

**Sygn. akt: KIO 4244/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 02.12.2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 listopada 2024 r. przez wykonawcę 4Visions Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Opacz-Kolonia, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowa Wyższa Szkoła Filmowa, Telewizyjna i Teatralna im. Leona Schillera w Łodzi

uczestnik po stronie zamawiającego:

A.JBD S.A. z siedzibą w Łodzi

uczestnik po stronie odwołującego:

B.PaKo Media Team Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

- 1.Oddala odwołanie.
- 2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3.Zasądza od odwołującego 4Visions Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Opacz-Kolonia na rzecz zamawiającego Państwowa Wyższa Szkoła Filmowa, Telewizyjna i Teatralna im. Leona Schillera w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt: KIO 4244/24**

**Uzasadnienie**

Państwowa Wyższa Szkoła Filmowa, Telewizyjna i Teatralna im. Leona Schillera w Łodzi, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu kamerowego dla Działu Techniki Zdjęciowej Państwowej Wyższej Szkoły Filmowej, Telewizyjnej i Teatralnej im. Leona Schillera w Łodzi, znak sprawy: TP1/15/2024/DC.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 października pod numerem 2024/BZP 00570178/01.

W dniu 13 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy 4Visions Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Opacz-Kolonia, dalej jako: „Odwołujący”, wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 99 ust. 4 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wadliwy, to jest w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie w jakim Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dla I części zamówienia w praktyce ogranicza przedmiot zamówienia do możliwości oferowania konkretnego urządzenia, to jest do kamery ALEXA 35 producenta ARRI (kamery pierwotnie wprost wskazanej w dokumentacji przetargowej jako zamawiana);

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

wyrażonych w art. 16 ustawy PZP.

Wobec postawionego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji zamówienia w sposób opisany w dalszej części odwołania. Następnie sprecyzował, że wnosi o nakazanie modyfikacji OPZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania innych urządzeń niż kamera ALEXA 35 wraz z urządzeniami towarzyszącymi, w szczególności o wykreślenie kwestionowanych przez niego postanowień OPZ.

#### Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawiony zarzut Odwołujący wskazywał, że w momencie wszczęcia postępowania Zamawiający w treści OPZ wprost wskazał na konkretne produkty z zastosowaniem nazw urządzeń, tj. oczekiwał dostawy kamery Alexa 35 – co zostało zakwestionowane przez Odwołującego przez wniesienie odwołania, które Zamawiający uwzględnił (sygn. akt: KIO 4047/24).

Jak dalej podkreślił Odwołujący pomimo zmian OPZ, nadal w zakresie I części zamówienia (część o zdecydowanie największej wartości zamówienia) można zaoferować urządzenie tylko jednego producenta, to jest kamerę ALEXA 35. Odwołujący wskazał przy tym na konkretne parametry, których opis jego zdaniem uzasadnia zaoferowanie tej właśnie kamery, tj. przetwornik obrazowy Super 35 mm, rozdzielczość 4.6K (4608x2560), dynamika 17 stopni dynamicznego zakresu, możliwość ustawienia w menu parametrów upodabniających obraz z kamery cyfrowej do obrazu zeskanowanej taśmy filmowej, wbudowany wizjer elektroniczny umożliwiający oglądanie obrazu w rozdzielczości 1280x720, rejestracja i zapis umożliwiająca nieskompresowany zapis RAW oraz ProRes na wymiennych nośnikach pamięci oraz waga do 3 kg.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający na różne sposoby zagwarantował sobie możliwość otrzymania konkretnego modelu kamery wraz z oprzyrządowaniem, urządzeń konkretnego producenta. W szczególności wybrał ze specyfikacji kamery ALEXA takie jej parametry, które posiada tylko to urządzenie (parametry odróżniające to urządzenie od innych na rynku). Nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia dla wskazywania wprost konkretnej rozdzielczości (bez określenia że to wymagania ma charakter minimalny), czy też konkretnej wielkości stopni (17) dynamicznego zakresu.

