



Warszawa, dnia 7.06.2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ2.442.79.2022.MP
KND/79/22/DKZP

Pan
Maciej Świrski
p.o. Dyrektora
Krajowy Instytut Mediów
e-mail: biuro@kim.gov.pl

Pracowni Panie Dyredone,

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 603 ust. 1 w zw. z art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), przeprowadził kontrolę doraźną w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Realizacja badania ciągłego tzw. Trackingu dotyczącego konsumpcji techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego i systemu do realizacji wywiadów”** (znak postępowania: KIM.2.2022).

Zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Z poważaniem
ZASTĘPCA DYREKTORA
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

Katarzyna Tyc-Okońska

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

W załączeniu:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej o sygn. akt KND/79/22/DKZP.

Warszawa, dnia 27.04.2023 r.



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ2.442.79.2022.MP
KND/79/22/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem wniosku o wszczęcie kontroli.

Zamawiający: Krajowy Instytut Mediów
ul. Wiktorska 63
02-587 Warszawa

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: Realizacja badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)" (znak postępowania: KIM.2.2022)

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp

Wartość zamówienia: 23.277.200,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 5.226.603,20 euro

Data udzielenia zamówienia: 28.01.2022 r.

Wszczęcie kontroli: na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przez Zamawiającego - Krajowy Instytut Mediów przepisów:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia pn.: „Realizacja badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)” (znak postępowania: KIM.2.2022) w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu,
2. art. 265 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

Ad. 1.

Na podstawie analizy dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego ustalono następujący stan faktyczny sprawy.

W dniu 5 stycznia 2022 r. Zamawiający – Krajowy Instytut Mediów wszczął w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Realizacja badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)” (znak postępowania: KIM.1.2022), przekazując zaproszenie do negocjacji następującym wykonawcom:

1. DIFFERENCE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Look Ad Buczyk sp. k. z siedzibą w Poznaniu,
3. PMT Trade Matuszewski Sp. k. z siedzibą w Poznaniu.

Negocjacje z zaproszonymi wykonawcami przeprowadzono w dniach 10-20 stycznia 2022 r. Zaproszenie do składania ofert zostało przekazane tym wykonawcom w dniu 21 stycznia 2022 r. W terminie składania ofert upływającym w dniu 27 stycznia 2022 r. o godz. 14:10 nie wpłynęła żadna oferta, w związku z czym postępowanie o sygn. KIM.1.2022 zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 1) ustawy Pzp w dniu 27 stycznia 2022 r.

Następnie, w dniu 27 stycznia 2022 r. Zamawiający wszczął w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)” (znak postępowania: KIM.2.2022), zapraszając do negocjacji Wykonawcę Alternatywa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dębinie.

Wartość zamówienia, zgodnie z treścią protokołu postępowania została ustalona w dniu 27 stycznia 2022 r. na kwotę 23 277 200,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 5 226 603,20 euro. Zgodnie z notatką z szacowania wartości zamówienia z dnia 27 stycznia 2022 r. wartość zamówienia została ustalona *na podstawie dotychczas przeprowadzonych*

przez Zamawiającego postępowań z uwzględnieniem charakterystyki opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu oraz faktu prowadzenia negocjacji w celu ostatecznego określenia przedmiotu zamówienia jak i warunków umowy.

Przedmiot zamówienia stanowiła realizacja badania ciągłego, tzw. Trackingu dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego i systemu do realizacji wywiadów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty przez Zamawiającego w dokumencie pn.: *Opis przedmiotu zamówienia* oraz w załącznikach do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

Zgodnie z treścią pkt 6.2.1.-6.2.5. OPZ:

6.2.1. Przedmiot zamówienia będzie realizowany przez 16 miesięcy od momentu podpisania umowy z prawem opcji umożliwiającym przedłużenie jej obowiązywania o kolejne 8 miesięcy.

6.2.2. Realizacja Trackingu będzie składała się z dwóch etapów:

6.2.3. W pierwszym etapie (trwającym od stycznia do marca 2022 roku) Zamawiający przygotuje wstępną koncepcję metodologiczną Trackingu; opracuje narzędzia badawcze (planowane jest testowanie różnych koncepcji strukturalnych pytań oraz brzmienia pytań); dokona analiz uzyskanych wyników (na podstawie wywiadów zrealizowanych przez Wykonawcę); oraz opracuje zasadniczą koncepcję metodologiczną i narzędzia badawcze do Trackingu;

6.2.3.1. W pierwszym etapie Zamawiający planuje realizację:

- a) w styczniu 2022 r.: 50 Efektywnych wywiadów,*
- b) w lutym 2022 r.: 1500 - 3000 Efektywnych wywiadów,*
- c) w marcu 2022 r.: 3000 - 5000 Efektywnych wywiadów,*
- d) w kwietniu 2022 r.: 5000 - 10000 Efektywnych wywiadów.*

6.2.4. W drugim etapie (trwającym od maja 2022 roku) Zamawiający będzie realizował Tracking w docelowym trybie i zakresie tzn. 15.000 (piętnastu tysięcy) Efektywnych wywiadów.

6.2.4.1. Liczba efektywnych wywiadów, której realizacji oczekuje Zamawiający każdego danego dnia miesiąca jest wskazana w Kalendarzu Realizacji stanowiącego załącznik do OPZ.

6.2.5. Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonywania zmian w zakresie metodologii – próby i doboru oraz narzędzi badawczych.

Zamawiający przeprowadził negocjacje z zaproszonym Wykonawcą Alternatywa Polska Sp. z o.o. w dniu 28 stycznia 2022 r., a cena wykonania zamówienia wynegocjowana została na kwotę 28 630 956,00 zł.

Umowa nr U-2022-01-023 w sprawie ww. zamówienia pomiędzy Zamawiającym – Krajowym Instytutem Mediów a Wykonawcą Alternatywa Polska Sp. z o.o. została zawarta w dniu 28 stycznia 2022 r.

W § 1 pkt 1.1. zawartej umowy w sprawie ww. zamówienia Zamawiający przewidział prawo opcji wskazując, że:

1. *Zamawiający (dalej również jako: „KIM”) zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usług polegających na:*

1.1. realizacji badania ciągłego (tzw. Trackingu dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI) (dalej: „Tracking”),

opcjonalnym kontynuowaniu trackingu w zakresie zobowiązań określonych w §2 pkt 2.2 i 2.3. Umowy przez kolejne 8 miesięcy od upływu okresu obowiązywania Umowy w ramach Prawa Opcji; na warunkach szczegółowo opisanych w OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy oraz zgodnie z protokołem z negocjacji stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy.

