

Uchwała nr 38/ 2012
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 11 kwietnia 2012 roku

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Miasta i Gminy
Twardogóra do wystąpienia pokontrolnego z dnia 27 lutego 2012 r.
Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a oraz art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577, z późn. zm.), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu

oddala w całości

zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Twardogóra dotyczące wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym.

Uzasadnienie

W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 27 lutego 2012 r. (znak WK.60/432/K-116/11), skierowanym do Burmistrza Miasta i Gminy Twardogóra, Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu, działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, wskazała na nieprawidłowości i uchybienia, stwierdzone w trakcie przeprowadzonej w okresie od 22 grudnia 2011 r. do 5 stycznia 2012 r. kontroli doraźnej, której przedmiotem było stosowanie przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych przy wydatkowaniu środków publicznych na organizację „Dni Twardogóry” w latach 2004–2011. Szczegółowe ustalenia kontroli zawiera protokół podpisany przez inspektora kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu.

Pismem z dnia 12 marca 2012 r. (znak OR.1710.2.2011; data wpływu do Izby 15 marca 2012 r.) Burmistrz Miasta wniósł zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych zawartych w wystąpieniu pokontrolnym. Burmistrz postawił Izbie zarzut naruszenia prawa poprzez błędną wykładnię, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie.

Regionalna Izba Obrachunkowa przedmiotowymi wnioskami zaleciła podjęcie stosownych działań mających na celu wyeliminowanie stwierdzonych nieprawidłowości oraz niedopuszczenie do ich ponownego wystąpienia w przyszłości poprzez przestrzeganie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) — zwanej dalej „Pzp” — w szczególności dotyczących wyboru odpowiedniego trybu udzielania zamówień publicznych, stosownie do postanowienia zawartego w art. 10 ustawy, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Wnioski zostały sformułowane w związku z ustaleniem kontroli, że w latach 2004–2008 dochodziło do nieprawidłowości przy wyborze wykonawcy na organizację „Dni Twardogóry”. Umowy na organizację koncertów zespołów występujących podczas „Dni Twardogóry” oraz ich obsługę techniczną w zakresie: dostarczenia, montażu i obsługi telebimu; dostarczenia, montażu i obsługi sprzętu nagłaśniającego; realizacji światła i dźwięku; dostarczenia, montażu i demontażu rusztowań Layhera zawierano bez stosowania przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych z jedną firmą — PROART Artur Kułakowski. Wartość podpisanych i zrealizowanych umów wyniosła: w 2004 r. — 72.100 zł, w 2005 r. — 99.000 zł, w 2006 r. — 98.000 zł, w 2007 r. — 106.880 zł, a w 2008 r.

— 167.901,87 zł. Zgodnie z obowiązującymi w latach 2004–2008 zapisami art. 4 pkt 8 Pzp, ustawy nie stosowało się, jeżeli wartość zamówienia nie przekraczała równowartości kwoty 6.000 euro, a od 11 czerwca 2007 r. 14.000 euro, uwzględniając zatem wartość udzielonych zamówień, przy wyborze podmiotu realizującego te zamówienia należało stosować przepisy ww. ustawy.

Kontrolujący ustalili, że zawieranie umów w latach 2004–2008 z firmą PROART Artur Kułakowski nie stanowiło udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, tylko w zakresie obsługi technicznej działalności artystycznej oraz pośredniczenia pomiędzy występującymi artystami a Zamawiającym (firma PROART Artur Kułakowski nie posiadała wyłączności na organizowanie koncertów występujących podczas „Dni Twardogóry” zespołów oraz wokalistów). Tym samym przy wyborze firmy, która zajmowała się obsługą techniczną organizowanych koncertów oraz pośredniczeniem pomiędzy występującymi zespołami a Zamawiającym, Zamawiający powinien zastosować podstawowe tryby udzielania zamówień, o których mowa w art. 10 Pzp.