Odwołujący odniósł się również do dokumentu pn. „Uzasadnienie do postępowania TP1/15/2024/DC” wskazując, że mamy do czynienia z próbą uzasadnienia, dlaczego urządzenia tylko jednego producenta spełniają wymagania Zamawiającego. Pomimo, że na rynku jest wiele typów urządzeń w równym lub nawet w lepszym stopniu spełniających obiektywne potrzeby Zamawiającego.

Wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

1. Nie ma na rynku innej kamery niż Arri Alexa Super 35 która spełnia wymagania zawarte w obecnym brzmieniu OPZ.
2. Podniesiony przez Zamawiającego w „Uzasadnieniu do postępowania” argument, że tylko kamery z sensorem super 35 mm są kompatybilne z posiadanymi przez Zamawiającego obiektywami jest nieprawdziwy. Na rynku jest wiele kamer filmowych z większym sensorem niż „super 35 mm” a nie tylko „Full Frame”, które mogą pracować z obiektywami posiadanymi przez Zamawiającego. Kamery te przełącza się w tryb „Super35”. „Mniejsze obiektywy” super35 wykorzystują wtedy nie cały sensor (przetwornik) „Full frame” a jedynie jego część odpowiadającą wielkością sensorowi Super35.
3. Kamera z przetwornikiem Full frame jest znacznie bardziej perspektywiczna ponieważ umożliwia w przyszłości stosowanie pełnowymiarowych obiektywów Full frame.
4. Technologia Super35 jest technologią przestarzałą i nie sposób wytłumaczyć dlaczego właśnie ona została wybrana przez Zamawiającego.
5. Zdecydowana większość filmów fabularnych w Polsce i na świecie jest realizowana kamerami z przetwornikiem typu „Full frame”. Kamery „super35” stanowią znikomy margines sprzedaży wśród kamer filmowych. Wszyscy główni producenci kamer filmowych tacy jak Arri, Canon, Red czy Sony sprzedają prawie tylko wyłącznie kamery typu Full Frame. Podobnie wygląda sytuacja na rynku obiektywów filmowych.
6. Odnosząc się również do fragmentu z „Uzasadnienie do postępowania” dotyczącego potrzeby zapewnienia możliwości ustawienia kamery aby upodobnić z niej obraz do kamery filmowej należy zauważyć, że większość kamer filmowych na rynku posiada możliwość ustawienia (wgrania) parametrów które upodabniają zapisywany obraz cyfrowy do obrazu taśmy filmowej.

Reasumując Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę dokonania modyfikacji OPZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania innych urządzeń niż kamera ALEXA 35 wraz z urządzeniami towarzyszącymi. W szczególności Odwołujący

wniósł o wykreślenie kwestionowanych przez niego powyżej postanowień OPZ, jako ograniczających bezzasadnie konkurencyjność niniejszego postępowania.

Odwołujący przedłożył również dwa dodatkowe pisma procesowe z dnia 28 listopada 2024 r.

Dokładna treść odwołania oraz pism procesowych znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

#### Stanowisko Zamawiającego:

W dniu 28 listopada 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o jego oddalenie. Zamawiający wskazywał na wstępie, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób Izba, miałaby nakazać zmiany specyfikacji warunków zamówienia zwanej dalej „SWZ”, w którym miejscu miałyby nastąpić zmiany, jaki dokładnie zapis powinien zostać zmieniony ani w jaki sposób. Odwołujący nigdzie w swoim odwołaniu nie wskazuje ani konkretnych zapisów SWZ ani treści ani brzmienia jaką Krajowa Izba Odwoławcza miałaby nadać bliżej niezidentyfikowanym postanowieniom SWZ. Jak podkreślił Zamawiający, KIO nie może domyślać się, wyinterpretowywać tego w jaki sposób Odwołujący żąda nakazania dokonania zmian SWZ, dokładnie których postanowień oraz dokładnej treści jaką chce, aby tym postanowieniom nadać. Obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania, a jednocześnie prowadzić będą do eliminacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy PZP. Co więcej, podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej zmiany treści SWZ. W przypadku odwołań wobec treści warunków zamówienia skonkretyzowanie żądań odwołania ma znaczenie zasadnicze, nie mniejsze niż skonkretyzowanie zarzutów odwołania, ocena zasadności zarzutu następuje bowiem przez pryzmat skorelowanych z nim żądań.

Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania również w zakresie merytorycznym. Wskazywał, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ zawarł opis techniczny wymaganych urządzeń, w tym w Części 1 Postępowania opis kamer, jakich potrzebuje dla zapewnienia najwyższego poziomu kształcenia swoich studentów, z uwzględnieniem realiów rynkowych oraz z uwzględnieniem posiadanego już sprzętu: kamer, obiektywów, osprzętu i innych.

Podkreślił, że celem prowadzonego postępowania nie jest całkowita bądź częściowa wymiana sprzętu, lecz uzupełnienie posiadanych już zasobów, co zostało wskazane w uzasadnieniu do Postępowania. Dodał, że w ramach dotacji celowej na wydatki inwestycyjne Zamawiający planował uzupełnić posiadaną bazę sprzętową, a także dostosować ją do najnowszych technologii w ramach uprzednio obranego kierunku rozwoju technologicznego, edukacyjnego i artystycznego. Zamawiane w ramach przedmiotowego postępowania sprzęty filmowe muszą być kompatybilne z bazą sprzętową Zamawiającego, a dopuszczenie innych rozwiązań technologicznych skutkowałoby koniecznością dokonania dodatkowych zakupów sprzętowych, trudnościami organizacyjnymi oraz odmienną estetyką barwną, czy trudnościami lub zwiększonymi kosztami realizacji filmów i etud przez studentów, na co Zamawiający nie posiada środków ani nie jest przygotowany organizacyjnie, ani faktycznie do wprowadzenia koniecznych zmian do programu kształcenia i jego metodologii.

Zamawiający dodał, że Szkoła Filmowa realizuje zdjęcia przy użyciu różnorodnych kamer, takich jak SONY, Panasonic, BLACK MAGIC, Z-cam oraz ARRI. Wybór odpowiedniego sprzętu uzależniony jest od szeregu czynników o charakterze technicznym, a także od specyficznych potrzeb artystycznych projektu filmowego. Zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek formułować swoje potrzeby w sposób bardzo precyzyjny, szczególnie, gdy Zamawiający prowadzi edukację w zakresie działalności twórczej i artystycznej, gdzie przy wyborze konkretnych rozwiązań decydują często elementy bardzo specyficzne.

Mając na uwadze profesjonalne kształcenie twórców filmowych oraz posiadany zasób sprzętu przez Zamawiającego zasadne jest opisanie w Części 1 OPZ wymagań co do kamer, które Zamawiający chce zakupić. Uczelnia uznaje za niezbędne zapewnienie studentom narzędzi pracy umożliwiających osiągnięcie najlepszego efektu artystycznego. Bez wątplenia, oprócz stricte technicznych aspektów takich jak waga, kompatybilność, format zapisu czy dopuszczalny zakres temperatury pracy kamery, niebagatelnym walorem zamawianego sprzętu muszą być trudne do materialnego pomiaru parametry takie jak na przykład charakter odzwierciedlanych barw, zakres dynamiki czy tekstura obrazu.

Zamawiający wskazał również na orzecznictwo dla poparcia swojej argumentacji, z którego wynika, że nie narusza przepisów ustawy PZP takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w

danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Jednakże w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego istnieje obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających taki opis.

Zamawiający wskazał również, że przedmiotem postępowania jest zakup kamer asystenckich, czyli takich, które przy pracy edukacyjnej wymagają wsparcia wykwalifikowanych asystentów kamer, w szczególności pracowników naszej Uczelni. Zatrudnieni w Szkole Filmowej asystenci kamer pracują na sprzęcie dostępnym w Uczelni, a więc dostarczonym w ramach zakupów dokonanych w 2017r. (kamery ARRI Alexa). Ze względów organizacyjnych oraz strukturalnych bardzo trudne byłoby a nie wykluczone, że nawet niemożliwe dostosowanie pracy i wiedzy asystentów kamer do innego, nowego sprzętu, szczególnie w trakcie trwania roku akademickiego, gdzie plany filmowe i ćwiczenia zaplanowane są z wyprzedzeniem kilkumiesięcznym. Uczelnia nie posiada środków na stworzenie nowych etatów niezbędnych do przeprowadzenia takiego procesu, dodatkowo dokonanie tego w trakcie roku akademickiego nie jest możliwe z uwagi na konieczność zmian programowych.

