

Sygn. akt KIO/KD 80/19

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 7 stycznia 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 16 grudnia 2019 r., pismem z dnia 16 grudnia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/ DKZP/ WKZ3/ 422/ 11 (2)/ 19/ LB z dnia 4 grudnia 2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego na:

**produkcję filmu animowanego PREQUEL Niezwycięzeni pod roboczym tytułem „Niezwycięzeni. Bojownicy Nieodległości.”**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Katarzyna Odrzywolska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Andrzej Niwicki</b>
	<b>Marzena Ordysińska</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**



## UZASADNIENIE

Zamawiający: Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na produkcję filmu animowanego PREQUEL Niezwyciężeni pod roboczym tytułem „Niezwyciężeni. Bojownicy Niepodległości.”, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - dalej: „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania, w konsekwencji której, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki, po uprzednim przeprowadzeniu konkursu, w sposób wykraczający poza dopuszczalne ramy przewidziane ustawą Pzp.

Prezes UZP ustalił, co następuje: Zamawiający uzasadniając udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na produkcję filmu animowanego PREQUEL Niezwyciężeni pod roboczym tytułem „Niezwyciężeni. Bojownicy Niepodległości.” w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, iż przeprowadził konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp na wykonanie projektu scenariusza oraz koncepcji graficznych filmu animowanego PREQUEL Niezwyciężeni pod roboczym tytułem „Niezwyciężeni. Bojownicy Niepodległości”. Nagrodą w konkursie było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Prezes UZP wskazał, że przedmiotowe postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało poprzedzone konkursem, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp. Przedmiotem konkursu było wykonanie przez Uczestnika konkursu na rzecz Zamawiającego scenariusza, koncepcji plastycznych, przykładowych scen z filmu w formie graficznej, kosztorysu produkcji oraz koncepcji promocji filmu w mediach społecznościowych.

Procedura konkursowa została rozpoczęta ogłoszeniem o konkursie opublikowanym w dniu 23 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 161-368941. Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o konkursie — sekcja IV: Procedura pkt IV.3.1 Informacje o nagrodzie (-ach) nagrodą w niniejszym konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Tożsamy zapis znalazł się w pkt 4

rozdziału II: Forma Konkursu Regulaminie konkursu. Zgodnie z rozdziałem IV: Szczegółowy Opis Przedmiotu Konkursu pkt 1: Cel i zadanie konkursu ppkt 2 - Zadaniem konkursu jest wyłonienie, poprzez weryfikację i ocenę, zgodnie z ustawą oraz zasadami Regulaminu konkursu, koncepcji, która będzie podstawą do opracowania pełnej dokumentacji developmentu filmu umożliwiającej produkcję animacji. Uczestnik konkursu, którego pracę konkursową Sąd konkursowy uzna za najlepszą, zostanie zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na opracowanie scenariusza, scenopisu, storyboardu, koncepcji plastycznych: postaci i lokalizacji, animatiku oraz wykonanie finalnego filmu w technice 3D oraz 2D animacji komputerowej.

Ponadto Prezes UZP ustalił, że w ramach procedury konkursowej zostały złożone dwie prace konkursowe. Pismami z dnia 22 października 2018 r. Zamawiający zawiadomił uczestników konkursu o jego rozstrzygnięciu, wybierając jako najlepszą pracę konkursową złożoną przez firmę TENGENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o wynikach konkursu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2018 r. pod nr 2018/S 219-502175.

W dniu 23 października 2018 r. do firmy TENGENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skierowano zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem była produkcja filmu animowanego PREQUEL Niezwyciężeni pod roboczym tytułem „Niezwyciężeni. Bojownicy Niepodległości.”. Negocjacje w wybranym Wykonawcą przeprowadzone zostały w dniach 26 października 2018 r. oraz 13 listopada 2018 r. Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 23 listopada 2018 r. W przedmiotowej Umowie, w § 2 ust. 2 wskazano, iż Wykonawca przyjmuje zamówienie i zobowiązuje się do wyprodukowania Filmu oraz Zwiastuna, a ponadto zobowiązuje się przenieść na IPN autorskie prawa majątkowe, wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie autorskich praw zależnych oraz udzielić zgód, zezwoleń lub upoważnień w terminach i na zasadach opisanych w niniejszej Umowie.

