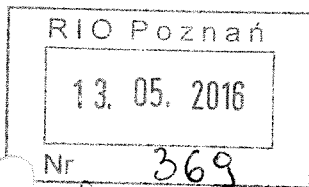


Gniezno, dnia 10 maja 2016 roku



Prezydent Miasta Gniezna
Tomasz Budasz

OR. 1710.3.2016



11.05.16

*+ LIAS
HKB + opinia zespołu Radców
Pracuj
Kol. 2.06.2016*

**Kolegium Regionalnej Izby
Obrachunkowej**
w Poznaniu
za pośrednictwem
**Pani
Grażyny Wróblewskiej**
Prezesa
Regionalnej Izby Obrachunkowej

Zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego

Na podstawie art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 562), w związku z otrzymanym wystąpieniem pokontrolnym z dnia 22 kwietnia 2016 r., wnoszę do tego wystąpienia następujące zastrzeżenia:

Ad I.12 ppkt 3 i 4 i wniosek nr 19 ppkt 1.

Kontrola wydatków budżetowych z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych obejmowała wybrane wydatki majątkowe i bieżące, w tym m.in. „Promocję Miasta Gniezna poprzez sport” w 2014 r., przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zakończonego podpisaniem umowy w dniu 4 lipca 2014 r. za wynagrodzeniem 399 750 zł z VAT oraz „Promocję Miasta Gniezna poprzez sport” w 2015 r., przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zakończonego podpisaniem umowy w dniu 10 marca 2015 r. za wynagrodzeniem 399 966 zł z VAT.

Podczas kontroli stwierdzono m.in. że postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na „Promocję Miasta Gniezna poprzez sport” (odpowiednio w 2014 r. i 2015 r.) przeprowadzono w sposób wskazujący na niezachowanie uczciwej konkurencji. Przedmiot zamówienia – w ocenie organu kontrolującego – został opisany w sposób wskazujący na niezachowanie uczciwej konkurencji, co naruszało przepisy art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2164), zgodnie z którymi przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie kontrolującego, stawiając warunek, że wykonawca musiał wykazać, że dysponuje na terenie Miasta Gniezna stadionem

do przeprowadzenia rozgrywek żużlowych na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż rozgrywki I ligi, na którym jednocześnie może przebywać nie mniej niż 5 000 widzów, „zamawiający zawęził krąg podmiotów mogących potencjalnie wziąć udział w postępowaniu do jednego wykonawcy, tj. Start Gniezno SA w upadłości układowej”.

Z wnioskami organu kontrolującego nie można się zgodzić.

Z SIWZ wynika, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym warunek ten zostanie spełniony, jeżeli: „Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, prowadził przez minimum jeden rok rozgrywkowy drużynę żużlową uczestniczącą w rozgrywkach Polskiej Ligi Żużlowej, organizowanej przez Główną Komisję Sportu Żużlowego przy Polskim Związku Motorowym na poziomie nie niższym niż rozgrywki I ligi.”, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym warunek ten zostanie spełniony, jeżeli: „Wykonawca wykaże, że dysponuje na terenie Miasta Gniezna stadionem do przeprowadzenia rozgrywek żużlowych na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż rozgrywki I ligi, na którym jednocześnie może przebywać nie mniej niż 5 000 widzów – dysponuje drużyną żużlową na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż rozgrywki I ligi.”.

W 2014 r. w rozgrywkach żużlowych uczestniczyły 22 kluby.

18 z 22 klubów, w tym m.in. Start Gniezno SA w upadłości układowej, spełniał pierwszy z wymienionych wyżej warunków, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert prowadził przez minimum jeden rok rozgrywkowy drużynę żużlową uczestniczącą w rozgrywkach Polskiej Ligi Żużlowej, organizowanej przez Główną Komisję Sportu Żużlowego przy Polskim Związku Motorowym na poziomie nie niższym niż rozgrywki I ligi.