Zgodnie z § 2 zawartej umowy w sprawie ww. zamówienia: Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu Umowy w terminie 16 miesięcy od momentu zawarcia Umowy z zastrzeżeniem możliwości zmian Umowy.

W dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia publicznego z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający jako uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, że: *wobec pilnej potrzeby uzyskania pierwszych wyników badania będącego przedmiotem zamówienia w jak najszybszym terminie konieczne jest udzielenie zamówienia oraz jego natychmiastowe wykonanie. Podstawa prawna art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kompleksowe uzasadnienie znajduje się w aktach postępowania.*

W dokumencie pn. „Uzasadnienie wyboru trybu postępowania”, przekazanym wraz z aktami postępowania, wskazano, że: *ze względu na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, związaną z wyjątkową sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie KIM, której nie mógł on przewidzieć, oraz ze względu na brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia (...) podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania w trybie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP (...).*

W dniu 29 grudnia 2021 r. do Krajowego Instytutu Mediów wpłynęło pismo od Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO, kierowane do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (...) zadekretowane i przekazane KIM, w którym zgłoszone zostały postulaty o jak najszybsze przekazanie wyników badań dla rozgłośni publicznych przeprowadzonych według nowego standardu dostosowanego do potrzeb nadawców publicznych. Pismo to nawiązuje do konieczności stworzenia nowego standardu pomiaru konsumpcji mediów w Polsce, które to zadanie jest przedmiotem działań KIM na zlecenie Krajowej Rady (...). W przedmiotowym piśmie wskazuje się, że konieczne jest przyspieszenie działań i jak najszybsze udostępnieniem podmiotom publicznym wyników przeprowadzonych badań, które są niezbędne do działalności reklamowej prowadzonej przez podmioty należące do (...) „MOC RADIO”. Wskazano również w nim na brak rzetelności oraz nieadekwatność dotychczasowych badań oraz ich niedostosowanie do potrzeb podmiotów należących do (...) „MOC RADIO”. Kolejnym pismem otrzymanym przez KIM w dniu 29 grudnia 2021 r. było pismo od Prezes Zarządu Polskie Radio S.A. (...), kierowane do Przewodniczącego Krajowej Rady (...). Przewodniczący zadekretował i przekazał pismo do KIM, z poleceniem podjęcia natychmiastowych działań w zakresie kwestii poruszonej w piśmie. Pismo to nawiązuje do konieczności stworzenia nowego standardu pomiaru konsumpcji mediów w Polsce, które to zadanie jest przedmiotem działań KIM na zlecenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. W przedmiotowym piśmie Prezes Polskiego Radia S.A. wskazuje na rezygnację z dotychczasowego sposobu badań rynku „Radio Track” od 1 stycznia 2022 r. i zwraca się z prośbą o przyspieszenie działań i jak najszybszym udostępnieniem podmiotom publicznym wyników przeprowadzonych badań, które są niezbędne do działalności reklamowej prowadzonej przez Polskie Radio S.A. oraz podmioty należące do (...) „MOC RADIO”.

Powyższe wnioski związane są z zastrzeżeniami co do obiektywizmu badań „Radio Track” dotyczącym w szczególności metodologii badań rynku radiowego, która jest podstawą do rozliczeń czasu reklamowego dla ogólnopolskich anten publicznych, 17 rozgłośni lokalnych oraz rady mediów narodowych. Obecny sposób badania faworyzuje dużych nadawców komercyjnych i dyskryminuje mniejsze rozgłoszenie radiowe, którzy są niedoprecyzowani ze względu na strukturę próby badania „Radio Track”, bowiem próby badania doprezentowywane są wokół dużych miast. Decyzja rozgłośni skupionych wokół MOC Radio podyktowana jest jak wskazano niewłaściwą metodologią nastawioną na jedynie kontekst reklamy stacji komercyjnych.

Biorąc pod uwagę wnioski kierowane do Krajowej Rady (...) związane z problemami z dotychczas prowadzonymi badaniami rynku radiowego w Polsce, Przewodniczący Krajowej Rady (...) zwrócił się z prośbą o pilne przygotowanie nowej koncepcji badania radiowego z uwzględnieniem stanowiska w/w podmiotów.

Badanie pilotażowe mające na celu przygotowanie koncepcji i wypracowanie standardu prowadzenia badań rynku radiowego musi rozpocząć się w połowie stycznia 2022 r. ze względu na fakt, że umowy większości podmiotów zrzeszonych w (...) MOC RADIO skończyły się 31 grudnia 2021 r.

Ponadto wyniki nowego pomiaru rynku radiowego posłużą do weryfikacji obecnie raportowanych trendów i będą pierwszym krokiem (obok pomiarów pasywnych) w budowie nowego standardu pomiaru słuchalności.

Wskazać ponadto należy, że niezwykle istotna jest w tym przypadku ciągłość dostępu do danych wynikających z badań, a zakup tych danych od dotychczasowych dostawców jest niemożliwy ze względu na specyficzną konstrukcję próby badawczej i brak efektywności dotychczas prowadzonych badań. Natomiast brak jakichkolwiek danych będzie godził w interes publiczny, który przejawia się w problemach z rozliczeniem czasu reklamowego nadawców wnioskujących o przyspieszenie działań nad wypracowaniem nowego standardu badań rynku radiowego, co doprowadzi do poniesienia przez te podmioty wymiernych strat finansowych.

Mając na względzie powyższe, wobec pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz braku możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem biorąc pod uwagę wartość zamówienia, KIM przeprowadziło postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym pomimo zaawansowanych i owocnych negocjacji oraz zaproszenia do składania ofert, nie wpłynęła żadna oferta. Postępowanie zostało unieważnione w dniu 27 stycznia 2022 r. na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy PZP.

Jak wskazano wyżej, oczekuje się, aby badania rozpoczęły się w połowie stycznia 2022 r., natomiast pierwsze wyniki zostały udostępnione w lutym 2022 r. zatem obiektywnie zachowanie terminów przewidzianych w ustawie PZP dla przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem nie jest możliwe. Każda z wymienionych procedur, biorąc pod uwagę przepisy ustawy PZP, nie może zakończyć się do końca stycznia 2022 r. Zatem wobec unieważnienia wcześniej prowadzonego postępowania, konieczne stało się pilne wykonanie zamówienia i uzyskanie pierwszych wyników badań.