W toku kontroli Prezes UZP zauważył, że zgodnie z definicją zawartą w art. 110 ustawy Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Natomiast zgodnie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp). Prezes UZP zauważył, że podstawowa różnica wskazująca na odmienność regulacji dotyczących konkursów od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynika z samej istoty konkursu, który jest przyrzeczeniem publicznym, w wyniku którego nie dochodzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Konkurs nie stanowi zatem trybu udzielenia zamówienia, może natomiast przeprowadzenie takiego postępowania poprzedzać i stanowić etap przygotowania do realizacji określonego zamierzenia. Prace konkursowe, przedkładane w ramach konkursu, określonego w art. 110 ustawy Pzp, są dziełami o charakterze niematerialnym i stanowią uzewnętrzniony rezultat indywidualnej, twórczej działalności uczestników konkursu, polegającej na przedstawieniu planu, wizji bądź koncepcji realizacji idei lub założeń określonego przedsięwzięcia, zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Zamawiającego. Konkurs ma zatem na celu przeprowadzenie możliwie najszerszej konfrontacji twórczych pomysłów dotyczących przedmiotu konkursu wraz z wstępnym określeniem kosztów dalszych prac projektowych i kosztów wykonania określonego zamierzenia, którego dotyczy konkurs i na bazie takiej konfrontacji dokonanie wyboru najwłaściwszego rozwiązania, mającego doprowadzić do realizacji planowanego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest zatem dopuszczalne, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym jako nagrodę przewidziano, zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. W takim przypadku, przedmiotem zamówienia może być wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej. Aby dokonać interpretacji zwrotu „szczegółowe opracowanie” należy w pierwszej kolejności odwołać się do wykładni językowej. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem „opracowanie” oznacza rozprawę, pracę poświęconą jakiemuś zagadnieniu lub czyjejs działalności. Szczegółowe opracowanie w przypadku pracy konkursowej należy zatem rozumieć

jako uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia, tak aby możliwa była - na podstawie takiego szczegółowego opracowania - realizacja planowanego przedsięwzięcia, nadanie jej wymiaru materialnego. Prezes UZP powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2014 r. KIO/KD 12/14 w której stwierdzono między innymi, że: „Przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika *expressis verbis* z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 ustawy Pzp i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody - *vide* art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp.”. Ponadto Izba zauważyła, że ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, jako że - po pierwsze - przepis zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast - po drugie - wydaje się, że pojęć użytych w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego „opracowanie utworu” i art. 111 ust. 2 ustawy „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej” nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy).

Prezes UZP podnosił ponadto, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Niedopuszczalna jest rozszerzająca

interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia z powołaniem się na okoliczności wynikające z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 Nie jest możliwe dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem.

