

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
z dnia 14 lipca 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Polskie Radio spółka akcyjna, al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKD/WKZ/421/23(3)/15/GK

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

dostarczenie wyników badania Radio Track dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce w 2015 roku

prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Przemysław Dzierzędzki
	Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2015 r. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 maja 2015 r. uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polskie Radio spółka akcyjna w Warszawie udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, powołując się na przesłankę opisaną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie wyników badania Radio Track dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce w 2015 roku (umowa zawarta z Wykonawcą – Millward Brown S.A. w dniu 9 marca 2015 r.). Przedmiot umowy, zgodnie z § 3 umowy obejmował dostarczenie Licencjobiorcy (Zamawiającemu) wyników badań oraz udzielenie niewyłącznej licencji na korzystanie z wyników badań.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 maja 2015 r., iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W uzasadnieniu powyższej informacji stwierdzono, iż z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego, wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania, będącego przedmiotem kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa). Zamawiający w zawiadomieniu wskazał, że badanie Radio Track realizowane przez firmę Millward Brown S.A. – jest jedynym w Polsce ciągłym badaniem pomiarowym dotyczącym słuchalności stacji radiowych umożliwiającym w szczególności wskaźnikową analizę rynku radiowego pod kątem znajomości stacji, zasięgu dziennego, udziału w rynku, czasu słuchania jak i struktury audytorów poszczególnych rozgłośni. Zamawiający podniósł, że badanie jest monomedialne, tj. dedykowane wyłącznie radiu. Próba badawcza składa się z dwóch podprób – jednej ogólnopolskiej, drugiej nadreprezentacji miejskich. Badanie jest reprezentatywne pod względem płci, wieku, regionu, wielkości miejscowości zamieszkania, a od października 2012 r. również pod względem zmiennej wykształcenia. Obejmuje całe audytorium radiowe na poziomie ogólnopolskim, regionalnym i lokalnym w odniesieniu do słuchaczy w wieku 15 – 75 lat. Dodatkowo dwa razy w roku metodą dzienniczkową badane są zwyczaje słuchania radia. Dane te przy użyciu modelu matematycznego, służą do konstrukcji mediaplanów i wyliczania wartości wskaźników medialnych kampanii reklamowych.

Zamawiający poinformował, że badanie Radio Track jest realizowane na podstawie jednolitej metody i sposobu ankietowania respondentów w sposób ciągły od 13 lat. Posiadanie tego standardu pozwala na uzyskanie spójnych metodologicznie i na bieżąco

kontrolowanych danych, które są narzędziem powszechnie stosowanym w analizach rynku i planowaniu radiowych kampanii reklamowych w większości największych agencji reklamowych w Polsce oraz stosowanym przez większość polskich nadawców radiowych.

Zamawiający dodał, że zakres badania, co za tym idzie jego koszt oraz potrzeba wypracowania jednego obowiązującego standardu badań radiowych skutkowało powstaniem w 2001 r. tzw. Komitetu Technicznego Badań Radiowych, którego zadaniem było określenie standardu badań oraz wybranie jego wykonawcy. Po prezentacji ofert i wielu dyskusjach konkurs ofert został rozstrzygnięty w listopadzie 2001 r. Komitet Techniczny, reprezentujący wówczas wszystkich najważniejszych radiowych nadawców w Polsce wskazał ofertę SMG/KRC Poland-Media S.A. (obecnie: Millward Brown S.A.) jako spełniającą w największym stopniu oczekiwania Komitetu.