Ponadto KIM jako jednostka podległa KRRiT, nie był w stanie przewidzieć okoliczności związanych ze zgłoszoną koniecznością natychmiastowego podjęcia działań polegających na przeprowadzeniu badań i udostępnieniu ich wyników podmiotom kierującym pisma do Krajowej Rady (...). KIM nie miał również możliwości wpływu na treść pism kierowanych do Krajowej Rady (...), jak również nie dopuścił się zaniechań w udzieleniu zamówienia (...). Uznać zatem należy, że potrzeba realizacji zamówienia wynikła nagle, a jej przedmiot, jest niezwykle istotny z punktu widzenia interesu

publicznego i w celu jego zabezpieczenia konieczne jest niezwłoczne wykonanie części zamówienia w celu przekazania danych do podmiotów, których interes może doznać uszczerbku, interes ten przejawia się zatem w postaci wymiernych strat ekonomicznych, które mogą ponieść podmioty publiczne kierujące wnioski do Krajowej Rady (...). Ponadto, mimo należytej staranności KIM nie był w stanie przewidzieć, że wykonawcy zaproszeni do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia nie złożą oferty.

*Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, Prezes Zarządu Polskiego Radia S.A. zwróciła się do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji pismem o następującej treści z dnia 28 grudnia 2021 r. w sprawie badań konsumpcji mediów: *W imieniu Polskiego Radia S.A. pragnę serdecznie podziękować za inicjatywę Pana Przewodniczącego w sprawie budowy nowego standardu pomiaru konsumpcji mediów w Polsce. Niezależne i transparentne badania konsumpcji mediów są warunkiem uczciwej konkurencji na rynku oraz podstawą do rozwoju działających na nim nadawców. Funkcjonujące na rynku badania Radio Track są narzędziem, które nastawione jest przede wszystkim na pozycjonowanie nadawców komercyjnych i skierowane są dla rynku reklamowego. W związku z powyższym Polskie Radio S.A. zamierza zrezygnować z ich zakupu na rzecz nowego standardu badawczego wypracowanego przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji. W związku z powyższym bardzo proszę o rozważenie możliwości przyspieszenia działań i udostępnienie podmiotom publicznym wyników badań w pierwszym kwartale przyszłego roku. Zdajemy sobie sprawę, że właściwym rozwiązaniem jest nadzorowanie organizacji badań przez różne grupy interesariuszy. Jednak proces budowy JIC jest w trakcie realizacji, a rynek, w tym zwłaszcza nadawcy publiczni, oczekują pojawienia się badań, które umożliwią prowadzenie działalności we właściwej, czytelnej i w pełni konkurencyjnej atmosferze. Jednocześnie pragnę podkreślić zaangażowanie Polskiego Radia S.A. w proces organizacji radiowej części rynku medialnego w ramach Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO oraz pełne i wieloletnie wsparcie Regulatora w jego staraniach w sprawie budowy nowego standardu badawczego.**

*Jednocześnie, pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. Prezes Zarządu Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO, zwrócił się do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z wnioskiem o następującej treści: *W związku z pismem Prezes Zarządu Polskiego Radia SA (...) z dnia 28 grudnia 2021 r., w treści którego wyrażono zamiar rezygnacji z zakupu badań Radio Track w 2022 r., zwracam się z wnioskiem o zapewnienie dostępu do badań organizowanych przy zaangażowaniu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji już w pierwszym kwartale 2022 r. Poparcie dla przedmiotowego wniosku wyrażają także regionalne rozgłośnie Polskiego Radia skupione w Audytorium 17. Badania Radio Track nastawione są przede wszystkim na pozycjonowanie nadawców komercyjnych i jako takie skierowane są głównie do podmiotów rynku reklamowego, tymczasem rozgłośnie publiczne, realizujące misję, poszukują rzetelnych, niezależnych badań konsumpcji mediów, niezbędnych dla realizacji ich zadań statutowych.**

*W wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych, pismem z dnia 1 czerwca 2022 r., Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w pierwszej kolejności wskazał, że: *był zobligowany do realizacji zamówienia ze względu na okoliczności faktyczne związane z wystąpieniem w dniu 29 grudnia 2021 r. Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO do Prezesa Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej: „KRRiT”) z postulatem pilnego przygotowania nowej koncepcji badania radiowego w celu umożliwienia rozgłoszom publicznym pozyskanie niezależnych badań konsumpcji mediów,**

które się niezbędne do realizacji ich celów statutowych. W piśmie zadekretowanym i przekazanym KIM do realizacji przez Przewodniczącego KRRiT wyrażono ponadto oczekiwanie jak najszybszego rozpoczęcia realizacji (...). Podobne pismo zostało skierowane do Prezesa Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji przez Prezes Zarządu Polskiego Radia - (...) – pismo to również zostało zadekretowane oraz przekazane do realizacji KIM. (...).

Zamawiający dodał, że: we wskazanych wyżej pismach podkreśla się ponadto konieczność przyspieszenia prac nad nowym standardem pomiaru konsumpcji mediów w Polsce, jak najszybszego rozpoczęcia badań, a w konsekwencji – jak najszybszego udostępnienia podmiotom publicznym wyników przeprowadzonych badań, które są niezbędne do działalności reklamowej prowadzonej przez podmioty należące do Związku Pracodawców Mediów Radiowych „MOC RADIO” oraz realizacji misji.

Zamawiający poinformował przy tym, że: Przewodniczący KRRiT – (...) zwrócił się do KIM z prośbą o pilne przygotowanie koncepcji badania radiowego z uwzględnieniem stanowiska wskazanych wyżej podmiotów. Zgodnie z oczekiwaniami – badania miały rozpocząć się w połowie stycznia 2022 r., zaś pierwsze wyniki miały zostać przekazane publicznym rozgłośniom radiowym w lutym 2022 r. Wskazane bowiem wyżej podmioty zamierzały zrezygnować z zakupywanego dotychczas dostępu do badania Radio Track i w pełni zastąpić ten dostęp wynikami badania realizowanego w nowym standardzie przez KIM. W tym kontekście niezwykle istotna była również ciągłość dostępu do danych wynikających z badań. Brak takiej ciągłości godziłby w interes publiczny, który przejawiałby się w problemach z rozliczeniem czasu reklamowego nadawców wnioskujących o przyspieszenie działań nad wypracowaniem nowego standardu badań rynku radiowego, co doprowadziłoby do poniesienia przez te podmioty wymiernych strat finansowych.

