



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Mateusz Winiarz*

DKZP.WKZ3.442.11.2022.OL  
KND/11/22

Dyrektor Generalny  
Instytutu Pamięci Narodowej  
Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko  
Narodowi Polskiemu

w odpowiedzi na pismo z dnia 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 2022 r., znak: ) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej konkursu przeprowadzonego przez Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w procedurze konkursu ograniczonego na opracowanie pracy konkursowej na realizację filmu pn. *film animowany z elementami techniki 2D oraz 3D pod roboczym tytułem „Stan wojenny”*, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 343 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 października 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.11.2022.OL.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 343 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu | , który nie wykazał spełnienia wymagania Zamawiającego wskazanego w sekcji III pkt 1.10) ogłoszenia o konkursie oraz w rozdziale V i VI pkt 1 i 4 Regulaminu konkursu, co skutkowało naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 26 października 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wskazując, cyt.:

*Na podstawie art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn.zm.) (dalej powoływana jako „ustawa Pzp”) wnoszę zastrzeżenia od doręczonego w dniu 20-10-2022 r. wyniku kontroli doraźnej w sprawie konkursu przeprowadzonego przez Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w procedurze konkursu ograniczonego na opracowanie pracy konkursowej na realizację filmu pn. *film animowany z elementami techniki 2D oraz 3D pod roboczym tytułem „Stan wojenny”* dotyczące:*

I. błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy poprzez:

a) niewskazanie, które z przedstawionych przez [redacted] produkcji nie potwierdzają spełniania wymagań udziału w konkursie,

b) pominięcie w ustaleniach, iż Zamawiający na etapie weryfikacji spełniania przez [redacted] spełniania wymagań Zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu pozyskał z Internetu informacje wskazujące, iż był on współautorem i producentem dwóch części filmu „[redacted]”,

c) pominięcie w ustaleniach, iż film „[redacted]” składał się z dwóch części, a tym samym [redacted] przedstawił cztery filmy na potwierdzenie spełniania wymagań udziału w konkursie,

d) pominięcie, iż żadna z czynności podjętych przez Zamawiającego nie stała się przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej,

- co doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego;

II. nieprawidłową ocenę stanu faktycznego polegającą na przyjęciu, iż w konkursie:

a) uczestnik konkursu Pan Krzysztof Noworyta, nie wykazał spełniania wymagania Zamawiającego wskazanego w Regulaminie konkursu,

b) doszło do naruszenia art. 343 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez [redacted] o dopuszczenie do udziału w konkursie.

W uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, cyt.:

I. Błędne ustalenie stanu faktycznego

1. W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej powoływany jako „Prezes UZP”, wskazując filmy przedstawione przez [redacted] na potwierdzenie spełnienia wymagań udziału w konkursie, nie ustalił ile i które z tych filmów nie potwierdzały spełniania wymagań postawionych przez Zamawiającego. Podnieść należy, iż [redacted] wskazał trzy filmy a w „REGULAMINIE KONKURSU na film animowany z elementami techniki 2D oraz 3D pod roboczym tytułem stan wojenny” w rozdziale V pkt 1 określono, iż uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonały należycie i ukończyły usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych w technologii 2D lub 3D, w tym co najmniej jeden o tematyce historycznej. Brak ustaleń Prezesa UZP w tym zakresie nie pozwala na stwierdzenie, czy i które ze wskazanych filmów przez Pana Krzysztofa Noworytę nie spełniają wymagań udziału w konkursie. Za ustalenie takie nie może być uznane stwierdzenie Prezesa UZP, iż „Dwie z trzech wskazanych w wykazie produkcji filmowych, tj. [redacted]

[redacted] nie zostały wyprodukowane przez tego Uczestnika konkursu”. W konkursie Zamawiający nie postawił bowiem jako wymagania udziału w nim „wyprodukowania filmu” a jedynie wymagał aby osoby biorące udział w konkursie „wykonały należycie i ukończyły usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych”. Z wymaganiem tym korespondowała treść „Wykazu zrealizowanych produkcji”, gdzie w kolumnie wymagane było wskazanie „Zakresu wykonanej usługi”.