Jeśli natomiast chodzi o drugi z wymienionych warunków, tj. warunek dysponowania na terenie Miasta Gniezna stadionem do przeprowadzenia rozgrywek żużlowych na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż rozgrywki I ligi, na którym jednocześnie może przebywać nie mniej niż 5 000 widzów oraz dysponuje drużyną żużlową na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż rozgrywki I ligi, to mogło go spełnić 16 z 22 klubów, bowiem w 2014 r. w rozgrywkach Ekstraligi i I ligi żużlowej uczestniczyło tyle właśnie klubów. Dodatkowo dowolny klub musiał spełnić warunek dysponowania na terenie Miasta Gniezna stadionem do przeprowadzenia rozgrywek żużlowych o pojemności nie mniejszej niż 5 000 widzów. Na terenie Miasta Gniezna znajduje się tylko jeden taki stadion (stadion miejski w Gnieźnie przy ul. Wrzesińskiej 25), przy czym wbrew stanowisku kontrolującego, może z niego korzystać więcej niż jeden podmiot. Ponadto stadion miejski nie jest własnością spółki Start Gniezno SA w upadłości układowej, stąd to nie spółka decyduje o jego udostępnieniu innym podmiotom. Dlatego sam fakt dysponowania stadionem przez Start Gniezno SA w upadłości układowej (na podstawie umowy z dnia 28 listopada 2013 r. oraz umowy z dnia 27 listopada 2014 r.) nie uniemożliwiało innym klubom, spełniającym pozostałe warunki, wzięcia udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia bowiem wymaga, że na bazie tej umowy Start Gniezno SA w upadłości układowej nie posiadał prawa do wyłącznego dysponowania stadionem (w 2014 r. i 2015 r. na stadionie odbywały się również inne wydarzenia o charakterze kulturalno – rozrywkowym, organizowane podmioty niezwiązane z przedmiotową spółką).

W latach 2014 – 2015 na stadionie miejskim w Gnieźnie odbyły się następujące wydarzenia kulturalno

– rozrywkowe:

- a) lodowisko (organizator: Piruet),
- b) fiesta balonowa (organizator: Gnieźnieńskie Stowarzyszenie Sportów Lotniczych),
- c) Enea Truck (organizator: Afekt sp. z o.o.),
- d) Freestyle (organizator: Moto Art.),
- e) Kabareton (organizator: Agencja Artystyczna),
- f) Piknik szkolny (organizator: Gnieźnieńska Wyższa Szkoła Miellenium).

Dowodzi to, iż w praktyce ze stadionu korzystały różne podmioty.

W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, potencjalny krąg wykonawców zdolnych wziąć udział w postępowaniu, to 16 klubów żużlowych. W żaden sposób nie została więc ograniczona konkurencja. Ta bowiem na gruncie przepisów Pzp rozumiana jest jako potencjalna możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś rzeczywista decyzja określonej grupy podmiotów.

Nadmieniam, że w sporcie żużlowym powszechne są sytuacje, w których więc kluby korzystają ze stadionów położonych w innych miastach. W 2015 r. klub żużlowy z Wrocławia korzystał ze stadionu w Częstochowie, a w 2016 r. ten sam klub korzystał ze stadionu w Poznaniu. Pokazuje to więc, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie mogło wziąć udział 16 klubów. Podkreślam, że każdy klub mający drużynę rozgrywkową na poziomie I ligi w 2014 r. – po uzyskaniu prawa do dysponowania stadionem – mógł przystąpić do tego postępowania.

Powołana wyżej argumentacja znajduje również zastosowanie do zarzutów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w 2015 r., z tą różnicą, że w 2015 r. drużynę żużlową co najmniej na poziomie I ligi posiadało 15 klubów (8 w Ekstralidze i 7 w I lidze). **Oznacza to więc, że w postępowaniu potencjalnie mogło wziąć udział 15 klubów.**

W orzecznictwie wskazuje się, iż: „Zasada zachowania uczciwej konkurencji nie gwarantuje każdemu wykonawcy udziału we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego nie sposób określić takich warunków udziału w postępowaniu, które odpowiadałyby wszystkim wykonawcom funkcjonującym na danym rynku” (tak: wyrok KIO z 29.09.2014 r., sygn.: KIO 1885/14). Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała ponadto: „Udzielenie zamówienia służy zaspokojeniu zobiektywizowanych i racjonalnych potrzeb zamawiającego, co może i powinno znaleźć odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia. A jeżeli dla osiągnięcia tego celu zastosowano proporcjonalne środki, opis przedmiotu zamówienia może prowadzić do ograniczenia konkurencji wyłącznie do wykonawców zdolnych do zaoferowania produktów odpowiadających uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W takim przypadku nie dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), gdyż wyrażona w tym przepisie zasada nie ma charakteru absolutnego, w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku dostosowania się do możliwości wszystkich zainteresowanych wykonawców, którzy nie są w stanie sprostać wymaganiom takiego opisu przedmiotu zamówienia.” (tak: wyrok KIO 2503/14 - wyrok KIO z dnia 11-12-2014). Orzecznictwo w opisywanym zakresie wyraźnie akcentuje zatem w pierwszej kolejności potrzeby i oczekiwania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie musi ustalać potencjalnego kręgu wykonawców zdolnych ubiegać się o udzielenie zamówienia i pod tym kątem dokonywać opisu przedmiotu zamówienia. Co więcej, jak wskazało KIO w jednym z wyroków: „Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby

i pozwalający uzyskać oczekiwany przez niego efekt, gwarantujący zaspokojenie określonych potrzeb społecznych, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na rynku." (tak: KIO 2210/14 - wyrok KIO z dnia 06-11-2014).