Zamawiający wskazał także, że: Bezsprzecznym w opisanych powyżej okolicznościach jest fakt, że ze względu na wyjątkowo krótki okres pozostający do wyznaczonego dnia rozpoczęcia badań, brak było możliwości przeprowadzenia procedury przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Zamawiający pragnie jednocześnie podkreślić, że zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2019 r., że średni czas trwania postępowania na udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej progi UE wynosił w 2019 r. 90 dni (za rok 2020 wskazano w sprawozdaniu „brak danych”). Zatem, brak było możliwości zachowania terminów wynikających z innych trybów zamówienia. (...).

Zamawiający wyjaśnił również, iż: nie był w stanie przewidzieć konieczności udzielenia niniejszego zamówienia w tak krótkim czasie. Wyrażone bowiem w ostatnich dniach 2021 r. oczekiwanie, że pierwsze wyniki badań radiowych (...) będą dostępne w lutym 2022 r., uniemożliwiło udzielenie tego zamówienia z zachowaniem ustawowych terminów związanych z udzieleniem zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

Zamawiający nadmienił, że: pomimo tak krótkiego czasu na reakcję KIM podjął próbę udzielenia zamówienia w jednym z trybów konkurencyjnych, tj. w trybie negocjacji bez ogłoszenia. (...). Na ówczesnym etapie postępowania wystąpiła bowiem pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która nie leżała po stronie Zamawiającego, a której ten przy zachowaniu należytej staranności, nie był w stanie przewidzieć. Jednakże, po przeprowadzeniu miesięcznych negocjacji z trzema wyselekcjonowanymi podmiotami, niespodziewanie okazało się, że żaden z nich nie złożył oferty na realizację zamówienia. Sytuacja taka wystąpiła mimo przedłużenia terminu składania ofert. (...) Zamawiający zatem, wobec aktywnego uczestnictwa wykonawców w procesie negocjacji, miał pełne prawo przypuszczać, że postępowanie to zakończy się złożeniem co najmniej jednej ważnej oferty. Wobec braku jakiegokolwiek oferty postępowanie to zostało unieważnione. Powyższe okoliczności

skutkowały tym, że przesłanka „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” przerodziła się w „natychmiastową potrzebę realizacji zamówienia”.

Zamawiający podkreślił też, że: realizacja zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest konsekwencją okoliczności, których KIM nie był w stanie wcześniej przewidzieć – a tym samym – nie był w stanie ich uniknąć. Jako jednostka podległa KRRiT, mimo zachowania należytej staranności, nie był w stanie przewidzieć okoliczności związanych z koniecznością natychmiastowego podjęcia działań polegających na przeprowadzeniu badań i udostępnieniu ich wyników podmiotom kierującym pisma do KRRiT. Oczywistym jest również, że KIM nie ma żadnego wpływu na treść pism i zakres żądań kierowanych przez publiczne rozgłośnie radiowe. Zatem – bezsprzecznym jest, iż w przedmiotowej sprawie KIM nie dopuścił się żadnych zaniechań w planowaniu udzielenia zamówienia, a potrzeba udzielenia zamówienia miała charakter nagły, a ponadto cechowała się przymiotem nieprzewidywalności. Poza elementem nieprzewidywalności (...) KIM nie mógł przewidzieć, że żaden z podmiotów zaproszonych do uczestnictwa w negocjacjach bez ogłoszenia nie złoży oferty (...). Warto przy tym podkreślić, że sama próba udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia stanowi w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podstawę do uznania, że zamawiający publiczny co najmniej próbował zapobiec konieczności wystąpienia natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia, co stanowi dowód dochowania przez niego należytej staranności (...).

W wyjaśnieniach Zamawiający zaznaczył również, że: zgodnie z dyspozycją KRRiT oraz rozgłośni radiowych, badania (...), udostępnione zostały po raz pierwszy rozgłośniom radiowym już w lutym 2022 r. (...) realizacja badań rozpoczęła się niezwłocznie po zawarciu umowy (...) (tj. w dniach 29-30 stycznia 2022 r.), a (...) 30 stycznia 2022 r. – KIM otrzymał pierwsze wyniki z realizacji badania w nowej formule.

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, że: bezsprzecznie należy uznać, że w opisanej powyżej sytuacji kumulatywnie ziszcilo się wszystkie 5 przesłanek warunkujących możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie wskazanym w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazano bowiem, że opisywana sytuacja ma charakter wyjątkowy, w szczególności nakierowany na ochronę interesu ekonomicznego radia publicznego oraz lokalnych rozgłośni radiowych, które wystąpiły do jednostki nadrzędnej KIM, tj. Przewodniczącego KRRiT o niezwłoczne rozpoczęcie nowego standardu badań konsumpcji mediów w Polsce. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia nie była okolicznością zależną od Zamawiającego, a w szczególności nie stanowiła konsekwencji zaniechań KIM, była również dla KIM niemożliwa do przewidzenia. Ponadto – w momencie udzielania zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 5) zamówienie to wymagało już natychmiastowej realizacji – jedynie natychmiastowa realizacja gwarantowała bowiem ochronę interesu ekonomicznego lokalnych rozgłośni radiowych. Zatem zachowanie terminów właściwych dla innych trybów zamówień określonych w ustawie Pzp było niemożliwe.

W odpowiedzi z dnia 14 lipca 2022 r. stanowiącej wyjaśnienia na dodatkowe wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający wskazał, że: w dniu 29 grudnia 2021 r. zostały przekazane przez biuro KRRiT pisma, które wpłynęły z MOC Radia oraz od Prezes Polskiego Radia, w których podnoszono kwestie natychmiastowego rozpoczęcia pomiaru. Pisma te zostały przekazane do biura KIM z dyspozycją natychmiastowego rozpoczęcia pomiaru. Dyspozycja ta została przekazana w formie ustnej na spotkaniu statusowym KIM – KRRiT.

Ustosunkowując się do wezwania o wskazanie faktycznej podstawy zobligowania Zamawiającego przez KRRiT do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia tak, aby rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpiło już w połowie stycznia 2022 r., Zamawiający wyjaśnił, że: konieczność uzyskania efektów w I kwartale 2022 r. w praktyce zmuszało KIM

do natychmiastowego rozpoczęcia prac terenowych, tj. prowadzenia badania tak, aby wyniki kwartalne obejmowały wszystkie miesiące oraz aby uzyskana wielkość próby dawała możliwość analizy wyników dla rozgłośni lokalnych, które mają niższą częstotliwość występowania niż duże rozgłosie ogólnopolskie. Faktyczne przeprowadzenie badań w terenie, tj. rozpoczęcie realizacji ankiet z respondentami poprzez telefon, jest poprzedzone żmudnym procesem konceptualizacji, tj. opracowaniem metodologii projektu badawczego jak również procesem organizacji badania, który obejmuje m.in. proces doboru próby, losowanie próby, szkolenie ankierów oraz osób kontrolujących przebieg rozmów ankierów z respondentami, stworzenie kwestionariusza ankiety, oprogramowania ankiety oraz testy. Stąd konieczne było natychmiastowe podjęcie działań mających dać efekty w postaci wyników jeszcze w I kwartale 2022 r.