Wobec powyżej przedstawionej argumentacji, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości wobec jego gołostowności, nieudowodnienia jego twierdzeń.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

#### Dodatkowe stanowiska procesowe:

Wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stosowną argumentację przedstawił również wykonawca PaKo Media Team Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu posiedzenia zostało także złożone pismo procesowe przez uczestnika po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę JBD S.A. z siedzibą w Łodzi.

Dokładna treść ww. stanowisk procesowych znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

#### **Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym następujących wykonawców:

- 1) PaKo Media Team Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego oraz
- 2) JBD S.A. z siedzibą w Łodzi po stronie Zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane z ww. przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba postanowiła o oddaleniu opozycji Zamawiającego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy PaKo Media Team Sp. z o.o. Zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy PZP Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddała opozycję. Zdaniem Izby Zamawiający nie uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. W takim przypadku koniecznym jest oddalenie opozycji. Czym innym jest sama argumentacja podnoszona w przystąpieniu. To czy jest ona sprzeczna z argumentacją odwołującego lub wykracza poza nią i czy powinna być wzięta pod uwagę Izba bierze pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia. Kwestia ta nie ma jednak znaczenia z punktu widzenia skuteczności samego przystąpienia i wniesionej opozycji. Wobec tego opozycję oddalono.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto strony i uczestnicy wnosili o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i na ich podstawie przeprowadzić dowody. W przypadku, gdy przy wydawaniu rozstrzygnięcia Izba opierała się na danym dowodzie, znajdzie to wyraz w treści uzasadnienia.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Wydając takie rozstrzygnięcie Izba wzięła pod uwagę okoliczności, na jakie dowód ten został zgłoszony (3 pytania zawarte na str. 2 odwołania), dochodząc do wniosku, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby jedynie przedłużenie postępowania odwoławczego oraz nie jest to dowód niezbędny do wydania rozstrzygnięcia. W zasadzie niespornym w niniejszej sprawie jest, że OPZ w jakimś zakresie ograniczał konkurencję. W sprawach tego typu, które wielokrotnie przed Izbą zapadają, zadaniem odwołującego jest uprawdopodobnienie tej tezy, natomiast zadaniem zamawiającego jest przekonanie Izby, że to ograniczenie konkurencji ma oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. Zatem nawet to, że zamawiający wprost wskazał na urządzenia jednego producenta (teza dowodowa nr 1) lub to, że nie istnieją na rynku inne urządzenia spełniające wymagania OPZ (teza dowodowa nr 2) nie świadczy jeszcze o naruszeniu przepisów ustawy PZP. Kluczowym jest czy zamawiający opierał się przy jego formułowaniu na swoich uzasadnionych potrzebach. Ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na zamawiającym i to zamawiający ma przekonać Izbę, że tak w istocie było. Wobec tego opinia biegłego na temat tego, jak wskazano w punkcie 3 wniosku o powołanie biegłego, „Czy opis przedmiotu zamówienia dla I części zamówienia jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego”, nie jest potrzebna dla rozstrzygnięcia sprawy. To zamawiający zna swoje potrzeby i złożonymi dowodami oraz argumentacją powinien przekonać Izbę, że są one uzasadnione. Przy czym ocena argumentacji i złożonych przez zamawiającego dowodów leży już w gestii Izby jako organu rozstrzygającego sprawę. Wiadomości specjalne przy ocenie tego materiału dowodowego nie są niezbędne do wydania rozstrzygnięcia. W związku z powyższym Izba oddaliła ww. wniosek dowodowy na podstawie art. 541 ustawy PZP.

