

Sygn. akt: KIO/KD 26/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 maja 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych dnia 10 kwietnia 2015 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych
ul. Jagiellońska 74,
03-301 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 kwietnia 2015 roku w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na **przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych, pismem z dnia 1 października 2014 r. zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 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 wyniku przeprowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacji z wybranym w uprzednio przeprowadzonym konkursie wykonawcą Brandcomm Polska Sp. z o.o. Sp.k., Zamawiający powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Udzielenie zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostało poprzedzone konkursem na opracowanie koncepcji i założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007 – 2013.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym Zamawiający naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazując na różnice pomiędzy zakresem przedmiotu zamówienia, objętym konkursem a zakresem przedmiotu zamówienia, udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdzić, że nie sposób uznać, aby zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki jako nagroda w konkursie stanowiło szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Wskazał, że 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. 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, pominał 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 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. Na poparcie swojego stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał fragmenty uchwały Krajowej Izby Odwoławczej KIO KD 12/14 z dnia 5.03.2014.

W dniu 10 kwietnia 2015 roku Zamawiający wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenia dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający podniósł, że przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie było postępowanie konkursowe (procedura), a jedynie czynności których dokonał Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej pracy konkursowej. Dalej Zamawiający wskazał na nieścisłość, która pojawiła się w informacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie podaje się, że z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że „(...) przedmiotem zamówienia może być wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (...)” oraz „(...) tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone (...)”. Zamawiający podniósł, że przywołany przepis art. 111 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera dodatkowych ostrych sformułowań „wyłącznie” oraz „tylko”. Z drugiej zaś strony przepis ten nie wskazuje również bezpośrednio na możliwość

jego rozszerzenia poza „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej”. Zdaniem Zamawiającego treść art. 111 ust. 2 ustawy Pzp nie wprowadza kategoriycznego ograniczenia, ale daje również możliwość dokonania pewnego rozszerzenia bardzo ogólnej definicji szczegółowego opracowania pracy konkursowej, zwłaszcza w przypadku takiego zamówienia, jakim jest kampania wirusowa. Zamawiający, nawiązując do powołanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uchwały KIO z dnia 5.03.2014 roku KIO KD 12/14, wskazał, że przeprowadził wszystkie 3 etapy inwestycji: 1. procedurę konkursową, 2. szczegółowe opracowanie wybranej w ramach konkursu koncepcji, stanowiące przedmiot prowadzonego w następstwie konkursu postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, 3. realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego. Wzajemne przenikanie się etapów 2 i 3, wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia, tj. kampanii wirusowej, jak również z faktu, iż kreacja (dzieło, praca twórcza, rozwinięcie i uszczegółowienie pracy konkursowej) i kampania (elementy techniczne, wykonawcze) są w przypadku koncepcji kampanii wirusowych nierozzerwalnie powiązane. Zarówno Zamawiający jak również Wykonawca wyraźnie wskazali, iż po zawarciu umowy, podstawowym zadaniem Wykonawcy będzie właśnie bardzo dokładne uszczegółowienie wszystkich elementów wchodzących w skład kreacji, które zostały nakreślone w pracy konkursowej. Jak wynika z definicji, wyrażenie „kreacja” oznacza ogólnie adaptację, akt tworzenia czegoś, zwykle dzieła sztuki. Definicja kreacji możliwa jest do określenia wyłącznie za pomocą pewnego zbioru haseł: pomysł, idea, grafika, dźwięk, wyjątkowość, charakter, wizerunek. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z czytelną dla Zamawiającego logiką etapowości, wpisaną w procedurę konkursową, zapis „opracowanie koncepcji i szczegółowych założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej” w przypadku konkursu oznaczał - wstępne opracowanie na potrzeby pracy konkursowej, natomiast w przypadku zawartej umowy - docelowe, szczegółowe opracowanie wstępnego opracowania koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej. Zamawiający nie zgodził się z sugestią, jakoby przeprowadzone przez niego postępowanie miało umożliwić uzyskanie „podmiotu, który ma realizować przedsięwzięcie, a nie uzyskanie „wytworów intelektualnych” a także z kwestionowaniem zasadności przeprowadzenia konkursu odnoszonym do jego przedmiotu. Przedmiotem konkursu było wstępne „opracowanie koncepcji i szczegółowych założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji” a więc niewątpliwie „wytwór intelektualny”. Przedmiot ten został także zachowany w kolejnym etapie postępowania, ponieważ w ramach zrealizowanej umowy „wytwór intelektualny” został twórczo przekształcony, a ponadto w ramach tejże umowy powstały utwory podlegające ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy. Zamawiający wskazał na zakres prac realizowany w ramach umowy, polegający na wprowadzeniu zmian, przekształceniu i/lub uszczegółowieniu wstępnej koncepcji zawartej w pracy konkursowej. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w szczególnych wypadkach przenikania się kreacji i kampanii musi mieścić się

