

Sygn. akt KIO/KD 66/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 1 sierpnia 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 lipca 2014 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Województwo Małopolskie**

ul. Basztowa 22

31 – 156 Kraków

dotyczących informacji o wyniku kontroli z dnia 30 czerwca 2014 r.,  
(znak: UZP/DKD/KND/8/14)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

**zakup przez Województwo Małopolskie usług promocyjnych**  
**w ramach realizacji 16 filmów dokumentalnych,**  
**których konspekty scenariuszy zostały zgłoszone do Programu „Filoteka**  
**Małopolska” i wybrane decyzją Zarządu Województwa Małopolskiego**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Andrzej Niwicki**

**Anna Packo**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

### Uzasadnienie

- I. Województwo Małopolskie (zwane dalej: Zamawiającym) na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w trybie z wolnej ręki przeprowadziło postępowanie na zakup usług promocyjnych w ramach realizacji 16 filmów dokumentalnych, których konspekty scenariuszy zostały zgłoszone do Programu „Filmoteka Małopolska” i wybrane decyzją Zarządu Województwa Małopolskiego. W toku kontroli tego postępowania, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzono naruszenia następujących przepisów:
- 1) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) Prawa zamówień publicznych - ponieważ istnieje obiektywna możliwość dokonania wyboru wykonawcy realizującego usługi promocji spośród różnych podmiotów zdolnych do jego realizacji, zatem Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania do udzielenia przedmiotowych zamówień trybu wolnej ręki; konsekwencją powyższego jest również naruszenie art. 4 pkt 8, art. 32 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ łączna wartość zamówień publicznych udzielonych w trybie z wolnej ręki na usługę promocji przekraczała równowartość kwoty 14 000 euro, ponieważ wszystkie koncepcje wiązały się ze sobą tematycznie i miały realizować jeden cel – promocję Województwa Małopolskiego - w oryginalnych produktach filmowych o charakterze dokumentalnym, dokumentujących wydarzenia, miejsca oraz ludzi związanych jednoznacznie z Małopolską, w dwóch kategoriach: „Małopolska dawniej” oraz „Małopolska dziś”, zamawiający winien był dokonać wyboru wykonawców tego przedsięwzięcia w sposób konkurencyjny;
  - 2) art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez ustalenie przez Zamawiającego wartości szacunkowych szesnastu zamówień z wolnej ręki na zakup usług promocyjnych w ramach realizacji szesnastu filmów dokumentalnych w kwocie brutto, a zgodnie z art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatków od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością;
  - 3) art. 68 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w toku postępowania nie złożono aktualnego odpisu z właściwego rejestru oraz oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (oświadczenia złożono po dacie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego);
  - 4) art. 95 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie niezwłocznego

zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeń o udzieleniu szesnastu zamówień publicznych zawartych w trybie z wolnej ręki na zakup usług promocyjnych.

W dniu 8 lipca 2014 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli, w których nie zgadzał się z ustaleniami kontroli. Opisywał walory i specyfikę każdego z szesnastu filmów, i wskazywał na „faktyczną i obiektywną niemożność wykonania usługi promocyjnej przez innego wykonawcę, nizin wyłoniony w konkursie, z uwagi na niepowtarzalność i indywidualne cechy każdego z konspektów scenariuszy”. Wskazywał także na istnienie swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki.

Oдноśnie błędnie oszacowanej wartości zamówienia, Zamawiający wskazywał, że zawarto szesnaście odrębnych umów, co do których zachodzą przesłanki do wyłączenia spod działania reżimu Prawa zamówień publicznych i nie ma podstaw do zsumowania ich wartości. Wskazywał również, że art. 4 pkt 3 lit g Prawa zamówień publicznych ma zastosowanie do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu telewizji lub internecie. Co do opróżnienia w publikacji ogłoszenia podnosił, że publikacja nastąpiła najszybciej, jak to możliwe, uwzględniając przyczyny obiektywne (nie wskazał jednak, jakie). Oдноśnie braku oświadczeń – podniósł, że zaistniała oczywista omyłka ze strony osób składających oświadczenia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 lipca 2014 r., odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, potrzymał stanowisko dotyczące stwierdzonych naruszeń, opisane w Informacji o wyniku kontroli.