Wniosek dowodowy przystępującego po stronie Odwołującego dotyczący zobowiązania Zamawiającego do doręczenia poświadczonych kopii korespondencji i udzielanych odpowiedzi na pytania wnoszone w trybie art. 284 ustawy PZP, ze stanem na dzień rozpoznania odwołania okazał się bezprzedmiotowy. Wnioskowane przez przystępującego dokumenty znajdują się bowiem w aktach sprawy.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

### **Uzasadnienie prawne:**

W pierwszej kolejności należy zgodzić się z argumentami Zamawiającego dotyczącymi częściowo błędnego skonstruowania odwołania.

Wskazać należy, że nawet gdyby Izba uznała zarzuty odwołania za trafione w stopniu uzasadniającym nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia, to powiązane z zarzutami żądanie było postawione wadliwie. Co prawda Izba nie jest związana żądaniami odwołania, ale nie oznacza to, że odwołujący zwolnieni są z obowiązku ich podniesienia i prawidłowego sformułowania. Żądania muszą być związane z zarzutami odwołania – muszą z nimi korespondować w taki sposób, by ich zasądzenie prowadziło do usunięcia naruszeń będących podstawami zarzutów. Żądania muszą być też proporcjonalne do zarzutów – muszą uwzględniać fakt, że celem postępowania jest udzielenie przez zamawiającego określonego zamówienia i by w jego wyniku zaspokojone zostały obiektywne potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania – żądania nie mogą więc zmierzać do przesadnej ingerencji w warunki zamówienia, tj. w sposób przekraczający konieczność usunięcia określonych nieprawidłowości (tak też: KIO w wyroku z dnia 21 listopada 2024 r., KIO 3764/24 oraz KIO 3792/24).

Żądanie postawione przez Odwołującego w niniejszej sprawie powyższego wymogu nie spełniało. W zasadzie Odwołujący ograniczył się do wniosku o usunięcie kwestionowanych przez niego parametrów OPZ, nie uzasadniając tak dalekiej ingerencji w postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Zarzuty odwołania dotyczyły takich parametrów jak m.in.: rodzaj przetwornika obrazowego, rozdzielczość, dynamika, rodzaj wizjera, waga kamery. Chodzi więc o kluczowe właściwości zamawianego sprzętu. W sytuacji, w której Zamawiający wykreśliłby z OPZ ww. zapisy, w zasadzie dopuszczalnym byłoby zaoferowanie jakichkolwiek kamer. Powyższe klóci się jednak z charakterem działalności prowadzonej przez Zamawiającego, który dąży do kształcenia studentów sprzętem najwyższej jakości. Oczywiście powyższe nie pozbawia Odwołującego prawa do wykazywania, że tego rodzaju potrzeby można zaspokoić również innego rodzaju sprzętem, jednak Odwołujący powinien w tym względzie zadbać o prawidłowe postawienie żądań

odwołania.

Z praktyki orzeczniczej wynika, że zazwyczaj odwołujący żądają modyfikacji konkretnych postanowień OPZ przez ich określenie na innym, np. minimalnym poziomie lub też w inny sposób – np. poprzez określenie zakresu dopuszczalnego parametru, co z reguły prowadzi do możliwości zaoferowania sprzętu będącego w ich asortymencie. Oczywiście pojawiają się również żądania wykreślenia postanowień OPZ jednak powinny być one należycie uzasadnione – trzeba mieć bowiem na uwadze, że całkowita rezygnacja z pewnych parametrów może zupełnie wypaczyć cel, dla którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone. Odwołujący wydaje się powyższego nie zauważać.

Ponownie należy podkreślić, że w przypadku odwołań wnoszonych na treść dokumentów zamówienia należyte uzasadnienie podnoszonych żądań jest kluczowe. Przez ich bowiem pryzmat Izba ocenia argumenty odwołania. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim odpowiednio żądania wykonawcy wyznaczają granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę (tak: KIO w wyroku z dnia 21 maja 2021 r., KIO 1050/21).

