

Warszawa, 09.05.2022 r.

Do:

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**  
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Wnioskodawca:

**Organizacja Firm Badania Opinii i Rynku**  
ul. Szarotki 11, 02-609 Warszawa  
tel.: 22 648 45 17  
mail: [biuro@ofbor.pl](mailto:biuro@ofbor.pl)  
KRS: 0000133735

Zamawiający:

**KIM Krajowy Instytut Mediów**  
ul. Wiktorska 63, 02-587 Warszawa  
tel.: 22 118 98 44  
mail: [biuro@kim.gov.pl](mailto:biuro@kim.gov.pl)

### **WNIOSEK o wszczęcie kontroli doraźnej**

Na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej jako: p.z.p.) Wnioskodawca wnosi o wszczęcie kontroli doraźnej zamówienia publicznego udzielonego przez Zamawiającego w wyniku postępowania pn. „Realizacja badania ciągłego tzw. Trackingu dotyczącego konsumpcji techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego i systemu do realizacji wywiadów” (Dz. Urz. UE 2022/S 057-150158, numer referencyjny KIM.2.2022).

UZASADNIENIE:

**W stosunku do postępowania KIM.2.2022 Wnioskodawca zarzuca naruszenie przez Zamawiającego przepisów:**

- **art. 214 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 16 oraz art. 129 p.z.p., poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek;**
- **art. 112 w związku z art. 115 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 p.z.p., poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.**

Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia KIM.2.2022 uzasadnił wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w następujący sposób: „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”.

Zamówienie z wolnej ręki jest jedynym niekonkurencyjnym trybem udzielenia zamówienia publicznego: nie dochodzi w nim do porównywania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich.

Jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Ustawodawca dopuszcza ten tryb w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 214 ust. 1 p.z.p. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. wyrok ECLI:EU:C:1996:149, oraz wyrok ECLI:EU:C:2003:220 oraz opinia ECLI:EU:C:2002:717).

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy 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 zamówienia.

Gdyby rzeczywiście Zamawiający stał „wobec pilnej potrzeby”, to powinien był rozważyć tryb negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który jest mniej rygorystyczny i wskazuje wyłącznie na „pilną potrzebę udzielenia zamówienia”, a nie na konieczność „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Określenie „natychmiast” wskazuje bowiem na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. Dla udzielania zamówień pilnych ustawa przewiduje inne tryby udzielenia zamówienia, zaś tryb zamówienia z wolnej ręki jest możliwy do zastosowania jedynie wówczas, gdy nie jest możliwe zastosowanie żadnego innego trybu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2454/21 z 15.10.2021 r.).

Aby możliwym było zastosowanie art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 88/11 z 27.01.2011 r.; cytowany w orzeczeniach KIO 591/19, KIO 904/19, KIO 1187/19, oraz KIO 1808/20).

Pilna potrzeba przywołana przez Zamawiającego wynikała z terminów określonych w zleceniu, które Zamawiający otrzymał, wraz z dofinansowaniem, od swojego organu założycielskiego (informacja kierownika Zamawiającego: <https://www.wirtualnemedi.pl/arttykul/krajowy-in-stytut-mediow-alternatywa-polska-kto-za-tym-stoi>, dostęp 03.05.2022 r.). Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 6/18 z 15.03.2018 r. wskazuje, że nie do zaakceptowania jest okoliczność, w której zamawiający dostosowuje tryb udzielenia zamówienia publicznego do możliwości wydatkowania środków publicznych, przyznanych w ramach dotacji przez organ założycielski. „Wskazać bowiem należy, iż system winien mieć wręcz odwrotny układ. W pierwszej kolejności ustalana jest przez zamawiającego potrzeba zakupu określonego produktu, uwarunkowana określoną sytuacją faktyczną. Następnie ustalana jest wartość

takiego zakupu, dalej następuje pozyskanie środków finansowych na zakup, wreszcie – po ich zagwarantowaniu, wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego”.

Zamówienie KIM.2.2022 zostało udzielone na realizację badania ciągłego, z opcją kontynuacji przez okres 8 miesięcy, jeżeli Zamawiający będzie posiadał środki. Natomiast zamówienie z wolnej ręki powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym (wyrok KIO 88/11 z 27.01.2011 r.; cytowany w orzeczeniach KIO 591/19, KIO 904/19, KIO 1187/19 oraz KIO 1808/20). Analiza poglądów doktryny oraz orzecznictwa prowadzi do wniosku, że istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia (np. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej KIO/KD 21/09; Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, UZP/DKD/WKZ/421/77/14/KB).