Zgodnie z §2 Umowy zawartej w dniu 23 listopada 2018 r. w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na mocy niniejszej Umowy IPN zamawia u Wykonawcy wyprodukowanie Filmu w technice trójwymiarowej animacji komputerowej oraz zwiastun do Filmu (dalej: „Zwiastun”) i zobowiązuje się wypłacić Wykonawcy wynagrodzenie, na zasadach opisanych w niniejszej Umowie (ust. 1); Wykonawca przyjmuje zamówienie i zobowiązuje się do wyprodukowania Filmu oraz Zwiastuna, a ponadto zobowiązuje się przenieść na IPN autorskie prawa majątkowe, wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie autorskich praw zależnych oraz udzielić zgód, zezwoleń lub upoważnień w terminach i na zasadach opisanych w niniejszej Umowie (ust. 2). Ponadto, zgodnie z §3 ust. 1 Umowy w ramach wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany był do: (i) stworzenia Filmu i Zwiastuna; (ii) stworzenia typografii oraz warstwy dźwiękowej Filmu; (iii) przygotowania dwóch wersji językowych Filmu i Zwiastuna: polskiej, angielskiej oraz dwóch wersji lektorskich: polskiej i angielskiej, przy czym strony poprzez powyższe rozumieją przygotowanie typografii w języku polskim, angielskim oraz nagranie dwóch lektorów, co obejmuje tłumaczenie tekstu lektora (Voice Over), jak również typografii i napisów w samym Filmie np. nazwy miejscowości na mapach, podpisy, etc.; (iv) przygotowania napisów do Filmu (pliki tekstowe) w formacie \*.srt (SubRip), synchronizowane z czasem Filmu, w następujących językach: niemiecki, hiszpański, francuski, chiński, angielski, rosyjski, włoski, hebrajski; (v) przedłożenia Koordynatorowi do akceptacji: scenariusza filmowego, animatiki, grafik koncepcyjnych (concept art) Filmu, w terminach wynikających z Harmonogramu; (vi) obróbki cyfrowej materiałów audiowizualnych oraz ikonograficznych wykorzystanych w Filmie; (vii) wykonania montażu; (viii) udźwiękowania Filmu i Zwiastuna; (ix) nałożenia logotypu: „IPN” oraz umieszczenia nazwy oraz oznaczenia Wykonawcy w planszy końcowej; (x) przygotowania i przeprowadzenia kampanii edukacyjno-promocyjnej w mediach społecznościowych wg założeń ujętych w Załączniku nr 4; (xi) przygotowania grafik przeznaczonych do druku (wysokiej rozdzielczości) oraz przeznaczonych do mediów społecznościowych (Facebook, YouTube, Instagram) wybranych przez Zamawiającego w procesie produkcji; (xii) zawarcia umów z twórcami Filmu i Zwiastuna na zasadach umożliwiających Wykonawcy dalsze przeniesienie praw wynikających z tych umów na IPN. Przedmiotem tych umów będzie (...); (xiii) przygotowania

Filmu i Zwiastuna w rozdzielczości Full HD o rozdzielczości 1080p; (xiv) przygotowania finalnych wersji w następujących formatach (...); (xv) kopia kinowa DCP w standardzie Inter OP 24 fps; (xvi) przedstawienia Koordynatorowi Filmu i Zwiastuna do kolaudacji; (xvii) dostarczenia do siedziby IPN na dysku twardym (...); (xviii) przeniesienia na rzecz IPN praw w zakresie określonym w §5; (xix) wykonania przedmiotu Umowy w terminach wynikających z Harmonogramu, z tym, że wszystkie terminy na wykonanie prac liczone są od dnia podpisania niniejszej umowy.

Prezes UZP stwierdził, iż tak określony zakres umowy obejmował także etap realizacji przedsięwzięcia. Tym samym, przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było de facto wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia okoliczność, że produkcja Filmu oraz Zwiastuna została przewidziana w Regulaminie konkursu, jako element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającego za przedmiot szczegółowe opracowanie pracy konkursowej - w rozdziale IV pkt 1.2 gdzie wskazano: „Zadaniem konkursu jest wyłonienie, poprzez weryfikację i ocenę, zgodnie z ustawą oraz zasadami Regulaminu konkursu, koncepcji, która będzie podstawą do opracowania pełnej dokumentacji developmentu filmu umożliwiającej produkcję animacji. Uczestnik konkursu, którego pracę konkursową Sąd konkursowy uzna za najlepszą zostanie zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na opracowanie scenariusza, scenopisu, storybord, koncepcji plastycznych: postaci i lokalizacji, animatiku oraz wykonanie finalnego filmu w technice 3D oraz 2D animacji komputerowej. Jednocześnie zgodnie z pkt 2.2 w wyniku postępowania konkursowego zostanie wyłoniony Wykonawca, który stworzy film animowany w technice 3D oraz 2D (...)”. Zgodnie bowiem z cytowaną już uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2014 r. KIO/KD 12/14 rolą postępowania konkursowego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jest ograniczona do niezbędnej działalności twórczej, oczekiwanej od podmiotu mającego szczególne predyspozycje. Tym samym błędne lub niewłaściwe ustalenie zasad konkursu (np. w zakresie przewidzianej dla jego zwycięzcy nagrody) nie może być uzasadnieniem dla następczego nieprawidłowego udzielenia zamówienia na realizację określonego zadania inwestycyjnego.