Zamawiający wskazał, że jednym z zasadniczych czynników wyboru było jednoznaczne opowiedzenie się przez Stowarzyszenie Agencji Reklamowych za badaniem Radio Track i jego wykonawcą. W czerwcu 2004 r. Komitet Badań Radiowych, w skład którego wchodzi obecnie Grupa RMF, Eurozet, Agora S.A., Time S.A., wysłał zapytania ofertowe do siedmiu instytutów badawczych w celu ponownego wyboru wykonawcy, który będzie prowadził badania w latach 2005-2006. Jednym z podstawowych warunków branych pod uwagę przy rozpatrywaniu ofert było utrzymanie dotychczasowej metodologii. Zamawiający poinformował, że do przetargu stanęło pięć firm: IQS and Quant Group, GfK Polonia, TNS OBOP, SMG/KRC Poland-Media S.A. i Expert Monitor. Spośród zaproszonych nie wzięły udziału Pentor i Pracownia Badań Społecznych z Sopotu. W ostatnim etapie przetargu rozważane były dwie propozycje: SMG/KRC Poland-Media S.A. i TNS OBOP. We wrześniu 2004 r. KBR rozstrzygnął konkurs i podjął decyzję o wyborze oferty SMG KRC Poland-Media S.A. KBR przedłużył umowę z firmą SMG KRC Poland-Media Polska S.A. na prowadzenie badania radiowego (obecnie: Millward Brown S.A.) na kolejne lata. W 2015 r. KBR również zawarł z Millward Brown S.A. umowę na realizację powyższego badania. W tej sytuacji wykonawcą jedyne w naszym kraju badania radiowego jest firma Millward Brown S.A.

Zamawiający dodał, że metodologia badań Radio Track opracowana została z uwzględnieniem realiów polskiego rynku radiowego. W związku z tym zastąpienie ww. badań, badaniami rynku radiowego przeprowadzanymi w innych krajach Unii Europejskiej, które oparte są na odmiennej metodologii (metodologii uwzględniającej realia unijnego rynku radiowego lub realia rynku radiowego danego kraju) nie pozwoliłoby przede wszystkim na otrzymanie miarodajnych wyników i – co istotne – na porównanie badań posiadanych przez Spółkę z badaniami posiadanych przez pozostałych nadawców radiowych. W konsekwencji takie badania zamazałyby i zakłóciłyby rzeczywisty udział Polskiego Radia S.A. nie tylko w polskim rynku reklamowym, ale i rynku radiowym. Zamawiający wskazał, że takie badania

nie zostałyby uznane na rynku polskim, co ograniczałoby możliwości pozyskania przez Spółkę reklamodawców oraz zniekształciłoby faktyczny obraz wyników słuchalności programów Polskiego Radia S.A.

Według Zamawiającego w świetle powyższych faktów, zakup wyników ciągłych badań przeprowadzanych przez Millward Brown S.A. dla całego rynku radiowego to jedyny dostęp do powszechnie przyjętego i funkcjonującego na rynku radiowym standardu badawczego.

Zamawiający wskazał, że Millward Brown S.A. jest jedynym wykonawcą w Polsce i w Unii Europejskiej mogącym świadczyć badanie Radio Track w 2015 r. i nie ma badań równoważnych, które pozwoliłyby na osiągnięcie tych samych wyników, jakie pozyskiwane są z badań Radio Track.

Zamawiający podniósł, że konieczność posługiwania się badaniami o charakterze uznanych standardów rynkowych, jak również inne przytoczone w niniejszym wniosku argumenty potwierdzają, że przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczenie udzielenia przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której na rynku występuje tylko jeden wykonawca (firma Millward Brown S.A.) świadczący tego rodzaju usługi.

Wobec takiego stanowiska Zamawiającego, Prezes UZP wskazał, co następuje:

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Stosownie do dyspozycji zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

W tym miejscu należy podkreślić, iż dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej adekwatny do założeń Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować. Ponadto należy zaznaczyć, iż sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów opcjonalnie mogących zrealizować dane zamówienie, automatycznie wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Prezes Urzędu w sprawie objętej kontrolą zasięgnął opinii biegłego sądowego ustanowionego przy Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Biegły przeprowadził rozeznanie rynku wśród potencjalnych wykonawców, przesyłając do podmiotów zajmujących się badaniami rynku następujące pytania:

- 1) Czy reprezentowany przez Panią/Pana Instytut Badawczy miał w styczniu 2015 roku potencjał do wykonania tego zamówienia?
- 2) Czy w styczniu 2015 roku reprezentowany przez Panią/Pana Instytut Badawczy dysponował narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce?

