

Warszawa, dnia 3.04.2015 r.

UZP/DKD/WKZ/421/18 (3) 15/MT

KNZ/ 7 /15

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający:	Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych ul. Jagiellońska 74 03 – 301 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	669 170,76 zł (158 387,36 euro)
Środki UE:	Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Pismem z dnia 1 października 2014 r. (pismo znak: WZP/WIS/U-332-24/14) Zamawiający na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: ustawą Pzp, zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu) o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, którego przedmiotem było przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013.

W uzasadnieniu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki Zamawiający opisał jedynie czynności podjęte w procedurze konkursowej.

W dniu 30 maja 2014 r. Zamawiający – Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych w siedzibą w Warszawie – przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o konkursie na przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 4 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 106-187152.

W myśl pkt 3.1 Regulaminu konkursu przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji i założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007 – 2013.

Zgodnie z sekcją IV pkt 5.1 poz. 2 i 3 ogłoszenia o konkursie oraz pkt 15.2 Regulaminu konkursu, nagrodą w konkursie było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora projektu zwycięskiego. Mianem projektu zwycięskiego miała zostać określona praca konkursowa, której Sąd Konkursowy przyzna najwyższą liczbę punktów. Negocjacje z wolnej ręki miały na celu zawarcie umowy o zamówienie publiczne na przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013.

W ramach procedury konkursowej zostały złożone 4 prace konkursowe. Pismem z dnia 8 września 2014 r. Zamawiający zawiadomił uczestników konkursu o rozstrzygnięciu konkursu. Sąd Konkursowy najwyższą ilość punktów przyznał pracy konkursowej należącej do firmy Brandcomm Polska Spółka z o.o., Sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Słomińskiego 15/510.

Organizator konkursu w dniu 15 września 2014 r. przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o wynikach konkursu. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 179-316582 w dniu 18.09.2014 r.

W dniu 1 października 2014 r. do firmy Brandcomm Polska Spółka z o.o., Sp. k. skierowano zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki.

Negocjacje w sprawie ustalenia warunków realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odbyły się w dniu 3 października 2014 r. w siedzibie Zamawiającego. W dniu 6 października 2014 r. zawarto umowę z firmą Brandcomm Polska Spółka z o.o., Sp. k. z siedzibą w Warszawie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający dodatkowo poinformował, iż przedmiot udzielonego zamówienia z wolnej ręki nie wykraczał poza zakres pracy konkursowej. Dodał jednak, iż w trakcie negocjacji poprzedzających zawarcie umowy wprowadzono:

- 1) zmiany w harmonogramie realizacji usługi bez zmiany terminu zakończenia realizacji zamówienia przewidzianego w Regulaminie konkursu;
- 2) obowiązek przygotowania przez Wykonawcę dwóch dodatkowych propozycji filmów, w celu ewentualnej zamiany w stosunku do propozycji złożonej w pracy konkursowej (konieczność przedstawienia propozycji dwóch filmów wynikała z treści Regulaminu konkursowego i nie wpływała na wartość zamówienia oraz termin jego realizacji;
- 3) zmianę rodzaju reklamy w trzech (z ośmiu) tytułach prasowych z reklamy typu insert materiałów reklamowych na reklamę konsekwentną (zgodnie z Regulaminem konkursu Wykonawca zobowiązany był do wskazania rodzaju reklamy projektu w prasie; zmiana nie wpłynęła na wartość zamówienia oraz na termin jego realizacji).

Zamawiający dodał, iż powyższe zmiany zostały uwzględnione w Protokole z negocjacji przeprowadzonych z Wykonawcą.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 110 ustawy Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Również definicja zawarta w art. 1 pkt 11 lit. e) Dyrektywy 2004/18/WE stanowi, iż konkurs oznacza procedurę, która umożliwi instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez sąd konkursowy, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród.

Podstawowa różnica wskazująca na odmienność regulacji dotyczących konkursów od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynika z samej istoty konkursu, który jest przyrzeczeniem publicznym, w wyniku którego nie dochodzi do zawarcia umowy

o udzielenie zamówienia. Konkurs nie stanowi zatem trybu udzielenia zamówienia, może natomiast przeprowadzenie takiego postępowania poprzedzać i stanowić etap przygotowania do realizacji określonego zamierzenia inwestycyjnego. Należy podkreślić, iż prace konkursowe przedkładane w ramach konkursu, określonego w art. 110 ustawy Pzp – stanowią uzewnętrzniony rezultat indywidualnej, twórczej działalności uczestników konkursu, polegającej na przedstawieniu planu, wizji bądź koncepcji realizacji idei lub założeń określonego przedsięwzięcia, zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Organizatora Konkursu. Konkurs ma zatem na celu przeprowadzenie możliwie najszerszej konfrontacji twórczych pomysłów dotyczących przedmiotu konkursu.