Burmistrz Miasta i Gminy Twardogóra oraz Skarbnik, korzystając z uprawnienia określonego w art. 9 ust. 1a ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, odmówili podpisania protokołu, wyjaśniając na piśmie (znak OR.1710.2.2011 z dnia 23 stycznia 2012 r.) przyczyny tej odmowy.

Te same w istocie przyczyny stanowiły podstawę wniesionych przez Burmistrza zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych. W złożonych zastrzeżeniach Burmistrz zarzucił Izbie błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie:

- art. 4 pkt 8 w związku z art. 32 Pzp — poprzez przyjęcie, że wartość zamówienia w poszczególnych latach 2004–2008 przekraczała kwoty określone w art. 4 pkt 8 ustawy,
- art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp — poprzez przyjęcie, że udzielenie zamówienia firmie PROART w trybie przewidzianym w tym przepisie nie spełniało przesłanek w nim zawartych,
- art. 10 Pzp — poprzez przyjęcie, że udzielenie zamówienia firmie PROART winno odbyć się przy zastosowaniu trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

Zdaniem Burmistrza błędne jest założenie, iż wartości zamawianych poszczególnych koncertów w danym roku należało sumować, bowiem zlecenie dla każdego wykonawcy było oddzielnym zamówieniem w myśl art. 32 Pzp. „Gmina przyjęła formułę polegającą na tym, że umowy podpisywane były dla danego, każdorazowo innego wykonawcy, z wynagrodzeniem dla danego wykonawcy i warunkami specyficznymi dla danego wykonawcy, a nie formułę polegającą na wyłonieniu firmy, ponieważ nie było takiej zasadności ani celowości. Kontrolujący błędnie przyjęli, jakoby wynagrodzenia określone w poszczególnych umowach przysługiwały firmie PROART (...). Wartością zamówienia nie było, jak wynika to z zawartych umów, wynagrodzenie firmy PROART, a wynagrodzenie przysługujące danemu wykonawcy za wykonany koncert”.

Ponadto Burmistrz wskazał, że istniały przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, bowiem:

- „– każda z umów zawierana była na usługę artystyczną (...),
- działalność zamawianych artystów była niepowtarzalna i mogła być wykonywana wyłącznie przez nich,
- każda z zawieranych umów określała wyłącznie wynagrodzenie dla artystów (...) płatne na ręce PROART (...),
- zawierane umowy nie przewidywały jakiegokolwiek wynagrodzenia za koncert dla firmy PROART,
- firma PROART działała w imieniu i na rzecz każdego z wykonawców, co potwierdzają zapisy niektórych umów”.

a „art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy pzp dopuszcza możliwość udzielania zamówień z wolnej ręki w przypadku zamówienia »w zakresie działalności twórczej lub artystycznej«, które może być świadczone przez jednego wykonawcę, co nie przesądza, że danego wykonawcę nie może w tym zakresie reprezentować i podpisywać umowy na jego rzecz przedstawiciel, w tym przypadku firma PROART, przy czym bez znaczenia jest ilu przedstawicieli dany wykonawca posiada”.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej odnosząc się do przedstawionych zastrzeżeń stwierdziło, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 14.000 euro (od 11 czerwca 2007 r., a przed tą datą — 6.000 euro). Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w każdym przypadku, gdy zachodzi okoliczność kwalifikowania zamówienia jako podlegającego wyłączeniu ze względu na wartość, zamawiający winien mieć na uwadze przepisy o ustalaniu wartości zamówienia zawarte w ustawie, a w szczególności o zakazie dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 32 ust. 2).

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami, konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W literaturze przedmiotu powszechnie przyjmuje się, że w tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym lub podobnym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Tak więc, jeżeli udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Kolegium Izby stwierdziło, iż z ustaleń kontroli jednoznacznie wynika, że przy organizacji „Dni Twardogóry” w latach 2004–2008 taka przedmiotowa, podmiotowa, jak również czasowa tożsamość miała miejsce. Zamówień na organizację koncertów wykonawców oraz ich obsługę techniczną w poszczególnych latach udzielano bowiem w tym samym czasie, zaś podmiotem realizującym te zamówienia był jeden wykonawca — firma PROART Artur Kułakowski.

