

Sygn. akt: KIO/ W 94/20

POSTANOWIENIE

z dnia 2 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 października 2020 roku wniosku z dnia 28 października 2020 roku, data wpływu 28 października 2020r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy, przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, w sprawie wniesionego odwołania w dniu 27 października 2020r.

przez odwołującego: PROEXE sp. z o.o. Al. Bohaterów Września 3/16, 02- 389 Warszawa
w postępowaniu powadzonym

przez zamawiającego: Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE ul. Rynek Nowowiejski
28, 87 -100 Toruń

na „Udostępnienie w drodze licencji wraz z hostingiem oraz obsługa techniczną platformy zdalnego dostępu do materiałów multimedialnych zwana dalej platforma streamingową oparta o technologie filmu na życzenie zwanej dalej VOD oraz transmisji na żywo zwanej dalej Live Stream numer ECFC 2600.2.2020”

postanawia

uchylić zakaz zawarcia umowy

Uzasadnienie

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono odwołanie od czynności Zamawiającego, wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2020 roku.

Działając na podstawie przepisu art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami, zwana dalej: „ustawą Pzp”), Zamawiający wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy w Postępowaniu, ponieważ brak zawarcia umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich Interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający w dniu 22 października br. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na przedmiotowe zamówienie wymienione we wstępie niniejszego postanowienia. Jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę Wykonawcy: INSYS Video Technologies Sp. z o.o. Sp. k., ul. Towarowa 37, 60-869 Poznań (dalej: „Wykonawca”).

- Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 27 października 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zasadniczo zarzucając Zamawiającemu, że powinien odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę.
- Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 183 ust. 2 ustawy PZP wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy w Postępowaniu, ponieważ brak zawarcia umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- Negatywne skutki dla interesu publicznego związane są przede wszystkim z zakresem zadań publicznych w zakresie kultury realizowanych przez Zamawiającego, jak również sposobem jego finansowania.
- Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE powstało na podstawie zawartej 29 września 2019 roku w Toruniu Umowy o wspólnym utworzeniu i współprowadzeniu państwowej instytucji kultury pomiędzy Ministrem Kultury i Dziedzictwa Narodowego — Wiceprezesem Rady Ministrów; Miastem Toruń, reprezentowanym przez Prezydenta Miasta

Torunia Pana Michała Zaleskiego oraz Fundacją TUMULT, reprezentowaną przez Prezidenta Fundacji — Pana M. Ż. Zarządzeniem z dnia 31 grudnia 2019 roku Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego nadał Europejskiemu Centrum Filmowemu CAMERIMAGE statut, a 2 stycznia 2020 roku instytucja została wpisana do Rejestru Instytucji Kultury prowadzonego przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego pod numerem 118/2020.

- Zgodnie z zapisami statutu, przedmiotem działalności ECFC jest obecnie: 1) współorganizacja i rozwój Festiwalu CAMERIMAGE, 2) prowadzenie działalności o charakterze wystawienniczym, kulturalnym, naukowym i edukacyjnym, w zakresie kinematografii i kultury audiowizualnej, 3) współpraca z instytucjami kultury, w tym muzeami, osobami fizycznymi, osobami prawnymi oraz jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w zakresie działalności statutowej ECFC, 4) inicjowanie współpracy między europejskimi twórcami filmowymi.

- Sposób finansowania bieżącej działalności i funkcjonowania ECF CAMERIMAGE od roku 2020 roku określiły zapisy wspomianej wyżej umowy nr MICIDN/DWIM/2019/3 o wspólnym utworzeniu i współprowadzeniu państwowej instytucji kultury pod nazwą Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE zawartej w Toruniu dnia 29 września 2019 roku (dalej: „Umowa”).

- Umowa stanowi, że Minister i Miasto zobowiązują się do zapewnienia ECF CAMERIMAGE, począwszy od roku 2020, środków na bieżącą działalność statutową, tj. dotację podmiotową oraz dotację celową na współorganizację festiwalu, w łącznej wysokości nie mniejszej niż 8 000 000,00 złotych rocznie, w tym na dotację podmiotową łącznie nie mniej niż 2 000 000,00 złotych, i na dotację celową na współorganizację festiwalu łącznie nie mniej niż 6 000 000,00 złotych.