**II.** Oceniając stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego odnoszące się do naruszeń opisanych w Informacji o wyniku kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

Izba podzieliła całość ustaleń organu kontrolującego, zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, zarówno co do stanu faktycznego, jak i jego konsekwencji prawnych.

Oдноśnie się do zastrzeżeń Zamawiającego co do wyniku kontroli Izba po pierwsze badała, czy nie było podstaw do wyłączenia stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 3 lit g Prawa zamówień publicznych, na co powoływał się Zamawiający. Zgodnie z tym przepisem, Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania do zamówień, których przedmiotem jest

nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie.

Kwestia ta była analizowana w toku kontroli – jak wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 lutego 2014 r. oraz z dnia 24 kwietnia 2014 r. kilkakrotnie podkreślał, iż przedmiotem kontrolowanych zamówień była usługa promocji Województwa Małopolskiego w ramach realizacji filmów dokumentalnych wraz z nabyciem prawa do wykorzystania filmów w celach promocyjnych, poprzez zakup licencji niewyłącznej do filmów z prawem udzielania sublicencji, a nie dostawa konkretnego produktu - filmu, którego produkcja jednak, w przedmiotowych postępowaniach, stanowiła niezbędny warunek realizacji usługi promocji. Wyprodukowane filmy w opinii Zamawiającego wykorzystywane były jedynie jako „nośnik” treści promocyjnych, a wynagrodzenie wykonawców z tytułu realizacji usługi promocyjnej nie obejmowało kosztów produkcji filmu. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2014 r. podnosił, że Województwo Małopolskie nie jest producentem, ani koproducentem przedmiotowych filmów, jak również nie nabyło produkcji filmowych. Na mocy zawartych umów Województwo zakupiło wyłącznie usługi promocyjne, oraz licencję niewyłączną do filmów, natomiast wykonawca zobowiąże się do wyprodukowania filmu na podstawie wybranego konspektu scenariusza, gdyż był to warunek konieczny i niezbędny do zrealizowania na rzecz zamawiającego usług promocyjnych. Ponadto Zamawiający podkreślał, iż nadrzędnym celem objętych umowami zamówień była promocja Województwa poprzez utrwalenie wydarzeń, miejsc, ludzi związanych z Małopolską w postaci filmów dokumentalnych, budowanie pozytywnego wizerunku Małopolski jako regionu dokumentującego swoją historię i teraźniejszość, tworzenie klimatu do rozwoju produkcji filmowych w Małopolsce oraz wspieranie rozwoju artystycznego i promocja twórczości filmowej. Na podstawie takich wyjaśnień, Prezes Urzędu oparł wniosek, iż nadrzędnym celem nabycia usług objętych przedmiotem zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki była promocja Województwa Małopolskiego, a nie emisja nabytych filmów w telewizji, czy Internecie. Skoro sam Zamawiający twierdzi, że na podstawie zawartych umów nabył usługi promocyjne – nie podlegające wyłączeniu spod stosowania Prawa zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 3 lit g Prawa zamówień publicznych – to Izba nie mogła nie podzielić wniosków Prezesa UZP w tym zakresie.

Po drugie, Izba badała ewentualne naruszenie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) Prawa zamówień publicznych, i w tej kwestii także zgodziła się z Prezesem UZP.

Nie ma żadnych wątpliwości, że w przypadku przedmiotowego zamówienia nie mogła się ziszczyć przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie zaistniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Słusznie Prezes UZP zauważa w Informacji o wyniku kontroli, że wskazana w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) Prawa zamówień publicznych przesłanka, warunkująca dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca, świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym przepisami.

Nie można również zasadnie powoływać się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Prawa zamówień publicznych, tj. na przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych.

