innych”

Z uwagi na powyższe nie można uznać omawianego dokumentu za zbiór zasad niezbędnych dla budowy systemu identyfikacji kibica dla stadionu w Gliwicach.

Dodatkowo podkreślił, iż wytyczne PZPN w tej sprawie zostały przyjęte Uchwałą W/51 z dnia 30.03.2010r. Zarządu Polskiego Związku Piłki Nożnej w sprawie identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej będących imprezami masowymi - a więc już po wszczęciu postępowania dla zamówienia podstawowego i nie mogły służyć Zamawiającemu pomocą przy jego sporządzaniu. Ponadto zaznaczył, iż Zamawiający samodzielnie już po wydaniu rozporządzenia z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony rozpoczął działania dotyczące ustalenia prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia dla systemu identyfikacji kibica / Public Access oraz rozpoczął konsultacje z Wojewódzkim i Miejskim Komendantem Policji oraz GKS PIAST S.A. (Czynności zostały podjęte w związku z brakiem wskazania przez" rozporządzenie z czerwca 2010r. wytycznych zgodnych z art. 17 u.b.i.m.2009 oraz ogólnikowymi zapisami w rozporządzeniu). Przeprowadzono w tym celu szereg spotkań w sprawie, dokonano wizji na innych obiektach w Polsce (stadiony Lecha w Poznaniu i Cracovii w Krakowie) i na bazie takich doświadczeń powstały dopiero dokumenty będące opisem przedmioty zamówienia dodatkowego. Wyżej wskazane działania nie mogły być podjęte przed dniem ustaleniem opisu przedmioty zamówienia podstawowego z uwagi na brak punktu odniesienia - aktu wykonawczego do ustawy z 2009r.



Zakres wymagań dla infrastruktury stadionowej regulują „Wytyczne Polskiego Związku Piłki Nożnej w sprawie wymogów techniczno - organizacyjnych dla poprawy bezpieczeństwa na obiektach piłkarskich” przyjęte uchwałą Zarządu PZPN w dniu 13.02.1995r. Powyższe wytyczne nie regulują, że urządzenia umiejscowione w linii ogrodzenia muszą posiadać wysokość jak to ogrodzenie. Wskazane są jedynie elementy obowiązkowe wyposażenia ogrodzenia (siatki, bariery i urządzenia dające możliwość sprawdzania osób).

Zamawiający nie zgodził się więc z tezą Informacji o wyniku kontroli, iż minimalna wysokość ogrodzenia zewnętrznego stadionu została określona w § 5 ust. 1 wskazanych wytycznych PZPN czyli na długo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i w związku z powyższym Zamawiający uzasadniając potrzebę wykonania zamówienia dodatkowego powinien wziąć pod uwagę zalecenia i wytyczne PZPN już na etapie opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, gdyż ww. wytyczne nie regulują kwestii wysokości urządzeń - bramek wejściowych w ogrodzeniach, a konieczność zmiany wysokości kołowrotów pojawiła się w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. Opis przedmiotu zamówienia podstawowego był więc zgodny z wytycznymi PZPN.

Prezes Urzędu w dniu 13 grudnia 2012r. odpowiedział na zastrzeżenia Zamawiającego i poinformował, że Zamawiający - Miasto Gliwice nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazał, że niezasadne są twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do braku możliwości przewidzenia konieczności wykonania robót objętych zamówieniem dodatkowym. Prezes Urzędu jednoznacznie stwierdził, iż w momencie wszczęcia postępowania podstawowego (23 marca 2010r.) Zamawiającego obowiązywały przepisy ustawy z 2009 r., która weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2009 r. (art. 80 ustawy z 2009 r.), a więc miała moc obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Zgodnie z treścią art. 13 ust. 2 ustawy z 2009 r.: „obiekty wykorzystywane do prowadzenia rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej wyposaża się w kompatybilne między sobą elektroniczne systemy identyfikacji osób, służące do sprzedaży biletów, kontroli przebywania w miejscu i w czasie trwania meczu piłki nożnej oraz kontroli dostępu do określonych miejsc”. Biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiot zamówienia podstawowego obejmował m.in. system kontroli wejść bez

elektronicznego systemu identyfikacji kibiców, należy stwierdzić, iż nie spełniał on norm zawartych w aktualnie obowiązujących przepisach, tj. m.in. ustawie z 2009 roku.