2. Prezes UZP nie wskazał w stanie faktycznym, iż Zamawiający weryfikując czy [redacted] spełnia postawiony w Regulaminie w rozdziale VI pkt 1 warunek udziału w konkursie w brzmieniu „wykonał należycie i ukończył usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych

w technologii 2D lub 3D, w tym co najmniej jeden o tematyce historycznej” opierał się nie tylko na wykazie przedłożonym przez tego uczestnika konkursu, ale podjął również samodzielne działania, zmierzające do weryfikacji spełnienia postawionego wymagania. W toku weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający pozyskał z Internetu, w szczególności ze strony internetowej Fundacji Polska Wielki Projekt informacje potwierdzające, że był on współautorem i producentem dwóch części filmu . W tym miejscu zauważyć należy, że film ten składał się z dwóch części, a tym samym w tym przypadku uzasadnione jest mówienie o dwóch filmach co w konsekwencji prowadzi do uzasadnionego wniosku, iż I na potwierdzenie spełnienia wymagań w konkursie wskazał 4 filmy.

Pozyskanie z Internetu dodatkowych informacji pozwalających na ocenę, czy spełnia wymagania udziału w konkursie świadczy, że Zamawiający nie zignorował żadnej z informacji przekazanych przez innao uczestnika konkursu, które zmierzały do zakwestionowania spełnienia wymagań przez Dowód: poz. 27 w Dokumentacji.

3. Wreszcie w stanie faktycznym Prezes UZP pominął, iż żadna czynność podjęta w konkursie przez Zamawiającego nie została zaskarżona do Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności nie została zaskarżona czynność Zamawiającego polegająca na dopuszczeniu do udziału w konkursie

jak i czynność wyboru jego pracy konkursowej jako najlepszej. Oznacza to, że żaden z uczestników konkursu nie miał uzasadnionych podstaw do podważania prawidłowości podjętych przez Zamawiającego działań. W szczególności czynności te nie zostały zaskarżone przez , która sama przyznała w swoim piśmie z dnia 27 sierpnia 2021 r. że w filmie „ ” oraz „ ” był podwykonawcą firmy ”.

4. Brak ustaleń w powyższym zakresie w stanie faktycznym uprawnia do wyprowadzenia wniosku, iż stan faktyczny został ustalony w sposób wybiórczy z pominięciem istotnych okoliczności dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego w konkursie. W szczególności Prezes UZP nie ustalił ile filmów na potwierdzenie spełnienia wymagań udziału w konkursie przedstawił , oraz ile i które z przedstawionych filmów nie spełniały wymagań uprawniających do wzięcia udziału w konkursie. Brak ustaleń w tym zakresie powoduje, iż za nieuprawniony w stanie faktycznym musi być uznany zarzut zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez

II. Nieprawidłowa ocena stanu faktycznego polegająca na przyjęciu, iż w konkursie doszło do naruszenia art. 343 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy brak było podstaw do uznania, iż wniosek złożony przez uczestnika konkursu o dopuszczenie do udziału w konkursie nie spełniał wymagań udziału w konkursie.

1. Istotą problemu w niniejszej sprawie jest to jak należy rozumieć postawione przez Zamawiającego wymaganie, iż „uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonały należycie i ukończyły usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych w technologii 2D lub 3D, w tym co najmniej jeden o tematyce historycznej”. W tym zakresie Prezes UZP odwołał się do przepisu art. 5 pkt 7 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz.U. z 2022 r. poz. 1066), który zawiera definicję pojęcia produkcja filmu.

W tym miejscu zauważyć należy, iż definicja ta ustala wiążące znaczenie jedynie dla ustawy

*o kinematografii i nie jest wiążąca w przepisach o zamówieniach publicznych. Dlatego też w zamówieniach publicznych może być stosowana jedynie posiłkowo. Zgodnie z tą definicją produkcja filmu oznacza zespół czynności twórczych, organizacyjnych, ekonomicznych, prawnych i technicznych, prowadzących do wytworzenia filmu w postaci kopii wzorcowej. Zwrócić należy uwagę, iż jedną z tych czynności są „czynności twórcze”. Dla określenia znaczenia pojęcia „czynności twórcze” należy odwołać się do przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062 z późn.zm.), a w szczególności art. 1 ust. 1, zgodnie z którym przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Nie budzi żadnej wątpliwości, iż „działalność twórcza w rozumieniu prawa autorskiego jest dokonywana wyłącznie przez człowieka. Nie może tu być mowy o działaniu maszyn, zwierząt czy przyrody jako o siłach tworzących, ponieważ podmiotem prawa, w tym przypadku ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, może być tylko człowiek. Również osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie mogą być podmiotami tego prawa” (Tak E. Ferenc-Szydełko w: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, rozdział IV pkt 4 Legalis).*