Należy również dodać, że Odwołujący w ramach argumentacji jest nieprecyzyjny i wydaje się, że oczekuje wyłączenia go przez Izbę w identyfikowaniu konkretnych postanowień OPZ, które jego zdaniem powinny zostać wykreślone. Zarzuty powinny wskazywać precyzyjnie, które postanowienia OPZ (Rozdział – punkt – podpunkt) są jego zdaniem niezgodne z prawem i zaproponować sposób sanowania takiego naruszenia. Abstrakcyjne żądanie *dopuszczenia możliwości oferowania innych urządzeń niż kamera ALEXA 35 wraz z urządzeniami towarzyszącymi* jest oczywiście nieprawidłowe – wymagałoby de facto zmiany dokumentacji w sposób, który nie wynika z treści stanowiska Odwołującego. Tymczasem postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy PZP to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący powinien więc przedstawić argumentacją uzasadniającą wywiedziony wniosek – czego zdaniem Izby nie uczynił.

*Słusznie wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania, a jednocześnie prowadzić będą do eliminacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy PZP. Co więcej, podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej zmiany treści SWZ. W przypadku odwołań wobec treści warunków zamówienia skonkretyzowanie żądań odwołania ma znaczenie zasadnicze, nie mniejsze niż skonkretyzowanie zarzutów odwołania, ocena zasadności zarzutu następuje bowiem przez pryzmat skorelowanych z nim żądań.*

Z powyższym stwierdzeniem Izba w pełni się zgadza. W niniejszej sprawie Odwołujący w należyty sposób nie uzasadnił zgłoszonych żądań, a więc Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie. Już powyższe względy, zdaniem Izby, wystarczające są dla uznania, że odwołanie powinno zostać oddalone.

Niezależnie jednak od powyższego Izba oceniła podnoszone przez Odwołującego i Zamawiającego argumenty dochodzące do przekonania, że rację należy przyznać Zamawiającemu.

Wskazać należy, że na gruncie przepisu art. 99 ust. 4 ustawy PZP dla wykazania jego naruszenia wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu. Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować tak postawiony zarzut jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach (tak: KIO w wyroku z dnia 29 marca 2023 r., KIO 677/23).

W niniejszej sprawie w zasadzie niespornym było, że opis przedmiotu zamówienia skonstruowany przez Zamawiającego ogranicza konkurencję. Tym samym ciężar dowodu wykazania, że ma on oparcie w uzasadnionych potrzebach, został przeniesiony na Zamawiającego. Po analizie argumentacji stron, w tym dowodów przedłożonych przez Zamawiającego, Izba doszła do wniosku, że Zamawiający sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi i wykazał istnienie po jego stronie uzasadnionych potrzeb, które tłumaczą dokonany opis przedmiotu zamówienia.

Izba zgadza się ze stwierdzeniem podniesionym przez Zamawiającego, że w przypadku sprzętu jakim są kamery filmowe, chcąc osiągnąć najlepsze efekty oraz umożliwiając Zamawiającemu zrealizowanie jego uzasadnionych potrzeb w najwyższym stopniu, należy brać pod uwagę również trudne do materialnego pomiaru parametry, takie jak na przykład

charakter odzwierciedlanych barw, zakres dynamiki, tekstura obrazu i inne.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że kamery ALEXA 35 pozwalają na osiągnięcie finalnego efektu, uwzględniającego również ww. czynniki pozamaterialne, na najwyższym możliwym poziomie, co zgodne jest z ideą przyswecającą Zamawiającemu, jako jednej z najlepszych uczelni filmowych w Europie. Zdaniem Izby wybór konkretnej kamery do zrealizowania materiału nie zawsze będzie polegał np. na oparciu się o najnowszą technologię, ale często będzie miał charakter stricte artystyczny, który ciężko zobiektywizować. Wydaje się, że jest to cecha wspólna dla sprzętu służącego realizowaniu zamierzeń twórczych i artystycznych.

Z tabel i opisów, które Zamawiający złożył jako dowody wynika, że kamery ALEXA są wiodące przy realizowaniu nagradzanych produkcji filmowych, a więc nie można odmówić Zamawiającemu tego, że przy użyciu takich właśnie kamer chce kształcić studentów. Powyższe niejako obala również twierdzenia Odwołującego, że parametry jakimi ww. kamery się charakteryzują są przestarzałe.