Zamawiający mógł udzielić tych zamówień w częściach, jednak powinien był w tym przypadku uwzględnić dyspozycję art. 32 ust. 4 Pzp, w świetle której — jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W takiej sytuacji, dla każdego odrębnego postępowania prowadzonego w celu udzielenia części zamówienia, przyjąć należało wartość całego zamówienia i ona miała decydujące znaczenie dla zastosowania określonych przepisów ustawy. Ponieważ w każdym z lat 2004–2008 łączna wartość zamówień „częstkowych” przewyższała określone w art. 4 pkt 8 Pzp kwoty obligujące do stosowania przepisów ustawy, to zamawiający zobowiązany był do ich przestrzegania przy zlecaniu każdego z zadań „częstkowych”.

W tym stanie rzeczy Kolegium uznało, iż zarzut błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 4 pkt 8 w związku z art. 32 Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do możliwości zastosowania przy udzielaniu zamówień na organizację koncertów wykonawców oraz ich obsługę techniczną trybu zamówienia z wolnej ręki określonego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, Kolegium Izby zważyło, iż udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach podstawowych, tj. w przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zarówno sądów cywilnych, jak i administracyjnych, przesłanki zastosowania tego trybu należy interpretować ściśle, z uwagi na fakt, że stanowią one wyjątek od zasady udzielenia zamówień w trybie konkurencyjnym. Zamawiający powinien zatem z dużą ostrożnością podchodzić do oceny spełniania takich przesłanek.

W wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. (III RN 16/01) Sąd Najwyższy stwierdził, że „jeżeli ustawa Pzp dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki tylko w sytuacji, gdy »ze względu na szczególnie rodzaj dostaw, usług lub robót budowlanych można je uzyskać tylko od jednego

dostawcy lub wykonawcy», to oznacza to, że skorzystanie z tej możliwości jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca, ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko, znanego mu już wcześniej, wykonawcy”.

Podobnie wypowiadał się również wielokrotnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości, m.in. w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C 126/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec, gdzie stwierdził, że „wszelkie odstępstwa od ogólnych zasad odnoszących się do procedury zamówień publicznych muszą być interpretowane w sposób ścisły, zaś ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne”. Trzeba zatem pamiętać, że zamawiający nie może dokonywać rozszerzającej interpretacji przesłanki, z której chce skorzystać udzielając zamówienia z wolnej ręki. W przypadku sytuacji spornej, budzącej wątpliwość, powinien pamiętać, że to na nim ciążyć będzie obowiązek udowodnienia rzeczywistego wystąpienia wyjątkowych, obiektywnych okoliczności uzasadniających odstąpienia od podstawowych trybów udzielenia zamówienia.

Regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowią w istocie implementację art. 31 pkt 1 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jeżeli z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy.

Przesłanka dotycząca przyczyn twórczych i artystycznych powinna być interpretowana w oparciu o przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.). Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Z powyższego wynika, że do przedmiotu działalności twórczej można zaliczyć wszelkiego rodzaju zamówienia, w wyniku których powstają dzieła mające charakter utworów, tj. takie dzieła, z którymi wiąże się prawa autorskie wykonawcy. Przykładowo wskazać można na (najczęściej zamawiane przez zamawiających) dokumentacje projektowe, koncepcje architektoniczno-urbanistyczne, koncepcje organizacji wystaw, festiwali itp. Bez wątpienia są to utwory w rozumieniu wyżej wymienionej ustawy, do których każdorazowo zastosowanie znajdują przepisy odnoszące się do działalności twórczej.