*W sprzeczności z powyższymi twierdzeniami stoi stanowisko Prezesa UZP, który stwierdza, że „do udziału w konkursie mógł zostać dopuszczony wyłącznie uczestnik konkursu, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie wykonał należycie i ukończył usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów - tj. wykonał zespół czynności, o których mowa w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii”. Takie rozumienie postawionego przez Zamawiającego wymogu udziału w konkursie (wykonanie usługi polegającej na produkcji co najmniej dwóch filmów) powodowałoby brak możliwości udziału w konkursie osób prawnych, gdyż te ze swojej natury nie mogą wykonywać czynności twórczej, a co za tym idzie nie mogłyby wykonać zespołu czynności, o których mowa w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii. Stałoby to w oczywistej sprzeczności z art. 330 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Inaczej mówiąc określenie w konkursie wymogu wykonania usługi polegającej na produkcji co najmniej dwóch filmów, z zastosowaniem wykładni opartej wyłącznie na treści art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii, jak chce tego Prezes UZP, doprowadziłoby do sprzeczności z powołanym przepisem art. 330 ust. 1 Pzp i podważało istotę całego systemu zamówień publicznych, gdyż oznaczałoby, że uczestnikami konkursu prowadzonego przez Instytut Pamięci Narodowej - Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, mogłyby być wyłącznie osoby fizyczne.*

*Takie rozumienie postawionego w konkursie wymogu podważałoby też całą dotychczasową linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych wypracowaną na tle postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które są aktualne również w przypadku konkursu. Następnie Zamawiający zacytował fragmenty: wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dalej: „KIO”, z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 2127/20; wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 985/18; wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18; wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18; wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17.*

*Zamawiający stwierdził, iż biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 343 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie, złożonego przez uczestnika konkursu*

, ponieważ spełnia on wymagania Zamawiającego, określone w sekcji III pkt 1.10) ogłoszenia o konkursie oraz w rozdziale V i VI pkt 1 i 4 Regulaminu konkursu.

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje:**

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługuje na uwzględnienie.

**Ad I**

Odnosząc się w pierwszej kolejności do twierdzenia Zamawiającego o braku ustalenia w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, *ile i które ze wskazanych filmów przez*

*nie spełniają wymagań udziału w konkursie* należy podtrzymać przywołaną w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej (str. 6-7) argumentację wskazującą jak należy interpretować wymagania określone w sekcji III pkt 1.10) ogłoszenia o konkursie oraz w rozdziale V i VI pkt 1 i 4 Regulaminu konkursu, w tym przede wszystkim jak należy rozumieć zwrot *usługa polegająca na produkcji filmu*.

Należy podkreślić, że Prezes Urzędu opierając się na dokumentacji zgromadzonej w toku kontroli, a przede wszystkim na złożonym w Konkursie przez uczestnika konkursu

wykazie zrealizowanych produkcji oraz jego oświadczeniu złożonym w dniu 28 sierpnia 2021 r. *w nawiązaniu do przedstawionego wykazu produkcji*, stwierdził w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że *dwie z trzech wskazane w wykazie produkcje filmowe, tj. i oraz*

*nie zostały wyprodukowane przez tego Uczestnika konkursu*. Zatem wbrew twierdzeniu Zamawiającego o braku ustalenia w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, *ile i które ze wskazanych filmów przez* *nie*

*spełniają wymagań udziału w konkursie*, należy stwierdzić, że po pierwsze w Informacji o wyniku kontroli doraźnej podano ile produkcji filmowych ze wskazanych przez uczestnika konkursu

w wykazie zrealizowanych produkcji i ww. oświadczeniu nie zostało przez tego Uczestnika konkursu wyprodukowanych, tj. dwie produkcje filmowe, a po drugie wskazano ich tytuły, tj.

W odniesieniu do zawartej w pkt I.1 zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej argumentacji Zamawiającego wskazującej, że *Zamawiający nie postawił bowiem jako wymagania udziału w nim „wyprodukowania filmu” a jedynie wymagał aby osoby biorące udział w konkursie „wykonały należycie i ukończyły usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych”* należy stwierdzić, że użyte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej sformułowanie, tj. *produkcje filmowe (...) nie zostały wyprodukowane przez tego Uczestnika konkursu* odnosi się do treści przedmiotowego wymagania oraz składanego przez uczestnika konkursu na potwierdzenie jego spełnienia wykazu zrealizowanych produkcji, z którego powinno wynikać, że uczestnik konkursu wskazane w wykazie produkcje filmowe zrealizował (wyprodukował), tj. wykonał zespół czynności, o których mowa w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii, prowadzących do powstania filmu w postaci wzorcowej.