Nawiązując natomiast do faktu objęcia zakresem umowy także etapu realizacji przedsięwzięcia Prezes UZP stwierdził, że wskazuje na to już sam przedmiot Umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki określony w §2 ust. 2 wskazujący, iż Wykonawca przyjmuje zamówienie i zobowiązuje się do wyprodukowania Filmu oraz Zwiastuna. Ponadto, treść



załącznika nr 1 ww. Umowy, jako elementu przedmiotu zamówienia, wskazuje czynności związane z finalnym wykonaniem filmu oraz przeprowadzeniem kampanii, tj. wyprodukowaniem filmu w technice trójwymiarowej, przygotowaniem trailera (około 30 s.) zapowiadającego finalną produkcję w dwóch wersjach językowych: polskiej i angielskiej, opracowanie i przeprowadzenie kampanii edukacyjno - promocyjnych dotyczących wersji językowych filmu, w tym celu przygotowanie koncepcji promocji w mediach społecznościowych (przedmiot konkursu) oraz przygotowanie grafiki przeznaczone do druku oraz przeznaczone do mediów społecznościowych (Facebook, YouTube, Instagram). Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na produkcję Filmu oraz Zwiastuna, którego scenariusz i koncepcja plastyczna była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. Należy podkreślić, iż przedmiotem następczego postępowania o udzielenie zamówienia nie może być opracowanie projektu wraz z jego realizacją. Celem procedury konkursowej jest uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem zamówienia z wolnej ręki udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej. Zamawiający przeprowadził zatem po konkursie postępowanie, którego przedmiotem była także realizacja przedsięwzięcia, którego koncepcja wdrożenia była przedmiotem prac konkursowych. W zakres zamówienia wchodzi bowiem usługi, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia, którego zakres przedmiotowy wykracza poza dopuszczalne dla konkursu ramy jest sprzeczne z ratio legis wprowadzenia możliwości przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu, który ma realizować zadanie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie. Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Pzp i 16 grudnia 2019 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, w których polemizował ze stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Prezesa UZP.

Wskazywał, że nietrafne są wnioski, sformułowane w toku prowadzonej przez Prezesa UZP kontroli. W ocenie Zamawiającego w pierwszej kolejności należy bowiem przeanalizować zakres opisanego w Regulaminie Konkursu przedmiotu konkursu. Stanowił on bowiem podstawę dalszych prac i działań, których konsekwencją było udzielenie ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki na produkcję filmu.

Zgodnie z pkt IV Regulaminu Konkursu celem konkursu było uzyskanie najlepszej koncepcji artystycznej oraz merytorycznej filmu animowanego pt. „Niezwycięzeni. Bojownicy Niepodległości”. Zadaniem zaś konkursu było wyłonienie koncepcji, która będzie podstawą do opracowania pełnej dokumentacji developmentu filmu umożliwiającej produkcję animacji. Zamawiający jako nagrodę w konkursie przewidział zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na opracowanie scenariusza, scenopisu, storybord, koncepcji plastycznych: postaci i lokacji, animatiku oraz wykonanie finalnego filmu w technice 3D oraz 2D animacji komputerowej. Zatem, w pierwszym etapie działań zmierzających do wyprodukowania filmu, tj. w etapie składania prac konkursowych, leżało wykonanie przez uczestnika konkursu scenariusza, koncepcji plastycznych, przykładowych scen z filmu w formie graficznej, kosztorysu produkcji oraz koncepcji promocji filmu w mediach społecznościowych. W kolejnym etapie, tj. w wyniku konkursu wyłoniony miał zostać Wykonawca, który stworzy film animowany w technice 3D oraz 2D z elementami typografii. Zamawiający w Regulaminie konkursu w pkt IV ust. 2 ppkt 2) przewidział, że w ramach realizacji zostanie przygotowany scenopis, storybord, animatik oraz produkcja filmu w technice 3D oraz 2D animacji komputerowych na podstawie opisu zamówienia. W Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz we wzorze umowy (która miała być zawarta w trybie z wolnej ręki), stanowiącymi załączniki do Regulaminu Konkursu, Zamawiający w sposób szczegółowy określił zakres prac, do wykonania których zobowiązany będzie autor wybranej pracy konkursowej. Zakres ten obejmował wyprodukowanie filmu oraz zwiastunów, a w szczególności wykonanie scenariusza, scenopisu, projektów postaci i scenografii, animatik oraz finalną wersję animacji postaci i kamer. W §3 wzoru umowy, Zamawiający w sposób precyzyjny określił zatem czynności, do których zobowiązany będzie Wykonawca.