Natomiast zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia może być wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp).

Wykładnia językowa zwrotu „szczegółowe opracowanie” stanowi, iż „opracowanie” oznacza rozprawę, pracę poświęconą jakiemuś zagadnieniu lub czyjeś działalności. Szczegółowe opracowanie w przypadku pracy konkursowej należy zatem rozumieć jako uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia, tak aby możliwa była – na podstawie takiego szczegółowego opracowania – realizacja planowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nadanie jej wymiaru materialnego.

Zgodnie z pkt 3.3. Regulamin konkursu:

1. Przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji i szczegółowych założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego 2007-2013 (RPO WM). Podstawą kampanii mają być 3 filmiki viralowe prezentujące „dobre praktyki” (wybrane projekty realizowane/zrealizowane w ramach RPO WM). Za zebranie materiałów merytorycznych odpowiedzialne są obie strony – podstawowe informacje na temat wybranych projektów przekaże Organizator, natomiast do zadań Wykonawcy/Uczestnika będzie należało ich uzupełnienie. Kampania ma być przeprowadzona w co najmniej 3 mediach i jej przekaz musi być spójny dla wszystkich

zaproprowanych kanałów/mediów i jej elementów, np. kadry z virali mogą być użyte w projektach graficznych wykorzystywanych do outdooru.

2. Zakres rzeczowy opracowania pracy konkursowej:

2.1 Opracowanie, strategii i szczegółowej koncepcji oraz hasła i logotypu kampanii wirusowej, przy czym koncepcja kampanii musi:

- obejmować pomysły kreacyjne we wszystkich nośnikach, narzędziach i działaniach,*
- gwarantować spójność wizerunkową dla wszystkich form przekazu,*
- być wykorzystana w logotypie słowno-graficznym ze sloganem kampanii, w mediach wizualnych oraz we wspólnym motywie muzycznym/słowno-muzycznym i/lub identyfikatorze dźwiękowym w mediach dźwiękowych.*

2.2 Opracowanie koncepcji kreatywnej dla 3 virali – kreacja ma być przedstawiona w formie tekstowej (założenia realizacyjne scenariusz) i graficznej (do zaprezentowania kreacji mają być użyte rysunki/zdjęcia).

2.3 Zaplanowanie mediów, w których kampania ma być przeprowadzona – co najmniej 3 różne nośniki przekazu, wraz z rekomendacjami (w oparciu o aktualne badania marketingowe, z IV kwartału 2013 r.), oraz z podaniem wszystkich wskaźników jakie mają być osiągnięte w ramach kampanii.

2.4 Opracowanie harmonogramu kampanii, w której będą opisane wszystkie terminy potrzebne na opracowanie koncepcji założeń do kampanii wirusowej oraz produkcję elementów kreatywnych kampanii, czas trwania i terminy kampanii w rozbiciu na poszczególne media i nośniki, badania marketingowe, itd. Do Wykonawcy/Uczestnika konkursu należy ustalenie ile czasu ma trwać kampania wirusowa, żeby osiągnęła wymierne skutki w jak największej liczby odbiorców, ale przy jej planowaniu trzeba wziąć pod uwagę, że wszystkie prace związane z realizacją zamówienia, włącznie z opracowaniem i dostarczeniem raportu z kampanii, muszą być zakończone najpóźniej do dnia 10 grudnia 2014 r.

2.5 Opracowanie metodologii badań marketingowych kampanii składających się z dwóch niezależnych etapów – badanie testowe kreacji reklamowych i badanie efektywności kampanii (badania pretestowe, posttestowe).

Zgodnie z § 1 przedmiotem umowy zawartej w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, objętego niniejszą kontrolą, było:

1. Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej na podstawie zwycięskiej pracy konkursowej, która będzie zawierała opracowanie koncepcji i założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013 w regionie mazowieckim.