Zamawiający w przekazanych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej rozszerzył podstawę faktyczną oceny spełnienia przez uczestnika konkursu przedmiotowego wymagania i jej wyniku oraz przedstawił dodatkowe argumenty mające potwierdzić jej zasadność, cyt.: *Zamawiający weryfikując czy Pan Krzysztof Noworyta spełnia postawiony w Regulaminie w rozdziale VI pkt 1 warunek udziału w konkursie w brzmieniu „wykonał należycie i ukończył usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych w technologii 2D lub 3D, w tym*

co najmniej jeden o tematyce historycznej” opierał się nie tylko na wykazie przedłożonym przez tego uczestnika konkursu, ale podjął również samodzielne działania, zmierzające do weryfikacji spełnienia postawionego wymagania. W toku weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający pozyskał z Internetu, w szczególności ze strony internetowej Fundacji Polska Wielki Projekt informacje potwierdzające, że był on współautorem i producentem dwóch części filmu [redacted]. W tym miejscu zauważyć należy, że film ten składał się z dwóch części, a tym samym w tym przypadku uzasadnione jest mówienie o dwóch filmach co w konsekwencji prowadzi do uzasadnionego wniosku, iż [redacted] na potwierdzenie spełnienia wymagań w konkursie wskazał 4 filmy.

W związku z powyższym należy zauważyć, iż zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego dokumentem Konkursu, tj.: Protokołem z prac Sądu konkursowego z dnia 17 sierpnia 2021r., po dokonaniu otwarcia wniosków Przewodniczący Sądu konkursowego wraz z członkami przystąpili do oceny merytorycznej wniosków, zgodnie z kryteriami oceny, określonymi w Regulaminie konkursu tj. weryfikację czy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Uczestnik konkursu wykonał należycie i ukończył usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych w technologii 2D lub 3D, w tym co najmniej jeden o tematyce historycznej. Zatem ocenie, zgodnie z ww. kryteriami oceny, określonymi w Regulaminie konkursu, podlegał złożony przez uczestnika konkursu wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, w tym stanowiący jego załącznik - wykaz zrealizowanych produkcji. Ponadto z dokumentów Konkursu, tj.: wykazu zrealizowanych produkcji złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w konkursie przez uczestnika konkursu [redacted] oraz oświadczenia tego Uczestnika konkursu złożonego w dniu 28 sierpnia 2021 r. w nawiązaniu do przedstawionego wykazu produkcji wynika, że Uczestnik konkursu przedstawił na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego wymagania udziału w konkursie trzy filmy, tj. [redacted].

Zatem, powoływanie się przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej na okoliczność oceny spełnienia przez uczestnika konkursu [redacted], przedmiotowego wymagania (...) nie tylko na wykazie przedłożonym przez tego uczestnika konkursu, ale podjął również samodzielne działania, zmierzające do weryfikacji spełnienia postawionego wymagania. W toku weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający pozyskał z Internetu, w szczególności ze strony internetowej Fundacji Polska Wielki Projekt informacje potwierdzające, że był on współautorem i producentem dwóch części filmu [redacted], jest nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że w przekazanej do Urzędu Zamówień Publicznych dokumentacji Konkursu zapisanej na płycie CD-R znajduje się m.in. folder numer 27 zatytułowany Potwierdzenie doświadczenia Wykonawcy [redacted] w którym zawarte są cztery rzuty ekranu wykonane w dniu 15 września 2021 r. (brak adresu URL), tj.:

- 1) Screenshot [redacted] - Wszystko co najważniejsze, zawierający m.in. informacje, że [redacted] jest współautorem dwóch części filmu [redacted],
- 2) Screenshot [redacted], zawierający m.in. informacje, że [redacted] jest współautorem i producentem dwóch części filmu animowanego [redacted] dla Instytutu Pamięci Narodowej, (...) współautorem wystawy immersyjnej [redacted].