*Ponadto, uzasadniając, jaka sytuacja o charakterze wyjątkowym przemawiała za przyspieszeniem procedury udzielenia zamówienia jeszcze w styczniu 2022 r. oraz jakie szczególnie negatywne skutki groziłyby w razie rozpoczęcia realizacji zamówienia i otrzymania pierwszych efektów badań w postulowanych przez zainteresowane podmioty terminach (tj. przed końcem kwartału), Zamawiający wyjaśnił, że: *musiał wziąć pod uwagę wszelkie konsekwencje i okoliczności związane z niewykonaniem zadania w trybie natychmiastowym, przede wszystkim konsekwencje dla podmiotów, które zwracały się do Przewodniczącego KRRiT z oficjalnymi pismami. (...). Podkreślić przy tym należy, że wyniki słuchalności rynku, tj. badania prowadzone na podstawie umowy zawartej w Postępowaniu, mają ogromne znaczenie pod kątem działalności reklamowej na rynku radiowym. (...) brak wyników słuchalności oznacza brak możliwości prowadzenia działalności reklamowej dla połowy rynku radiowego, jak również oznacza trudności w realizacji misyjności wynikającej z karty powinności poszczególnych rozgłośni publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem anten lokalnych. Badanie radiowe dostarcza bowiem informacji o wielkości audytorium słuchalności w poszczególnych pasmach oraz zasięgu terytorialnym. Ponadto określa profil słuchaczy jak również kluczowe zwyczaje i potrzeby wynikające z kontaktu z treściami audio. Informacje dotyczące wielkości audytoriów i ich profili dla poszczególnych rozgłośni w pasmach godzinowych służą z jednej strony do szacowania wartości czasu antenowego, z drugiej zaś do budowania strategii i wizji znajdujących swoje przełożenie na konkretne audycje emitowane w określonych godzinach. Należy zauważyć, że wartość reklamy radiowej w roku 2020 to około 1 mld zł, przy czym każdy dzień bez wyników badań, oznacza brak możliwości świadczenia usług reklamowych, co dla rozgłośni radiowych zrzeszonych w ramach w/w organizacji może skutkować znacznymi stratami każdego dnia.**

*Zamawiający wskazał również, że: *analizował kwestie związane z możliwością skrócenia terminu składania ofert w przypadku wyboru trybu przetargu nieograniczonego. Jednakże, zdaniem Zamawiającego nie było to: rozwiązanie pozwalające na udzielenie zamówienia w terminie racjonalnym ze względu na potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia. W opinii Zamawiającego: minimalny czas przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, nawet przy jego skróceniu, to co najmniej dwa i pół miesiąca. Czas ten, nie pozwalał na udzielenie zamówienia terminie odpowiadającym potrzebom Zamawiającego (...).**

*Uzasadniając natomiast decyzję o odrzuceniu możliwości ewentualnego udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do wyłonienia wykonawcy w wyniku przeprowadzenia postępowania w jednym z konkurencyjnych trybów Zamawiający podał, że: *praca nad tak złożonym badaniem telefonicznym ma charakter zintegrowany tj. musi być ono koordynowane przez jeden podmiot w celu nadzoru nad strukturą zrealizowanej próby, której ostateczny kształt jest nieznan przed rozpoczęciem prac terenowych. Doświadczenie z realizacji badania jest gromadzone, analizowane, syntezowane w jednym podmiocie, który na bieżąco wdraża**

optymalizujące rozwiązania. Zatem nie jest możliwe płynne przekazanie badania w jego trakcie, kiedy nie jest skończone, w stopniu umożliwiającym zgrupowanie danych i ich przekazanie. Nadto, to podmiot realizujący badanie dostarcza KIM panelistów w badaniu i bezpośrednio z tymi osobami podpisuje umowy uczestnictwa w badaniu. Zapewnienie przejścia tych osób na nowy podmiot wiązałoby się z koniecznością ponownego uzyskania zgód oraz zawierania umów, co za tym idzie z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów. (...) Taka zmiana wymagałaby przede wszystkim symultanicznej realizacji pomiaru przez okres min. 1 kwartału u 2 wykonawców jak również powtórzonych kosztów organizacyjno-szkoleniowych. Oznacza to de facto, że to Zamawiający musiałby ostatecznie pokryć koszty organizacyjno-szkoleniowe, które każdy racjonalnie działający na rynku podmiot przerzuciłby na Zamawiającego, a są to kwoty niebagatelne, sięgające rzędu 15-20% wartości projektu badawczego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zważył, co następuje.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności faktyczne na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Należy przy tym wskazać, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 214 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny¹ podkreślały, iż przepisy zezwalające na udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających jego zastosowanie jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości.²

Zgodnie z przesłanką z art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe jest w razie wystąpienia okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Przyjąć należy, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji najszybciej jak to możliwe. Określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.

¹ Np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00.

² Por. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-20/01, C-28/01 oraz wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03.

Aby możliwe było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, natychmiastowość wykonania musi być, w myśl art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a zatem i uniknąć. Natomiast potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania natychmiastowych działań. Okoliczności uzasadniające muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od zamawiającego, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia³. Za każdym razem trzeba mieć na uwadze, że kwalifikacji prawnej zawsze trzeba dokonać w konkretnym stanie faktycznym z wszechstronnym rozważeniem okoliczności sprawy. Zasadniczo nieprzewidywalne będą przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, trzęsienia ziemi, itp. Natomiast nie można uznać za wyjątkowe sytuacje, np. wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują⁴. Nie będzie uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki sama okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia bądź ryzyko utraty finansowania. Warto też wskazać, że okolicznością mogącą mieć znaczenie dla ewentualnego stwierdzenia naruszenia normy wynikającej z art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jest zakres zamówienia, jaki zamawiający ustali dla postępowania z wolnej ręki. Ochrona danego interesu może nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności, tzn. zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji⁵.