Podsumowując tę część uzasadnienia należy stwierdzić, że Zamawiający udzielił zamówienia KIM.2.2022 z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 Nr 14, poz. 114, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 289, dalej jako: u.o.n.d.f.p.).

W opinii Wnioskodawcy, Zamawiający naruszył zasady konkurencyjności, przejrzystości i proporcjonalności, organizując postępowanie KIM.2.2022 z zamiarem działania na korzyść jednego wykonawcy (art. 18 pkt 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, Dz. Urz. UE L 2014 Nr 94, str. 65). Samo nadużycie procedury niekonkurencyjnej byłoby tylko naruszeniem formalnym, jednak w opisywanym stanie faktycznym jego szkodliwość polegała na wyłączeniu konkurencji z negatywnymi konsekwencjami dla efektywności ekonomiczno-finansowej zamówienia.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że wartość zamówienia KIM.2.2022 jest wyjątkowo wysoka w porównaniu z innymi zamówieniami na usługi badania opinii publicznej (CPV 79320000). Trudno jest wskazać jakiegokolwiek zamówienie tej wielkości, spośród wszystkich zamówień udzielonych na polskim rynku badań, w całym okresie jego istnienia. Z tego faktu oraz z zasady proporcjonalności, wynikał szczególnie obowiązek zachowania staranności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu.

Wybór trybu niekonkurencyjnego uwolnił Zamawiającego od obowiązku określenia warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniach prowadzonych w odniesieniu do przedmiotów o niższej wartości, lecz przy zachowaniu konkurencji, Zamawiający określał warunki udziału oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Tymczasem do postępowania o zamówienie wartości 23 277 200 złotych Zamawiający zaprosił podmiot, który w ogóle nie prowadził działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia, oraz uzyskał w roku 2020 przychód 39 tys. złotych przy stracie 149 tys. złotych. Był

to podmiot, który nie spełniał minimalnych poziomów zdolności do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na badanie opinii publicznej i nie dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Zaproszenie do udziału w postępowaniu jest równoznaczne z określeniem jego warunków, należy zatem przyjąć, że Zamawiający dokonał określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 3 u.o.n.d.f.p.

Bezprecedensowo wielka wartość zamówienia zwraca uwagę na brak podstawy do jej określenia. Nazwa zamówienia KIM.2.2022 wskazuje na rodzaj badań, które od wielu lat są realizowane na polskim rynku. Największe takie badanie, prowadzone przez Kantar S.A. na zamówienie grupy nadawców radiowych, ma roczny budżet kilkakrotnie mniejszy od wartości zamówienia KIM.2.2022. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Opis metodologii trackingu treści audio (<https://kim.gov.pl/>, dostęp 03.05.2022), z którego także nie wynika – w ocenie profesjonalnych badaczy, reprezentowanych przez Wnioskodawcę – potrzeba zaangażowania środków publicznych tak wielkiej wartości.

Kierownik Zamawiającego poinformował, w rozmowie opublikowanej w dniu 11.04.2022 r. przez Wirtualnemedi.pl (<https://www.wirtualnemedi.pl/arttykul/krajowy-instytut-mediow-alternatywa-polska-kto-za-tym-stoi>, dostęp 03.05.2022), że „na wartość umowy wpływa też koszt rekrutacji, utrzymania, wyposażenia w mierniki panelu, który pod koniec 2022 roku będzie liczył około 4-6 tys. uczestników”. Kierownik poinformował także, że w ramach budżetu KIM.2.2022 wykonawca zajmuje się realizacją badania słuchalności treści audio, pozostawiając bez wyjaśnienia, kto i na jakiej podstawie prawnej zajmuje się rekrutacją, utrzymaniem i wyposażeniem w mierniki panelu badawczego.

Należy wskazać, że przedmiot podany w ogłoszeniu o zamówieniu KIM.2.2022, t.j. Badanie słuchalności treści audio, nie obejmuje czynności i wydatków związanych z powstaniem, wyposażeniem i utrzymaniem panelu badawczego, natomiast są one elementem innego przedmiotu działalności Zamawiającego, pn. Jednoźródłowe Badanie Założycielskie. Zatem, zgodnie z informacją kierownika, Zamawiający udzielił – w opinii Wnioskodawcy, z naruszeniem prawa – zamówienia o wielkiej wartości, którego część nie jest realizowana przez wybranego wykonawcę, oraz nie służy realizacji wskazanych w ogłoszeniu zadań.

Prezes Zarządu OFBOR