- Ponadto, Miasto zobowiązuje się do zapewnienia ECF CAMERIMAGE środków finansowych niezbędnych do prowadzenia działalności statutowej w proporcji 500/0 kwot określonych w par. 4 ust. 1 (tj. dotacji podmiotowej w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych oraz dotacji celowej na współorganizację festiwalu w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000,00 złotych), a w punkcie 2 do przekazania w latach 2021 — 2025 środków w formie dotacji celowej na wydatki majątkowe, z zachowaniem proporcji finansowania z par. 2, ust. 5, w łącznej kwocie brutto nie wyższej niż 200 000 000,00 złotych, niezbędnych do wykonania prac inwestycyjnych, budowlanych, adaptacyjnych oraz wyposażenia

- ECF CAMERIMAGE współfinansuje Festiwal CAMERIMAGE w kwocie 6 000 000,00 złotych w 100% ze środków publicznych. Festiwal rozpoczyna się w sobotę 14 listopada 2020 roku, a ze względów pandemii, planowany jest również w wersji online.

- Całość Festiwalu zwykle kosztuje około 10 mln złotych, z czego pozostałą kwotę znajduje Fundacja Tumult, która również przynajmniej na poziomie 1 200 000,00 złotych korzysta ze środków publicznych, RPO i samorządowych środków województwa.

- Zamawiający chciałby podkreślić, że uchylenie zakazu zawarcia umowy w Postępowaniu jest konieczne dla zapewnienia bezproblemowej organizacji i przeprowadzenia festiwalu CAMERIMAGE, który pochłonie ok. 6 mln złotych pochodzących z różnych źródeł publicznych. Zamawiający ma świadomość, że pojmowanie „interesu publicznego” w zamówieniach publicznych nie może się jedynie ograniczać do indywidualnego interesu Zamawiającego. Tak jednak w tym przypadku nie jest. Festiwal CAMERIMAGE jest od blisko 30 lat imprezą międzynarodową, na którą przybywa niespełna 1000 operatorów z ponad 50 różnych krajów. Przez ten czas wyrobił sobie niekwestionowaną markę na świecie kultury i sztuki filmowej, goszcząc takie sławy, jak chociażby Quentin Tarantino, Richard Gere czy David Lynch. W czasie pandemii COVID-19 jedyną możliwością utrzymania międzynarodowego charakteru festiwalu jest przeprowadzenie festiwalu w wersji on-line za pomocą platformy. Możliwy (i bardzo prawdopodobny w obecnej sytuacji) lockdown państwa, jeszcze bardziej wymusza podjęcie zdecydowanych działań pozwalających na przeniesienie całego festiwalu do sieci. W okresie przedwakacyjnym, opierając się chociażby na oficjalnych informacjach z Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, czy też Ministerstwa Zdrowia, Zamawiający planował, że festiwal odbędzie się jednak w wersji off-line. Wystarczy przypomnieć, że Prezes Rady Ministrów w dniu 23 maja br. mówił o „opanowaniu epidemii w Polsce”. Jednak dynamicznie rozwijająca się sytuacja pandemiczna, której wtedy nie dało się przewidzieć, spowodowała konieczność zmiany planów Zamawiającego w tym zakresie.

Brak możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne bez zachowania okresu standstill spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Brak możliwości udzielenia w chwili obecnej zamówienia publicznego Wykonawcy spowoduje, że wybór ten odbędzie się zapewne w trakcie lub nawet po terminie festiwalu CAMERIMAGE. Jednakże bez udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego na obecnym etapie, festiwal CAMERIMAGE po prostu się nie odbędzie. Negatywne skutki dla interesu publicznego przejawiają się w tym, że wiele jednostek publicznych, w tym Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, poniosą nieuzasadnione milionowe wydatki, które do tej pory festiwal zdążył wygenerować. Prestiż samego festiwalu CAMERIMAGE będzie nie do odbudowania. Stracą na tym nie tylko jednostki zaangażowane w finansowanie przedsięwzięcia ze środków publicznych, lecz również przedsiębiorcy korzystający bezpośrednio lub pośrednio z jego organizacji, na wizerunku festiwalu CAMERIMAGE, jako jednej z najsłynniejszych polskich marek kończąc.