Z powyższego wynika zatem, że już od momentu wszczęcia konkursu, znany był zakres wszelkich prac, jakie miały zostać podjęte celem realizacji zamierzonego przedsięwzięcia. Przedsięwzięcie to, począwszy od pierwotnego zamysłu, miało bowiem charakter spójny, było zarysowane jako spoista koncepcja, polegająca na realizacji poszczególnych elementów w następujących po sobie etapach, zmierzających do wyprodukowania zamierzonego efektu pod postacią filmu, cechującego się walorem estetycznym oraz edukacyjnym na wysokim poziomie. Przy tym, co podkreślił Zamawiający, całość działań podejmowana była przez niego w warunkach zachowania zasadniczej dla systemu zamówień publicznych zasady konkurencyjności oraz dostępności do przedmiotowego przedsięwzięcia niczym nieograniczonej grupie potencjalnych Wykonawców z branży artystycznej - produkcji filmowej.

Zamawiający nie zgodził się z interpretacją Prezesa UZP, dotyczącą pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, zgodnie z którą opracowanie w żadnym wypadku nie może obejmować samej realizacji przedsięwzięcia. Każde bowiem zamówienie (inwestycja, przedsięwzięcie) powinno być wszak rozpatrywane indywidualnie, w kontekście docelowego zamierzenia i przez pryzmat czynności, które podjęte być muszą by to zamierzenie zmaterializować, tj. przekuć wstępnie określoną myśl, ideę, pomysł na realny byt. Należy podkreślić, że jak sam Prezes UZP zauważył, nie istnieje legalna definicja pojęcia „szczegółowego opracowania pracy konkursowej”. Tym samym, należy pojęcie to interpretować w zależności od danego przypadku, biorąc pod uwagę celowościowe, racjonalne rozumienie ww. przepisu w kontekście zaistniałego stanu faktycznego i danego przedsięwzięcia. Słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w powołanej przez Prezesa UZP uchwale z dnia 5 marca 2014 r., że „wszystkie czynności składające się na opracowanie mają mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny”. W ocenie Zamawiającego nie sposób jednak przenosić powyższego stwierdzenia bezkrytycznie na stan faktyczny każdej procedury konkursowej, zakładając, że każdorazowo realizacja przedsięwzięcia ma charakter czysto techniczny i polega wyłącznie na odtwórczym wykonaniu konkretnych czynności, które mógłby wykonać w zasadzie każdy podmiot z danej branży. Nadto, zauważył, że wskazana uchwała KIO dotyczyła budowy i wdrożenia systemu informatycznego, posiadającego charakter techniczny i będącego w istocie pracą odtwórczą. Toteż nie można mówić o jakiegokolwiek analogii w zakresie przedmiotu zamówienia, którego dotyczyła powyższa uchwała, a mającego faktycznie charakter stricte wykonawczy, z przedmiotowym zamówieniem na produkcję filmu, mającym natomiast charakter artystyczny, w której wszystkie etapy działania Wykonawcy (będącego twórcą koncepcji) przenikają się wzajemnie i uzupełniają. Rzecz jasna, że na etapie realizacji filmu wykonywane są

