

Sygn. akt: KIO/W/17/18

POSTANOWIENIE
z dnia 8 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 października 2018 r. w Warszawie wniosku z dnia 3 października 2018 r. wniesionego przez Zamawiającego: Polską Agencję Inwestycji i Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie o uchylenie zakazu zawarcia umowy

postanawia

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

UZASADNIENIE

W piśmie z dnia 3 października 2018 r. (data wpływu: 3 października 2018 r.) Zamawiający: Polska Agencja Inwestycji i Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), powołując się na art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „Zaplanowanie i wykup czasu antenowego w stacjach telewizyjnych i w stacjach radiowych kampanii promującej działania Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S. A. w kontekście rozwoju sieci Zagranicznych Biur Handlowych”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający m. in. wskazał, iż jego zdaniem uchylenie zakazu zawarcia umowy jest zasadne w niniejszej sprawie z uwagi na niżej wymienione okoliczności.

Celem działań w ramach przedmiotu zamówienia jest „ukompletowanie” w mediach przekazu do grupy docelowej dla Zamawiającego — czyli przedsiębiorców, poprzez emisję spotu w najlepiej dopasowanych stacjach przy zwiększonej słuchalności i widoczności w tzw. prime time — poprzez zrealizowanie przekazu telewizyjnego i radiowego. Zagraniczne Biura Handlowe to sieć przedstawicielstw, których zadaniem jest wspieranie eksportu oraz inwestycji polskich przedsiębiorstw na rynkach zagranicznych, jak również przyciąganie inwestorów do Polski. Do ich zadań należy profesjonalna obsługa polskich przedsiębiorstw zainteresowanych ekspansją na rynkach zagranicznych, umożliwienie przedsiębiorcom dotarcie na rynki, charakteryzujące się największym potencjałem pod kątem możliwości eksportowych oraz inwestycyjnych dla danej grupy produktów. Działania nakierowane są na istotne wzmocnienie możliwości rozwojowych także poprzez rynek zewnętrzny. Docelowo powstać ma 70 Biur, w krajach o największym potencjale rozwojowym dla polskich przedsiębiorców.

Jak zauważył Zamawiający, przedmiotowa kampania ma stanowić impuls inicjalny w ramach rozpropagowania idei zagranicznej przedsiębiorczości polskim podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą, a przede wszystkim poinformować o możliwościach płynących z oferty Zagranicznych Biur Handlowych. Kampania ta nakierowana jest na zbudowanie świadomości o możliwościach związanych także z napływem inwestycji zagranicznych do Polski oraz zwiększenia zasięgu i dynamiki internacjonalizacji polskich przedsiębiorstw. Istotne dla Zamawiającego było zatem określenie terminu realizacji umowy konkretną datą dzienną, tak, aby przedmiotowa kampania medialna odbyła się w konkretnym horyzoncie czasu do dnia 24 października 2018 roku. Działania w ramach kampanii po tej dacie są bezprzedmiotowe, a sam przedmiot postępowania o zamówienie publiczne sytuuje się jako świadczenie niemożliwe — gdyż emisja po tej dacie dotyczyłaby wydarzeń „historycznych” tym samym bez możliwości wzięcia udziału w nich przez adresatów kampanii.

Punktem kulminacyjnym w opisywanych działaniach i wysiłkach Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu jest wydarzenie PAIH EXPO - Pierwsze Forum Wsparcia Polskiego Biznesu za Granicą, które realizowane będzie na PGE Narodowym w dniu 25 października 2018 r. Przedmiotowa kampania telewizyjno - radiowa ma na celu wypromowanie Zagranicznych Biur Handlowych Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu i to właśnie eksperci sieci biur Agencji stanowią kluczowy, merytoryczny element planowanego wydarzenia. PAIH EXPO będzie zatem bezprecedensową dla polskich przedsiębiorstw okazją odbycia indywidualnych konsultacji z kierownikami i ekspertami Zagranicznych Biur Handlowych,

którzy tego dnia będą służyć polskiemu biznesowi swoją unikatową wiedzą dotyczącą ekspansji na określone rynki, jak również szeroką bazą kontaktów.

W ocenie Zamawiającego niewątpliwie interes publiczny wyraża się w możliwości prawidłowej realizacji zadań publicznych oraz stałego rozwoju przedsiębiorczości. Dalsze procedowanie nad rozpoznawaniem odwołania, bez możliwości wcześniejszego zawarcia umowy, całkowicie zniweczy cel prowadzenia przedmiotowego postępowania — gdyż publikacja kampanii reklamowej po określonym terminie, przekreśli plany promocyjne polskiej przedsiębiorczości związane z realizacją konkretnych projektów. Z powyższych powodów, tak istotne jest dla Zamawiającego, aby zrealizować przedmiot zamówienia w określonym czasie, gdyż ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia prawidłowości realizowania uprzednich założeń strategicznych. Zamawiający szanując prawo uczestników do korzystania ze środków ochrony prawnej jednocześnie podkreśla, iż w konkretnych okolicznościach faktycznych uniemożliwiają zrealizowanie celu prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe jest o tyle zasadnym, iż w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne były już składane odwołania w liczbie trzech na wybór oferty najkorzystniejszej. Postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie zakończyło się w dniu 26 września br. Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert brał pod uwagę także okoliczności identyfikowane w tych odwołaniach jak również stanowisko Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. W efekcie tych działań pozostali uczestnicy postępowania już nie dostrzegli celowości korzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym wprowadzie kontekstualnie, ale wartym dostrzeżenia jest fakt, iż obecny etap postępowania — ponownego wniesienia odwołania — nie jest w przekonaniu Zamawiającego efektem jego „zaniechań”, a wyłącznie korzystania z ustawowych uprawnień uczestnika postępowania, na którego aktywność Zamawiający nie ma wpływu.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności wyczerpują znamiona możliwości naruszenia interesu publicznego opisanego w przepisie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą pomimo wniesionego odwołania, stanowi instytucję wyjątkową, która nie powinna być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza sytuacjami wyjątkowymi i szczególnie uzasadnionymi wypaczałoby sens prowadzenia procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. Wyjątek ten uzasadnia wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów. w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności. Ponadto uwzględnienie wniosku nie może co do zasady następować w celu naprawy zwinionych działań czy zaniechań

