

Dz. - 0911/6/2011

## ZASTĘPCA PREZYDENTA MIASTA

IR.1710.3.2012

29 11 2012

Gliwice, .....

nr kor. UM-580362/2012/MK



Pani  
**Izabela Jakubowska**  
**Wiceprezes**  
**Urzędu Zamówień**  
**Publicznych**  
ul. Postępu 17 a  
02-676 Warszawa

ul. Zwycięstwa 21  
44-100 Gliwice  
Tel. +48 32 231 30 41  
Fax +48 32 231 27 25  
boi@um.gliwice.pl  
[www.gliwice.eu](http://www.gliwice.eu)

W odpowiedzi na pismo proszę powołać się na nr sprawy: IR.1710.3.2012

**Dotyczy:** kontrola doraźna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach – roboty dodatkowe – instalacje elektryczne niskoprądowe” (nr KZ/1263/11).

**Zastępca**  
**Prezydenta Miasta**

ul. Zwycięstwa 21  
44-100 Gliwice  
Tel. +48 32 231 78 22  
Fax +48 32 231 27 25  
zp1@um.gliwice.pl

### **Zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm. - zwanej dalej: u.p.z.p.) zgłaszam niżej wskazane umotywowane zastrzeżenia do wyników kontroli przedstawionych w „*Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki*” nr UZP/DKD/GM/30736/11896/12 z dnia 22 listopada 2012r. (doręczonej w dniu 22 listopada 2012r.) dotyczącej zamówienia publicznego pn. „*Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach – roboty dodatkowe – instalacje niskoprądowe*” udzielonego przez Miasto Gliwice w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. „b” u.p.z.p. o wartości zamówienia 1.702.201,09 zł (443.423,05 euro), 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” u.p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego z naruszeniem art. 10 i art. 7 u.p.z.p.,
4. nierozważenie w sposób wszechstronny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie.

### Mając na uwadze wyżej wskazane zastrzeżenia wnoszę 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” u.p.z.p. dla udzielania zamówienia dodatkowego było zgodne z przepisami u.p.z.p.;
- uznanie, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 10 oraz art. 7 u.p.z.p.

### Uzasadnienie

#### Ad. 1

W pierwszej kolejności Zamawiający pragnie podkreślić, iż tryb zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy pozwalający na udzielenie zamówienia podmiotowi, który nie został wyłoniony w procedurze konkurencyjnej. Powyższe oznacza, iż 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.

Należy zauważyć, 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 wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż zostały spełnione przesłanki udzielenia przez Miasto Gliwice zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. „b” u.p.z.p.

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 nieściśle 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 rzezone 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 Instytucji Kontrolującej 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 podkreśla ponadto, iż nie ma przepisów, które nakazywałyby oczekiwać Zamawiającemu na wejście w życie przepisów wykonawczych i wstrzymywać 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 stwierdzić, iż Instytucja Kontrolująca błędnie przyjęła, iż konieczność wykonania zamówienia dodatkowego nie powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

#### **Ad. 2**

Zamawiający nie może zgodzić się ze stwierdzeniem, że stan faktyczny nie stanowił sytuacji, której nie można było przewidzieć i nie może być uznany za okoliczność uzasadniającą skorzystanie przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 5 lit. „b” u.p.z.p..

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.

#### **Ad. 3**

Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. „b” u.p.z.p. a jedynie dokonano błędnej wykładni przepisów u.p.z.p., a w szczególności wykładni zwrotu „*sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia*” i w konsekwencji przyjęto, że Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego z naruszeniem przepisów prawa. Instytucja Kontrolująca nie wzięła 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.

Tym samym za zupełnie nieuzasadnione należy uznać twierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 10 i art. 7 u.p.z.p.

#### **Ad. 4**

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 należy podkreślić, iż wytyczne PZPN w tej sprawie zostały przyjęte *Uchwałą IV/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.

Należy ponadto zaznaczyć 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 ustalaniem opisu przedmiotu zamówienia podstawowego

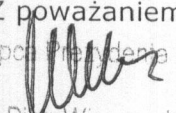


z uwagi na brak punktu odniesienia – aktu wykonawczego do ustawy z 2009r.

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).

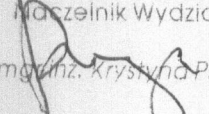
Nie można więc zgodzić się z tezą *Informacji*, iż minimalna wysokość ogrodzenia zewnętrznego stadionu została określona w § 5 ust. 1 wskazanych wytycznych PZPN czyli na długo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i w związku z powyższym Zamawiający uzasadniając potrzebę 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.

**Mając na uwadze powyższą argumentację wnoszę jak w petitum niniejszego pisma.**

Z poważaniem  
Zastępca Prezydenta Miasta  
  
Piotr Wieczorek

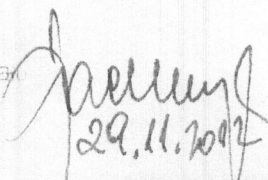
W załączeniu:

1. Wytyczne Ekstraklasy SA z dnia 15.12.2009r. - *System Ekstraklasa. Karta kibica. Wymagania dla systemów stadionowych*
2. 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.
3. Uchwała IV/51 z dnia 30.03.2010r. Zarządu Polskiego Związku Piłki Nożnej w sprawie identyfikacji osób uczestniczących w meczach piłki nożnej będących imprezami masowymi

29.11.2012  
Naczelnik Wydziału  
  
mgr inż. Krystyna Pilsyk

Zastępca Naczelnika wydziału  
Inwestycji i Remontów

Manusia Komidziński

  
29.11.2012