również pewien element związany z aspektem wykonawczym, co w żadnym wypadku nie stanowi wykroczenia poza ramy tego pojęcia. Wynika to właśnie ze wspomnianego wcześniej nierozzerwalnego charakteru kreacji i kampanii w przypadku niezwykle specyficznego sposobu przygotowania i przeprowadzenia kampanii. W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający wyjaśnił specyfikę działania kampanii wirusowej. Podniósł, że z charakterystyki przedmiotu zamówienia wynika, że każdy z elementów, wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako działania techniczne tj. zakup mediów wraz z nośnikami, produkcja, postprodukcja, obsługa techniczna, emisja, rozpowszechnianie treści, przez cały okres realizacji zamówienia, podlega ciągłemu procesowi zmian i modyfikacji. Wykonawca zobowiązany jest właśnie do stałego monitorowania efektów prowadzonej kampanii wirusowej. W przypadku, gdyby – jak wynika z informacji Prezesa – Zamawiający całkowicie oddzielił to, co ogólnie jest etapem 2 i 3, pozbawiłby się możliwości właściwego reagowania na odbiór kampanii wirusowej przez społeczeństwo. W ocenie Zamawiającego pomiędzy kreacją a kampanią (wirusową) istnieje ścisły, nierozzerwalny związek, który uniemożliwia działanie sugerowane przez Prezesa UZP. Wskazana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uchwała dotyczyła zupełnie innego przedmiotu zamówienia, jakim było wykonanie systemu informatycznego i nie może mieć zastosowania do tego postępowania. W ocenie Zamawiającego, bez elementów które należą do kampanii (czyli elementów o charakterze wykonawczym), taki utwór nie mógłby powstać. Zamawiający powołał się na nierozzerwalny charakter wszystkich elementów przedmiotu udzielonego zamówienia. Wskazał, że bez dodatkowych elementów związanych z kampanią, utwór byłby niepełny, niekompletny, jego założenia nie można byłoby zrealizować. Jedynie pełna symbioza pomiędzy wszystkimi elementami może zapewnić właściwy efekt końcowy. Dodatkowo wskazał, że skoro wartość elementów mających bezpośrednio charakter utworu, czy też opracowania, zdecydowanie przekracza wartościowy udział elementów, które mają jedynie pośredni charakter utworu, to należy przeprowadzić postępowanie zgodnie z art. 6 ustawy Pzp. Nie zmienia to faktu, że bez tych „pośrednich” elementów, utwór nie mógłby powstać. Sama ustawa pzp dopuszcza możliwość prowadzenia procedury, której wybór związany jest z tymi elementami, których w zamówieniu jest najwięcej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego, pismem z dnia 23 kwietnia 2015 roku, poinformował iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnia w całości zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że ocena prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy, jest ściśle powiązana z regulacjami dotyczącymi konkursu, zawartymi w rozdziale 3 Działu III ustawy. Przepis ten, stanowiący w przedmiotowym postępowaniu podstawę zastosowania tego trybu odwołuje się bezpośrednio do art. 110 ustawy, a poprzez ten przepis do regulacji zawartych w art. 111 ustawy. Tym samym, w ramach oceny legalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy nie można ograniczać się li tylko do zbadania literalnego brzmienia tego konkretnego przepisu, lecz należy wziąć pod uwagę także przepisy regulujące instytucję konkursu.