Zamawiającego.”- vide: postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2016 roku, sygn. akt KIO/W 1-16. Ponadto, jak wskazała Izba w postanowieniu z dnia 12 stycznia 2016 roku: „Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada ani prawidłowości, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy). Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wnioskiem samodzielnym i Zamawiający w nim winien wykazać potrzebę uchylenia zakazu celem zapobieżenia szczególnie niekorzystnym zdarzeniom społecznym związanym z niezawarciem umowy - sygn. akt KIO/W 1-16. Z istoty interesu publicznego — klauzuli generalnej, wynika jego nieostre niedookreślone pojęcie i brak jednoznacznej definicji, na co wskazała KIO w wyroku z dnia 9 maja 2012 roku (sygn. akt: KIO 815/12, KIO 826/12, KIO 837/12), utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 września 2012 roku, sygn. akt V ca 1599/12.

W ocenie Zamawiającego potrzeba ochrony wyniku z realizowanych zadań publicznych przez Zamawiającego oraz grożącej bezprzedmiotowości postępowania. Prawidłowe wykonywanie czynności w ramach określonych projektów wymaga działań promocyjnych, gdyż bez świadomości uczestników obrotu, wszelkie podejmowane przez Zamawiającego działania będą pozbawione odzewu — a ma to doniosłe znaczenie z punktu widzenia prawidłowości realizowanych zadań publicznych, w tym obowiązków ustawowych PAIH oraz celowości wydawania środków publicznych. Istota bowiem prowadzonych przez Zamawiającego działań sprowadza się do reakcji rynku — zarówno polskiego, jak i zagranicznego w kontekście wydarzenia PAIH EXPO, co w pełni uzasadnia złożenie niniejszego wniosku.

W oparciu o treść złożonego przez Zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba zważyła, co następuje: wniosek Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, odnosząc się do treści złożonego wniosku, nie przychyliła się do argumentacji Zamawiającego uznając, że nie zostały wypełnione przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, o których stanowi art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.

W ocenie Izby, Zamawiający w treści złożonego wniosku nie wykazał wypełnienia przywołanych przesłanek ustawowych. W świetle przytoczonych argumentów, Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Przede wszystkim za chybione należy uznać argumenty Zamawiającego, że za przesłankę uchylenia zakazu zawarcia umowy można uznać określony przez Zamawiającego termin realizacji umowy (wskazany konkretną datę dzienną). Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że niewątpliwie interes publiczny Zamawiającego wyraża się w możliwości prawidłowej realizacji zadań publicznych oraz stałego rozwoju przedsiębiorczości. Dalsze procedowanie nad rozpoznawaniem odwołania, bez możliwości wcześniejszego zawarcia umowy, całkowicie zniweczy cel prowadzenia przedmiotowego postępowania — gdyż publikacja kampanii reklamowej po zakreślonym terminie, przekreśli plany promocyjne polskiej przedsiębiorczości związane z realizacją konkretnych projektów.

Zdaniem Izby to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania w takim terminie, który umożliwi Zamawiającemu udzielenie zamówienia zgodnie z planem, uwzględniając jednocześnie uprawnienia wykonawców związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu będą korzystali ze środków ochrony prawnej w postaci złożonego odwołania, a w konsekwencji postępowanie może ulec przedłużeniu. W ocenie Izby Zamawiający wskazaną argumentacją utożsamia swój interes oraz ewentualne negatywne skutki związane z niedochowaniem terminu realizacji zamówienia (określonego datą dzienną) z interesem publicznym, co w ocenie Izby nie wypełnia przesłanek z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że Zamawiający uzasadniając taki wniosek powinien wykazać wszystkie przesłanki wynikające z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp jednocześnie wykazując, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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 - co w ocenie Izby nie zostało przez Zamawiającego wykazane. Niewystarczające w ocenie Izby jest przywołanie w tym zakresie bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. W konsekwencji w ocenie Izby przywołana argumentacja wskazuje wyłącznie na względy organizacyjne, które to niewątpliwie nie wpisują się w przesłanki wynikające z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba wskazuje, że art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady obowiązku powstrzymania się przez Zamawiającego z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy pamiętać, że wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Skład orzekający

.....

.....

.....