Z przedmiotowych ustaleń wynika, iż Zamawiający wszczynając postępowanie, którego przedmiotem było zamówienie podstawowe dysponował wiedzą w zakresie braków i technologicznego niedostosowania projektu wykonawczego do aktualnie obowiązujących przepisów w zakresie m.in. obowiązku wyposażenia obiektu w elektroniczny system identyfikacji osób. Nie można więc, uznać że w przedstawionym stanie faktycznym wystąpiła sytuacja, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Dodatkowo należy wskazać, iż brak obowiązywania aktu wykonawczego do ustawy z 2009 roku w momencie wszczęcia postępowania podstawowego, również nie uzasadnia sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W związku z art. 17 ustawy z 2009 r. zostało wydane Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej (Dz. U. z 2010 Nr 121, poz. 820) (dalej: Rozporządzenie z 2010 r.).

Biorąc pod uwagę treść przywołanego Rozporządzenia z 2010 roku należy stwierdzić, iż nie zawierało ono szczegółowych wytycznych i standardów funkcjonalnych Systemu Identyfikacji Kibica, a więc nie można uznać za zasadne twierdzenia, iż wiedzę na temat charakterystycznych cech przedmiotu zamówienia dodatkowego oraz informację o konieczności jego udzielenia Zamawiający powziął dopiero w dniu wejścia w życie aktu wykonawczego do ustawy z 2009 roku. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego, który w treści zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej poinformował, iż rozpoczął konsultacje z Wojewódzkim i Miejskim Komendantem Policji oraz GKS PIAST SA, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia dodatkowego, dopiero wobec: „braku wskazania przez rozporządzenie z czerwca 2010 r. wytycznych zgodnych z art. 17 u.b.i.m.2009 oraz ogólnikowymi zapisami w rozporządzeniu”.

Należy również nadmienić, że Zamawiający poinformował, iż w celu dokonania opisu przedmiotu zamówienia dodatkowego dokonano wizji na innych obiektach w Polsce (stadiony Lecha w Poznaniu i Cracovii w Krakowie). Wobec powyższego, zamówienia których przedmiotem był elektroniczny system identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej i kontroli wejść na stadion były efektywnie realizowane w trybach konkurencyjnych na terenie Polski przed wejściem w życie Rozporządzenia z 2010 roku (np. postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęte w dniu 30 grudnia 2009 roku przez Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie czy postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęte w dniu 02 kwietnia 2010 roku przez Miasto Stołeczne Warszawa - Miejski Ośrodek

Sportu i Rekreacji). W sytuacji, w której normy wynikające z treści Ustawy z 2009 roku były respektowane przez innych działających w branży Zamawiających, nie sposób uznać, iż w przedstawionych okolicznościach wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Jednocześnie należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu nie kwestionuje faktu, iż zalecenia Ekstraklasy S.A. z dnia 15.12.2009 r., dotyczące opisu punktów styku systemu wydającego karty kibica Ekstraklasy S.A. z systemami biletowymi i kontroli dostępu na stadionach klubowych, nie stanowiły zbioru zasad niezbędnych dla budowy systemu identyfikacji kibica dla stadionu w Gliwicach. Należy jednak wskazać, iż ich celem było wprowadzenie zasad interoperacyjności pomiędzy systemem biletowym instalowanym w obiekcie sportowym a systemem teleinformatycznym firmy Ekstraklasa. Realizacja funkcjonalnego systemu biletowego stosowanego na danym obiekcie winna, więc przebiegać w sposób zgodny z normami zawartymi w przedstawionym wyżej dokumencie.