czynności czysto techniczne (np. przygotowanie wersji filmu w formacie mp4), lecz nawet te przeplecione są elementami twórczymi, które spajają je w jedną nierozzerwalną całość. Wyłączenie czynności wykonawczych z całości i poddanie do realizacji przez Wykonawcę innego niż autor pracy konkursowej, w przypadku przedmiotu zamówienia o walorach artystycznych, niweczyłoby zamysł i całą koncepcję. Tym samym, należy podkreślić, że realizacja - wykonanie filmu jest nieodłącznym elementem szczegółowego opracowania ogólnej koncepcji, jako że stanowi niejako zwieńczenie, w którym zawiera się kwintesencja całości prac twórczych związanych ze stworzeniem dzieła artystycznego. Wytworzenie filmu w jego finalnej wersji jest ostatecznym celem wszystkich działań twórcy podejmowanych od momentu zaistnienia w jego wyobraźni artystycznej wizji, wzbudzonej poprzez jedynie nakreśloną przez Zamawiającego potrzebę. Całość prac nad artystyczną koncepcją nie może zostać podzielona na etapy-części, które mogłyby być realizowane przez dowolne podmioty oddzielnie, niezależnie od siebie, gdyż to pierwotny twórca poprzez ciąg działań prowadzi do urzeczywistnienia swego zamysłu. To jego wrażliwość, która to zresztą przesądziła o wyborze jego koncepcji, staje się wyrażona i znajduje odzwierciedlenie w końcowym efekcie. Dzieło składa się zatem z elementów będących wyrazem większej idei. Podział zaś niweczyłby pierwotny zamysł. Doprowadziłby do wytworzenia dzieła będącego zbiorowiskiem różnych pomysłów, niezwiązanych ze sobą pierwiastkiem natchnienia. Każdy bowiem twórca ma charakterystyczną dla siebie wrażliwość, która odzwierciedlona jest w ostatecznym efekcie prac. Jeżeli zatem, sąd konkursowy w przypadku tak specyficznego przedmiotu jakim jest realizacja filmu, dokonuje wyboru pracy konkursowej, kierując się de facto jej wartością artystyczną (w szczególności projektu scenariusza, poziomem artystycznym koncepcji plastycznych, poziomem koncepcji promocji i przygotowania wersji językowych) będącą odzwierciedleniem wrażliwości danego Wykonawcy, to powierzając wykonanie zamówienia (realizacji filmu) innemu Wykonawcy, posiadającemu inną wrażliwość i wizję projektu, niweczyłby samą ideę konkursu, rozumianego jako proces zmierzający do urzeczywistnienia koncepcji ocenionej jako najlepsza z uwagi na jej walory, poddane pod ocenę przez sąd konkursowy, zgodnie z przyjętymi w Regulaminie Konkursu kryteriami oceny.

W dalszej części Zamawiający zauważył, iż celem konkursu było opracowanie i realizacja spójnej koncepcji filmu animowanego. Zamawiającemu zależało na wyłonieniu Wykonawcy, który w formie koncepcyjnej (literackiej), jak również wizualnej będzie w stanie zrealizować film na podobnym poziomie i w podobnym lub zbliżonym aspekcie wizualnym do filmu pt.: „Niezwyceżeni”. Było to niezwykle istotne, gdyż wybór pracy konkursowej nie ograniczał się wyłącznie do prac scenariuszowych, ale również do kwestii wizualnych i artystycznych. Do prac

konkursowych załączone były również testy scen, a więc krótkie animacje oraz próbki koncepcji plastycznych, czyli wizualizacje pokazujące wizję artystyczną Wykonawcy. Analiza prac pokazała, iż nadesłane do oceny prace w zasadniczy sposób różnią się od siebie. W efekcie tylko jedna praca konkursowa spełniła w najwyższym stopniu kryterium podobieństwa animacji do filmu pt. „Niewyciężeni” w warstwie artystycznej i animacyjnej (technologicznej). Wobec powyższego całość działania miała charakter nierozzerwalny, poszczególne etapy realizacji, produkcji oraz wizji artystycznej były ze sobą powiązane i od siebie zależne. Wybór trybu wyłonienia Wykonawcy podyktowany był czynnikami pragmatycznymi, bowiem rozerwanie wizji artystycznej i koncepcyjnej od produktu miałyby zasadniczy wpływ na jakość finalnego produktu, zrozumienie przez innego Wykonawcę koncepcji merytorycznej i wizji artystycznej. Należy również spojrzeć na kwestie technologiczne. W konkursie chodziło bowiem o pokazanie autorskich rozwiązań technologicznych, które przełożą się na finalną animację. Mówiąc o rozwiązaniach technologicznych, mamy na myśli te, którymi dysponuje wyłącznie dany uczestnik konkursu, a więc specjalistycznych cyfrowych algorytmów oraz filtrów przetwarzania obrazu i wykorzystania ich do kompozycji filmu, mającej na celu uzyskanie malarskiej faktury obrazu przy zachowaniu jego trójwymiarowego charakteru.