Odnosnie podstawowego zarzutu dotyczącego zakresu przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem w trybie zamówienia z wolnej ręki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zauważył, że poprzez użycie zwrotu „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej” ustawodawca ograniczył dopuszczalny zakres zamówienia udzielanego po przeprowadzeniu konkursu. W ocenie Prezesa Urzędu przedmiot postępowania, którego dotyczy kontrola, nie mieścił się w użytym w ustawie określeniu. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli, przez szczegółowe opracowanie pracy konkursowej należy rozumieć 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. Opracowanie pracy konkursowej nie będzie więc tożsame z wykonaniem (w sensie urzeczywistnienia, stworzenia) przedmiotu, którego dotyczy praca konkursowa. Czynności tego rodzaju nie można bowiem zakwalifikować jako „opracowania”. Zamówienie realizowane w oparciu o art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy dotyczyć może zatem wyłącznie przedmiotu konkursu, z tą różnicą, iż wykonawca powinien dokonać doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej. Analiza przedmiotu zamówienia w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadzi do wniosku, że było ni nie tylko wykonanie prac twórczych ale również takich, których efektem była realizacja kampanii wirusowej. Wskazał, że na rynku istnieje szeroka dostępność usług w zakresie „marketingu wirusowego” Nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego, że nierozzerwalność w niniejszej sprawie etapu 2 i 3 (szczegółowego opracowania pracy konkursowej oraz jego realizacja) wiąże się z problemem autorskich praw majątkowych do wytworzonych prac na etapach realizacji przedsięwzięcia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się także z argumentem Zamawiającego, iż odmiennosc przedmiotu

zamówienia w niniejszej sprawie wyklucza możliwość powoływania się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej KIO/KD 12/14 z dnia 5.03.2014. Przytoczona przez Zamawiającego interpretacja art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w kontekście art. 6 ustawy, na podstawie którego Zamawiający porównał „wartościowy udział” elementów kreacji kampanii do elementów jej realizacji, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie ma uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Gdyby przyjąć interpretację przedstawioną przez Zamawiającego, to wycena poszczególnych etapów przeprowadzenia kampanii decydowałaby o spełnieniu przesłanek w zakresie zamówienia z wolnej ręki, co stanowiłoby wypaczenie idei zawartej w art. 111 ust. 2 stanowiącego, iż nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, a przedmiotem zamówienia w takim postępowaniu ma być szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że przedmiotem zamówienia z wolnej ręki było w istotnej części wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś jedynie uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej. Tym samym 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 zakres zamówienia weszły bowiem nie tylko usługi oraz dostawy, które nie stanowiły wyłącznie opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, ale także jej materializację.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodzić się należy ze stwierdzeniem zawartym w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 23 kwietnia 2015 roku, że oceny prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy dokonywać w powiązaniu z przepisami dotyczącymi konkursu, zawartymi w rozdziale 3 Działu III ustawy Pzp. Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Wynika z tego, że udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest ściśle powiązane z uprzednio przeprowadzonym konkursem. Ścisłe powiązanie kolejno po sobie następujących procedur przejawia się m.in. w tym, że przedmiotem zamówienia udzielonego

w trybie zamówienia z wolnej ręki może być wyłącznie szczegółowe opracowanie wybranej uprzednio w konkursie pracy, będącej przejawem działalności twórczej. Celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej. W kontekście powyższego, mając na uwadze ścisły związek procedury zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uprzednio przeprowadzonym konkursem, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie było postępowanie konkursowe, a jedynie czynności, których Zamawiający dokonał po wyborze najkorzystniejszej pracy konkursowej. Zaistnienie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy oceniać zawsze w powiązaniu z przeprowadzoną procedurą konkursową, a zakres przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki może dotyczyć konkretyzacji wybranej w tym konkursie pracy konkursowej. Niezasadnym jest także stanowisko Zamawiającego, że treść art. 111 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na brak określeń typu „tylko”, „wyłącznie” nie wprowadza rygorystycznego ograniczenia co do zakresu przedmiotu zamówienia, udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym miejscu podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe i nie jest dopuszczalna rozszerzająca interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia z powołaniem się na okoliczności wynikające z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest możliwym zatem, jak wskazuje to Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach, dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem.