Reasumując, podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w ww. postępowaniu zamawiający – zgodnie z powyższymi wytycznymi – kładł nacisk na promocję gminy za pośrednictwem podmiotu, który w sposób profesjonalny uczestniczyłby w rozgrywkach ligowych najbardziej popularnej w Gnieźnie dyscypliny sportowej. Taka forma promocji w ocenie zamawiającego była skuteczna i przynosząca korzyści wizerunkowe. Zarzucane naruszenie zasad uczciwej konkurencji jest zatem nietrafne, albowiem wymogi w zakresie udziału w postępowaniu nie były tworzone z myślą o eliminacji określonego/określonych wykonawców (kontrolujący także takich wykonawców nie wskazuje), ale wyjątkowo w oparciu o potrzeby i oczekiwania zamawiającego.

Przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający konkurencję, a warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób precyzyjny i logiczny. Zamawiający w toku postępowania wymagał, aby podmiot biorący w nim udział wykazał się doświadczeniem, a także zapleczem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Oczywistym jest, że odpowiednią promocję może zapewnić drużyna sportowa prezentująca określony, wysoki poziom. Stąd w SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem (udział w rozgrywkach żużlowych) i osobami zdolnymi do wykonania zadania (drużyna sportowa występująca na poziomie rozgrywkowym nie niższym niż I liga). Jako, że zawody żużlowe, mające zostać wykorzystane do promocji, odbywają się wyłącznie na stadionach, to konsekwencją wykazania zdolności do realizacji zamówienia było wykazanie się zapleczem technicznym w postaci stadionu. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, że w postępowaniu biorą udział podmioty, które nie dysponują prawem do korzystania ze stadionu.

Z opisanych powodów nie można zgodzić się ze stanowiskiem kontrolującego, który stwierdził, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przedmiot zamówienia został opisany w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję. W 2014 r. 16, a w 2015 r. 15 klubów potencjalnie mogło wziąć udział w tym postępowaniu, bo wszystkie te kluby bez przeszkód mogły spełnić wszystkie stawiane warunki, w tym również warunek dotyczący posiadania prawa do dysponowania stadionem o pojemności minimum 5 000 widzów (tym bardziej, że Start Gniezno SA w upadłości układowej nie posiadał prawa do wyłącznego dysponowania stadionem). Podkreślam, że szczególnie w sporcie żużlowym powszechne są przypadki, w których kluby korzystają ze stadionów położonych w innych miastach. Dlatego prawdopodobne było, aby np. klub z Wrocławia w 2014 r. i 2015 r. korzystał ze stadionu w Gnieźnie (zamiast odpowiednio ze stadionów w Częstochowie – w 2015 r. i Poznaniu – w 2016 r.). W związku z powyższym zarzut, że „zamawiający de facto zawęził krąg podmiotów mogących potencjalnie wziąć udział w postępowaniu, do jednego wykonawcy, tj. Start Gniezno SA w upadłości układowej” jest niczym nieuzasadnione.

Podkreślić też trzeba, że w celu należytego zweryfikowania kwestii potencjalnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, trzeba zbadać, czy w postępowaniu składane były przewidziane przepisami Pzp środki ochrony prawnej. Kontrolujący pominął w swoich wywodach, iż żaden wykonawca nie składał odwołań co do warunków udziału w postępowaniu, lub ogólnie treści siwz. Oznacza to, iż nie było podmiotu, który chciałby złożyć swoją ofertę, jednak nie uczynił tego z uwagi na ograniczenia przewidziane przez zamawiającego. Tym samym, zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji traci na znaczeniu. Może on bowiem być formułowany niejako w imieniu innych przedsiębiorców (konkurentów), którym bezzasadnie odebrano prawo konkurowania o uzyskanie

zamówienia. Skoro zaś żaden podmiot odwołania nie złożył, to oznacza, że warunki udziału w postępowaniu w ocenie żadnego z potencjalnych wykonawców nie były przeszkodą w złożeniu oferty. Uprawnienie do odwołania od treści SIWZ przysługuje bowiem każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia oraz sama deklaracja, że jest się zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Raz jeszcze podkreślam, że w tym postępowaniu nie złożono żadnego odwołania, stąd nie było podmiotów które wskazywały na ograniczenie konkurencyjności domagając się np., zmiany postanowień SIWZ.

Na marginesie warto też zasygnalizować, że podobne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z tożsamym przedmiotem zamówienia, odbywały się w wielu miastach Polski, czyniąc praktykę w tym zakresie utrwaloną.

Z uwagi na powyższe stwierdzić trzeba, że nie naruszono zapisów art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i tym samym wnioskuję o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego pkt 12 ppkt 3 i 4.

PREZYDENT


Tomasz Budasz