Tak więc uznać należy, iż wybór artysty występującego na określonym festiwalu jest uzasadniony tym, iż tylko jeden wykonawca może świadczyć określoną usługę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Taka podstawa prawna jest prawidłowa i można wówczas wybrać konkretnego artystę w trybie zamówienia z wolnej ręki. Konstrukcja art. 67 Pzp pozwala więc na wybranie konkretnego artysty, jednak w każdym takim przypadku należy wskazać, która z przesłanek określonych w tym przepisie ma zastosowanie. Najczęstszą przyczyną jest ochrona praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 pkt 1 lit. b). A zatem można wybrać konkretnego artystę z uwagi na to, iż dysponuje on prawami autorskimi do swojego utworu (który jest przedmiotem wykonawstwa) lub też prawami pokrewnymi — jak to się dzieje w przypadku najrozmaitszych występów. W praktyce często jest tak, że umowa nie jest podpisywana bezpośrednio z artystą, ale z agencją artystyczną reprezentującą jednego lub więcej artystów. Agencja nie dysponuje jednak prawami autorskimi ani prawami pokrewnymi, które pozostają przy artyście. A zatem przesłanka określona w art. 67 ust. 1 lit. b Pzp nie może mieć zastosowania przy wyborze agencji artystycznej. Usługi świadczone przez agencję nie mieszczą się również w zakresie działalności twórczej lub artystycznej, a o których stanowi art. 67 ust. 1 lit. c, gdyż są to usługi zwykłego pośrednictwa (reprezentacji). A zatem i ta przesłanka (art. 67 ust. 1 lit. c) nie może być w tej sytuacji zastosowana. Pozostaje zatem wyłącznie art. 67 ust. 1 lit. a, a więc „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze”. Zastosowanie tego przepisu ma wyjątkowy charakter tzn. należy udowodnić, iż wybór agencji związany jest z tym, iż obiektywnie inny wykonawca (inna agencja) nie może zrealizować usługi. Dzieje się tak wtedy, gdy agencja posiada wyłączność na reprezentację określonego artysty. W pozostałych przypadkach, jeżeli artystę może reprezentować kilka agencji wówczas nie można zastosować art. 67 ust. 1 lit. a Pzp. W tej konkretnej sytuacji firma PROART nie dysponowała wyłącznością

na organizowanie koncertów występujących artystów, a w zawartych umowach wyraźnie zapisywano, że wynagrodzenie będzie przysługiwało Wykonawcy, którym zgodnie z umową była właśnie firma PROART Artur Kułakowski. Ponadto na rynku działa wiele firm zajmujących się organizowaniem koncertów różnych zespołów, oferujących różne stawki za ich koncerty.

W tym stanie rzeczy brak było przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i należało przy zlecaniu tych zadań zastosować tryby konkurencyjne przewidziane w Pzp. Kolegium uznało więc, że sformułowany przez Burmistrza zarzut błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przez Izbę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego Kolegium zwraca uwagę, że wybór wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 Pzp powoduje, iż zamawiający musi zrealizować określone obowiązki dokumentacyjne. Wynika to ze stosowania przepisów ogólnych do każdego trybu postępowania przetargowego, w tym do zamówienia z wolnej ręki. Ustawa przewiduje pewne zwolnienia i uproszczenia, jednakże należy pamiętać o tym, iż również w tym trybie konieczne jest udokumentowanie postępowania. Tak więc konieczne jest wystosowanie zaproszenia do negocjacji (art. 68 ust. 1 Pzp). Z przeprowadzonych negocjacji powinien zostać (w celach dowodowych) spisany protokół, poświadczający, że przeprowadzono negocjacje z wykonawcą (o czym mowa w art. 66). Niezależnie od tego należy sporządzić pisemny protokół z postępowania (art. 96). Najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca winien złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 68 ust. 2). Istotnym obowiązkiem zamawiającego w tym trybie jest obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 95 ust. 1).

Badana przez kontrolujących dokumentacja za lata 2004–2008 nie zawierała żadnych dokumentów poświadczających, że przy zawieraniu umów na organizację „Dni Twardogóry”, w podanym wyżej okresie, w jakimkolwiek zakresie stosowano przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu postanowiło jak w sentencji.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Przewodnicząca Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

Lucyna Hanus