Jednocześnie Zamawiający chciałby wskazać, że uznaje, iż cena najkorzystniejszej oferty gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Skierowane do Wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny spowodowane było jedynie tym, że cena

całkowita jego oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przy czym należy zauważyć, że Średnia arytmetyczna cen ofert wyniosła 601.789,33 zł, a cena najkorzystniejszej oferty jest niższa o zaledwie 30,2% od średniej arytmetycznej cen ofert, a więc jest bardzo zbliżona do granicy, w przypadku której Zamawiający w ogóle nie miałby obowiązku wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego minimalizuje to możliwość udowodnienia przez odwołującego zastosowanie przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Z uwagi na powyższe argumenty, wnioskuję jak w we wstępie wniosku.

Izba dokonując oceny przedstawionej sytuacji formalnej i prawnej zamawiającego we wniosku wzięła pod uwagę grożącą możliwość nie wykonania umowy w sytuacji pandemii Covid 19 i to grożącej nie tylko po stronie organizatora festiwalu ale również organów biorących udział w zapewnieniu ochrony prawnej. Rozpoznając argumentację merytoryczną złożonego wniosku Izba uznała, że należy zezwolić na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę. Na uwagę zasługują okoliczności, że termin otwarcia festiwalu ma odbyć się niemalże na dniach to jest 14 listopada 2020r. Jest to również okoliczność, którą Izba wzięła pod uwagę, przy rozstrzygnięciu niniejszego wniosku, jako przemawiającą za uchyleniem zakazu zawarcia umowy. Okoliczność zadysponowania na organizację wielomilionowych nakładów środków publicznych i możliwość nie otwarcia festiwalu w terminie przewidzianym jest również okolicznością braną pod uwagę przy rozpatrywaniu przedmiotowego wniosku. Natomiast ochrona interesu, który jest przedmiotem rozważenia przy rozstrzygnięciu wniosku jest ochrona interesu wykonawcy, który podważa dokonany wybór najkorzystniejszej oferty z uwagi na postawiony zarzut rażąco niskiej ceny. Nie przesądzając co do zasady, że interes publiczny jest w każdej sytuacji bardziej chroniony niż interes indywidualny to w przedmiotowym wypadku, Izba ocenia jako wyżej chroniony interes publiczny, a to raz ze względu na wielomilionowe nakłady publiczne a po drugie markę międzynarodową znaku firmowego festiwalu. Reasumując w przedmiotowym wypadku interes publiczny jest niewspółmiernie wyższy niż ochrona interesu indywidualnego wykonawcy. Po pierwsze uszczerbek wnoszącego odwołanie nie jest związany bezpośrednio z wykonawcą wnoszącym odwołanie a jego konkurentem, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a co kwestionuje odwołujący. Po drugie zamawiający wykazał, że nie tylko zainwestowane są wielomilionowe środki publiczne, ale również w przypadku odwołania festiwalu straci na wartości marka narodowa jaką przedmiotowy festiwal reprezentuje na arenie międzynarodowej. Zamawiający we wniesionym wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy a zwłaszcza w jego uzasadnieniu przedstawił przedmiot argumentacji odwołującego, sformułowanej na tle zarzutu rażąco niskiej ceny. W zaistniałej sytuacji ale również mając na uwadze dyspozycję art.183 ustawy co do przesłanek uchylenia zakazu, Izba nie bierze przynajmniej z urzędu okoliczności powodzenia, bądź braku powodzenia złożonych zarzutów

odwołania. Tak więc argumentacja i jej trafność zawarta w odwołaniu nie jest brana pod uwagę w sytuacji rozstrzygnięcia przedmiotowego wniosku. Zamawiający z kolei powinien liczyć się z ewentualnymi sankcjami cywilnymi w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, co do których Izba nie wypowiada się rozstrzygając przedmiotowy wniosek o uchylenie zawarcia umowy. Reasumując argumentacja wnioskującego jest przekonująca i wyczerpuje przesłanki art.183 ust.1 ustawy.

W związku z powyższym wydano postanowienie jak w jego sentencji, podzielając argumentację zawartą we wniosku.

Jednocześnie Izba informuje, że w myśl art. Art. 183 ust.4 ustawy na niniejsze postanowienie Izby skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:.....