Dodatkowo, Zamawiający podniósł, iż kwestia rozumienia pojęcia „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” była przedmiotem analiz doktryny. W Komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod red. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski podniesiono, iż „ustawa nie wskazuje, w jakiej formie, czy to dalszych opracowań teoretycznych, projektów, rysunków, programów komputerowych, czy też w formie instalacji lub mających wymiar materialny, winno następować rozwinięcie (opracowanie) utworów będących przedmiotem pracy konkursowej. Aby jednak uznać, że wykonywane czynności stanowią <<opracowanie utworu>> muszą one mieć z tym utworem związek bezpośredni, tzn. do ich wykonania nie jest konieczne stworzenie innego, bardziej szczegółowego utworu, który dopiero umożliwiłby wykonanie tych czynności. Dla przykładu nie będzie <<szczegółowym opracowaniem utworu>> realizacja prac opartych na projekcie powstałym na podstawie koncepcji konkursowej. Jeśli jednak koncepcja nie wymaga do jej realizacji stworzenia projektu, lecz można (np. z powodu jej szczegółowości, braku prawnego obowiązku tworzenia projektu) przystąpić bezpośrednio do wykonywania czynności ostatecznych (instalacji artystycznej, rzeźby, kodu źródłowego itp.), to takie czynności będą szczegółowym opracowaniem koncepcji. Z kolei wymóg, aby czynności polegające na szczegółowym opracowaniu pracy konkursowej były utworem, oznacza, że nie mogą być to czynności o charakterze odtwórczym, montażowym czy technicznym. Ich istotą musi być

zindywidualizowana działalność twórcza, a rezultat winien być oznaczoną co do tożsamości całością o niepowtarzalnym jednostkowym charakterze, objętą ochroną prawną”. W świetle powyższego, trudno nie zgodzić się z tezą, iż nie można stworzyć uniwersalnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej”, zaś owo szczegółowe opracowanie należy każdorazowo rozpatrywać indywidualnie, w kontekście udzielanego zamówienia.

Nadto, podnosił, iż wartość czynności stricte technicznych zmierzających do pełnej realizacji przedmiotu konkursu zgodnie z „Kosztorysem produkcji filmu” stanowiącym załącznik nr 2 do umowy wykonawczej, tj. poz. nr 8, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 23 tabeli, stanowi zaledwie nieco ponad 150 tys. zł brutto, co w stosunku do całości zamówienia (945 tys. zł brutto) jest kwotą znikomą. W tym miejscu wartym podkreślenia jest fakt, iż gdyby Zamawiający mógł dokonać podziału czynności na czynności stricte artystyczne i stricte techniczne, możliwe do zrealizowania niezależnie od siebie, to byłby uprawniony do udzielenia zamówienia w zakresie czynności wyłącznie technicznych z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, tj. na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na bagatelną wartość zamówienia (ok. 122 tys. zł netto, tj. ok. 28 tys. euro), nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 tys. euro.