W odpowiedzi otrzymał następujące informacje:

- 1) od firmy Questus, że nie wykonywała tego typu badań i nie dysponuje stosownymi narzędziami i metodologią,
- 2) od firmy Zymetria, że jest małą agencją badawczą, specjalizującą się w badaniach przez Internet, która nie posiada własnych zasobów realizacyjnych poza internetowymi społecznościami badawczymi,
- 3) od firmy Spotlight Research, że przy CATI korzysta z usług zewnętrznych dużego studia CATI, które także wykonuje z sukcesem badania dla większych instytutów badawczych. Spotlight Research nie ma gotowej metodologii, ale patrząc na wskaźniki na stronie radiotrack.pl nie są to autorskie, skomplikowane parametry. Z racji na brak potrzeby Spotlight Research nie ma gotowego oprogramowania, przeglądarki, ale to zdaniem Spotlight Research w dzisiejszym świecie nie jest problem. Rozmówca ocenił także, że biorąc pod uwagę podejście Spotlight Research, można byłoby usprawnić pewne dotychczasowe narzędzia i dopasować do potrzeb radiotracka,
- 4) od firmy IR Center, że potencjałem do realizacji badania dysponuje każda firma, która ma kontakt z sieciami ankieterskimi (w Polsce sieci ankieterskich jest sporo, a kontakty z nimi mają wszystkie firmy badawcze). Nie stwierdziła jednak jednoznacznie, czy IR Center dysponowała narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A.,
- 5) od Centrum AGABA, że jest mniejszą jednostką i zajmuje się obecnie innymi rodzajami badań,

- 6) od firmy Estymator, że nie dysponuje potencjałem do realizacji przedmiotowego badania,
- 7) od firmy Expert 2, że nie miała potencjału badawczego pozwalającego na realizację przedmiotowego badania,
- 8) od pracowni badawczej CoCreation, że nie realizuje tego typu badań i w styczniu 2015 r. nie podjęłaby się tego typu badania,
- 9) od instytutu badawczego Combine, że nie miał w styczniu 2015 r. potencjału do wykonania tego zamówienia,
- 10) od firmy Meritum, że nie miała potencjału badawczego pozwalającego na realizację przedmiotowego badania,
- 11) od Instytutu Badań Pollster, że był w stanie przeprowadzić takowe badanie oraz, że realizuje on bardzo podobne badanie dla jednej ze spółek należącej do grupy mediowej ZPR Media. Potwierdził także, że Instytut Badań Pollster dysponował narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 12) od firmy Ogólnopolski Panel Badawczy Sp. z o.o., że badanie tego typu bez najmniejszych problemów jest w stanie przeprowadzić zdecydowana większość firm badawczych działających na polskim rynku oraz że tego typu deklaratywny pomiar można też znacznie zoptymalizować kosztowo poprzez zmianę metodologii i np. realizację na platformach CAWI. Zapytany dodatkowo nie udzielił odpowiedzi, czy Ogólnopolski Panel Badawczy Sp. z o.o. miał w styczniu 2015 roku potencjał do wykonania tego zamówienia oraz czy dysponował narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 13) od firmy IMAS International Sp. z o.o., że byłaby w stanie wykonać takie zlecenie oraz że dysponuje ona narzędziami i metodologiami do wykonania takiej pracy,
- 14) od firmy Nielsen, że dysponuje ona odpowiednimi narzędziami (m.in. urządzeniami PPM – portable peplemeter, które w sposób elektroniczny mierzą audytoria radiowe) oraz prowadzi z powodzeniem badania radiowe na wielu rynkach, jest standardem w USA i ma odpowiednią metodologię i rozwiązania dotyczące przygotowania próby i prezentacji wyników,