Prezes Urzędu nie poddaje również w wątpliwość faktu, zgodnie z którym Wytyczne PZPN w sprawie wymogów techniczno-organizacyjnych dla poprawy bezpieczeństwa na obiektach piłkarskich przyjęte uchwałą Zarządu PZPN w dniu 13.02.1995 r. (dalej: Wytyczne PZPN) nie regulują kwestii wysokości urządzeń - bramek wejściowych w ogrodzeniach. Z przekazanej dokumentacji, wynika, iż Gliwicki Klub Sportowy „PIAST” S.A. pismem z dnia 14.03.2011 roku zalecił Zamawiającemu dostosowanie standardów technicznych realizowanej inwestycji do aktualnie obowiązujących przepisów prawa m.in. poprzez stwierdzenie, iż: „(...) Z norm dotyczących wygradzeń zewnętrznych stadionu wynika, że ogrodzenie powinno mieć min. 2,5 m wysokości. Z tego względu kołowroty, jako element wygradzenia powinny również cechować się taką wysokością. W przypadku stadionu Piast ten wymóg nie jest spełniony. Należy uzgodnić z Policją czy dokona odbioru takiego obiektu. Wszystkie stadiony w Polsce są projektowane i budowane z uwzględnieniem wysokości wygradzeń 2,5 m (...)”. Powyższa okoliczność stanowiła podstawę do zamiany niskich bramek obrotowych typu „Tripod” na wysokie kołowroty, co potwierdza treść wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego pismem z dnia 10 października 2011 r. W związku z powyższym należy wskazać, iż minimalna wysokość ogrodzenia zewnętrznego stadionu została określona w § 5 ust. 1 wytycznych PZPN czyli na długo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Z przyczyn powyższych brak jest podstaw do uwzględnienia złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a tym samym

Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy uprawniającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

**Izba zważyła, co następuje :**

Zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Wbrew postawionym przez zamawiającego Prezesowi Urzędu zarzutom stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu nie jest sporny. Zamawiający nie kwestionuje ani faktu, że ustawa z 20 marca 2009r. o bezpieczeństwie imprez masowych weszła w życie w dniu 1 sierpnia 2009r. Nie jest sporny fakt, że wprowadziła ona art. 13 ust. 2 uobim w brzmieniu „Obiekty wykorzystywane do prowadzenia rozgrywek meczów piłki nożnej w ramach ligi zawodowej wyposaża się w kompatybilne między sobą elektroniczne systemy identyfikacji osób, służące do sprzedaży biletów, kontroli przebywania w miejscu i w czasie trwania meczu piłki nożnej oraz kontroli dostępu do określonych miejsc” i ust. 3 „Systemy, o których mowa w ust. 2, tworzy się w zgodzie z zasadami określonymi przez podmiot zarządzający rozgrywkami ligi zawodowej w porozumieniu z właściwym związkiem sportowym.”. Bezsporne jest to, że zamawiający w dniu 23 marca 2012r. wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na przebudowę i rozbudowę stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach. Strony wzajemnie nie kwestionują, że do ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych do dnia wszczęcia postępowania podstawowego nie wydano przepisów wykonawczych ani na podstawie art. 11 ust. 9, ani na podstawie art. 17 tej ustawy. Bezsporne jest także to, że nie istniały wydane na mocy ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych z 1997r. rozporządzenia w badanym zakresie, których moc obowiązywałaby do czasu wejścia w życie nowych przepisów wykonawczych wydanych z mocy ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych z 2009r. Bezsporne jest to, że w oparciu o normę kompetencyjną z art. 17 uobim 2009 przepisy wykonawcze zostały wydane rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej z dnia 10 czerwca 2010 r. (Dz.U. Nr 121, poz. 820), które weszło w życie po 14 od publikacji. Nie jest również kwestionowane to, że akt wykonawczy wydany na podstawie art. 11 ust. 9 uobim 2009 tj. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu utrwalania przebiegu imprezy masowej z dnia 10 stycznia 2011 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 73) wszedł w życie po 14 dniach od ogłoszenia. Nie ma wzajemnego sporu co do tego, że wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło w dniu 18 sierpnia 2011r. i było poprzedzone konsultacjami z Komendą Policji, Ekstraklasą SA i PZPN. Nie ma też sporu co do tego, jaką była obowiązująca treść wskazanych wyżej aktów prawnych. Tym samym Izba uznała, że okoliczności faktyczne nie są pomiędzy stronami sporne i Prezes Urzędu nie popełnił błędu co do ustaleń stanu