W kontrolowanym postępowaniu o zamówienie publiczne, udzielonym w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko wykonanie prac twórczych ale także realizację, urzeczywistnienie kampanii wirusowej, przez co wykracza ona poza ramy dopuszczanego zakresu przedmiotu zamówienia udzielonego w tym trybie. W umowie zawartej dnia 6 października 2014 roku z firmą Brandcomm Polska Sp. z o.o. Sp.k., zamieszczono szereg postanowień, które świadczą o tym, że przedmiotem zamówienia objęto nie tylko uszczegółowienie pracy konkursowej, ale także urzeczywistnienie kampanii tj. elementy techniczne i wykonawcze. Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 lit. a, b, c wykonawca został zobowiązany do: zakupu mediów wraz z nośnikami, realizacji kampanii (produkcja, postprodukcja, obsługa techniczna, emisja), przygotowania raportu z realizacji kampanii, a

także zgodnie z § 1 ust. 4 umowy do rozpowszechniania przez cały czas trwania kampanii informacji o jej współfinansowaniu ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego. Tak określony przedmiot zamówienia wykracza poza dopuszczalne ramy udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowi on jedynie doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej, ale zawiera także elementy będące przedmiotem samej kampanii (elementy techniczne, wykonawcze)

Nie można podzielić argumentacji Zamawiającego, że konieczność udzielenia zamówienia obejmującego zarówno kreację jak i kampanię, wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia jaką jest kampania wirusowa oraz z tego, że kreacja (dzieło, praca twórcza, rozwinięcie i uszczegółowienie pracy konkursowej) i kampania (elementy techniczne, wykonawcze) są nierozdzielnie powiązane. Jak wskazano w odpowiedzi na zastrzeżenia, na rynku istnieje szeroka dostępność usług w zakresie „marketingu wirusowego”. Dopuszczalnym i stosowanym na rynku tego typu usług jest odrębne zlecenie samego przygotowania koncepcji – kreacji oraz realizacji kampanii od strony technicznej, wykonawczej. Okoliczność tą potwierdził sam Zamawiający, który wskazał, że w innej przeprowadzonej kampanii, zlecił w odrębnych postępowaniach realizację usług związanych z kreacją i kampanią.

Nieuzasadnionym jest stanowisko Zamawiającego, który wskazuje, że wzajemne przenikanie się etapów 2 i 3 (szczegółowego opracowania pracy konkursowej oraz jego realizacji) wiąże się z problemem autorskich praw majątkowych. Jak słusznie wskazano w odpowiedzi na zastrzeżenia, kwestia ta może być, i jest rozwiązywana, w postanowieniach umowy, które mogą umożliwiać dokonywanie ewentualnych modyfikacji i zmian w wytworzonym dziele na różnych etapach realizacji przedsięwzięcia. Istotnie, w przywołanej w informacji o wyniku kontroli, uchwale KIO/ KD 12/14 z dnia 5.03.2014 roku przedmiotem zamówienia był system informatyczny, a zatem odmienność przedmiotów zamówienia jest oczywista, niemniej jednak zasady wynikające z treści powołanej uchwały dotyczące udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, są jak najbardziej aktualne i znajdują zastosowanie w postępowaniu, będącym przedmiotem kontroli.

W ocenie Izby, zakresem przedmiotu zamówienia, udzielonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sposób nieuzasadniony, objęto usługi i dostawy, które nie stanowią opracowania koncepcji przedstawionej pracy konkursowej, ale także jej urzeczywistnienie, wykonanie.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż brak było podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki we wskazany przez Zamawiającego zakresie przedmiotu zamówienia, co skutkuje naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....