Tym samym, w jego ocenie, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki po uprzednim przeprowadzeniu konkursu w sposób wykraczający poza dopuszczalne ramy przewidziane ustawą, należy uznać za nieuzasadniony.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli. W konsekwencji, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy - ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie - Izba przyjmuje za własne.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP, wyrażoną zarówno w Informacji o wyniku kontroli, jak też w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z

tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela twierdzenia Prezesa UZP, zawarte w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 23 grudnia 2019 r., że oceniając prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 należy mieć na uwadze przepisy dotyczące konkursu, zawarte w Dziale III Rozdział 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 111 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Z treści cytowanych przepisów wynika, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę opisaną w art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest ściśle powiązane z uprzednio przeprowadzonym konkursem. Jak zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, w uchwale z dnia 8 maja 2015 r., KIO/KD 26/15 owo ściśle powiązanie kolejno po sobie następujących procedur przejawia się między innymi w tym, że przedmiotem zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki może być wyłącznie szczegółowe opracowanie wybranej uprzednio w konkursie pracy, będącej przejawem działalności twórczej. Celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej.

Zamawiający, dzieląc powyższy pogląd, oraz deklarując, że jest świadom treści cytowanych przepisów, nie zgodził się jednocześnie z interpretacją dokonaną przez Prezesa UZP, dotyczącą pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej. W jego ocenie, każde zamówienie winno być w tym kontekście, rozpatrywane indywidualnie, w kontekście docelowego zamierzenia i przez pryzmat czynności, które muszą zostać wykonane aby owo zamierzenie zrealizować tj. przekuć wstępnie określoną ideę, myśl i pomysł na realny byt. Co istotne, w okolicznościach niniejszej sprawy, mamy do czynienia z zamówieniem specyficznym, polegającym na produkcji filmu a zatem mającym charakter artystyczny. Tym samym wszystkie etapy działania Wykonawcy zamówienia (będącego twórcą koncepcji) wzajemnie się przenikają i uzupełniają. Nie jest możliwe, z tego powodu, w ocenie zamawiającego wyłączenie czynności wykonawczych z całości zamówienia i ich zlecenie innemu Wykonawcy, niż autor pracy konkursowej.

Z powyższą interpretacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących powodów. Procedura zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma

ścisły związek z uprzednio przeprowadzonym konkursem, w rezultacie przedmiotem zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki może być wyłącznie szczegółowe opracowanie wybranej uprzednio w konkursie pracy, będącej przejawem działalności twórczej. Nie jest możliwym zatem, jak wywodzi Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach, dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczęgółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem. Zamówienie zlecone w trybie zamówienia z wolnej ręki, również w tym przypadku, jak wskazał Prezes UZP, dotyczyć może wyłącznie przedmiotu konkursu. W ramach zleczanych prac Wykonawca jedynie doprecyzowuje i uszczegóławia te rozwiązania, które były przedmiotem pracy konkursowej.

W kontrolowanym przez Prezesa UZP postępowaniu o zamówienie publiczne, udzielonym w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko wykonanie prac twórczych ale także realizację samego przedsięwzięcia, na co składały się produkcja filmu, zwiastun, jak też takie czynności jak przygotowanie i przeprowadzenie kampanii edukacyjno-promocyjnej w mediach społecznościowych (Facebook, YouTube, Instagram). Wykracza on zatem poza ramy dopuszczanego zakresu przedmiotu zamówienia udzielonego w tym trybie. Umowa zawarta z Wykonawcą z 23 listopada 2018 r. - firmą TENGENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie potwierdza, że przedmiotem zamówienia objęto nie tylko te elementy, które stanowią uszczegółowienie pracy konkursowej, ale także elementy techniczne i wykonawcze. Sam Zamawiający, w swoich zastrzeżeniach od wyniku kontroli, przyznaje, że w ramach umowy takie czysto techniczne czynności są wykonywane. Twierdzi wprawdzie, że przeplatane są one elementami twórczymi, jednakże jest to jedynie pogląd i ocena samego Zamawiającego w tym zakresie.

Mając na względzie powyższe Izba doszła do przekonania, że określony przez Zamawiającego przedmiot zamówienia wykracza poza dopuszczalne ramy udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie stanowi on bowiem jedynie doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej, ale zawiera także elementy wykonawcze.

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



Reasumując, naruszenia przepisów ustawy Pzp, stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej wystąpiły w kontrolowanym postępowaniu, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień Zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....