Jak wynika z wypowiedzi stron i uczestników oraz zebranego w sprawie materiału dowodowego, na rynku istnieją różne rodzaje kamer filmowych, wśród których wyróżnić można m. in. kamery z przetwornikami super35 oraz tzw. kamery „full-frame”. Nie ulega wątpliwości, że parametry tych kamer różnią się i różne są efekty, jakie można osiągnąć przy ich użyciu. Nie zawsze możliwym będzie zakwalifikowanie tego efektu jako lepszy lub gorszy. Działalność twórcza ma to do siebie, że często efekt np. mniej korzystny wizualnie (np. zrealizowany w starszej technologii) będzie niósł ze sobą większą wartość artystyczną właśnie dlatego, że zrealizowany został w taki, a nie inny sposób. Powyższe różnice często są trudne do uchwycenia, ale zdaniem Izby Zamawiający ma kompetencję by dokonywać w tym zakresie świadomego wyboru, mając na uwadze określone cele, m.in. dotyczące kształcenia studentów – świadczy o tym ugruntowana pozycja Zamawiającego wśród uczelni filmowych. Nie można więc Zamawiającemu odmawiać prawa do dokonania takiego właśnie wyboru, u podstaw którego nie kryje się chęć zawężenia konkurencji, a zrealizowanie konkretnych zamierzeń artystycznych, edukacyjnych i twórczych, co z kolei przejawia się w opisanu konkretnych parametrów kamer w taki sposób, jak zrobił to Zamawiający.

Izba dała również wiarę wyjaśnieniom i dowodom składanym przez Zamawiającego na okoliczność tego, że w tym konkretnym postępowaniu baza sprzętowa jaką dysponuje wymaga od niego zakupu konkretnych kamer, tj. zdecydowana większość obiektywów filmowych (ponad 91%) jest przystosowana do wielkości przetwornika 35mm. Uzupełnienie sprzętu o taki, który byłby kompatybilny z przetwornikami full-frame, wymagałoby dodatkowo od Zamawiającego poniesienie znacznych wydatków, co również zostało wykazane złożonymi dowodami.

Co więcej, należy mieć na uwadze, że poprzedni zakup kamer filmowych przez Zamawiającego miał miejsce w 2017 r. – zakupione zostały kamery producenta Arri. Tym samym obecne wymagania wobec dostarczanych kamer podyktowane są chęcią podtrzymania swego rodzaju ciągłości technologicznej poprzez umożliwienie naturalnego przejścia ze starszego typu kamer wraz z osprzętem, na ten najbardziej nowoczesny. Istotnym jest, że Zamawiający chce uzupełnić posiadaną bazę kamer oraz dostosować ją do najnowszych technologii. Przedmiot zamówienia nie polega na wymianie całego sprzętu, w tym urządzeń towarzyszących i peryferyjnych. Należy więc pod uwagę wziąć już posiadane przez Zamawiającego sprzęty.

Wobec powyższego uznać należy argument, który podnosił Przystępujący po stronie Zamawiającego, że zamawianie kamery z większym przetwornikiem (full-frame), aby z założenia nie wykorzystywać całej jego powierzchni, jest pozbawione sensu. Zamawiający w takim wypadku, przy uwzględnieniu posiadanego sprzętu, musiałby pracować w trybie, w którym docelowe wartości kamery z przetwornikiem full-frame nie zostałyby wykorzystane.

Mając na uwadze powyższe, tj. określone zamierzenia artystyczne, chęć utrzymania ciągłości procesu technologicznego kształcenia studentów, uzupełnienie bazy sprzętowej będącej w dyspozycji zamawiającego, najwyższą jakością kamer ALEXA 35 – Izba uznała, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz wypowiedzi stron oraz uczestników, że ww. okoliczności wpisują się w uzasadnione potrzeby Zamawiającego, a tym samym nie naruszył on przepisów ustawy PZP.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....