- 15) od Instytutu Badawczego IPC Sp. z o.o., że w styczniu 2015 r. miał potencjał do wykonania tego zamówienia oraz że w styczniu 2015 r. dysponował narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 16) od Grupy IQS, że w styczniu 2015 roku miała ona potencjał do wykonania tego zamówienia oraz że w styczniu 2015 roku dysponowała narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 17) od firmy Research Park, że nie miała w styczniu 2015 r. potencjału do wykonania tego zamówienia,
- 18) od firmy Ipsos Polska, że miała ona zarówno potencjał jak i narzędzia do prawidłowej realizacji tego badania,
- 19) od firmy PBS Sp. z o.o., że nie potrafi odpowiedzieć, czy instytut PBS Sp. z o.o. miał w styczniu 2015 r. potencjał do wykonania tego zamówienia oraz czy dysponował narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 20) od Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Sp. z o.o., że w styczniu 2015 r. miało potencjał do wykonania tego zamówienia oraz że w styczniu 2015 r. dysponowało narzędziami i metodologiami, które mogłyby zostać wykorzystane zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Millward Brown S.A. do realizacji badania dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce,
- 21) od firmy GfK Polonia Sp. z o.o., że dysponowała stosownym potencjałem do wykonania takiego projektu, zarówno w zakresie odpowiedniego zaplecza technicznego, metodologicznego i organizacyjnego,
- 22) od firmy Inquiry, że nie zajmuje się monitorowaniem mediów,
- 23) od Pracowni Badań i Doradztwa „Re-Source”, że nie dysponuje potencjałem oraz narzędziami i metodologiami koniecznymi do realizacji przedmiotowego zamówienia,
- 24) od instytutu ARC Rynek i Opinia Sp. z o.o., że w styczniu 2015 r. miał on potencjał do wykonania badania słuchalności stacji radiowych w Polsce w sposób podobny do badania Radio Track. Zastrzeżono, przy tym, że badania Radio Track jest marką,

którego właścicielem jest jedna z agencji badawczych i badania słuchalności stacji radiowych w Polsce, które mogłyby zrealizować instytut ARC Rynek i Opinia Sp. z o.o. nie mogłoby używać nazwy Radio Track.

Na podstawie przeprowadzonego badania biegły stwierdził, iż *w styczniu 2015 roku firmy badawcze, konkurencyjne w stosunku do wykonawcy wybranego przez Zamawiającego, miały potencjał do wykonania przedmiotowego zamówienia.* Biegły uzyskał bezpośrednie potwierdzenie, że potencjałem takim dysponowały przynajmniej: Instytut Badań Pollster, IMAS International Sp. z o.o., Grupa Nielsen, Instytut Badawczy IPC Sp. z o.o., Grupa IQS, Ipsos Polska, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Sp. z o.o., GfK Polonia Sp. z o.o. oraz ARC Rynek i Opinia Sp. z o.o. Biegły wskazał także, że *z przeprowadzonego badania wynika, że nie można wykluczyć, aby także inne firmy badawcze konkurencyjne w stosunku do wykonawcy wybranego przez Zamawiającego, miały w styczniu 2015 r. potencjał do wykonania przedmiotowego zamówienia.*

Na podstawie informacji uzyskanych od działających na polskim rynku instytutów badawczych biegły stwierdził ponadto, że *w styczniu 2015 roku istniały narzędzia i metodologie innych firm, które mogłyby zostać wykorzystane przez Zamawiającego zamiennie w stosunku do narzędzi i metodologii wykorzystywanych przez Wykonawcę wskazanego przez Zamawiającego.*

Tym samym, rynek obejmujący przedmiot zamówienia postępowania w trybie z wolnej ręki był i jest rynkiem konkurencyjnym. W momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz udzielenia zamówienia istniało, co najmniej kilka kompetentnych podmiotów, które posiadały odpowiedni potencjał, narzędzia oraz doświadczenie i wiedzę, aby zrealizować przedmiot zamówienia objęty niniejszą kontrolą. Okoliczność istnienia, co najmniej kilku wykonawców, którzy byli w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie powoduje, iż w analizowanym stanie faktycznym nie zachodziła sytuacja, w której zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Należy stwierdzić, iż wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy okoliczności powinny mieć charakter obiektywny tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z decyzji Zamawiającego.