A zatem, zamówienie z wolnej ręki jest trybem stosowanym tylko w szczególnych, ściśle interpretowanych przypadkach wymienionych w ustawie⁶. Wobec tego, dla oceny zasadności udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego, koniecznym była analiza okoliczności faktycznych pod kątem łącznego wystąpienia przesłanek, o których mowa art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego,
- c) sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić przy tym związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.

Zamawiający w treści „Uzasadnienia wyboru trybu postępowania” oraz wyjaśnieniach udzielonych w toku kontroli powołał się właściwie na następujące okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj.:

1) niemożność przewidzenia unieważnienia uprzednio wszczętego w trybie negocjacji bez ogłoszenia

³ Por. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, ECLI:EU:C:2005:336.

⁴ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt: V SA/Wa 3975/15.

⁵ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1415/17.

⁶ Por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2018 r. sygn. akt KIO/KD 6/18.

postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania będącego przedmiotem kontrolowanego postępowania;

2) otrzymanie polecenia od Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji *pilnego przygotowania nowej koncepcji badania radiowego z uwzględnieniem stanowiska*;

3) sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć, polegającej na skierowaniu pism w dniu 28 grudnia 2021 r. przez Prezes Zarządu Radio Polskie S.A. oraz Związek Pracodawców Mediów Radiowych „MOC RADIO” do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, w których podmioty te wyraziły oczekiwanie co do rozpoczęcia badań konsumpcji mediów jeszcze w pierwszym kwartale 2022 r.;

4) potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia z uwagi na ochronę interesu ekonomicznego radia publicznego oraz lokalnych rozgłośni radiowych.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne, należy stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, nie potwierdza, aby w sprawie zachodziły łącznie wszystkie przesłanki, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, że w stanie faktycznym sprawy mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową. Zamawiający za wyjątkową sytuację, której nie mógł wcześniej przewidzieć, uznał fakt unieważnienia uprzednio wszczętego w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia o nr postępowania KIM.1.2022, obejmującego „Realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)”. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, cechą wyjątkowości można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Mając powyższe na uwadze należy odmówić okoliczności unieważnienia postępowania charakteru zdarzenia wyjątkowego.

W ocenie Prezesa Urzędu, fakt unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi również sytuacji, której nie można było przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielania zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania bądź jego części w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 255 ustawy Pzp [w tym przypadku art. 255 pkt 1) ustawy Pzp]. Określenie w ustawie Pzp przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wyklucza uznanie unieważnienia postępowania za okoliczność niemożliwą do przewidzenia. Należy również zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane jego działaniem lub zaniechaniem. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego unieważnienie, jest działaniem zamawiającego, nie może być okolicznością uzasadniającą powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Uznanie unieważnienia postępowania, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który nie powinien być traktowany rozszerzająco. Zamawiający

prowadząc postępowania o udzielenie zamówienia musi bowiem liczyć się z koniecznością także jego zakończenia unieważnieniem, mimo dochowania należytej staranności.

W tym miejscu warto zacytować treść oceny Najwyższej Izby Kontroli zawartej w opublikowanym w dniu 2 lutego 2023 r.⁷ wystąpieniu pokontrolnym (sygn. KST.411.001.03.2022), odnoszącej się do unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w zakresie zadania będącego przedmiotem kontrolowanego postępowania. NIK wskazała bowiem: *w okresie od dnia 5 do dnia 21 stycznia 2022 r. przedmiot negocjacji obejmował wykonanie aktywnych badań słuchalności w formie nie mniej niż 20 000 wywiadów miesięcznie, a jego szacunkowa wartość wynosiła 6 532 tys. zł. Choć Dyrektor KIM zeznał⁸, że w jego mniemaniu badanie słuchalności od początku powinno być pasywne i nie wie dlaczego początkowo w przedmiocie zamówienia znalazło się tylko badanie aktywne, to dopiero w dniu 21 stycznia 2022 r. (cztery dni przed końcem postępowania) opis przedmiotu zamówienia został rozszerzony⁹ o rekrutowanie i wyposażenie w sprzęt badawczy nie mniej niż 3 000 panelistów do końca czerwca 2022 r., a jego szacunkowa wartość wzrosła do 30 532 tys. zł. Takie postępowanie, zdaniem NIK, nie dawało podmiotom biorącym udział w negocjacjach czasu niezbędnego do przygotowania de facto nowych ofert¹⁰, a potwierdzeniem tego jest ich wystąpienie o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 27 stycznia 2022 r. Instytut zgodził się przesunąć ww. termin o dwa dni¹¹. Ostatecznie żaden z trzech podmiotów nie złożył ofert w tym postępowaniu.*

Należy mieć na względzie zatem, że to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, w tym za określony w SWZ opis przedmiotu zamówienia, czy też za wyznaczanie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu umożliwiającego wykonawcom biorącym udział w negocjacjach przygotowanie ofert.

Należy również zauważyć, że stan faktyczny odnoszący się do przywołanego w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2022 r. przez Zamawiającego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO/KD 22/16¹² nie stanowi przykładu, gdzie przesłanka nieprzewidywalności została spełniona.

Po drugie, za sytuację wyjątkową nie można również zostać uznane polecenie przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, organu statutowo nadrzędnego wobec Krajowego Instytutu Mediów, *pilnego przygotowania nowej koncepcji badania radiowego z uwzględnieniem stanowiska*, przedstawionego przez Prezesa Zarządu Polskie Radio S.A. oraz Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO w pismach skierowanych w dniu 28 grudnia 2021 r. do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

W ocenie Prezesa Urzędu, zlecenie przez inny podmiot wykonania zamówienia w określonym terminie nie stanowi zdarzenia wyjątkowego, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp,

⁷ Por. wystąpienie pokontrolne NIK, s. 33-34, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/I/22/001/KST/>: „I/22/001/KST – Funkcjonowanie wybranych jednostek sektora finansów publicznych wykonujących zadania analityczne, doradcze, eksperckie i badawcze”, dotyczące działalności m. in. Krajowego Instytutu Mediów w okresie od dnia 4 grudnia 2020 r. do dnia 30 czerwca 2022 r.