2. Wykonawca w ramach zamówienia zobowiązuje się do:

- a) zakupu mediów wraz z nośnikami,*

- b) *realizacji kampanii (produkcja, postprodukcja, obsługa techniczna, emisja),*
 - c) *przygotowania raportu z realizacji kampanii,*
 - d) *badania marketingowe dotyczące kampanii składające się z dwóch niezależnych etapów – badanie testowe kreacji reklamowych i badanie efektywności kampanii (badania pretestowe i posttestowe pozwalające ocenić kampanię), wraz z raportem z badań zawierającym podsumowanie dotyczące testu kreacji reklamowych i efektywności kampanii oraz analizę tych wyników,*
 - e) *przygotowania raportu z realizacji kampanii zawierającego podsumowanie dotyczące efektywności kampanii oraz rekomendacje na przyszły rok na podstawie przeprowadzonych badań.*
3. *Szczegółowy wykaz prac został określony w zwycięskiej pracy konkursowej stanowiącej integralną część umowy (załącznik nr 1).*
 4. *Wykonawca zobowiązuje się do rozpowszechniania przez cały czas trwania kampanii informacji o współfinansowaniu kampanii ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego – zgodnie z Księgą Identyfikacji Wizualnej 2007/2008 Narodowej Strategii Spójności oraz Wytycznymi dla beneficjentów w zakresie działań informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007–2013.*
 5. *W ramach przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zakresu prac wskazanych w załączniku nr 1, stanowiącego jej integralną część.*
 6. *Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, z zasadami sztuki, z należytą starannością wymaganą przy tego rodzaju usługach oraz z uwzględnieniem interesów Zamawiającego.*

W świetle powyższego nie sposób uznać, aby zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jako nagroda w konkursie, które jest przedmiotem niniejszej kontroli, stanowiło szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

Należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było de facto wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż tak określony zakres umowy obejmował stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia. Po pierwsze, wskazuje na to już sam tytuł zawartej umowy z wolnej ręki, a mianowicie: „*Umowa na usługę dotyczącą przygotowania i przeprowadzenia kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013*”. Po drugie, treść § 1 ust. 1 i 2

umowy, jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazuje czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. zakupem mediów wraz z nośnikami, realizacją kampanii (produkcja, postprodukcja, obsługa techniczna, emisja), przygotowaniem raportu z jej realizacji oraz rozpowszechnianiem przez cały czas trwania kampanii informacji o jej współfinansowaniu ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego. Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na realizację przedsięwzięcia, którego koncepcja była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. W zawartej umowie brak jest wymienionych elementów odnoszących się do szczegółowego opracowania pracy konkursowej. W zakres zamówienia wchodzi bowiem usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem konkursu mogą być bowiem jedynie takie działania, wyraźnie oznaczone w przyrzeczeniu, które mają charakter utworu, jako że do skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia, którego zakres przedmiotowy wykracza poza dopuszczalne dla konkursu ramy jest sprzeczne z ratio legis wprowadzenia możliwości przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu który ma realizować przedsięwzięcie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z uchwałą KIO/KD 12/14 z dnia 5.03.2014 r.: *„Rola postępowania konkursowego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jest bowiem ograniczona do niezbędnej działalności twórczej, oczekiwanej od podmiotu mającego szczególne predyspozycje. Tym samym błędne lub niewłaściwe ustalenie zasad konkursu (tu – w zakresie przewidzianej dla jego zwycięzcy nagrody) nie może być uzasadnieniem dla następczego nieprawidłowego udzielenia zamówienia publicznego na realizację określonego zadania inwestycyjnego”*.

Należy zwrócić uwagę, iż w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki Zamawiający podał jedynie informacje związane z czynnościami proceduralnymi przeprowadzonymi przez siebie w ramach konkursu i w ramach wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, nie wyjaśniając, w jaki sposób przedmiot zamówienia z wolnej ręki stanowi szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.03.2014 r. (znak: KIO/KD 12/14) wskazano, iż: *„Prześlanką*

uzasadniająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika expressis verbis z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 ustawy Pzp i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – vide art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp)”.

Dalej w tej samej uchwale KIO podkreślono iż: „ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej. Także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, jako że – po pierwsze – przepis zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast – po drugie – wydaje się, że pojęć użytych w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego „opracowanie utworu” i art. 111 ust. 2 ustawy „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej” nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy)”.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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