Należy także dodać, że konieczność wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nie może wynikać z wcześniej zawartych umów przez Zamawiającego. Okoliczność zawarcia umów, na podstawie których zamawiający korzystał już z usług danego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na kolejną usługę. Jak bowiem wskazał Zamawiający w zawiadomieniu wybór wykonawcy Millward Brown S.A. uzasadniony jest między innymi faktem, że firma ta została wybrana przez Komitet Techniczny Badań Radiowych jako dostawca wyników badań stacji radiowych i dostarcza je

od 2001 r. Przyjęcie założenia, że ze względu na wcześniejsze zobowiązania jej wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia prowadzi do sztucznego monopolu na rynku na którym, jak to zostało wykazane powyżej, działają podmioty konkurencyjne. Na poparcie powyższych twierdzeń właściwym jest przywołanie uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO-KD 8/09) w której wskazano, iż *czynności podjęte przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie mogą bowiem niejako "wymuszać" zawierania kolejnych umów na konkretną usługę z tym samym wykonawcą. Zamawiający poprzez takie działanie, tj. dokonując wyboru podmiotu, z którym zawarł już umowę (...) prowadzi do sztucznego ustanowienia wskazanego wykonawcy w roli podmiotu monopolistycznego, co zamknęło drogę do podjęcia realizacji zamówienia innym podmiotom.*

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego dotyczącego możliwości porównania badań posiadanych przez Zamawiającego z badaniami posiadanyymi przez pozostałych nadawców radiowych należy podnieść, że przedmiotem umowy zawartej w trybie z wolnej ręki nie jest porównanie wyników badań lecz ich realizacja i dostarczanie przez cały 2015 rok. Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 96/12) (...) *Techniczne przyczyny umożliwiające świadczenie danej usługi przez jednego wykonawcę, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, należy odnieść do przedmiotu zamówienia i jego relacji z potencjalnymi wykonawcami. Przyczyn tych nie należy doszukiwać się w problemach z porównywalnością przez Zamawiającego wyników badań realizowanych w ramach dotychczasowych zamówień (...) Jeżeli zatem brak jest takiego elementu przedmiotu zamówienia (analiza porównawcza wyników badań) to nie sposób przyjąć, iż biegły i tym samym Prezes UZP miałby uwzględnić tą okoliczność w materiałach kontrolnych. Jak wyżej wskazano przesłanka techniczna uregulowana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp obejmuje i za swój punkt odniesienia ma relację wykonawca – przedmiot zamówienia, a nie relację zamawiający – wynik badań stanowiący realizację przedmiotu zamówienia z innych postępowań (uwzględniający możliwość lub brak możliwości dokonania analizy porównawczej wyników badań z różnego okresu czasu).*

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Od tak sformułowanej informacji o wyniku kontroli Zamawiając w dniu 9 czerwca 2015 r. wniósł zastrzeżenia. W zastrzeżeniach podtrzymał dotychczasowe stanowisko i podał, że wybrał jeden standard, a „w toku przeprowadzonej kontroli nie zostały wzięte pod uwagę obiektywne okoliczności związane z uwarunkowaniem i funkcjonowaniem rynku radiowego, a

zwłaszcza radiowego rynku reklamowego, na którym wyniki badań słuchalności radia są wykorzystywane do pozyskiwania reklamodawców i w konsekwencji środków finansowych, przeznaczanych na utrzymanie i finansowanie Spółki. Wszystkie komercyjne spółki radiowe korzystają z tego standardu, a Polskie Radio musi posługiwać się tym samym standardem, który „obowiązuje wszystkie stacje radiowe w Polsce” i „wyniki innego badania słuchalności radia, mimo zastosowania tej samej metodologii badawczej, co Radio Track, nie są akceptowane przez podmioty rynku reklamowego” (to ostatnie to byłby może dobry argument, ale nie widzę na to żadnych dowodów).

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP, i zważyła, co następuje.

Zastrzeżenia Zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

Nie można nie podzielić generalnych twierdzeń organu kontrolującego, że prymat w zamówieniach publicznych mają konkurencyjne tryby udzielania zamówień, a przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki muszą podlegać wykładni ścisłej.