⁸ Przepis oryginalny: *Podczas przesłuchania w charakterze świadka w dniu 14 czerwca 2022 r.*

⁹ Przepis oryginalny: *Zgodnie z wyjaśnieniami Dyrektora ds. Operacyjnych KIM złożonymi do protokołu KST.411.001.02.2022.7.MH z dnia 25 maja 2022 r.: „Domyślam się, że OPZ rozszerzona, żeby możliwie szybko rozpocząć badania pasywne, tego od nas oczekiwano, nie chcieliśmy być posądzeni też o to, że powielamy RadioTrack. Pamiętam, że Dyrektor KIM zadzwonił do mnie z informacją, że zmieniamy OPZ natomiast nie jestem w stanie powiedzieć w jakim kontekście to było”.*

¹⁰ Podkreślenie własne

¹¹ Przepis oryginalny: *Stanowi to w ocenie NIK zaprzeczenie słów Dyrektora KIM, który zeznał, w czasie przesłuchania w dniu 14 czerwca 2022 r., że „My rozmawiając z firmami od początku mówiliśmy, że będą badania pasywne, mierniki do kupienia itd.”*

¹² Por. wyjaśnienia Zamawiającego na wezwanie UZP z dnia 1 czerwca 2022 r., s. 4.

uzasadniającego zastosowanie trybu z wolnej ręki. Należy stwierdzić, że Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 37 ust. 1 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest zamawiający. Nie jest więc dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia z przyczyny określenia terminu wykonania zamówienia przez organ nadrzędny. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w zachowującej aktualność także w obecnym stanie prawnym opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji: *władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. (...) Zamawiający (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.*

Należy nadmienić, że z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że polecenie Przewodniczącego KRRiT nie wymagało udzielania zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Po trzecie, o tym, że w sprawie nie mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było przewidzieć może świadczy również treść samych pism skierowanych w dniu 28 grudnia 2021 r. przez Prezes Zarządu Radio Polskie S.A. oraz Związek Pracodawców Mediów Radiowych „MOC RADIO” do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Pisma te zawierały przede wszystkim postulaty¹³ dotyczące rozpoczęcia badań konsumpcji mediów jeszcze w pierwszym kwartale 2022 r., które motywowane były korzyściami, jakie w wyniku tego uzyskają określone podmioty. Z treści tych pism można wywieść wniosek, iż idea nowego modelu badań nie narodziła się w dniu 28 grudnia 2021 r. Wskazuje na to nie tylko treść pisma Prezes Zarządu Polskiego Radia S.A. z dnia 28 grudnia 2022 r., w której podkreślano wkład KRRiT w sprawie budowy nowego standardu pomiaru konsumpcji mediów w Polsce, ale również treść załącznika nr 8 przekazanego do UZP przy piśmie Zamawiającego z dnia 13 września 2022 r. Z wywiadu opublikowanego na portalu Niezależna.pl w dniu 4 grudnia 2021 r., w kontekście potrzeby zmian metody badania słuchalności mediów, wynika że: *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (...) próbuje system uzdrowić i trwa to już ładnych parę lat.*

Powyzsze prowadzi do wniosku, że potrzeba opracowania i realizacji nowego modelu telemetrii i badania słuchalności nie stanowiło sytuacji wyjątkowej i nieprzewidywalnej. Podobnie za nieprzewidywalne i wyjątkowe nie może zostać uznana okoliczność, że w dniu 31 grudnia 2021 r. wygasły dotychczasowe umowy w przedmiocie badań konsumpcji mediów sposobem „Radio Track” zawarte przez podmioty zrzeszone w Związku Pracodawców Mediów Radiowych „MOC RADIO”.

Należy zatem wywieść, że potrzeba realizacji ww. przedsięwzięcia była znana lub mogła być znana Krajowemu Instytutowi Mediów, a więc jednostce budżetowej podległej Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji, wyspecjalizowanej jako *agregator szerokiego strumienia danych dotyczących konsumpcji mediów elektronicznych w Polsce*¹⁴, już od dłuższego czasu, dlatego też możliwe było odpowiednio wcześniejsze przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Należy

¹³ Podkreślenie własne.

¹⁴ Por. pkt 1.2 OPZ.

zaznaczyć, że przeciągająca się beczynność w udzieleniu zamówienia nie może stanowić uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki.

Należy przy tym zastrzec, że Prezes Urzędu nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności Zamawiającego ani którejkolwiek z zaangażowanych w proces stron za nieprzewidzenie tychże okoliczności we wcześniejszych terminach i podjęcie działań w celu wyłonienia wykonawcy w konkurencyjnej procedurze. Należy również zastrzec, że Prezes Urzędu w ramach swoich kompetencji kontrolnych nie dokonuje oceny potrzeby udzielenia zamówienia, a tym bardziej zasadności przeprowadzenia badań.

Po czwarte, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy nie została spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy zauważyć, że natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem tylko¹⁵ akcentowana przez Zamawiającego ochrona interesu ekonomicznego radia publicznego oraz lokalnych rozgłośni radiowych nie oznacza automatycznie konieczności podjęcia natychmiastowych działań w rozumieniu przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Z przedstawionego bowiem przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego nie wynika, jakie szczególnie negatywne skutki groziłyby w razie rozpoczęcia realizacji zamówienia, np. w drugim kwartale 2022 r. Zasadniczo Zamawiający podkreśla potencjalne negatywne konsekwencje dla określonych podmiotów działających na rynku radiowym, nie precyzując, w jakim zakresie i terminie mogłyby wystąpić. Zamawiający przytoczył także w wyjaśnieniach wartość rynku reklamowego, ale kwota ta pozostaje bez związku z wartością ewentualnych strat, jakie one poniosą z tytułu, np. rozpoczęcia realizacji zamówienia w drugim kwartale roku 2022 r. Również z treści przywoływanych przez Zamawiającego pism Prezes Zarządu Polskiego Radia S.A. oraz Prezesa Zarządu Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO z dnia 28 grudnia 2021 r., adresowanych do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, nie sposób wywieść, aby istniała potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia i jakim negatywnym konsekwencjom udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym ma zapobiec. Należy bowiem zauważyć, że postulowane przez Prezes Zarządu Polskiego Radia S.A. oraz Prezesa Zarządu Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO terminy rozpoczęcia realizacji zamówienia (tj. przed końcem pierwszego kwartału 2022 r.) nie koresponduje z terminem, o którym mowa w treści „Uzasadnienia wyboru trybu postępowania”, tj. „aby badania rozpoczęły się w połowie stycznia 2022 r., natomiast pierwsze wyniki zostały udostępnione w lutym 2022 r.”.