3) *Screenshot 2021-09-15 at 16-19-56 We Wrocławiu wystawą*, druk, zawierający m.in. informacje, że jest dyrektorem kreatywnym wystawy oraz informacje, że producentkami ww. wystawy z firmy

4) *Screenshot 2* rozpocznie się we *środe jubileusz Solidarności*, przedstawia taki sam widok jak zrzut ekranu wskazany w pkt 3).

Jednocześnie należy podkreślić, że żaden z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów Konkursu nie wskazuje, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, że informacje zawarte ww. zrzutach ekranu stanowiły oprócz wykazu zrealizowanych produkcji podstawę oceny spełnienia przez uczestnika konkursu przedmiotowego wymagania.

Ponadto należy podkreślić, że Zamawiający, dokonując oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie na podstawie złożonych przez uczestnika konkursu dokumentów, stanowiących jego treść jak i jego załączników, tj. podmiotowych środków dowodowych, powinien opierać się wyłącznie na dokumentach i oświadczeniach, które uprzednio sprecyzował i których złożenia wymagał w ogłoszeniu o konkursie i Regulaminie konkursu. Wszelkie wątpliwości związane z tymi dokumentami i oświadczeniami powinny być rozstrzygane w trybie ustawowym, tj. poprzez żądanie od uczestników konkursu stosownych wyjaśnień. Natomiast dane pozyskiwane przez Zamawiającego ze strony internetowej nie powinny być podstawą oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie i jego załączników w postaci podmiotowych środków dowodowych (w przedmiotowej sprawie wykaz zrealizowanych produkcji). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 grudnia 2019 r., sygnatury akt: KIO 2428/19, KIO 2429/19, w którym stwierdziła, że *należy zauważyć, że podstawą do badania zgodności oferty z wymaganiami SIWZ są dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie, wymagane w treści SIWZ. Pozyskiwanie danych z oświadczeń producenta urzędzeń, który nie składał oferty w postępowaniu, nie powinno być podstawą oceny oferty. Ponadto nie może być tak, że wynik postępowania, wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie ofert wykonawców, jest uzależniony od wyników poszukiwań Zamawiającego w internecie. Zamawiający w takim celu określa wymagania i dokumenty w treści SIWZ, aby do każdego z wykonawców były zastosowane jednakowe wymagania i zasady. Poszukiwanie przez Zamawiającego potwierdzenia spełnienia wymagań przez oferowane dostawy w internecie czy u producenta, zamiast na podstawie wymaganych dokumentów, nie jest zgodne z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych.*

Zatem wszelkie wątpliwości Zamawiającego, powstałe na skutek uzyskania od innego Uczestnika konkursu informacji sprzecznych z treścią wykazu zrealizowanych produkcji, powinny być rozstrzygane poprzez żądanie od stosownych wyjaśnień. Należy podkreślić, że Zamawiający, po uzyskaniu informacji sprzecznych z treścią złożonego wykazu zrealizowanych produkcji, przy weryfikacji jej prawdziwości nie wziął pod uwagę treści złożonego w dniu 28 sierpnia 2021 r. przez oświadczenia złożonego w *nawiązaniu do przedstawionego wykazu produkcji*. Z oświadczenia tego wynika, że wykonał tylko jedną usługę polegającą na produkcji filmu pn.: , a dwie pozostałe wskazane w wykazie produkcje filmowe, tj.: nie zostały wyprodukowane przez tego Uczestnika konkursu.

## **Ad II**

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że definicja pojęcia produkcji filmu zawarta w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii, *ustala wiążące znaczenie jedynie dla ustawy o kinematografii*