Zamawiający uprzednio przeprowadził nabór do Programu „Filmoteka Małopolska” - wpłynęły 74 zgłoszenia, z czego 16 Zamawiający odrzucił z uwagi na niespełnienie wymogów Regulaminu Programu. Następnie uchwałą nr 756/13 z dnia 13 czerwca 2013 r. Zarząd Województwa Małopolskiego dokonał wyboru 16 z 58 zdolnych do realizacji zamówienia wykonawców. W konsekwencji 16 wykonawcom udzielił zamówienia (będącego przedmiotem kontroli) z wolnej ręki, m. in. z powołaniem się na ochronę praw wyłącznych.

W Informacji o wyniku kontroli zauważono, co następuje: „Należy wskazać, iż samo wykazanie przez zamawiającego, iż zamierza nabyć usługę, która jest objęta ochroną wynikającą z praw wyłącznych, nie jest wystarczające – konieczne jest wykazanie, iż na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu (substytutu) takiej usługi. Jeżeli taki substytut danej usługi lub produktu istnieje, to zamawiający nie może preferować danej usługi lub produktów objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli obiektywnie inne produkty lub usługi mogą zaspokoić w ten sam sposób jego potrzeby związane z realizacją zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że poszczególni wykonawcy mogą zaproponować różne koncepcje wykonania zamówienia, oraz że rezultat wykonania usługi będzie objęty ochroną prawną – autorską. Stwierdzić jednak należy, iż przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy nie uprawnia zamawiającego do nabycia w trybie z wolnej ręki każdej usługi lub produktu, z którym związane będą czyjeś prawa autorskie, bowiem takich usług lub produktów na rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą być one nabywane w każdym przypadku z pominięciem trybów konkurencyjnych, to idea zamówień publicznych pozbawiona byłaby sensu. Zatem, aby odwołać się do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), niezbędne jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, czego w przedmiotowych sprawach zamawiający nie uczynił.

Należy również wskazać, iż zamawiający dokonał wyboru 16 poszczególnych scenariuszy spośród 74 z zaniechaniem stosowania trybów wskazanych w ustawie. Zatem arbitralne działanie zamawiającego, polegające na wybraniu spośród wielu koncepcji zgłoszonych przez różnych wykonawców, kilkunastu nie może stanowić podstawy do powołania się na prawa wyłączne." Izba w pełni podziela powyższe spostrzeżenia. Zamówienie udzielone nieprawidłowo – bez stosowania trybów przewidzianych w Prawie zamówień publicznych - nie może być podstawą do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

Nie może być również wątpliwości co do pozostałych stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń. Wbrew twierdzeniom zawartym w ekspertyzie sporządzonej na rzecz Zamawiającego (w aktach sprawy), na przeszkodzie zsumowaniu wartości wszystkich szesnastu zamówień (w celu oszacowania zamówienia) nie stała zróżnicowana tematyka poszczególnych filmów. Co do braku złożenia przez wykonawców wszystkich wymaganych dokumentów i opóźnienia w publikacji ogłoszenia – Zamawiający z tymi faktami, stwierdzonymi w toku kontroli, w umotywowanych zastrzeżeniach zasadniczo nie polemizował.

Po przeprowadzeniu kontroli, w dniu 29 lipca 2014 r. Zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej ekspertyzę z dnia 28 lipca 2014 r., sporządzoną przez Firmę Usługowo-Doradczą Doradca, A. B., P. B. Sc z Krakowa (ekspertyzę tę Izba uznała za dodatkowe stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do wyników kontroli), w której wskazano przede wszystkim, że Zamawiający „był uprawniony do kreowania strategii Województwa poprzez realizację Programu którego elementem jest budowanie pozytywnego wizerunku".

Izba zgadza się z wyżej zacytowanym poglądem – Zamawiający ma prawo do autopromocji, niemniej prawo powinien to realizować zgodnie z przepisami: Zamawiający mógł, jeżeli nabywał usługi promocyjne, zastosować odpowiedni tryb przewidziany przepisami Prawa zamówień publicznych (przetarg, konkurs), względnie pozyskać materiały programowe – a nie usługi promocyjne - w oparciu o przepis art. 4 pkt 3 lit g Prawa zamówień publicznych (bez stosowania ustawy).

Reasumując, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w całości, w wyniku czego uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie mogą zostać uwzględnione.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak na wstępie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....