Należy dodać w tym miejscu, że ochrona danego interesu może nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności, tzn. zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji¹⁶. Tymczasem, zamawiający udzielił przedmiotowe zamówienie na dłuższy okres czasu (zgodnie z umową Wykonawca miał zrealizować zamówienie w ciągu 16 miesięcy z możliwością skorzystania z prawa opcji przez kolejne 8 miesięcy od upływu okresu obowiązywania umowy). Nie sposób zatem uznać,

¹⁵ Pokreślenie własne.

¹⁶ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1415/17.

że zamówienie publiczne na realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI) obejmowało usługi, mające na celu usunięcie bezpośrednich skutków nagłego zdarzenia oraz ryzyka powstania poważnych szkód związanych z wystąpieniem takiego zdarzenia. Zamawiający odrzucił możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do wyłonienia wykonawcy w wyniku przeprowadzenia postępowania w jednym z konkurencyjnych trybów, uzasadniając to względami finansowo - organizacyjnymi udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w pełnym zakresie na czas 16 miesięcy, co istotne z możliwością przedłużenia usługi o kolejne 8 miesięcy po skorzystaniu z prawa opcji¹⁷.

Jak zostało to już wyżej wskazane, możliwość udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, musiała być ograniczona do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego. W konsekwencji, zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musiało być realizowane przez 16 miesięcy, a nawet uwzględniając prawo opcji 24 miesiące, co do zasady, nie mogło być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Tym samym, należy stwierdzić, że w ustalonym stanie faktycznym nie zachodziła ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia w zakresie niezbędnym do zagwarantowania prawidłowego wykonywania zadań Zamawiającego do momentu wyboru wykonawcy w wyniku postępowania przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych.

Należy podkreślić także, iż powoływanie się przez Zamawiającego na średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji nie wykazania potrzeby natychmiastowego rozpoczęcia wykonania zamówienia, należy uznać za argument chybiony. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na krótki czas, jaki upłynął pomiędzy rozpoczęciem wykonywania zamówienia a otrzymaniem pierwszych wyników badań, które, zgodnie z oczekiwaniem podmiotów radiowych zainteresowanych realizacją zamówienia, miało nastąpić w pierwszym kwartale 2022 r. (tj. do dnia 31 marca 2022 r.). W korespondencji skierowanej do Urzędu Zamawiający tłumaczył, że: *Faktyczne przeprowadzenie badań w terenie tj. rozpoczęcie realizacji ankiet z respondentami poprzez telefon, jest poprzedzone zmuszonym procesem konceptualizacji tj. opracowaniem metodologii projektu badawczego jak również procesem organizacji badania, który obejmuje m.in. proces doboru próby, losowanie próby, szkolenie ankietatorów oraz osób kontrolujących przebieg rozmów ankietatorów z respondentami, stworzenie kwestionariusza ankiety, oprogramowania ankiety oraz testy. Stąd konieczne było natychmiastowe podjęcie działań mających dać efekty w postaci wyników jeszcze w I kwartale 2022 r.* Powyższe tymczasem, pozostaje w sprzeczności z przedstawionymi przez Zamawiającego okolicznościami faktycznymi sprawy. Jak poinformował bowiem Zamawiający: *realizacja badań rozpoczęła się niezwłocznie po zawarciu umowy (...) (tj. w dniach 29-30 stycznia 2022 r.), a (...) 30 stycznia 2022 r. – KIM otrzymał pierwsze wyniki z realizacji badania w nowej formule.* Powyższe nakazuje uznać, że wobec tak zakreślonych terminów dotyczących otrzymania pierwszych wyników badań możliwym było również wyłonienie wykonawcy do realizacji zamówienia z zachowaniem konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, nawet przy założeniu, że do zawarcia umowy w sprawie zamówienia doszłoby w dniu 29 marca 2022 r. Wyniki badań byłyby bowiem dostępne już w na koniec pierwszego kwartału 2022 r., a więc w postulowanym przez Prezes Zarządu Polskiego Radia S.A. oraz Prezesa Zarządu Związku Pracodawców Mediów Radiowych MOC RADIO terminie. To z kolei implikuje wniosek, iż Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanki niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

¹⁷ Podkreślenie własne.

Powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, prowadzi do wniosku, że w kontrolowanej sprawie nie zachodziły okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślenia wymaga zarazem, że jakakolwiek decyzja wewnętrzna Zamawiającego odnośnie konieczności udzielenia zamówienia publicznego, nawet jeśli została podyktowana słusznymi potrzebami, nie może być sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami. Podobnie, na jakiegokolwiek odstępstwa od ścisłej interpretacji przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie ma wpływu polecenie organu nadrzędnego czy też oczekiwania płynące z otoczenia zewnętrznego. W przeciwnym razie mogło by to prowadzić to naruszenia podstawowych zasad, na których oparty został system zamówień publicznych, tj. aby zamawiający przygotowywał i przeprowadzał postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Ostatecznie to Zamawiający zobowiązany jest z należytą starannością ocenić stan faktyczny sprawy pod kątem łącznego spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający powinien był wybrać takie rozwiązanie już bezpośrednio po otrzymaniu polecenia przeprowadzenia postępowania. Wówczas bowiem Zamawiający przykładowo mógłby wziąć pod uwagę możliwość skrócenia terminu składania ofert w oparciu o przesłankę z art. 138 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Obiektywnie pozwoliłoby to na przeprowadzenie procedury wyboru w oparciu o konkurencyjny tryb udzielenia zamówienia, tak, aby otrzymanie pierwszych efektów realizacji zamówienia nastąpiło w postulowanych przez zainteresowane podmioty terminach, nawet pomimo ewentualnych procedur odwoławczych. Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a które to muszą zaistnieć łącznie.

Reasumując, należy stwierdzić, że Zamawiający, poprzez udzielenie zamówienia na „Realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)” (znak postępowania: KIM.2.2022) w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszył przepisy art. 214 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Ad. 2.

Zgodnie z dokumentacją kontrolowanego postępowania Zamawiający zawarł z wybranym w postępowaniu Wykonawcą Alternatywa Polska Sp. z o.o. umowę nr U-2022-01-023 w sprawie zamówienia w dniu 28 stycznia 2022 r.

Natomiast ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2022 r.

Zgodnie z art. 265 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył art. 265 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w wymaganym terminie. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W przypadku, gdyby ww. zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej zgłaszała osoba upoważniona przez kierownika zamawiającego, proszę o przesłanie pełnomocnictwa do występowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralnym organem administracji rządowej.

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

ZASTĘPCA DYREKTORA
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

Katarzyna Tyc-Okońska