*i nie jest wiążąca w przepisach o zamówieniach publicznych. Dlatego też w zamówieniach publicznych może być stosowana jedynie posiłkowo, w pierwszej kolejności należy powtórzyć, co zostało podkreślone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że Zamawiający nie określił w dokumentacji Konkursu jak należy interpretować wymaganie wskazane w sekcji III pkt 1.10) ogłoszenia o konkursie oraz w rozdziale V i VI pkt 1 i 4 Regulaminu konkursu, w tym przede wszystkim nie wyjaśnił jak należy rozumieć zwrot *usługa polegająca na produkcji filmu*. W dokumentacji Konkursu brak jest definicji kluczowego dla oceny stanu faktycznego pojęcia *usługa polegająca na produkcji filmu*, czy też jakiegokolwiek informacji, co do sposobu rozumienia tego pojęcia. Zamawiający nie wskazał przy tym w dokumentacji Konkursu, że nadał temu pojęciu znaczenie wskazane w złożonych w dniu 3 lutego 2022 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnieniach, tj.: *Zamawiający nie wymagał aby wykonana była „usługa produkcji filmu” a wymaganie Zamawiającego obejmowało „usługę polegającą na produkcji filmu”*. Takie określenie wymagania powodowało, że w konkursie mogli wziąć udział nie tylko uczestnicy, którzy realizowali cały konglomerat czynności składających się na „produkcję filmu”, ale również uczestnicy, którzy realizowali czynności twórcze w ramach produkcji filmu. Jednocześnie należy podkreślić, że w obowiązujących przepisach prawa istnieje definicja legalna pojęcia *produkcja filmu*. Podstawowym aktem prawnym, który dotyczy m.in. produkcji filmowej jest ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 257), w której w art. 5 pkt 7 zdefiniowane zostało pojęcie *produkcji filmu*. Zatem wobec braku zdefiniowania czy też wyjaśnienia przez Zamawiającego znaczenia pojęcia *produkcja filmu* w dokumentacji Konkursu należy mu nadać takie znaczenie, jakie przypisał mu prawodawca w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii, tj.: *zespół czynności twórczych, organizacyjnych, ekonomicznych, prawnych i technicznych, prowadzących do powstania filmu w postaci wzorcowej*. Zatem przez *usługę polegającą na produkcji filmu* należy rozumieć zespół czynności wymienionych w powyżej cytowanym przepisie ustawy o kinematografii prowadzących do powstania filmu w postaci wzorcowej. Wobec powyższego do udziału w Konkursie mógł zostać dopuszczony wyłącznie uczestnik konkursu, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a jeśli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie wykonał należycie i ukończył usługę polegającą na produkcji co najmniej dwóch filmów animowanych w technologii 2D lub 3D, w tym co najmniej jeden o tematyce historycznej, tj. wykonał zespół czynności, o których mowa w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii, prowadzących do powstania filmu w postaci wzorcowej.*

Natomiast odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej *rozumienie postawionego przez Zamawiającego wymogu udziału w konkursie (wykonanie usługi polegającej na produkcji co najmniej dwóch filmów) powodowałoby brak możliwości udziału w konkursie osób prawnych, gdyż te ze swojej natury nie mogą wykonywać czynności twórczej, a co za tym idzie nie mogłyby wykonać zespołu czynności, o których mowa w art. 5 pkt 7 ustawy o kinematografii*. Stałoby to w oczywistej sprzeczności z art. 330 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, należy podkreślić, iż nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego o braku możliwości wykonania przez osoby prawne czynności twórczych, w związku z naturą tych osób. Ustawa o kinematografii definiuje w art. 5 pkt 6 *producenta filmu* jako osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego, która podejmuje inicjatywę, faktycznie organizuje, prowadzi i ponosi odpowiedzialność za kreatywny, organizacyjny i finansowy proces produkcji filmu. Zatem podmiotem, który może wykonać usługę polegającą na produkcji filmu, a w celu wykonania m.in. czynności twórczych posługiwać się osobami fizycznymi jest także osoba prawna. W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego,



iż przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej *rozumienie postawione w konkursie wymogu podważałoby też całą dotychczasową linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych wypracowaną na tle postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które są aktualne również w przypadku konkursu*, jest nieuzasadnione.

Należy wyjaśnić, iż wymienione na str. 5-6 zastrzeżeń orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego dotyczące sposobu interpretacji postanowień warunków zamówienia w żadnym stopniu nie dają Zamawiającemu uprawnienia do dowolnej interpretacji takich warunków. Należy podkreślić, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zorganizowania konkursu w sposób przejrzysty, m.in. poprzez jednoznaczne, obiektywne i niebudzące wątpliwości określenie wymagań udziału w konkursie. W związku z powyższym niezrozumiała jest sytuacja w której Zamawiający w celu uzasadnienia czynności podjętych w toku Konkursu na etapie zastrzeżeń podważa zapisy Regulaminu konkursu, wskazując na ich niejednoznaczność.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu

, który nie wykazał spełnienia wymagania określonego w sekcji III pkt 1.10) ogłoszenia o konkursie oraz w rozdziale V i VI pkt 1 i 4 Regulaminu konkursu, naruszył art. 343 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanego naruszenia zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 25 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 31/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej konkursu na *film animowany z elementami techniki 2D oraz 3D pod roboczym tytułem „Stan wojenny”*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 31/22).

Załącznik:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 31/22).