faktycznego. Natomiast w rzeczywistości sporna jest pomiędzy stronami okoliczność subsumpcji ustalonego powyżej stanu faktycznego pod przepis normy prawnej. W ocenie Prezesa Urzędu ustalony stan faktyczny nie daje się podciągnąć pod zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z uwagi na brak wypełnienia przesłanki nieprzewidywalności potrzeby przeprowadzenia postępowania o zamówienie dodatkowe, natomiast zamawiający uważa, że zaistniały stan faktyczny wypełnia normę art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy. Izba wydając niniejszą opinię uznała, że Prezes Urzędu prawidłowo ocenił zaistnienie przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy i prawidłowo uznał, że w ustalonym powyżej stanie faktycznym nie zaistniała przesłanka nieprzewidywalności. Zamawiający słusznie w zastrzeżeniach zauważa, że przepisy art. 67 ust. 1 ustawy należy stosować ściśle i nie wolno do nich stosować wykładni rozszerzającej, jednak mimo takiego stanowiska wsnuwa on błędne wnioski. Prezes Urzędu prawidłowo zauważył, że zamawiający nie wykazał, że nie było możliwości objęcia zamówieniem podstawowym systemu identyfikacji elektronicznej kibica oraz dostawy i zabudowanie bramek i kołowrotek wejściowych o wysokości 200 cm. Argumentacja zamawiającego oparta jest o założenie, że nie można mu czynić zarzutu z faktu, że przepisy aktów wykonawczych nie weszły w życie niezwłocznie po znowelizowaniu przepisów rangi ustawowej. Samo w sobie założenie nie jest pozbawione logiki, jednakże w przedmiotowej sprawie zastosowanie tej argumentacji jest wysoce niekonsekwentne. Z jednej strony zamawiający organizuje postępowanie konkurencyjne w trybie przetargu nieograniczonego jedynie w oparciu o przepisy ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych z 2009r. czyli prowadzi przebudowę i rozbudowę stadionu w tym parkingów i ciągów komunikacyjnych i nie stoi mu na przeszkodzie w tym przypadku brak rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 17 pkt 3 który zawiera normę kompetencyjną dla minister właściwego do spraw wewnętrznych do określenia, w drodze rozporządzenia, warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej, dotyczących wyposażania tych stadionów w zintegrowane stanowiska dowodzenia, sposób rozmieszczenia osób uczestniczących w meczu piłki nożnej, system kontroli wejść i wyjść, zaplecze parkingowe oraz węzły komunikacyjne. Pomija zamawiający w swoich wywodach okoliczność, że uregulowanie tych kwestii w rozporządzeniu wykonawczym mogło mieć zasadniczy wpływ na prace projektowe mogło np. przewidywać większą ilość parkingów, niż zaprojektowana przez zamawiającego, wymóg zapewnienia np. parkingów wielopoziomowych, wymóg określonej szerokości ciągów komunikacyjnych, czy ilości dróg ewakuacyjnych, sposobu ich rozplanowania, małych obiektów budowlanych w postaci stanowisk dowodzenia, ich być może szczególnej konstrukcji (wzmocnionej), czy zabezpieczeń antywłamaniowych. Te wszystkie okoliczności mogły w sposób zasadniczy wpłynąć na zakres prac koniecznych do realizacji w ramach zamówienia podstawowego, a mimo to zamawiający nie zdecydował się wyłączyć z zamówienia podstawowego parkingów,

ciągów komunikacyjnych, czy stanowisk dowodzenia i oczekiwać na nieprzewidywalne wymogi nowego rozporządzenia. Przeciwnie w swoich zastrzeżeniach za mających wywodzi, że jego działanie było uprawnione, legalne i gospodarne (twierdzeń tych Izba nie weryfikowała, gdyż nie były one przedmiotem zastrzeżeń). Z drugiej strony zamawiający na poparcie zasadności swojego stanowiska, że nie mógł objąć zamówieniem podstawowym systemu identyfikacji elektronicznej kibica oraz dostawy i zabudowanie bramek i kołowrotek wejściowych o wysokości 200 cm, gdyż nie znał wymogów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 17 i 11 ust. 9 uobim 2009. Przy czym Izba zauważa, że regulacje rangi ustawowej zarówno dla parkingów, ciągów komunikacyjnych czy stanowisk dowodzenia nie były wyczerpujące, podobnie jak w przypadku elektronicznego systemu identyfikacji kibica. Tym samym argumentację zamawiającego w takim zakresie w jakim dotyczy ona spełnienia przesłanki nieprzewidywalności należy uznać za niespójną i nielogiczną. Z tych względów Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zawartym w zastrzeżeniach do wyniku kontroli i uznała, że wydana przez Prezesa Urzędu informacja o wyniku kontroli odpowiada prawu, a Prezes Urzędu prawidłowo ocenił, iż zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek braku przewidywalności konieczności wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/ KD 103/12 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wyraża opinię, jak wyżej.

Na oryginalne wio. bina podpisany.  
Za zgodność

WICEPREZES  
Krajowej Izby Odwoławczej  
  


Przewodniczący:

.....  


Członkowie:

.....  