Izba podzieliła ustalenia faktyczne Prezesa UZP, a ponadto, na podstawie akt kontroli, ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający - Polskie Radio spółka akcyjna w Warszawie udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostarczenie wyników badania Radio Track dotyczącego słuchalności stacji radiowych w Polsce w 2015 roku (umowa zawarta z Wykonawcą – Millward Brown S.A. w dniu 9 marca 2015 r.). Przedmiot umowy, zgodnie z § 3 umowy obejmował dostarczenie Licencjobiorcy (Zamawiającemu) wyników badań oraz udzielenie niewyłącznej licencji na korzystanie z wyników badań. Zgodnie z treścią definicji z § 1 umowy jako wyniki badań rozumie się: bazy danych, dane wstępnie opracowane, dane ostatecznie opracowane oraz analizy. Zgodnie z § 4 umowy, Wykonawca będzie udostępniał wyniki badań także Komitetowi Badań Radiowych.
2. Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 22 stycznia 2015 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki wskazał, m.in. iż „zakres badania, co za tym idzie jego koszt oraz potrzeba wypracowania jednego obowiązującego standardu badań radiowych skutkowało powstaniem w 2001 r. tzw. Komitetu Technicznego Badań Radiowych, którego zadaniem było określenie standardu badań oraz wybranie jego wykonawcy.”

W ocenie Izby Zamawiający w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, i w dalszych pismach, nie wyjaśnił wystarczająco następujących kwestii:

- dlaczego, zdając sobie sprawę z wysokiego kosztu badania, to właśnie Zamawiający ten koszt ponosi, a nie Komitet Badań Radiowych („zakres badania, co za tym idzie jego koszt oraz potrzeba wypracowania jednego obowiązującego standardu badań radiowych skutkowało powstaniem w 2001 r. tzw. Komitetu Technicznego Badań Radiowych, którego zadaniem było określenie standardu badań oraz wybranie jego wykonawcy.” – zawiadomienie z dnia 22 stycznia 2015 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki);
- dlaczego zlecającym badanie nie jest Komitet Badań Radiowych, skoro jest on stroną umowy z Wykonawcą na realizację tego badania (wynika to m.in. z załącznika nr 3 do umowy – oświadczenia Millward Brown SA: „W roku 2015 obowiązuje umowa na realizację badania zawarta między Milward Brown SA a Komitetem Badań Radiowych”);
- dlaczego, skoro w 2004 r. możliwe było zorganizowanie postępowania, którego warunkiem było „utrzymanie dotychczasowej metodologii”, nie było to możliwe w dniu udzielenia kontrolowanego zamówienia z wolnej ręki (Zamawiający we wszczęciu postępowania, opisując tło historyczne zamówienia, podaje, iż „W czerwcu 2004 r. Komitet Badań Radiowych, w skład którego wchodzi obecnie Grupa RMF, Eurozet, Agora S.A., Time S.A. wysłał zapytania ofertowe do siedmiu instytutów badawczych w celu ponownego wyboru wykonawcy, który będzie prowadził badania w latach 2005-2006. Jednym z podstawowych warunków branych pod uwagę przy rozpatrywaniu ofert było **utrzymanie dotychczasowej metodologii**. Zamawiający poinformował, że do przetargu stanęło pięć firm: IQS and Quant Group, GfK Polonia, TNS OBOP, SMG/KRC Poland-Media S.A. i Expert Monitor. Spośród zaproszonych nie wzięły udziału Pentor i Pracownia Badań Społecznych z Sopotu. W ostatnim etapie przetargu rozważane były dwie propozycje: SMG/KRC Poland-Media S.A. i TNS OBOP.”) Wydaje się, że obecnie powinno być znacznie więcej możliwości technicznych i organizacyjnych, niż w 2004 r., w zapewnieniu „utrzymania dotychczasowej metodologii”, co może być wymogiem postawionym w trybie konkurencyjnym;
- Zamawiający w ocenie Izby nie wyjaśnił w wystarczający sposób statusu Komitetu Badań Radiowych i swoich z nim związków – dlaczego Komitet ten ma wobec Zamawiającego swoiste uprawnienia „władcze” (skoro determinuje wybór trybu postępowania);
- Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego twierdzi (w zastrzeżeniach), że „wyniki innego badania słuchalności radia, mimo zastosowania tej samej metodologii badawczej, co

Radio Track, nie są akceptowane przez podmioty rynku reklamowego"; brak w tym względzie jakiegokolwiek dowodu.

Izba nie neguje faktów, które podaje Zamawiający w swoich kolejnych pismach, poczynając od zawiadomienia o wszczęciu postępowania, a mianowicie, że Komitet Badań Radiowych wybrał taką, a nie inną metodę badawczą, która jest praktykowana od lat, jednak z powodu braku wyjaśnienia kwestii, o których mowa wyżej, powołanie się na decyzję Komitetu Badań Radiowych nie spełnia w ocenie składu orzekającego przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Prawa zamówień publicznych. Chociaż opisywana przez Zamawiającego historia wyboru metodologii sięga 2001 r., to nie można – wobec braku całościowego wyjaśnienia przez Zamawiającego sytuacji – uznać, że okoliczności te mają charakter obiektywne.

Izba podziela stanowisko wyrażone w uchwale KIO KD/53/12, że „nieuprawnione jest generalizowanie, że każde zamówienie z wolnej ręki udzielone w oparciu o wcześniej zawartą umowę narusza przepisy ustawy Pzp.” (w tejże uchwale Izba, w zbliżonych okolicznościach faktycznych – inny podmiot był zamawiającym, ale podobny był rodzaj przedmiotu zamówienia – nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP i uznała zastrzeżenia za nieuzasadnione, jednak w tamtej sprawie Izba oparła swoje stanowisko przede wszystkim na nietrafnej opinii biegłego; w niniejszej sprawie Prezes UZP przeformułował pytania do biegłego zgodnie ze wskazówkami zawartymi w uzasadnieniu uchwały KIO/KD 53/12).

Zatem trzeba zaakceptować, że w pewnych wypadkach zawarcie przez instytucję zamawiającą wcześniejszych umów determinuje wybór trybu zamówienia z wolnej ręki. Niemniej jednak są to sytuacje wyjątkowe i muszą być należycie udokumentowane, a sekwencja zdarzeń musi być opisana w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. W niniejszej sprawie za okoliczność spełniającą powyższe wymogi nie można uznać twierdzenia, iż „większość nadawców używa badania Radio Track” (brak na to jakichkolwiek dowodów, ani nie wskazano, ilu, spośród istniejących nadawców, to „większość”), ani nakazu stosowania określonej metodologii wynikającej z wyboru KBR, skoro Zamawiający nie wyjaśnił statusu tego podmiotu, ani swoich z nim związków.

W ocenie Izby brakuje również dowodów na to, że badania wykonane inną metodą, niż Radio Track, będą nieporównywalne z wynikami dotychczasowych badań. Taki dowód mógłby przemawiać za istnieniem obiektywnej przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Prawa zamówień publicznych. Ankieta przeprowadzona przez biegłego natomiast pokazuje, że wykonawcy konkurencyjni wobec Wykonawcy, któremu udzielono kontrolowane zamówienie, podjęli by się wykonania badania zamiennego – Zamawiający w ocenie Izby nie wykazał, że wyniki takich badania byłyby faktycznie nieporównywalne z dotychczas uzyskanymi wynikami, a więc nieprzydatne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie

zaprzecza, że istnieją podmioty konkurencyjne wobec Wykonawcy, dlatego powinien albo wykazać, że inne wyniki badań byłyby rzeczywiście nieprzydatne, albo przeprowadzić udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym, aby zweryfikować, czy inne podmioty nie są w stanie wykonać zamówienia.

Z tych powodów Izba nie mogła uwzględnić zastrzeżeń Zamawiającego. Zastrzeżenia Zamawiającego, tak jak jego stanowisko prezentowane wcześniej, w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w ocenie Izby można uznać tylko za subiektywne przekonanie Zamawiającego o słuszności jego decyzji. Nie można wykluczyć, że stanowisko Zamawiającego jest oparte na obiektywnych okolicznościach, których jednak Zamawiający nie wykazał. Izba w tym względzie nie może prowadzić żadnego postępowania wyjaśniającego, swoją opinię, w formie uchwały, opierając jedynie na dokumentacji w aktach sprawy.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....